Percy García Cavero
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Piura

Derecho Penal Económico

PARTE GENERAL

Segunda Edición

TOMO I

GRIJLEY

Primera edición, Ara editores, Lima, 2003
Segunda edición, Grijley, Lima, 2007

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2007, Derecho Penal Económico
© 2007, Percy García Cavero
© 2007, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-11945
ISBN 978-9972-04-121-1

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA
Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf.: (51-1) 427 3147
Telefax: (51-1) 427 6038
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf.: (51-1) 321-0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
Telefax: (044) 471640 / Celular: (044) 967 6885
grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO
San José 1067
Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A Martha, con todo mi amor;
A Esteban, con el amor de los dos.

Índice general

Primera Parte
FUNDAMENTOS

Capítulo I
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. Introducción 3
II. Evolución de la legislación penal económica 4
1. El Derecho penal económico en el sistema continental europeo 4
A. Primeras formas de aparición 4
B. El desarrollo de la ideología liberal en la economía 6
C. El intervencionismo del Estado 9
D. El neoliberalismo: la economía social de mercado 11
E. El fracaso del Estado de bienestar 12
2. Particularidades del Derecho penal económico nacional 14

Capítulo II
CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. El concepto de Derecho penal económico 21

II. La función del Derecho penal económico 23
1. Concepciones sobre la función del Derecho penal económico 23
A. La función de motivación a través de la norma penal 25
B. La función de reestabilización de la pena 28
C. Toma de posición 31
2. Elementos de la propia concepción sobre la función del Derecho penal económico 34
A. Punto de partida: El concepto de persona 34
B. La identidad normativa de la sociedad basada en la persona 37
a. La necesidad de orientación de la persona 38
b. La identidad normativa de la sociedad 39
C. La identidad normativa de la sociedad en el sistema económico 42
3. La función de reestabilización del Derecho penal económico 46
III. Delimitación del Derecho penal económico 49
1. Contenido del Derecho penal económico 49
A. Las estructuras esenciales del libre mercado 50
B. La regulación económica del Estado 55
2. Figuras delictivas excluidas del Derecho penal económico 59
A. Los delitos patrimoniales 59
B. Delitos contra el medio ambiente 61
C. Delitos informáticos 63
D. Delitos de funcionarios 63
3. ¿Es el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho penal económico? 64

Capítulo III

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. Introducción: El conflicto entre la eficacia y las garantías penales 73

II. La discusión doctrinal sobre la legitimidad de la legislación penal económica 77
1. La falta de legitimidad de la legislación penal económica 77
A. El liberalismo racionalista 78
a. La delimitación del injusto penal frente a otras formas de injusto 79
b. Las condiciones de existencia de la libertad como bien jurídico 81
B. La escuela de Frankfurt 82
a. La legislación penal económica expansiva 84
b. Crítica a la funcionalización del bien jurídico 85
2. La legitimidad de la legislación penal económica 88
A. El sistema teleológico (orientado a finalidades político-criminales) 88
a. La legislación penal económica 90
b. El concepto de bien jurídico penal 91
B. El sistema funcionalista de Jakobs 96
a. La descripción del Derecho penal económico 98
b. La vigencia de la norma como bien jurídico penalmente protegido 100
c. Los delitos económicos como Derecho penal del enemigo 103
3. El Derecho penal de dos velocidades 106
4. Toma de postura 107
III. Particularidades de los límites al poder punitivo en el Derecho penal económico 109
1. Protección exclusiva de bienes jurídicos: el principio de lesividad 112
A. Cuestiones generales 112
B. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto 116
C. La diferencia con las infracciones administrativas 123
2. ¿Última ratio en el Derecho penal económico? 125

3. El principio de legalidad en el Derecho penal económico 127
A. Fundamento y contenido 127
B. El principio de legalidad y el dinamismo del sistema económico 133
C. En especial: La reserva de ley y el mandato de determinación 135
a. La reserva de ley 136
b. El mandato de determinación 137
aa) Las leyes penales en blanco en el Derecho penal económico 145
bb) La accesoriedad administrativa de acto 153
cc) Las cláusulas generales en el Derecho penal económico: especialmente el fraude a la ley penal 155
dd) La prejudicialidad administrativa en los delitos económicos 162

Segunda Parte
LA LEY PENAL ECONÓMICA

Capítulo IV
LOS CRITERIOS DE CREACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. Introducción 167
II. Merecimiento de protección penal en la economía 169
III. Necesidad de protección penal en la economía 171

Capítulo V
LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. Introducción 175
II. La ley penal económica en el tiempo: el Derecho penal intertemporal 176
1. Cuestiones generales 176

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico 185
A. La determinación de la ley más favorable en el Derecho penal económico 185
a. La sucesión de leyes penales: la continuidad del injusto 185
b. La determinación de la ley más favorable 190
aa) Criterio de determinación 190
bb) ¿Lex tertia? 191
c. Ilustración de los criterios explicados en algunos delitos económicos 193
aa) Los libramientos indebidos 193
bb) El delito de quiebra 195
B. Las leyes temporales en el Derecho penal económico 196
a. Concepto y fundamentación 196
b. Clasificación de las leyes temporales 199
c. Las leyes penales económicas temporales 204
C. La vigencia temporal de las leyes penales en blanco 206
a. La ley penal en blanco más favorable 207
b. La ley penal en blanco como ley temporal 210

III. La ley penal económica en el espacio: el Derecho penal internacional 214
1. Cuestiones generales 214
2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico 219
A. El principio de ubicuidad 225
a. Alcance 225
b. El lugar del delito en la autoría y la participación 229
B. El principio real o de protección: ¿protección de intereses económicos? 232
C. El principio de universalidad 234

IV. La aplicación personal de la ley penal 234
1. Cuestiones generales 234
2. Los privilegios en el Derecho penal económico 236

Capítulo VI
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. Introducción 239
II. La interpretación de la ley penal en el Derecho penal económico 242
1. La perspectiva económica de análisis 243
A. Consideraciones generales 243
B. Supuestos especiales 246
a) Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal 246
b) La doctrina del levantamiento del velo 248
2. La accesoriedad del Derecho penal económico 252
A. Consideraciones generales 252
B. Supuestos especiales 254
a) Las leyes penales en blanco 254
b) Accesoriedad administrativa de acto 257
3. Los límites de la interpretación de la ley penal económica 260
A. La conformidad con la Constitución 260
B. El tenor literal y la prohibición de analogía 262
C. La interpretación restrictiva 267

Tercera Parte
LA TEORÍA DEL DELITO ECONÓMICO

Capítulo VII
LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL DELITO ECONÓMICO

I. Introducción 273
II. La perspectiva criminológica 274
1. Introducción 274
2. La definición de la criminalidad de cuello blanco 276

A. La investigación criminológica orientada al autor 276
B. La investigación criminológica orientada al hecho 279
3. Criterios empíricos de determinación de la criminalidad económica 279
A. La configuración de la criminalidad a través de los mecanismos de control social 280
B. La configuración de la criminalidad a través de la relevancia social 281
a. El daño social de la criminalidad económica 282
b. El abuso de la confianza 283
III. La perspectiva jurídico-penal 285
1. La delimitación del concepto dogmático y el concepto político-criminal 285
2. El enfoque dogmático del delito económico 289
A. El modelo de construcción dogmática 289
B. El concepto de norma en la teoría del delito económico 291
C. La dogmática del delito económico 295
a. La teoría del delito económico como injusto culpable 295
b. La teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico 299
D. La exclusión de una teoría de la imputación de las infracciones administrativas 300
3. El enfoque político-criminal del delito económico 300

Capítulo VIII

LA UNIDAD DE SENTIDO DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL ECONÓMICA: EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN

I. Introducción 301
II. Los modelos conceptuales de la acción en el Derecho penal 302

1. La acción como concepto previo al Derecho penal 302
2. La acción como concepto jurídico-penal 305

III. El concepto jurídico-penal de acción 307

IV. Criterios generales de ordenación de la imputación jurídico-penal 310
1. El estatus de ciudadano 310
2. El rol general de ciudadano y los roles especiales 311
3. La evitabilidad 314

V. La imputación jurídico-penal en el delito económico 316
1. La imputación penal orientada a la lesión del bien jurídico 317
A. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto 317
B. El tipo subjetivo como vinculación subjetiva con el hecho y el recurso cada vez mayor a la figura de la culpa 322
C. La ampliación de la figura de la omisión 324
D. Las posibilidades de imputación mediante las figuras de la autoría y la participación 325
E. Conclusión 328
2. La imputación penal con base en roles en el Derecho penal económico 329

Capítulo IX

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Introducción: La imputación jurídico-penal del hecho 339

II. La función y configuración de la imputación objetiva 342
1. La función de prevención general de la norma penal 343
2. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva 345
3. La infracción de un rol como defraudación de la norma 347

III. La imputación objetiva en el delito económico 348

1. La imputación objetiva en los delitos económicos de dominio 349

A. La imputación del comportamiento o creación de un riesgo prohibido 350

a. La creación de un riesgo prohibido 351

aa) Origen del concepto riesgo prohibido 351

bb) Criterios de determinación del riesgo prohibido 353

cc) Las compensaciones del riesgo prohibido 356

dd) La determinación cuantitativa del riesgo prohibido 357

b. Formas de infracción del rol de ciudadano atribuido al sujeto económico 359

aa) Los deberes de aseguramiento: los deberes del tráfico 359

bb) Los deberes de salvamento por asunción 360

cc) Los deberes de salvamento por riesgos especiales 362

c. La imputación del comportamiento en caso de varios intervinientes 365

aa) Autoría y participación 366

bb) Principio de confianza 369

cc) Prohibición de regreso 373

dd) Ámbito de competencia de la víctima 379

d. Figuras típicas cuya punibilidad se fundamenta únicamente en la imputación del comportamiento 386

aa) Los delitos de mera conducta 386

bb) Los delitos de peligrosidad (o delitos de peligro abstracto) 387

aaa) Delitos de peligrosidad concreta 389

bbb) Delitos de preparación 390

ccc) Delitos de acumulación 391

cc) La tentativa en los delitos de resultado 393

dd) Los delitos de emprendimiento 394

B. La imputación objetiva del resultado 395

a. El comportamiento prohibido como explicación del resultado 396

aa) La teoría de la evitabilidad 398
bb) La causa individual y el comportamiento alternativo diligente 401
cc) La teoría del incremento del riesgo 401
dd) La correspondencia normativa entre comportamiento y resultado 403
ee) La teoría del fin de protección de la norma 404
b. Las explicaciones alternativas del resultado 406
aa) La concurrencia de riesgos 406
aaa) Riesgos concurrentes de un sola conducta: la aberratio ictus 407
bbb) Riesgos concurrentes de varias conductas 408
aaaa) Riesgos concurrentes separables 409
bbbb) Riesgos concurrentes inseparables: la confluencia en el riesgo 409
bb) Los riesgos derivados 411
aaa) Creación de una situación de indefensión 411
bbb) Riesgos derivados para terceros 412
ccc) Riesgos derivados de cursos salvadores 414
aaaa) Identidad entre el objeto afectado por el riesgo inicial y el objeto lesionado 414
bbbb) Diversidad entre el objeto afectado por el riesgo inicial y el objeto lesionado 415
ddd) Transformación por otros del riesgo inicial 418
eee) Daños tardíos 419
c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado 421
aa) Los delitos de puesta en peligro (o delitos de peligro concreto) 421
bb) Los delitos de lesión 424
cc) Los delitos cualificados por el resultado 425
C. La imputación objetiva en los delitos de dominio culposos 430

2. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber 435
A. La imputación del comportamiento 436
B. La realización del resultado 439
C. Los contornos específicos de las instituciones en el Derecho penal económico 439
a. Los deberes estatales 440
b. La confianza especial 443

IV. Supuestos especiales de la exclusión de la imputación objetiva en los delitos económicos 444
1. El fraude a la ley penal económica 445
2. La vinculación de los tipos penales con la actuación de la Administración 449
A. Las autorizaciones o permisos defectuosos 452
B. Las prohibiciones administrativas específicas 456
3. La responsabilidad penal por conductas neutrales en la economía 458
A. Planteamiento del problema y propuestas de solución 458
B. Interpretación personal 464

Capítulo X
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. Introducción 473

II. La configuración de la imputación subjetiva del hecho 474

III. La imputación subjetiva a título de dolo en el delito económico 479
1. Cuestiones generales del dolo 479
A. La configuración penal del dolo 479
a. La falta de necesidad del elemento volitivo 481
b. La determinación del conocimiento en el dolo 483

c. El objeto del dolo 492
d. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el dolus malus) 494
aa) El conocimiento del carácter prohibido del hecho como parte del dolo 495
bb) La imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho 501
cc) El objeto del conocimiento del carácter prohibido del hecho 506
B. Los elementos subjetivos especiales del tipo 509
2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico 511
A. Los conocimientos especiales: relevancia e imputación 511
B. La duda sobre el carácter prohibido del hecho 514
C. La ceguera o indiferencia ante la regulación penal económica 515
D. El dolo especial en el fraude a la ley penal económica 518
E. La imputación dolosa en las leyes penales económicas en blanco 519
F. Los delitos económicos con elementos típicos de valoración global del hecho 524
G. El conocimiento de la exclusión concreta del peligro en el caso de los delitos de peligro abstracto 526
3. El error de tipo 527
A. Concepto, delimitación y regulación jurídica 527
B. Las formas de error de tipo 529
a. El error sobre los elementos del tipo 529
aa) El error por defectos cognitivos 530
bb) El error por defectos de valoración 530
aaa) Error en la valoración de sustratos materiales 531
bbb) Error en la valoración de circunstancias 532
b. Error de tipo global: error sobre el carácter prohibido del hecho 533

C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad 536
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo 537
b. La vencibilidad del error de tipo 540
c. Supuestos especiales en el Derecho penal económico 546
aa) Error sobre el límite cuantitativo del injusto en los delitos económicos 546
bb) Error de valoración debido a información técnica defectuosa 547
cc) Error de valoración debido a decisiones judiciales 551
dd) Desconocimiento de la obligación de obtener un permiso o autorización y error respecto de su licitud 553
ee) La superación del error por vías irregulares 555
ff) El error de tipo en las leyes penales en blanco 557

IV. La imputación subjetiva a título de culpa en el delito económico 560
1. Cuestiones generales de la culpa 560
A. Contenido y criterio de determinación 560
B. El conocimiento del carácter prohibido del hecho 564
C. El error de tipo en los delitos culposos 564
2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico 566
A. La punibilidad de la culpa grave en Derecho penal económico 567
B. La culpa por emprendimiento en el Derecho penal económico 570
C. El grado de cognoscibilidad en procesos complejos 571

V. Combinaciones de dolo-culpa: La preterintención y los delitos cualificados por el resultado 572
1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada 572
2. Los delitos cualificados por el resultado 574

Capítulo XI
LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

I. Cuestiones generales 579
1. La fundamentación de las estructuras de descargo 579
2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las estructuras de descargo de la imputación 585
A. El aspecto objetivo en el descargo de la imputación 585
B. El aspecto subjetivo en el descargo de la imputación 587

II. Las particulares estructuras de descargo de la imputación en el Derecho penal económico 592
1. La legítima defensa económica 592
A. La estructura de descargo de la legítima defensa 592
B. Las particularidades de la legítima defensa económica 594
2. Las situaciones de necesidad económica 596
A. La estructura de descargo en las situaciones de necesidad 596
a. Estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo 597
b. Estado de necesidad con deberes de tolerancia y estado de necesidad sin deberes de tolerancia 598
B. Las particularidades de las situaciones de necesidad económica 601
a. Situación de peligro 601
b. La necesidad de la defensa 602
c. La preponderancia del interés protegido 603
d. La cláusula de adecuación 604
3. El descargo de la imputación penal en virtud de autorizaciones administrativas 605
4. El descargo de la imputación por tolerancia de la Administración 608
5. Los actos permitidos por el ordenamiento jurídico 612
A. Fundamento y sistemática 612

B. Supuestos de actos permitidos por la ley 613
a. Ejercicio regular de un derecho 613
b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio 615
c. El cumplimiento de un deber: en especial la colisión de deberes 616

Capítulo XII

LA CULPABILIDAD O IMPUTACIÓN PERSONAL

I. Introducción 619
II. La imputación personal 621
1. Punto de partida: la persona penalmente responsable 621
A. La individualidad 625
B. La socialidad 627
2. La configuración dogmática de la imputación personal 628
3. La imputación personal en los sujetos económicos 631
III. Los elementos de la imputación personal 632
1. La imputabilidad 632
2. El conocimiento del ordenamiento jurídico 633
A. Cuestiones generales 633
B. El conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos económicos 637
IV. La ausencia de imputación personal o culpabilidad 638
1. Causas de ausencia de libertad 639
2. Causas de ausencia de responsabilidad 640
3. En especial: el error de prohibición en el Derecho penal económico 641

Capítulo XIII

LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS

I. Introducción 651

II. Los delitos cometidos desde la empresa 652
1. La responsabilidad penal de la empresa misma 654
A. La imputación personal de la empresa: la capacidad de culpabilidad 659
a. La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas: sanciones administrativas y medidas de seguridad 662
b. Imputación personal sin culpabilidad 669
c. Imputación personal con base en la culpabilidad 672
aa) La adaptación del concepto tradicional de culpabilidad 672
bb) Una culpabilidad propia para las personas jurídicas 676
B. La imputación jurídico-penal del hecho a la empresa: el injusto penal 682
a. Los delitos de dominio 686
b. Los delitos de infracción de un deber 689
2. La responsabilidad penal de los miembros de la empresa 691
A. Los mecanismos actuales de imputación de base naturalista 692
a. Los delitos de peligro abstracto 692
b. Los delitos culposos 693
c. Los delitos de omisión 695
aa) La posición de garantía del titular de la empresa 695
bb) El deber de vigilancia en la empresa 701
d. La autoría y la participación 704
B. La imputación de responsabilidad penal con base en roles 707
a. Delitos de dominio 709
aa) Los delitos comunes de dominio 709
aaa) La imputación penal a los propietarios de la empresa 710
bbb) La imputación penal a los directivos de la empresa 712

aaaa) La imputación objetiva 713
bbbb) La imputación subjetiva 725
ccc) La imputación penal a los miembros de los órganos de control interno de la empresa 729
ddd) La imputación penal a los mandos medios 731
eee) La imputación penal a los trabajadores 733
fff) La imputación a los asesores de la empresa 734
bb) Los delitos especiales de dominio 736
aaa) Los delitos especiales de dominio dirigidos a la empresa: el actuar en lugar de otro (I) 737
aaaa) Los requisitos del actuar en lugar de otro en los delitos especiales de dominio 745
bbbb) Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro 760
cccc) Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro en delitos de dominio desde la empresa 760
bbb) Los delitos especiales de dominio dirigidos a los miembros de la empresa 761
aaaa) La responsabilidad penal del delegante 762
bbbb) La responsabilidad penal de los órganos fácticos 763
ccc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de dominio 768
b. Delitos de infracción de un deber 769
aa) Los delitos de infracción de un deber dirigidos a la empresa: el actuar en lugar de otro (II) 769
bb) Los delitos de infracción de un deber dirigidos a los miembros de la empresa 771
cc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de infracción de un deber 772
III. Los delitos cometidos dentro de la empresa 776
1. Delitos de dominio cometidos dentro de la empresa 776

A. Los delitos comunes de dominio cometidos dentro de la empresa 777
B. Los delitos especiales de dominio cometidos dentro de la empresa 778
2. Delitos de infracción de un deber cometidos dentro de la empresa 779
IV. Las estructuras de descargo de la imputación en el seno de la empresa 780
1. El estado de necesidad en el ámbito de la empresa 780
A. Situación de necesidad por crisis económica de la empresa 780
a. Los delitos contra los trabajadores 780
b. Los delitos tributarios 783
c. Los delitos contra el medio ambiente 783
d. Los delitos culposos 785
B. La amenaza de despido 785
2. La obediencia debida en las estructuras jerárquicas empresariales 786
V. Las situaciones de error de prohibición en el ámbito de la empresa 788

Capítulo XIV

LOS GRADOS DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO ECONÓMICO

I. Introducción 791
II. Ideación o propósito serio de cometer un delito 792
III. Los actos preparatorios 792
III. Los actos de ejecución: tentativa 793
1. Fundamentación y delimitación de lo punible 793
2. Los elementos de la tentativa 798
A. La imputación objetiva: el comienzo de la ejecución sin consumación 799

B. La imputación subjetiva: la decisión de cometer el delito 803
3. La penalidad de la tentativa 807
4. El desistimiento 808
A. Fundamento 808
B. Las formas de manifestación del desistimiento 811
a. El desistimiento en la tentativa acabada 812
b. El desistimiento en la tentativa inacabada 817
C. La eficacia del desistimiento: Especialmente el desistimiento en caso de varios intervinientes 818
D. La voluntariedad del desistimiento 820
E. Efecto del desistimiento 822
IV. La realización del hecho: la consumación 822
1. El concepto formal y material de la consumación 822
2. El arrepentimiento activo 823
A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño 824
B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño 826
C. Contribución al esclarecimiento del delito 826
V. El agotamiento del delito 827

Capítulo XV
LOS CONCURSOS EN LA IMPUTACIÓN DEL DELITO ECONÓMICO

I. Introducción 829
II. El concurso de leyes o concurso aparente de delitos 830
1. Fundamento dogmático 831
2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes 833
A. El principio de especialidad 833
B. Principio de subsidiariedad 836
C. Principio de consunción 838
D. ¿Principio de alternatividad? 842

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes 844
A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante 845
B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados 846
III. El concurso de delitos 848
1. Concurso ideal de delitos 850
A. Concepto 850
B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos 852
a. Identidad completa 852
b. Identidad parcial 853
c. Identidad por vinculación (Verklammerung) 853
C. Consecuencias jurídicas 855
a. La asperación del marco penal 855
b. El principio de combinación 856
2. Concurso real de delitos 857
3. Supuestos de unidad de delito 859
A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales 859
a. La realización típica iterativa 860
b. La realización típica sucesiva 861
c. Los delitos permanentes 862
d. Los delitos de varios actos: en especial los delitos compuestos 863
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados 863
a. El delito continuado 864
aa) Elementos del delito continuado 865
bb) Consecuencia jurídica 869
cc) Particularidades en el Derecho penal económico 869
b. El delito colectivo o delito masa 871
4. Concurrencia posterior 873

Prólogo
a la segunda edición

Después de poco más de tres años ve la luz la segunda edición del presente libro que lleva por título *Derecho Penal Económico. Parte General.* En todo este tiempo han aparecido nuevas publicaciones sobre los temas abordados, se han desarrollado novedosas líneas jurisprudenciales, tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional, y se han producido sustanciales modificaciones a las leyes penales generales y especiales. Estos aspectos se han procurado incorporar en la segunda edición, tratando de respetar al máximo el orden expositivo utilizado en la primera edición. Sin embargo, en algunos casos ha sido necesario reestructurar el orden expositivo, lo que ha llevado incluso a cambiar de contenido algunos capítulos. Además, la incorporación de nuevas ideas ha hecho ineludible el desarrollo de nuevos apartados en los distintos capítulos del libro. Finalmente, se ha elaborado una cuarta parte compuesta por cuatro capítulos, en los que se ha trabajado el complejo tema de las consecuencias jurídicas del delito económico.

Esta segunda edición está cargada de un mayor enfoque práctico que ha sido posible gracias al desarrollo de una permanente actividad de consultoría profesional. Mi agradecimiento por ello va a Carlos Caro Coria del Estudio Caro & Asociados y a Augusto Loli Carrillo del Estudio Loli & Portocarrero. Del cuidado editorial de la presente edición se ha encargado la Editorial Jurídica Grijley, por lo que debo

agradecer a su Gerente General, Esteban Alvarado, la buena disposición y el profesionalismo en la realización de este trabajo. Finalmente, quisiera expresar el amor y la gratitud que tengo hacia con mis padres, Mercedes y Hernán, mi esposa, Martha, mi hijo, Esteban, y sobre todo hacia con Dios, a los que paradójicamente les he tenido que robar ese tiempo de dedicación que vale mucho más que las palabras que ahora pongo por escrito.

Piura, 8 de noviembre de 2006

Percy García Cavero

Prólogo
a la primera edición

A lo largo de la última década el Derecho penal económico ha pasado a convertirse en el objeto por antonomasia de los estudios de Parte General. Ello no puede sorprender. Como es de sobra conocido, la Parte General del Derecho penal y, en particular, la teoría del delito se habían elaborado tradicionalmente tomando como referencia hechos delictivos de configuración naturalista, ejecutados de propia mano por un agente individual. Y ya nadie niega que buena parte de las estructuras de imputación construidas sobre ese paradigma resultan inadecuadas cuando se trata de atribuir responsabilidad por delitos económicos. En los delitos económicos, en efecto, concurren algunas características que los distancian considerablemente del modelo tradicional de delito: son delitos que se cometen en el marco de organizaciones complejas; que aparecen en sectores generalmente sometidos a una intensa regulación por el Derecho privado y el Derecho administrativo; que se canalizan a través de contactos anónimos, en no pocas ocasiones con intermediación tecnológica; cuyos medios comisivos son frecuentemente de naturaleza técnica; y cuya dimensión de lesividad adquiere notas de difusión y difuminación.

Una observación superficial de este fenómeno explica, desde luego, que haya entrado en crisis la vinculación de la autoría con la noción de ejecución material; que la dogmática de los delitos especiales y de las posiciones de garantía se halle en pleno auge; que se plantee

abiertamente la cuestión de la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas; que las leyes penales en blanco aparezcan como la técnica legislativa por definición; que se constate en cada momento la tensión entre los métodos interpretativos formalistas-jurídicos y fácticos-económicos; o que los delitos de peligro se generalicen. En suma, que en el nuevo contexto socio-económico tanto las estructuras de imputación propias del Derecho penal como algunos de sus más esenciales principios de garantía se encuentren en trance de revisión.

Sobre todos estos temas existen ya decenas de libros y artículos escritos por los penalistas más prestigiosos de los diferentes países. Sin embargo, no abundan en absoluto las obras generales en las que se trate de llevar a un denominador común la multiplicidad de problemas y de propuestas de solución aportadas en los diferentes sectores. Mucho más difícil es hallar alguna obra general que aborde todo el complejo de cuestiones apenas reseñadas con el instrumento de un principio metodológico fuerte. Esto último, lo único que permite separarse de la mera «descripción» de pareceres ajenos para proceder a una auténtica «reconstrucción» del objeto de estudio, es sin duda el signo distintivo más relevante del libro del Prof. Dr. Percy García Cavero, mi querido discípulo, que ahora presento. Un libro gestado durante largo tiempo, en particular durante dos años de trabajo en la Universidad de Bonn y a cuya conclusión en la Universidad Pompeu Fabra tuve el privilegio de asistir, a pesar de las difíciles circunstancias de aquellos dos meses del invierno barcelonés.

Como el lector podrá comprobar muy pronto, el hilo conductor de toda la obra es la consideración de que la función esencial del Derecho penal económico no es la motivación de los delincuentes potenciales, sino el restablecimiento en sociedad de la vigencia de la norma infringida por el delincuente. La acogida de este planteamiento, que muestra la influencia de la obra de G. Jakobs en la formación científica de García Cavero, proporciona una gran coherencia y profundidad a las tres partes en que se divide el trabajo: la relativa a los fundamentos, la que se ocupa de la teoría de la ley penal económica y, en fin, la más extensa dedicada a la teoría de la imputación. Si no me equivoco, nos hallamos ante la única obra general de Derecho penal económico en la que los problemas específicos de este objeto

de estudio se abordan desde el modelo metodológico normativista de Jakobs, que me parece especialmente adecuado para este sector, en el que, como se ha dicho, la realidad de los contactos anónimos, de las posiciones jurídicas (o roles) y de las consideraciones funcionales se hace especialmente patente.

De todos modos, y para evitar malos entendidos, lamentablemente muy frecuentes en todo lo que rodea las posibles «influencias» del pensamiento de Jakobs sobre otros penalistas, quiero subrayar lo siguiente. La acogida por García Cavero del instrumental dogmático que ofrece Jakobs (y que en conversaciones informales por mi parte suelo calificar como una «computadora de mayor potencia» que las propuestas metodológicas anteriores) no conlleva una adhesión a su filosofía de la persona. García Cavero no acoge ningún modelo idealista de persona (como son, por cierto, en mayor o menor medida *todos* los enfrentados en la actual discusión jurídico-penal alemana), ni un concepto positivista del Derecho. Por el contrario, apuesta por un modelo realista de persona, en el que la personalidad no aparece como producto de una mera construcción social sino que se vincula a la relevancia normativa que se asigna al ser persona en tanto que *ser persona*; y rechaza los estrechos marcos del positivismo jurídico.

Sobre estas bases García Cavero edifica un texto que, además de un gran libro de Parte General de Derecho penal económico, es, en sí, un gran libro de Parte General del Derecho penal, sin más. Si bien todo en él es notable, quiero subrayar especialmente las consideraciones que se efectúan sobre el principio de legalidad y las teorías de la interpretación; el manejo metodológico de la diferenciación entre delitos comunes de dominio, delitos especiales de dominio y delitos de infracción de un deber; la sugerente construcción del error de tipo, que integra el denominado «error de tipo global»; la figura de las «estructuras de descargo», sometidas a la lógica general de la imputación objetiva, y dentro de éstas el estudio de las «situaciones de necesidad económica»; etcétera. Todo en el libro es actual, riguroso, profundo, explicativo. En suma, nos hallamos ante un libro de consulta fundamental, pero también ante un texto para el estudio y la reflexión sobre los problemas más acuciantes de la dogmática del Derecho penal en la actualidad.

Percy García Cavero, en plena juventud, cuenta ya con una carrera académica impresionante, en la que lleva camino de convertirse en uno de los penalistas más relevantes del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn, Profesor Ordinario de la Universidad de Piura, profesor visitante y conferenciante en Universidades españolas e iberoamericanas, autor de importantes publicaciones en el ámbito de la Parte General y Especial del Derecho penal, traductor de insignes penalistas alemanes, asume ahora, junto a la condición de tratadista que le proporciona esta obra, la de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Que en tan poco tiempo se haya hecho tanto es un indicio de lo que la ciencia iberoamericana del Derecho penal puede esperar de Percy García Cavero. Y también le puede dar al lector una idea del orgullo que siento al escribir este prólogo para mi apreciado discípulo, para mi querido amigo Percy.

Sant Cugat (Barcelona), 19 de mayo de 2003

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

Nota Introductoria

La razón que me ha llevado a emprender el difícil reto de elaborar una parte general del Derecho penal económico se encuentra en el hecho de que los estudios de la parte general del Derecho penal no bastan para entrar directamente en el estudio de los delitos económicos de la parte especial. Resulta fácilmente constatable que el desarrollo de la dogmática penal, y concretamente la teoría del delito, se ha construido en un nivel de abstracción referido fundamentalmente al delito como lesión individual voluntaria de un interés concreto. Por ello, no podría calificarse de exagerada la afirmación de que la teoría del delito se ha hecho pensando en el delito de lesión doloso consumado de autor único. La situación descrita de la dogmática jurídico-penal obliga a los penalistas a ofrecer puntos de partida capaces de explicar los criterios generales de imputación de responsabilidad penal en los delitos económicos.

Los primeros intentos por sistematizar algunos aspectos generales del Derecho penal económico se encuentran en los trabajos de Klaus Tiedemann en Alemania, Miguel Bajo Fernández en España y Enrique Aftalión en Argentina. Hay que reconocer, sin embargo, que en tales exposiciones más que buscar una sistematización general del Derecho penal económico, se intentó mostrar y resolver algunos problemas dogmáticos que originaban los nuevos delitos económicos en la dogmática de la parte general. En la actualidad presenciamos una

reanimación de la discusión por los aspectos de la parte general del Derecho penal económico, pero puede apreciarse con claridad que el sentido ya no es destacar ciertos problemas dogmáticos de la parte general, sino poner de manifiesto cómo en los delitos económicos muchas veces se tiene que utilizar una comprensión de la teoría del delito un tanto diferente. El trabajo que he realizado va precisamente por esta línea de exposición. No me he propuesto, sin embargo, realizar una exposición en un nivel de abstracción mayor que permita abarcar también los delitos económicos, sino, más bien, desarrollar en el mismo nivel de los estudios de la parte general una extensión o ampliación hacia los delitos económicos. El único punto en común que se situaría en la cúspide de la abstracción sería la función atribuida al Derecho penal.

En la redacción del trabajo he seguido, en cierta forma, el hilo expositivo de los manuales de parte general, pero debo advertir que no se trata de una parte general del Derecho penal, pues no aborda todos los temas relevantes de la parte general, así como tampoco entra con la profundidad debida en muchos temas generales. Mi objetivo es sencillamente hacer una exposición de la actual discusión dogmática que permita luego una toma de postura para resolver los supuestos problemáticos que el Derecho penal económico presenta en los criterios generales de imputación. Esto deja en claro, por otra parte, que no podemos hablar aún de un Derecho penal especial con principios generales propios, aunque una tendencia en este sentido tampoco puede descartarse. Ya veremos lo que el futuro nos depara.

En esta nota introductoria quisiera agradecer a todos los que han hecho posible la materialización de mi proyecto de investigación. Al Prof. Urs Kindhäuser, Director del Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn y mentor de la investigación en su parte alemana, le estoy infinitamente agradecido no sólo por haberme orientado con su incuestionable magisterio en las cuestiones generales y de Derecho penal económico, sino también por sus continuas preocupaciones y ayudas más allá de lo estrictamente académico. Al ilustre Prof. Günther Jakobs debo expresarle igualmente mi gratitud por su permanente disponibilidad para escuchar muchas de las ideas plasmadas en este trabajo y darme su valiosísimo consejo. Quisiera

agradecer especialmente a mi maestro, el Prof. Jesús María Silva Sánchez, quien desde hace mucho ha impulsado esta investigación y con quien he podido terminarla en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona donde ostenta la Cátedra de Derecho penal. Su magisterio y su amistad son dos de las cosas más valiosas que tengo. A todos mis amigos del Instituto de Derecho penal y del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Bonn, al Área de Derecho penal de la Pompeu Fabra y a los miembros del Instituto Peruano de Ciencias Penales les agradezco su apoyo constante en el desarrollo del proyecto de investigación. Un agradecimiento mucho más allá del puramente económico debo dar a la Fundación Alexander von Humboldt y a la Universidad de Piura, pues sus atenciones y finos detalles han hecho que me sienta muy feliz de ser Humboldtiano y Profesor universitario.

Piura, 27 de abril del 2003

Abreviaturas

Abs	Absatz (párrafo)
Abschn.	Abschnitt (capítulo)
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, citado por año
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi, citada por número y año
AP	Actualidad penal, citada por número y año
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
Aufl.	Auflage (edición)
BB	Betriebs-Berater, citada por año
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil)
BGH	Bundesgerichthof (Tribunal federal alemán)
BGHSt	Bundesgerichthof. Entscheidungen in Strafsachen
BT	Besonderer Teil (parte especial)
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confróntese
cit.	Citado
coord.	Coordinador(es)
CuCGPJ	Cuadernos del Consejo general del Poder Judicial, citado por año
dir.	Director

Diss.	Dissertation (tesis doctoral)
ed.	Edición
EPC	Estudios Penales y Criminológicos, citado por número
espec.	Especialmente
FS	Fesgabe o Festschrift (libro homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, citada por año
HBWiStR	Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
Hrsg.	Herausgeber (editor)
HWiStR	Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter, citada por año
JR	Juristische Rundschau, citada por año
Jura	Juristische Ausbildung, citada por año
JuS	Juristische Schulung, citada por año
JW	Juristiche Wochenschrift, citada por año
JZ	Juristenzeitung, citada por año
KJ	Kritische Justiz, citada por año
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, citada por año
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LH	Libro homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LTV	Ley de Títulos Valores
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, citada por año
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, citada por año
n.m.	Número marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, citada por año
NK	Nomos Kommentar

Nr	Número
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, citada por año
NuR	Natur und Recht, citada por año
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal superior del Land)
op. cit.	Opus citatum (obra citada)
OWiG	Gesetz für Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones)
p.	Página
passim	en toda la obra
p.e.	Por ejemplo
PG	Parte general
PJ	Revista del Poder Judicial, citada por número
pp.	Páginas
RDFHP	Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública
RECPC	Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, citada por número y año
REDUP	Revista de Derecho (Universidad de Piura), citado por año
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología, citada por número y año
RG	Reichgericht (Tribunal del Reino)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, citada por año
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales, citada por número
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, citada por número y año
RTDPE	Rivista Trimestrale di Diritto penale dell' economia, citada por número y año
s.	siguiente
SchweizZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, citada por número y año

S/f	Sin fecha
SK	Systematischer Kommentar
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal)
StPO	Straprozeßordnung (ordenamiento procesal penal)
StuW	Steuer und Wirtschaft, citada por año
StV	Strafverteidiger, citada por año
Trad.	Traducción
UPR	Umwelt- und Planungsrecht, citada por año
WiB	Wirtschaftrechtliche Beratung, citado por año
Wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, citada por año
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, citada por año
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por número y año
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, citada por año

Primera Parte
FUNDAMENTOS

Capítulo I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

Nadie puede poner en duda la influencia que hoy en día tiene el sistema económico en las condiciones de vida de los particulares[1]. En mayor o menor medida, según como se distribuya la riqueza, el desarrollo económico de una determinada comunidad se refleja en una mejora de las condiciones de vida de sus miembros. Sin embargo, resulta difícil afirmar que siempre ha existido un sistema económico global y que su grado de desarrollo ha sido en todo momento el mismo. En un principio, cuando las relaciones económicas se limitaban a la pertenencia elemental sobre los bienes, no se requería un sistema social parcial que por diferenciación redujese la complejidad de la realidad y solucionase el problema de la distribución de los bienes[2]. Sólo con cierto nivel de desarrollo y, por tanto, con una mayor complejidad de las relaciones sociales de producción y de consumo, se han presentado las condiciones para la formación de

---

(1) Vid., en este sentido, LINDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 1.

(2) Sobre la economía como sistema social autopoiético, vid., LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14 y ss., 52 y ss.

un sistema económico independiente de las concretas condiciones de vida de los particulares, pese a no perder una conexión natural con ellas[3]. Este cambio de la realidad económica ha determinado en cierta forma también la evolución de la legislación penal en materia económica[4], que, ciertamente a ritmo más lento, ha pasado de tipos penales de lesión económica individualizada a tipos penales referidos a sectores generales del sistema económico[5]. En lo que sigue, vamos a exponer más detalladamente este proceso de evolución de la legislación penal (económica), para lo cual utilizaremos dos planos de exposición distintos. Una primera línea de exposición se ocupará de la evolución de la legislación penal en los países que conforman el sistema continental europeo al que se adscribe nuestro sistema penal, mientras que la segunda abordará las particularidades del Derecho penal económico nacional.

II. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA

1. El Derecho penal económico en el sistema continental europeo

A. Primeras formas de aparición

Con el reconocimiento social de ciertos derechos elementales sobre bienes entre los miembros de una sociedad mínimamente organizada, surgió la necesidad también de una protección institucionalizada de esos derechos. Al cumplimiento de esta finalidad contribuyó y contribuye aún el Derecho penal con sus propias peculiaridades. Resulta evidente que en esta protección jurídica existía un

---

(3) "Ella (la comunicación) no sería posible sin este entorno (el individuo)", LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 14.

(4) Cfr. la relación que existe entre la configuración y extensión del Derecho penal, por un lado, y la estructura de la constitución económica de una sociedad, por el otro, en JESCHECK, *JZ* 1959, p. 457; TIEDEMANN, *FS-Stree/Wessels*, p. 527; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 2.

(5) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 19 y s.; SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1991, p. 32; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 166.

trasfondo económico[6], lo que permitiría afirmar que ya aquí se encontraba el germen del Derecho penal económico[7]. No obstante, hay que precisar que esta protección de los derechos de propiedad (en un sentido amplio) contenía una visión estática de lo económico –como lesión individualizada de los intereses económicos[8]–, motivada por la escasa complejidad que en ese entonces tenían las actividades económicas que se limitaban a la apropiación de bienes para la satisfacción de necesidades elementales. En este contexto, la protección penal de las relaciones económicas se configuró como una protección directa de la esfera individual de las personas mediante los tipos penales de hurto, robo o estafa. Como puede verse, los delitos patrimoniales asumieron la misma perspectiva de los delitos contra la vida o la integridad corporal. Una vinculación con un sistema independiente (la economía) no estuvo presente, ni lo está en la actualidad, en los tipos tradicionales de los delitos patrimoniales.

Las primeras formas de aparición de las lesiones patrimoniales no se redujeron, sin embargo, a ataques dirigidos a sujetos particulares, sino que ya desde antiguo se castigaron ciertas conductas delictivas con referencia a la protección de intereses supraindividuales[9]. Esta protección penal comenzó a tener lugar con la aparición

---

(6) Vid., así, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, p. 678, quien señala que "allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho penal económico, más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica". Vid., igualmente, TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 42; EL MISMO, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (drg.), p. 9.

(7) Podría decirse, en este sentido, que el Derecho penal económico no es una disciplina nueva; lo que puede ser reciente es, en todo caso, su denominación y sistematización con base en el actual sistema económico y sus principios reguladores. Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 14; SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1992, p. 32.

(8) Cfr. RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 3; STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 75.

(9) Cfr. TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 71; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 42 y s.; HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 14; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 4; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 14 y s.

de las primeras actividades de comercio de bienes y servicios. En efecto, con las primeras relaciones de carácter comercial se expidieron leyes –en sentido amplio[10]– que castigaron no sólo las conductas de quienes afectaban el patrimonio de la corona o del señor feudal por el no pago de impuestos sobre las ganancias del comercio rudimentario, sino también algunas conductas de abuso en las relaciones de comercio como la usura, el monopolio, el acaparamiento, el comercio intermediario y la infracción del sistema de control de precios. Es evidente que estas figuras delictivas no pueden entenderse en la lógica de la lesión a intereses patrimoniales individuales, pues no se castigaba ataques patrimoniales individualizados contra otros ciudadanos[11]. El objeto de sanción no era un perjuicio al patrimonio concreto de un sujeto en particular, sino un perjuicio a la Administración real o feudal o a la comunidad como tal. No obstante, si bien ya es posible ver aquí una protección jurídico-penal de aspectos económicos generales, hay que reconocer que no puede hablarse aún de un sistema económico diferenciado, al menos para el Derecho penal, pues con estos delitos no se protegía algo distinto a la suma de intereses de los individuos particulares o de la clase regente. Los intereses económicos de la sociedad estaban configurados, en todo caso, como una suma de intereses particulares.

B. El desarrollo de la ideología liberal en la economía

Las estructuras sociales comenzaron a sufrir cambios importantes a finales del siglo XVIII, cuando la actividad comercial experimentó una tecnificación y racionalización que llevó al nacimiento

---

(10) No se puede hablar de leyes en el sentido de un Estado con distribución de poderes (o funciones), pues no siempre ha existido tal estructuración del poder. En este sentido, MATTES, *Untersuchungen*, 1, p. 41, afirma correctamente que en la edad media es difícil encontrar una diferencia entre dispositivos de Derecho administrativo sancionador y dispositivos de Derecho penal (criminal).

(11) Cfr. con referencias a distintos ordenamientos jurídicos de reinos antiguos VOGEL, *JZ* 1958, p. 112; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 5; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 24 y s.

de las industrias[12]. Las complejas relaciones sociales que se derivaron de este proceso de industrialización, en el que aparecieron cuestiones como la producción masiva o los beneficios para los propietarios y los trabajadores, difícilmente podían reducirse a la suma de intereses individuales. Es así que se reconoció la existencia de un sistema económico independiente de los concretos intereses patrimoniales de los sujetos individuales. En la comprensión de esta realidad económica jugó un papel relevante el desarrollo de la ideología del liberalismo del siglo XIX[13], la cual tuvo un rápido auge hasta su abrupto fin con la economía dirigida de la primera guerra mundial (*Zwangswirtschaft*)[14]. Este predominio de la ideología liberal en la economía se reflejó en la regulación jurídica y, por supuesto, en el Derecho penal.

El descubrimiento de la economía por parte de la ideología liberal como un sistema autorregulado por una mano invisible[15] determinó la falta de necesidad de una dirección de la economía desde la política. El ordenamiento jurídico estaba orientado sólo a proteger al individuo frente a los abusos de terceros, entendidos éstos como ataques individualizados[16]. No debía existir, por tanto, un papel activo del Estado en la mejora de las condiciones económicas de los individuos. El Estado debía garantizar solamente que las reglas del mercado no se vean perturbadas por abusos de particulares[17], lo cual, en cualquier caso, tendría que llevarse a cabo mediante un Derecho policial o administrativo, pero no mediante el Derecho

---

(12) RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 9.

(13) Cfr., SCHMÖLDERS, en *Bekämpfung der Wirtschaftsdelikte*, p. 13 y s.; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 17.

(14) JESCHECK, *JZ* 1959, p. 457; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 16 y ss.

(15) Vid., RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 4.

(16) Cfr. MATTES, *Untersuchungen*, 1, p. 38.

(17) Vid., RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 6.

penal o criminal[18]. El Derecho penal se encontraba reservado para la lesión de bienes jurídicos de particulares[19], como, por ejemplo, el castigo de los delitos contra la propiedad industrial[20]. Pero la idea central era que la economía debía desarrollarse sin Derecho penal[21]. Con base en esta comprensión de las cosas, hubo autores que sostuvieron que conductas como la usura, el acaparamiento, el abuso de posición monopólica, incluso el delito de bancarrota, no deberían ser propiamente delitos en sentido estricto, sino infracciones del Derecho de policía[22].

La ideología liberal que se impuso en Europa durante el siglo XIX comenzó a ser cuestionada a principios del siglo XX. La objeción principal contra esta forma de ver la economía se centraba en la idea de que la regulación de las relaciones económicas entre los particulares no podía estar encargada solamente a la famosa "mano invisible" de los liberales, sino que era necesario la intervención activa por parte del Estado, como representante del bien común, para evitar las distorsiones propias del mercado[23]. Este giro en el papel

---

(18) Cfr., ampliamente, MATTES, *Untersuchungen*, 1, p. 92 y ss.

(19) Cfr. RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 10; RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 7. Presentaron ya una visión económica de los intereses particulares, GRÜNHUT, *FS-RG*, V, p. 116 y ss.; ALSBERG, *Wirtschaftsstrafrecht*.

(20) Esta comprensión de la intervención del Estado en la economía, sumado al hecho de que la propiedad industrial (patentes y marcas) fuese entendida, en un primer momento, como derecho subjetivo, explican el temprano castigo penal que en países europeos recibieron los atentados contra la propiedad industrial. Vid., con mayores referencias, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, p. 34; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 453 y s.; SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y Propiedad industrial*, p. 50; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 7.

(21) LINDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 2.

(22) FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1820, §§ 432 y ss. De igual manera, aunque aceptando estas sanciones en casos muy especiales, KÖSTLIN, *Neue Revision*, p. 699 y ss.

(23) Cfr., sobre el surgimiento entonces de un Derecho económico que buscó asegurar el sistema liberal y reducir sus consecuencias negativas, con amplias

económico del Estado se identifica históricamente con la famosa caída de la bolsa de valores estadounidense en 1929[24].

C. El intervencionismo del Estado

En las primeras décadas del siglo XX, el Estado empezó a desarrollar una política de orden de la economía controlando aspectos como la producción, precios, trabajadores, etc. Para reforzar esta política de intervención económica implantó una protección penal de determinados sectores y de la globalidad de la economía. Ya desde antes de la primera guerra mundial existían tipos penales en los ordenamientos jurídicos europeos que sancionaban atentados contra aspectos o sectores del sistema económico[25], como producto de la visión intervencionista del Estado en la economía y de la llamada economía de guerra[26]. El Estado dejaba así de tener la función de un simple vigilante del orden natural y empezaba a asumir una participación activa en el desarrollo de la economía nacional, sobre todo para controlar la creciente inflación que sobrevino después de la primera guerra mundial[27]. La progresiva regulación de la economía

---

referencias bibliográficas, Werner, *Wirtschaftsordnung*, p. 12 y ss.; Seijas Renjifo, *Revista de Derecho y Ciencia Política*, 54-55 (1997/8), p. 111 y ss.; Bramont-Arias Torres, Luis A., en *Cuadernos jurisprudenciales*, 4 (2001), p. 3; El mismo/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 355.

(24) Vid., Martos Nuñez, *Derecho penal económico*, pp. 19, 24, como cambio del sistema capitalista liberal; Righi, *Derecho penal económico*, p. 7 y ss.; Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 11.

(25) Cfr., Lindemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 49 y ss.; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 43 y ss.; Werner, *Wirtschaftsordnung*, p. 30 y ss.

(26) Cfr. Tiedemann, *GA* 1969, p. 73; El mismo, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; El Mismo, *Einführung*, p. 25; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 17; Achenbach, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 27; Righi, *Derecho penal económico*, pp. 8, 36.

(27) Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 43 y s.; Werner, *Wirtschaftsordnung*, pp. 18 y ss., 32 y ss.; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 34; Achenbach, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 28;

mediante directivas de la administración económica y su apoyo mediante el uso cada vez más extendido del Derecho penal, contribuyeron al desarrollo del llamado Derecho penal económico[28]. Con la aparición de regímenes totalitarios después de la primera guerra mundial, el Derecho penal económico –concretamente, el que reforzaba la actividad económica del Estado– experimentó un crecimiento exponencial, cayéndose así en un abuso del mismo[29]. El Derecho de policía en sentido estricto quedó relegado a un segundo plano, mientras que el Derecho penal se convirtió en la *prima ratio* para la protección de la economía global[30].

RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 8; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 114 y s.

(28) El trabajo de LINDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, passim (espec. p. 22), constituye el reflejo de esta nueva configuración del Derecho penal (económico). Sobre esta visión, cfr., también, TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 73; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 43; EL MISMO, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann (Hrsg.), p. 1; EL MISMO, *Poder económico*, p. 24; EL MISMO, *Einführung*, p. 25; HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 14; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 16; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 33; RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 9 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 4; PARIONA ARANA, en *Nuevas Tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 269.

(29) Un ejemplo claro de este proceder es lo que en Alemania se consideró la "pena de orden" (*Ordnungsstrafe*) y que fue aprovechado por el nacionalsocialismo para sus fines políticos (vid., por ejemplo, MEESKE, *Die Ordnungsstrafe*, p. 9 y ss.; RIETSZCH, *JW* 1938, p. 1073 y ss.). Cfr. sobre este abuso del Derecho penal en el nacionalsocialismo, SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 228; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 10, 14; JESCHECK, *JZ* 1959, p. 458; TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 76; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 44 y s.; WERNER, *Wirtschaftsordnung*, pp. 45 y ss. 52 y ss.; STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 66; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 19; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 35; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 28 y s.; RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 39 y ss.

(30) Cfr. RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 23.

D. El neoliberalismo: la economía social de mercado

Tras la segunda guerra mundial tuvo lugar un cierto retorno a postulados de origen liberal, pero no en el sentido de un ultraliberalismo con una economía sin dirección estatal[31]. Se estimó necesaria la intervención del Estado para, en primer lugar, impedir los abusos en el terreno económico por parte de particulares, pero también, y fundamentalmente, para fomentar una justa distribución de la riqueza[32]. En este sentido, no se habló ya de un sistema económico autorregulado por leyes naturales, sino de una economía social de mercado *(soziale Marktwirtschaft)* cuyas bases se asentaban sobre el libre mercado, pero con la necesidad de una participación activa del Estado mediante prestaciones sociales esenciales[33].

El recurso al Derecho penal para asegurar la intervención social del Estado no estaba descartado. Sin embargo, su utilización no podía estar determinada únicamente por factores políticos, esto es, por una estrategia simplemente económica. El abuso del Derecho característico en los Estados totalitarios planteó la necesidad de tener que justificar el uso del Derecho más gravoso en el ámbito de la economía[34].

---

(31) Cfr. Jescheck, *JZ* 1959, p. 458; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 25.

(32) Similarmente, cfr., Bottke, *wistra* 1991, p. 3.

(33) Cfr. Jescheck, *JZ* 1959, p. 458; Bottke, *wistra* 1991, p. 3 y s.; Tiedemann, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann (Hrsg.), p. 3; El mismo, *Poder económico*, p. 26; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 25 y ss.; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 36; Bajo Fernández, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 5; El mismo/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 12; Arroyo Zapatero, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 19; El mismo, *Prólogo*, p. 9; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 19 y ss.

(34) En este sentido, Mattes, *Untersuchungen*, 1, p. 174. Un ejemplo de esto tuvo lugar en la Alemania de la postguerra con la ley de simplificación del Derecho penal económico de 26 de julio de 1949 y que estuvo fundamentalmente dirigida a derogar la extensa legislación penal de la economía dirigida del nacionalsocialismo. En esta ley, en el § 6 párrafos 2 y 3, se estableció expresamente un criterio de diferenciación entre un delito económico y una infracción administrativa o contravención siguiendo los criterios desarrollados en la

En este sentido, hubo un regreso al Derecho administrativo sancionador para regular ciertos aspectos disfuncionales del mercado y una limitación del Derecho penal a los hechos más graves[35]. Una sobrepoblación de leyes penales en el terreno de la economía se estimó poco conveniente desde el punto de vista de la política económica. Se consideró más ventajoso, al menos en el sector occidental, que la actividad productiva no se frenase con mayores dispositivos penales de carácter fundamentalmente controlista[36], lo que se reflejó en un Derecho penal económico poco extendido. Junto a los tradicionales delitos patrimoniales se mantuvo alguno que otro tipo penal económico de carácter más general, pero sin que ello afectase la dinamicidad y el desenvolvimiento de la economía. La necesidad de un desarrollo de la economía y la industria determinó la existencia de pocas "trabas" jurídicas.

E. El fracaso del Estado de bienestar

Desde hace algunas décadas se advierte un cambio en la legislación penal, un resurgimiento de la actividad punitiva del Estado (*Neukriminalisierung*)[37]. Si bien en el plano económico se ha vuelto a

---

doctrina alemana por James Goldschmidt y Erik Wolf. Vid., más detalladamente, SCHMIDT, E., *SJZ* 1949, p. 665 y ss.; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 9; JESCHECK, *JZ* 1959, p. 458; TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 77; EL MISMO, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann (Hrsg.), p. 1 y s.; HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 14 y s.; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 27; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 36.

(35) En este sentido, SCHMIDT, E., *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 9; JESCHECK, *JZ* 1959, p. 458; TIEDEMANN, *FS-Stree/Wessels*, p. 529; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 32.

(36) Situación totalmente distinta a la de los países que estuvieron bajo dominio soviético en los que existió el modelo de la llamada economía planificada. Sobre esto, vid., MARTOS NUÑEZ, *Derecho penal económico*, p. 17 y ss.

(37) Cfr. BOTTKE, *wistra* 1991, p. 6; TIEDEMANN, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann (Hrsg.), p. 5; EL MISMO, *Poder económico*, p. 26 y s.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 31; SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1991, p. 32 y s.; STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 77 y ss.; DANNECKER, en

ciertos postulados liberales, conforme a los cuales el Estado dejaría ciertas actividades económicas en manos de los particulares y se limitaría a labores de control y supervisión, no se ha renunciado al Derecho penal para sancionar los posibles abusos de los agentes económicos(38). En este sentido, la menor intervención del Estado en la economía no ha traído consigo una reducción del Derecho penal económico.

Muchos son los factores que han determinado la expansión del Derecho penal económico en las últimas décadas: el conocimiento de los cuantiosos daños que determinadas conductas defraudatorias producen en la economía del país(39), la imposibilidad de castigar las nuevas formas de aparición de conductas lesivas con los tipos penales tradicionales(40), incluso una cierta perversión del aparato estatal originada fundamentalmente por el fracaso del modelo del Estado de Bienestar(41). Pero independientemente de las causas de esta expansión legislativa del Derecho penal económico(42), llama especialmente la atención el alcance que está teniendo. El Derecho penal económico se ha ampliado no sólo por la creación de nuevos tipos penales o la reformulación de los antiguos, sino también por la elevación a la categoría de delitos de anteriores infracciones

---

HbWiStR, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap 1, n.m. 4; ESER, *Revista de Derecho penal*, II, 2000-2, p. 42; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 35 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 4; RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 48; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 83; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, PG, I, p. 183 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 26 y s.; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 21.

(38) Vid., así, PRADEL, en *Derecho penal económico*, II, Conde-Pumpido Tourón (dr.), p. 26 y s.

(39) Vid., TIEDEMANN, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 10.

(40) Así en los delitos económicos, TIEDEMANN, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), 12; LOHMEYER, *Wirtschaftskriminalität*, p. 41.

(41) Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 21; ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 472; BESTE/VOß, en *La insostenible situación*, p. 347. Similarmente, ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 38.

(42) TIEDEMANN, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheimer/Weinmann (Hrsg.), p. 5; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 27; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, passim, (espec. p. 25 y ss).

administrativas[43]. Si se revisa la actual legislación penal económica, se podrá comprobar que muchas conductas que antes constituían infracciones administrativas son actualmente figuras delictivas.

A la expansión legislativa del Derecho penal económico se le suma una expansión dogmática, en tanto no solamente se incluye dentro del Derecho penal económico la legislación penal expedida con ocasión de la actividad económica del Estado, sino que se amplía también a las relaciones económicas entre particulares, esto es, entre los sujetos económicos[44]. En este sentido, ya no se trata sólo de un Derecho penal que refuerza la actividad económica del Estado (Derecho penal económico en sentido estricto)[45], sino de un Derecho penal económico que ve en el sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios un lugar de aparición de conductas lesivas de bienes jurídicos (Derecho penal en sentido amplio)[46]. Esto ha traído consigo obviamente dificultades para ordenar estos sectores de la legislación jurídico-penal en un sistema unitario[47], pero también ha determinado que la dogmática penal tradicional haya empezado a ser tematizada en cuanto a su capacidad de englobar las distintas manifestaciones delictivas[48].

2. Particularidades del Derecho penal económico nacional

Resulta evidente que la legislación penal económica en el Perú no ha seguido un proceso de evolución similar al ocurrido en Europa.

---

(43) Cfr., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 43; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 20 y ss.; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 29 y ss.

(44) Cfr., HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 17.

(45) Cfr. TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 80 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 13 y s.

(46) Vid., así, la descripción de TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 71; EL MISMO, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 9 y s.

(47) Ya en este sentido, TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 79 y s.

(48) En este sentido es muy ilustrativo el artículo de JUNG, *Die Bekämpfung*, *passim*.

La historia incaica, colonial y republicana de nuestro país muestra ciertas particularidades que difícilmente pueden equipararse a las condiciones de desarrollo del viejo continente. Está claro que en la época incaica no puede hablarse de un Derecho penal incaico en el mismo sentido que el europeo, sino solamente de forma genérica como la existencia de un orden coactivo[49]. Precisamente la existencia de estas diferencias culturales explica que en el proceso de conquista del Perú tuviese lugar una imposición del Derecho español sobre los estándares culturales incaicos[50]. Con la independencia del Perú no se consiguió una independencia de los indios frente a los españoles, sino una independencia de españoles nacidos en América (criollos) frente a los españoles peninsulares[51]. Por esta razón, la separación del dominio español no trajo consigo la expedición de una nueva legislación penal, sino que se mantuvieron vigentes las leyes españolas de la colonia que no contrariaran los principios de libertad e independencia proclamados en los decretos desde el 8 de septiembre de 1820, tal como lo estableció San Martín en el Reglamento Provisional de 17 de mayo de 1821 y que fueron confirmados posteriormente por Bolívar en la primera Constitución Peruana de 1823 (artículo 131). Salvo la breve vigencia del Código penal de Santa Cruz, inspirado en el Código penal español de 1822[52], durante la Confederación Peruano-Boliviana (1837-1838), no fue sino hasta 1862 en que el Perú contó con un Código penal propio, el cual tomó como modelo el Código penal español de 1848.

A pesar de tener fuentes legislativas distintas[53], tanto el Código penal de 1863 como el Código penal de 1924 incorporaron conductas lesivas que constituyen los antecedentes de los actuales delitos

---

(49) Hace mención a la criminalización de ciertas conductas económicas en la época incaica Reyna Alfaro, *Manual*, p. 22.

(50) Adecuadamente, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 3, n.m. 214, prefiere hablar de imposición del Derecho antes que de recepción.

(51) Vid., Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 3, n.m. 217.

(52) Vid., Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 3, n.m. 255 y s.

(53) Vid., Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 3, n.m. 268 y ss.

económicos. Por ejemplo, en el primer Código penal mencionado se puede señalar los delitos agrupados bajo el título de deudores punibles (artículo 339-344), así como el delito de licitaciones colusorias previsto en el artículo 350 que constituye el germen del artículo 241 del Código penal actual. En el ámbito de la política económica del Estado, el Código penal de 1863 contempló los delitos de falsificación de documentos de crédito (artículos 215-217), así como los delitos de falsificación de moneda (artículos 218-220). El Código penal de 1924, por su parte, avanzó en este ámbito de la criminalidad con la incorporación del delito de falso informe sobre sociedades del artículo 248, el cual dio origen en nuestro país al llamado Derecho penal de las sociedades[54], parte fundamental del Derecho penal económico.

Durante la vigencia del Código penal de 1924 se aprobaron diversas leyes penales especiales que se ocuparon de reprimir delitos económicos. Puede mencionarse, por ejemplo, la Ley 10906 de 1948 dirigida a reprimir los delitos de especulación y acaparamiento, norma que fue posteriormente sustituida por el Decreto Ley 21411 de 1976 y el Decreto Ley 22963 de 1980. Igualmente pueden citarse la Ley 11078 contra el agio y la usura de 1949, así como la ley 16185 represora del contrabando de 1966. Para viabilizar determinadas medidas de carácter socio-económico durante el gobierno militar de finales de los años sesenta y la década de los setenta se expidieron igualmente diversos dispositivos penales, como el artículo 48 y las disposiciones especiales tercera y octava del Decreto Ley 17716 (Ley de Reforma Agraria de 1969), los artículos 18 y 19 del Decreto Ley 18275 de 1970 que sancionaba como defraudación en agravio del Estado retener moneda extranjera, el Decreto Ley 18457 de 1970 que prohibía penalmente llevar o remesar al exterior moneda nacional, el artículo 12 del Decreto Ley 18882 que establecía el monopolio del Estado de metales preciosos, perlas y piedras preciosas. Sin negar el indudable carácter económico de las leyes penales especiales antes mencionadas, el término delitos económicos recién se utilizó expresa-

[54] Vid., GARCÍA RADA, *Sociedad anónima*, p. 143 y ss.; MONTOYA MANFREDI, *Responsabilidad*, p. 169 y ss.

mente en 1981 con el Decreto Legislativo 123, la llamada Ley sobre delitos económicos[55].

La existencia de una legislación penal económica dispersa se ha procurado revertir con el actual Código penal de 1991, que siguiendo el modelo español, inspirado a su vez en el Proyecto Alternativo Alemán de 1977[56], sistematiza los delitos económicos en este cuerpo legal. Aun cuando la sistematización de los delitos económicos en nuestro Código penal resulta muy defectuosa, no puede desconocerse un cambio de orientación sustancial. Los delitos económicos no se reducen al aseguramiento de la política económica del Estado, como se pudo apreciar claramente en los años setenta, sino que apunta a proteger en general ciertas condiciones esenciales de las relaciones económicas[57]. En este sentido, el Derecho penal económico deja de ser un Derecho penal de la política económica del Estado para convertirse en un Derecho penal del sistema económico en general.

La regulación centralizada de los delitos económicos en el Código penal fue rápidamente dejada de lado. La necesidad de regular de manera más efectiva los ámbitos tributarios y aduaneros, por ejemplo, llevó a la creación de leyes penales especiales para los delitos tributarios (Decreto Legislativo 813 de 1996) y los delitos aduaneros (Ley 26461 de 1995, derogada por la actual ley de delitos aduaneros, Ley 28008 de 2003). Del mismo modo, el delito de lavado de activos que en un primer momento se incorporó en el Código penal en los tipos penales del tráfico ilícito de drogas, cuenta actualmente con una ley especial, la Ley 27765 de 2002. En este sentido, puede apreciarse que nuevamente se está optando por la regulación de los delitos económicos a través de leyes penales especiales, lo que puede

---

(55) Sobre las particularidades de estas leyes en el ámbito del Derecho penal económico, Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 14; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 32 y ss.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 22 y ss.

(56) Vid., sobre este proyecto de sistematización conjunta de los delitos económicos con mayores efectos de prevención general, Tiedemann, *Einführung*, p. 37 y s.

(57) Vid., Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 15; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 33 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 24 y s.

traer algunos inconvenientes desde el punto de vista de la prevención general[58]. En cualquier caso, contamos actualmente con una legislación penal económica amplia que requiere no sólo una existencia simbólica, sino también una efectividad práctica. Nuestra Administración de Justicia penal mantiene, lamentablemente, graves defectos en la persecución de la delincuencia económica, como se puede constatar de la baja tasa de incidencia de condenas penales (efectivas) a autores de delitos económicos. Una represión eficaz de la delincuencia económica sigue siendo aún la tarea pendiente de los tribunales penales nacionales[59].

La situación descrita del Derecho penal económico nacional pone de manifiesto la necesidad de una doble tarea. Por un lado, resulta indispensable, como ocurrió en Europa desde los años sesenta, el desarrollo de una consciencia social del daño que producen los delitos económicos en la sociedad peruana, lo que debe reflejarse no sólo en el reproche social ante este tipo de criminalidad, sino también en el establecimiento de una infraestructura suficiente y adecuada para su efectiva persecución y castigo[60]. Esta tarea le corresponde fundamentalmente a los estudios criminológicos, de Política

---

(58) En este sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 38. Por su parte, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 1 y s., señala que la ausencia de leyes penales especiales produce una disfunción, pues hace necesaria la utilización de leyes penales en blanco y elementos normativos, lo que afecta a la determinación de la ley, aunque Tiedemann señala que el sistema contrario tampoco elimina la necesidad de leyes penales en blanco.

(59) Como principio de implementabilidad de la ley penal, exige VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 14, n.m. 253, una eficiente implementación administrativa en el sistema penal.

(60) En este sentido, un importante paso es la especialización en los tribunales penales en delitos económicos. En países de nuestro ámbito de influencia como Argentina se reconoce ya desde hace varios años un fuero especializado (vid., PAGANO, *Derecho penal económico*, p. 10 y ss.). Actualmente, sin embargo, se están dando pasos en nuestro país para reprimir adecuadamente ciertos delitos económicos, como el proyecto de creación de juzgados especializados en delitos aduaneros y piratería. Resulta llamativo que el financiamiento de estos juzgados especializados provenga de los propios sectores empresariales.

criminal y sobre todo a la propia opinión pública[61]. La segunda tarea consiste en sistematizar correctamente las leyes penales económicas vigentes con la finalidad de permitir un manejo adecuado por parte de los tribunales penales. Esta tarea, a diferencia de la primera, resulta de competencia del dogmático. La presente exposición sobre la Parte General del Derecho penal económico apunta a contribuir en el cumplimiento de la tarea asignada al dogmático.

(61) Vid., en este sentido, las consideraciones de BAJO FERNÁNDEZ, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 43 y ss.

Capítulo II

CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Las primeras formulaciones dogmáticas sobre el Derecho penal económico se pueden encontrar en los trabajos de TIEDEMANN de finales de los años sesenta y principios de los setenta[1]. Si bien autores como GRÜNHUT en 1929[2], ALSBERG en 1931[3] y LINDEMAN en 1932[4] ya habían hecho referencia a la existencia de un Derecho penal económico, no ha sido sino hasta los trabajos del Profesor Emérito de la Universidad de Friburgo que se definió de manera más precisa el llamado Derecho penal económico. En los trabajos de TIEDEMANN, la definición del Derecho penal económico parte de

---

(1) Especialmente cabe destacar su trabajo «Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts», *GA* 1969, p. 71 y ss.

(2) «Über den strafrechtlichen Schutz wirtschaftlicher Interessen», en *Die Reichgerichtpraxis im deutschen Rechtleben, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichgerichts*, Tomo V, 1929, p. 115 y ss.

(3) «Wirtschaftsstrafrecht als Problem der Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft», Conferencia presentada en el Congreso de la asociación colectiva de instituciones de giros del Dresdner Bank, en marzo de 1931.

(4) *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, 1932.

una distinción[5], asumida también por BAJO FERNÁNDEZ[6] y muy extendida en el mundo hispanoparlante, entre el Derecho penal económico en sentido estricto y el Derecho penal económico en sentido amplio. Mientras la definición estricta abarca solamente las normas penales que respaldan la intervención del Estado en la ordenación del mercado (control de precios, generación de ingresos, protección de clases débiles económicamente), la definición amplia se extiende además a todas las conductas delictivas que se verifican en las relaciones económicas derivadas de la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

La crisis del modelo planificado o dirigido de la economía y el reconocimiento de la necesidad del libre mercado incluso en países de política económica no liberal, ha llevado a que el Derecho penal económico no pueda quedar reducido al llamado Derecho penal económico en sentido estricto. En este sentido, resulta fácilmente comprensible que exista unanimidad en la doctrina en reconocer que el Derecho penal económico debe ser definido en un sentido amplio. Sin embargo, la lógica consecuencia de esta extensión del Derecho penal económico es el surgimiento de la cuestión de si los delitos patrimoniales (especialmente la apropiación indebida, la estafa y la infidelidad patrimonial) se encuentran incluidos dentro de esta definición amplia de Derecho penal económico. Como puede verse, la definición del Derecho penal económico repercute en la extensión de esta parte especial del Derecho penal.

En el Derecho penal económico, la doctrina recurre por lo general a exposiciones descriptivo-formales que definen el Derecho penal económico como un conjunto de normas que sancionan con penas conductas que afectan el desarrollo del sistema económico o de sus instituciones[7]. Esta perspectiva, sin embargo, apenas ofrece

---

(5) *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 54.

(6) *Actividad empresarial*, p. 36 y ss.

(7) Así se presenta el concepto de Derecho penal económico en TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 78 y ss.; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 50 y ss. (espec. p. 54); GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 29, 64 y ss; HEINZ, *GA* 1977, p. 196; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 54 y ss.; BAJO

criterios materiales para definir el Derecho penal económico, ya que se reduce a simples pautas de ordenación del objeto de análisis (normas jurídicas), insuficientes para valorar críticamente la labor del legislador penal[8]. La presente exposición pretende, por el contrario, entrar en cuestiones de legitimidad, por lo cual hemos optado por una perspectiva objetivo-material que, contrastando el sistema penal vigente con los criterios materiales, nos permita también hacer un juicio crítico a la legislación penal económica correspondiente. Tal perspectiva de análisis requiere abordar previamente dos cuestiones muy relacionadas. En primer lugar, se necesita precisar la función que cumple el Derecho penal económico y, en segundo lugar, determinar sobre qué aspectos recae en concreto dicha función. La respuesta a estas dos cuestiones nos permitirá delimitar finalmente su ámbito de aplicación.

II. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Concepciones sobre la función del Derecho penal económico

La cuestión de la función del Derecho penal lleva, por lo general, a la discusión sobre la función de la pena, pues ésta constituye el mecanismo de reacción que más identifica al Derecho penal[9]. Esta orientación de la discusión se reproduce igualmente en el Derecho penal económico, en la medida que su función coincide con la atribuida

---

FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 36; EL MISMO, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 3; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 11; MARTOS NUÑEZ, *Derecho penal económico*, p. 130; MAZUELOS COELLO, *Derecho penal económico*, p. 20.

(8) Vid., en este sentido, BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; EL MISMO, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 74; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 21; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 349; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, pp. 7 y ss., 47 y ss., concretando la protección del Derecho penal económico en los factores de producción en la economía; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck, § 3, n.m. 25, pero sin emprender la determinación de tales criterios materiales.

(9) Vid., ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 21.

al Derecho penal general[10]. Puede decirse, como primera cuestión, que existe un consenso doctrinal en cuanto a rechazar concepciones que atribuyen a la pena la misión trascendental de realizar la Justicia[11]. En efecto, se reconoce de forma prácticamente unánime que el Derecho penal económico no cumple una función metafísica, sino una función propiamente social[12]. Sin embargo, este acuerdo inicial no alcanza a los criterios para la determinación de tal función social. El punto neurálgico de la actual discusión doctrinal se encuentra precisamente en determinar la función social del Derecho penal económico y la manera cómo cumple con su contribución al sistema social.

En una simplificación un tanto aventurada, pero útil para la explicación de nuestros puntos de partida, puede decirse que las posturas que otorgan una función social al Derecho penal económico se reducen a dos tendencias: por un lado, se encuentra la que le atribuye una función de motivación para evitar conductas lesivas de bienes jurídicos; por el otro, la que entiende que el Derecho penal económico se encarga de restablecer la vigencia de una norma infringida y mantener así la identidad normativa de la sociedad. Se trata de dos concepciones que presentan claras diferencias en su comprensión de la persona, las normas y la sociedad. Si bien estas diferencias no fundamentan indefectiblemente una relación de exclusión entre ambas comprensiones[13], debe reconocerse que en el plano valorativo

---

(10) Similarmente, KINDHÄUSER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 441 y s.

(11) Vid., por todos, PÉREZ MANZANO, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 74. Mantiene, sin embargo, un fundamento de la pena en criterios ideales KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 37 y ss.; EL MISMO, *Der Begriff*, p. 50 y ss., lo cual puede explicar también por qué, como lo veremos en el capítulo tercero, el liberalismo racionalista se muestra poco dispuesto a reconocer legitimidad al Derecho penal económico.

(12) TIEDEMANN, *GA* 1969, p. 78; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 349; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 47 y ss.; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 86.

(13) JAKOBS, *La ciencia*, p. 136, por ejemplo, reconoce como una función latente la motivación mediante la intimidación, pero indica que esto no se dirige a personas en el sentido jurídico-penal, sino a aquellos que carecen de disposición jurídica.

resulta necesario determinar cuál función legitima finalmente al Derecho penal[14].

A. La función de motivación a través de la norma penal

La función de motivación del Derecho penal económico se basa fundamentalmente en la función de la norma penal: mediante la norma jurídico-penal se evita la realización de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos del sistema económico[15]. Este entendimiento de la función del Derecho penal económico presupone que entre el mensaje normativo y la actuación de los ciudadanos exista una vinculación psicológica o, en todo caso, normativa[16]. Esta vinculación permite precisamente un efecto motivatorio sobre todos los agentes económicos o, en concreto, sobre

---

Similarmente Lesch, *Injusto y culpabilidad*, p. 27, nota 52. Reconoce también una relación de complementariedad en el plano instrumental, Alcácer Guirao, *RPDJP* 2 (2001), p. 73.

(14) Vid., Alcácer Guirao, *RPDJP* 2 (2001), p. 74. Por el contrario, Silva Sánchez, *RPDJP* 3 (2002), p. 391 y ss., propone una comprensión integradora de ambas perspectivas de la función del Derecho penal.

(15) Vid., en este sentido, Geerds, *Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 29 y s., 64 y ss.; Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 47; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 86; Nagel, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 101; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 147; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 202; Zúñiga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 226. En general sobre la vinculación de la función de motivación con la protección de bienes jurídicos, Rudolphi, *FS-Honig*, p. 71 y s.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 7; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 1; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 24; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 58 y ss.

(16) Vid. en este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 214, quien responde a la crítica de una falta de vinculación psicológica entre la actuación del ciudadano y la norma penal, señalando que si bien esto puede entenderse en el plano del ser (donde las personas no actúan con total racionalidad, pero que tampoco puede descartar una cierta medida de motivación de la normas penales en este nivel), en el plano del deber ser (normativo) la idea del hombre es la de un ser racional y por tanto capaz de motivarse por la norma penal.

los potenciales infractores, lo cual, a su vez, puede hacerse a través de una amenaza de pena o convenciendo sobre la importancia de los valores protegidos. Con base en ello, la doctrina penal diferencia la prevención general y la prevención especial, así como la vertiente negativa y la positiva. Con independencia de las particularidades de cada vertiente de la prevención, la función del Derecho penal económico se centra en el efecto motivatorio de la norma penal sobre sujetos económicos racionales para evitar la lesión de bienes jurídicos.

De las distintas vertientes de la teoría de la prevención, puede decirse que la teoría de la prevención general negativa es la que más posibilidades de aceptación tendría en el Derecho penal económico. La función de motivación negativa de las normas penales ha sido defendida como fundamento legitimante del Derecho penal en general por distintos autores desde FEUERBACH[17]. La crítica formulada por los detractores de la prevención general negativa, de que esta función de la pena no podría sostenerse en algunos delitos, como los pasionales, ha llevado a pensar que en los delitos económicos, en donde el agente hace necesariamente una ponderación de los costes y beneficios de su actuación, no cabría esa excepción[18]. En tal sentido, habría que reconocer la viabilidad de la función de prevención general negativa de la pena en el Derecho penal económico.

La aparente superación de la crítica a la teoría de la prevención general negativa no impide, sin embargo, otro cuestionamiento más importante. La prevención general se encuentra formulada en términos

---

(17) Vid., FEUERBACH, *Lehrbuch*, p. 37 y ss., para quien la amenaza de pena contenida en la norma penal debe producir una coacción psicológica en los ciudadanos, de manera que el sujeto desista de cometer un delito porque no le sale a cuenta. Sin embargo, Feuerbach, como buen kantiano, niega este efecto en la ejecución de la pena, llevándolo al plano legislativo. La ejecución de la pena sólo busca confirmar la seriedad de la amenaza legal. Vid., en este sentido, también la exposición de LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 44 y ss.

(18) JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 29. Sin embargo, TIEDEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 40, considera que tampoco el delincuente económico actúa de manera económicamente racional.

generales por delitos (para los homicidios en general, por ejemplo, se establece una pena privativa de libertad para intimidar de 6 a 20 años), lo cual no considera el hecho indudable de que la ponderación de costes y beneficios se hace en cada supuesto concreto y que las variables cambian de caso en caso[19]. Es así que puede que en determinado contexto la pena intimide realmente (cuando los beneficios son mínimos), pero puede que en otros no. Por otra parte, puede ser que un delito no muy grave requiera una pena muy elevada para poder intimidar al delincuente concreto (por ejemplo: un acto de denigración del competidor del que dependa la supervivencia de la empresa)[20]. La única manera de dar cierta fuerza intimidatoria a la pena sería hacerla indeterminada y, en consecuencia, asumir el riesgo de devenir en un sistema de terror penal.

Los defensores de la prevención general negativa aprecian precisamente el peligro de caer en una situación de terror penal, por lo que las actuales formulaciones de esta teoría no se centran exclusivamente en la función de conminación penal[21], sino que intentan precisar criterios de limitación para evitar caer en una situación de

---

(19) Por esta razón, no compartimos la posibilidad de hablar de una eficacia intimidatoria del Derecho penal en su conjunto (como lo hacen, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 217; ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 41). La intimidación, como factor de la toma de decisiones, debe analizarse desde el comportamiento individual y no desde la incidencia en el sistema.

(20) En el mismo sentido, la crítica de JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 30.

(21) Las críticas achacadas a las distintas teorías de la prevención (a la de la coacción psicológica y de la prevención especial), determinaron que se iniciara una dirección ecléctica respecto de la función social del Derecho penal. Todos tuvieron un mismo punto de partida: la función de protección de bienes jurídicos (o de la sociedad) (vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 3/41 y ss.). Cabe reducir las posturas eclécticas en dos direcciones: la que entiende que la protección de bienes jurídicos debe basarse en la retribución justa consistiendo los fines de prevención meros límites a la retribución, y la que invierte esta relación dejando a la retribución (o garantías) la función de límite máximo de las exigencias de prevención. En la actualidad, esta última orientación se encuentra más extendida. Una propuesta que se acerca a la primera forma ecléctica defiende en la actualidad, GIL GIL, en *LH-Cerezo Mir*, p. 19 y ss.

terror penal[22]. La principal dificultad que encuentran los autores que sostienen esta concepción se encuentra en la imposibilidad de armonizar en un sistema coherente los criterios de prevención y los de limitación de la potestad punitiva. Y esto se hace especialmente patente en el Derecho penal económico, en donde se aprecia un desequilibrio evidente entre los fines de motivación y la limitación de la represión mediante garantías jurídico-penales[23]. Una función motivatoria del Derecho penal económico no puede dejar de aceptar un cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante una pena y los límites a esta motivación[24].

B. La función de reestabilización de la pena

Si bien la función de reestabilización no ha tenido hasta ahora un desarrollo completo en el Derecho penal económico, puede encontrarse en la idea de confianza desarrollada por OTTO el germen de esta interpretación. Hay que indicar, sin embargo, que las consideraciones de OTTO en ningún momento estuvieron dirigidas a cuestionar la función tradicionalmente atribuida al Derecho penal de impedir la lesión de bienes jurídicos, sino, más bien, a reformular el bien jurídico protegido en el sentido de que en los delitos económicos no se lesiona bienes jurídicos con contenido material, sino la llamada

---

(22) Vid. las distintas limitaciones a la prevención general, NAUCKE, en *Hauptprobleme*, pp. 9, 21, 28; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 37 y ss.; § 10, n.m. 93, quien busca limitar una pura teoría de la conminación penal con su teoría dialéctica de la pena, y en el ámbito de la imposición de la pena con el principio de culpabilidad (ROXIN, *JuS* 1966, pp. 377, 384 y s.; EL MISMO, *La evolución*, p. 44). Una limitación apoyada en la prevención general positiva sostienen MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 31 y ss; EL MISMO, *Derecho penal*, PG, L 3/67 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 68 y s.; SCHÜNEMANN, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 96. En una visión mucho más global SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 241 y ss., señala que también es función del Derecho penal observar las garantías jurídico-penales.

(23) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 203.

(24) Esta situación explica la acusada tendencia en el Derecho penal económico hacia un Derecho penal impreciso. Vid., sobre esto, HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 40.

confianza general (abstracta) en el sistema económico o algunas de sus instituciones[25]. Si OTTO hubiese concretado la idea de confianza en los distintos delitos económicos, habría podido con seguridad reformular la función del Derecho penal económico en el sentido de reestabilización de la confianza.

Un desarrollo consecuente de la función de reestabilización ha sido llevado a cabo por JAKOBS para el Derecho penal en general[26]. Este autor parte del rechazo de la función de motivación de las normas para evitar lesiones a bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece éstos se encuentran ya lesionados[27]. La única función que el Derecho penal puede llevar a cabo en este contexto, consiste en restablecer lo que aún le resulta posible mediante la imposición de una pena; esto es, devolver la vigencia comunicativa-social a la norma infringida[28]. Esta concepción del Derecho penal se centra en la función social de la pena y tiene como base un entendimiento comunicativo del delito y la sanción penal[29]. Si bien

---

(25) Vid., OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 342 y ss. Anteriormente, OTTO, *MschrKrim* 1980, p. 400. Críticamente, VOLK, *JZ* 1982, p. 86; BAUMANN, *JZ* 1983, p. 936 y s. En España, siguen esta comprensión MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 40; PÉREZ DEL VALLE, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 35.

(26) Actualmente, también GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, p. 203 y ss. (espec. p. 215 y ss.), se pronuncia sobre una función de la pena que no se centra en la ofensa psíquica-individual del lesionado inmediato, sino en el rechazo del injusto por la generalidad.

(27) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 26; MÜSSIG, en *Teorías de sistemas*, p. 202.

(28) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; EL MISMO, *La ciencia*, p. 136; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 27; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 140 y ss. En la misma línea, aunque con otros puntos de partida, KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 82 y ss.

(29) Se trata de una reestabilización comunicativa (normativa) que no necesita de un efecto psico-social empírico; vid., en este sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18 y s.; EL MISMO, *PJ* 49, p. 298; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 149. Críticamente con base en una comprensión distinta de la teoría de la comunicación, PUPPE, *FS-Grünwald*, p. 469 y ss.; CARO CORIA, *Thémis* 35, p. 154.

se ha calificado a esta interpretación del Derecho penal como una forma de prevención general positiva[30], lo cierto es que no se sustenta en la motivación de los ciudadanos respecto de su comportamiento futuro[31], sino que atiende, más bien, a las necesidades presentes del sistema social, es decir, a solucionar la infracción de la norma[32]. Si se quiere utilizar terminología con base en la teoría de las normas, podría decirse que según esta concepción la función del Derecho penal no se encuentra en la norma de conducta, sino en la norma de sanción[33]. Esta afirmación, sin embargo, no significa negar que la existencia del Derecho penal requiere fortalecer cognitivamente la norma de conducta, puesto que un ordenamiento penal que nadie respeta termina por desaparecer.

---

(30) Vid., el propio JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 4 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 226 y ss. Por el contrario, lo considera una variante de la prevención general negativa, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 284.

(31) Es necesario precisar que el reconocimiento de una base cognitiva sobre la probabilidad de la vigencia del Derecho, reconocida recientemente por JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 28, no implica asumir una teoría de la unión de la pena que mezcle aspectos normativos con aspectos empíricos. El mantenimiento del lado cognitivo de la pena no constituye otra función de la pena, sino un aspecto de la realidad del Derecho o, si se quiere, una condición de su existencia. Anteriormente JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 53, había ya señalado que "*todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad*". De modo más claro para el Derecho penal: "*La pena significa una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe producir prevención general positiva*" (p. 57).

(32) En este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 91 y ss.; EL MISMO, *Intervención delictiva*, pp. 32, 37; EL MISMO, *Función de la pena*, p. 50; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 147; SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 15; PEÑARANDA RAMOS, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 230.

(33) Vid., esta bipartición que sirve para entender las disputas entre las teorías de la motivación y las de la reestabilización, KINDHÄUSER, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 29 y ss. En sentido similar, HAFFKE, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 133 y s.; ALCÁCER GUIRAO, *RPDJP* 2 (2001), p. 52; SILVA SÁNCHEZ, *RPDJP* 3 (2002), p. 396 y ss.

C. Toma de posición

Pese a las objeciones que, muchas veces sin conocimiento de causa, se han esgrimido en contra de la función de reestabilización de la pena, consideramos que el Derecho penal económico busca efectivamente restablecer la identidad normativa esencial de la sociedad en la economía[34]. El Derecho penal económico no cumple, por tanto, una función de motivación mediante las normas penales, al menos no como criterio generalizable, como lo demuestra no sólo cada nuevo delito económico, sino también los casos en los que la decisión de no emprender una conducta delictiva responde a razones ajenas a la amenaza penal[35]. Sin embargo, pese a compartir la misma perspectiva con el planteamiento de JAKOBS, debemos dejar indicados ciertos puntos de partida que nos distancian de su propuesta dogmática.

Aunque poco se ha profundizado sobre la identidad normativa de la sociedad, parece claro que el pensamiento de JAKOBS se acerca a un positivismo sociológico en el sentido de encontrar la identidad normativa de la sociedad en una construcción racional a partir de cómo está organizada la sociedad en un momento dado, en tanto funcione como tal[36]. No cabe duda que el funcionamiento de la sociedad es un presupuesto para su existencia y que su forma de constitución necesita siempre de una evolución para adaptarse a las

---

(34) Vid., en general para el Derecho penal, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 15; EL MISMO, *PJ* 49, p. 297; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 37 y s. Criticar esta interpretación con base en la afirmación de un carácter reaccionario del Derecho penal (así, CARO CORIA, *Thémis* 35, p. 155 y s.) tiene una validez relativa, pues si la identidad de la sociedad fuese progresista seguramente no se tildaría al Derecho penal de reaccionario [vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21, nota 19]. Si el Derecho penal no protegiese algo que está en la sociedad (por acuerdo o por la naturaleza de las cosas), entonces estaríamos ante una revolución, en el sentido de violencia, o una utopía.

(35) Vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 41 y ss. Tampoco se justificaría la imposición de una pena a aquellos que no se pueden intimidar por la norma penal (vid., en este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 275).

(36) Vid., JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 69. Reconoce la vinculación de esta concepción con una visión positivista, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 142.

nuevas condiciones de la realidad, pero también hay que reconocer que la sociedad no tendría ningún sentido sin los seres humanos[37]. Si bien el funcionalismo en el Derecho penal, utilizando en parte las ideas de la teoría de los sistemas, acepta que sin individuos no existiría sociedad, rechaza que su configuración dependa de éstos[38] y atribuye, más bien, a la sociedad la facultad de otorgar a los individuos su identidad, esto es, elevarlos a la categoría de persona (como destinatario de comunicaciones)[39]. Con este proceder se abre la posibilidad de excluir determinados individuos del sistema social o de sus sistemas parciales, así como también dejar de lado determinados aspectos del individuo que no "sirven" o "comunican" en el sistema social.

Nuestra divergencia con el planteamiento de JAKOBS se presenta precisamente en su concepción de la persona, en tanto pensamos que si bien la persona sólo puede comprenderse en sociedad, no se encuentra determinada exclusivamente por las reglas de configuración del sistema social. La sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que se trata de un estatus que se atribuye

---

(37) Vid., igualmente, WITTECK, *Der Betreiber*, p. 152. Quizá con ello entramos en la discusión sobre si la esencia precede a la existencia, a lo cual podemos, junto con KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 44, responder afirmativamente.

(38) En este sentido, la pretensión de JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, passim, de determinar lo propio de la sociedad más allá de la naturaleza y la individualidad (vid., así también la interpretación de KARGL, *GA*, 1999, p. 55 y s.). Para decirlo en una frase cliché de la actual teoría de los sistemas: "Sólo la comunicación comunica" (Sobre el entendimiento de la sociedad como comunicación, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 63 y ss.).

(39) Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 17. Por ello, el concepto de persona que JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 30 y s., utiliza sólo puede tener lugar en una sociedad y, por tanto, está determinada por su relación con otras personas en el desempeño de un rol. En sentido similar y más vinculado a la teoría de los sistemas, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, p. 221. Críticamente frente al concepto de persona del Derecho penal en Jakobs, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 13 y s.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, PG, I, p. 52 y ss.

a todo individuo por el hecho de ser un ser humano[40]. En efecto, muy a diferencia de las concepciones positivistas, consideramos que el concepto de persona no depende del consenso social o de la eventual constitución de la sociedad, pues, como lo ha señalado HERVADA, "ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho"[41]. En este sentido, el Derecho penal económico no cumple su función de protección respecto de la sociedad en sí misma o de un determinado modelo *a priori* del sistema económico, sino en tanto la organización económica de la sociedad favorece la realización de las personas[42].

Resulta conveniente destacar, para evitar malas interpretaciones, que nuestro planteamiento no significa aceptar cierto empirismo o naturalismo en la comprensión del Derecho penal, el cual mantiene plenamente un punto de partida normativista. Asumir un concepto empírico o naturalista de persona implicaría verla como una unidad psico-física o como un individuo orientado calculadoramente a la maximización de su propio provecho[43], lo cual no se ajusta, como es fácilmente constatable, a lo que hemos señalado hasta

---

(40) Vid., con mayor detalle y fundamentación, SPAEMANN, *Personen*, p. 252 y ss. A este planteamiento se le ha cuestionado dar origen a un especieísmo que daría más importancia a un trocito de tejido embrionario que a todo el conjunto de gorilas. No obstante, la alternativa al especieísmo no será otra que la discriminación que justifica un poder absoluto de los nacido sobre los no nacidos, de los sanos sobre los enfermos (vid., en este sentido, OLLERO, *Bioderecho*, p. 47). Una interesante exposición sobre la escisión de persona e individuo, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, p. 271 y ss.

(41) *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 140.

(42) Vid., esta orientación respecto del Derecho penal en general, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 271.

(43) No compartimos, por ello. el punto de partida de las consideraciones filosóficas de JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 9 y ss.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 15 y s., según el cual un individuo aislado seguiría únicamente un esquema de satisfacción/insatisfacción (*Lust/Unlust*). La capacidad de la persona (individuo) de valorar las cosas no se lleva a cabo únicamente a partir de los deseos o placeres, sino que la persona es capaz de someter a valoración sus propios deseos (vid., así, SPAEMANN, *Personen*, p. 22).

ahora[44]. No hay nada más opuesto a lo empírico o naturalista que un planteamiento que sostiene que todo ser humano es persona con independencia de sus concretas particularidades o estado de desarrollo, o que es persona a pesar de no ser vida humana independiente o no tener una actividad psicológica completamente desarrollada. El único punto de separación con el normativismo actualmente imperante se encuentra en que las normas de referencia (por eso normativo) no son puramente sociológicas, sino también ontológicas. Quien equipara lo ontológico con lo empírico comete un grave error de punto de partida, pues no hay nada más normativo que lo ontológico. Si se revisa el origen científico de la ontología, se podrá apreciar que se le considera como una parte de la metafísica y no de las ciencias físicas o naturales. El ontologismo vinculado a una comprensión empiricista o naturalista de las cosas no es más que un pseudoontologismo.

2. Elementos de la propia concepción sobre la función del Derecho penal económico

A. Punto de partida: El concepto de persona

Si la configuración de la sociedad está orientada a la persona y no la persona a la sociedad, resulta evidente que el punto de partida de nuestra comprensión se encontrará en el concepto de persona. El origen de tal concepto en la tradición occidental aparece en la formulación de BOECIO, quien la entiende como *ser individual con substancia racional*[45]. A partir de esta idea, pueden apreciarse dos direcciones en la determinación de tal concepto: por un lado, se encuentra la filosofía de la subjetividad o consciencia, que intenta fundamentar el estatus de persona en la capacidad que tiene el individuo de reconocerse como tal, mientras que, por el otro, están aquellas

(44) De otra opinión es la interpretación que hace de nuestro planteamiento CARO JOHN, *RPDJP*, 5 (2004), p. 445 y ss.

(45) Si bien hay que reconocer que la historia de este concepto se remonta a la Roma antigua (vid, así los textos de Sueton, Ulpiano, Séneca, Cicerón, recogidos en *Person*, p. 29 y ss.), el concepto moderno de persona encuentra su origen a partir de la metafísica de la substancia.

interpretaciones que parten de una relación de mutuo reconocimiento, esto es, de una atribución social[46].

Como puede apreciarse fácilmente, el funcionalismo en el Derecho penal discurre por la segunda línea de interpretación del concepto de persona[47]. Sin embargo, nuestro anterior rechazo a una noción de persona completamente determinada por lo social no significa que sigamos la línea subjetivista trazada sobre todo a partir de KANT. Con KANT sólo coincidimos en la medida en que partimos del individuo para comprender la sociedad y, en concreto, el Derecho penal, pero no compartimos su fundamentación racional-subjetivista de la persona. Nuestra concepción se acerca, más bien, a un concepto realista de persona, fundamentado en una atribución normativa incondicional al ser humano que le impulsa no sólo a existir, sino a proyectar su realización individual en medio de una comunidad[48]. De la propia comprensión de la esencia de los seres humanos se desprende su personalidad y, por consiguiente, la funcionalidad de la sociedad.

La personalidad del ser humano se deriva del hecho de poseer dignidad. Esta dignidad humana puede manifestarse de dos maneras distintas. Por un lado, se encuentra la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo[49]. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual nadie puede caer[50]. Frente a la dignidad absoluta está la dignidad relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal

---

(46) Vid., estas ideas en SPAEMANN, *Personen*, p. 9 y ss.

(47) Vid., JAKOBS, *FS-Roxin*, p. 796; MÜSSIG, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 214 y ss.

(48) En este sentido, no se trata de un concepto descriptivo sino normativo, como lo reconoce SPAEMANN, *Personen*, p. 26.

(49) Si bien PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 276, no niega la existencia de una dignidad humana intrínseca y previa, señala que mientras esa dignidad no sea socialmente reconocida carece de existencia social. Esta afirmación vacía de sentido la existencia de una dignidad intrínseca, pues al estar condicionada al "reconocimiento social" ya no es absoluta.

(50) Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

en sociedad. Esta dignidad no es la misma para todos los hombres, de manera que una persona puede ir en cierto modo perdiéndola en su actuación práctica[51]. En esta faceta práctica del ser humano se manifiestan los elementos de su personalidad: su individualidad y su socialidad. La individualidad de la persona implica atribuirle libertad en el sentido de poder autodeterminarse a su realización personal[52]. La socialidad de la persona significa, por su parte, que sus actuaciones están sujetas a una responsabilidad frente a los demás, en la medida que el marco natural de desarrollo de la persona es la sociedad. En suma, puede decirse que la persona tiene una dignidad absoluta que no puede negarse ni desconocerse socialmente y además una dignidad relativa que permite atribuirle sus actos como libres y responsables frente a los demás.

La comprensión esbozada del concepto de persona nos lleva a la conclusión de que la identidad de una sociedad no sólo está informada por las particularidades de su tiempo, sino también por su idoneidad para permitir el desarrollo personal en las concretas condiciones sociales. Por lo tanto, cabe cuestionar la eventual constitución social en caso de desconocer su propia identidad. No hay duda que la persona constituye una realidad manifestada socialmente y, por tanto, sólo puede identificarse en las particularidades de la sociedad de la que se trate[53], pero también resulta claro que una

(51) Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106: "La desigualdad en dignidad personal se basa en la diferente calidad moral de los hombres".

(52) Esta individualidad, como puede verse, es normativa, pues permite "imputarle" libertad a la persona. Por ello, resulta absolutamente injustificado afirmar que la individualidad a la que hacemos mención significa asumir una perspectiva parcialmente empirista o naturalista como lo señala CARO JOHN, *RPDJP*, 5 (2004), p. 446. Sólo un análisis del término muestra que individuo no quiere decir algo empírico, sino algo que no se puede dividir (in-dividuo), es decir, que constituye una unidad diferenciada precisamente de la naturaleza empírica.

(53) Vid., en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50, sobre la imposibilidad de acceder racionalmente a la esencia del hombre, de manera que hay que conformarse con una imagen del mismo que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo.

sociedad que impida el desarrollo personal o favorezca tal impedimento, se presenta como ilegítima en esos aspectos por muy funcional que sea, es decir, por más que pueda subsistir. La descripción funcional de la sociedad y los sistemas sociales se muestra como un método muy atractivo de comprensión de la realidad[54], como posiblemente también lo sea el análisis económico del Derecho[55], pero a la larga resulta insuficiente para encontrar los criterios de fundamentación de la construcción científica[56]. Una descripción funcional de la sociedad sólo puede tener sentido si tiene en cuenta su finalidad[57]. Y su finalidad es favorecer el desarrollo de los individuos como personas.

B. La identidad normativa de la sociedad basada en la persona

El concepto de persona que asumimos repercute, sin duda, en la configuración de la llamada identidad normativa de la sociedad y, en concreto, cómo ésta se manifiesta en la economía. Como se verá, no todo lo socialmente acaecido o habitual adquiere vigencia social, sino solamente aquellos aspectos sociales que contribuyen a la realización personal. En este sentido, la llamada identidad normativa define qué aspectos sociales deben mantenerse incluso aunque sean negados fácticamente en las relaciones sociales. Esta identidad de la sociedad no se determina convencionalmente por actos de voluntad institucionales o usos sociales, sino que además de los innegables aspectos de carácter convencional debe considerarse el sentido ontológico del ser persona.

---

(54) En el ámbito concreto del Derecho penal destaca la importante aportación de Gómez-Jara Diez, en *Teoría de los sistemas*, (Gómez-Jara ed.), p. 385 y ss.

(55) Vid., así, Ortiz de Rubina Gimeno, *RPDJP* 6 (2005), p. 325.

(56) Vid., en este sentido, Spaemann, Introducción a *Philosophische Essays*, p. 10. En el Derecho penal, Haffke, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, advierte sobre el peligro de pérdida del potencial crítico en caso de una reducción a aspectos formal-funcionales.

(57) Algo que Luhmann, *Die Wirtschaft*, p. 14, por ejemplo, de manera ciertamente indirecta y parcial considera como prestaciones de un sistema a otros sistemas.

a. La necesidad de orientación de la persona

En su realización personal, la persona organiza su vida según cómo está configurado su entorno, para lo cual considera las estructuras de expectativas derivadas de leyes naturales conocidas y reglas de convivencia[58]. En caso de realizar un comportamiento sin observar las leyes naturales, aun cuando pretenda cumplir reglas de convivencia, se producirá una pena natural que obligará al sujeto a asumir esa experiencia y a readaptar su forma de actuación[59]. En caso de infringir únicamente una regla de convivencia, no se producirá de inmediato un rechazo del mundo de lo posible, sino que se presentará, en principio, esa actuación también como posible[60]. Para determinar si este hecho comunica una nueva configuración de las reglas de convivencia, es necesario determinar, en primer lugar, si el sujeto tiene capacidad para plantear un mundo distinto al establecido[61] o si, pese a tener esta capacidad, su comportamiento específico carece de sentido comunicativo (acciones fortuitas, por ejemplo). Si se trata de acciones dotadas de sentido comunicativo, el sistema social negado tendrá que ver la

(58) Preferimos la denominación de "reglas de convivencia" a la de "norma" utilizada por Jakobs, para evitar así que se identifique esta manera de ver las cosas con el entendimiento absolutamente determinado por lo social de persona, sostenido por JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 51 y ss., para quien la transformación de regla en norma significa el paso de individuo a persona. Tampoco utilizamos el término "leyes sociales" para evitar equivalencias conceptuales con las leyes naturales. Las reglas de convivencia no dependen exclusivamente de la convención o de la llamada autopoiesis del sistema social, sino que en ellas existe una base humana que no depende del acuerdo o del giro social, aunque sólo pueda manifestarse (o conocerse) socialmente. En este sentido, no concordamos con JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 26; EL MISMO, *PJ* 49, p. 299, respecto de una evolución del Derecho penal según el sentir social.

(59) JAKOBS, *PJ* 49, p. 300; LESCH, *Función de la pena*, p. 47.

(60) JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 66; EL MISMO, *PJ* 49, p. 301; KINDHÄUSER, en *Herausforderungen*, Koch (Hrgs.), p. 85; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 57 y ss.

(61) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 65.

manera de reestabilizarse, de manera que pueda permitir a las personas seguir orientándose en la sociedad.

Dos son las maneras de reestabilización de las reglas de convivencia defraudadas: una de carácter cognitivo, es decir, modificando las estructuras de orientación para evitar en el futuro una nueva defraudación, y otra de carácter normativo, lo que significa mantener la vigencia de las estructuras de expectativas a pesar de la defraudación fáctica de una expectativa social. El sistema jurídico cumple su prestación social fundamentalmente mediante esta segunda forma de reestabilización(62). No obstante, la descripción de las formas de reestabilización de las expectativas basadas en reglas de convivencia no ofrece un criterio que permita precisar cuándo procede una reestabilización cognitiva y cuándo una normativa. El criterio para decidir que la reestabilización de las expectativas defraudadas deba ser normativa se encuentra en la llamada identidad normativa de la sociedad.

b. La identidad normativa de la sociedad

Para que el sistema jurídico pueda determinar las expectativas de conducta que debe asegurar normativamente, necesita reproducir internamente la identidad de la sociedad. La pregunta central será cómo se determina esa identidad normativa. Sólo bajo el presupuesto de una correspondencia absoluta de la identidad *normativa* de la sociedad con las estructuras comunicativas que suministra el Derecho positivo(63), podría sostenerse la identidad entre legalidad y legitimidad. Sin embargo, una visión positivista del Derecho resulta a la larga incompleta, ya que las leyes positivas no siempre prevén expresamente todos los aspectos relevantes de la identidad de la sociedad y, además, porque pueden no corresponderse con las

(62) Pero debe dejarse en claro que en ámbitos como el Derecho administrativo se funciona con criterios, más bien, cognitivos de reestabilización.

(63) Así, por ejemplo, lo entiende Calliess, *Theorie der Strafe*, p. 77 y ss., en tanto afirma que las estructuras sociales las constituye el Derecho positivo.

estructuras sociales realmente vigentes[64], como lo demuestran, por ejemplo, los casos en los que las normas jurídicas han quedado en desuso. Por esta razón, un juicio crítico a la legislación positiva resultaría en principio justificado cuando no refleje o no se corresponda con la efectiva identidad normativa de la sociedad[65].

La afirmación que acabamos de realizar, sin embargo, no debe entenderse, por el contrario, como el reconocimiento de un positivismo sociológico, en el sentido de considerar que la identidad *normativa* de la sociedad no se determina sólo por el Derecho positivo, sino también, y fundamentalmente, por la manera como se encuentra organizada eventualmente la sociedad en determinado momento histórico[66]. Somos del parecer que la identidad *normativa* de la sociedad no se reduce a su eventual configuración sociológica, sino que es algo más que eso. Si bien la sociedad responde a sus condicionamientos históricos, existen ciertos aspectos indisponibles de la sociedad que la identidad normativa de la sociedad no puede obviar y cuya determinación permite entrar en cuestiones de legitimidad no sólo del Derecho positivo, sino sobre todo de la eventual configuración de la sociedad[67].

El elemento central para la determinación de la identidad *normativa* de la sociedad se encuentra en el concepto antes desarrollado de persona[68], pues no se trata de la identidad de una sociedad

---

(64) Vid., en este sentido, MAYER, M. E., *Normas jurídicas*, p. 62, quien señala que "Una ley ajena a la cultura no puede mantenerse por mucho tiempo". Actualmente, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 137, destaca, refiriéndose a la protección del bien jurídico, que no basta un concepto de norma para entender la conformación social del Derecho, sino una base fundada en una teoría de la sociedad.

(65) Vid., en este sentido, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 157 y ss.

(66) Entienden la sociedad como un constructo determinado sólo por las reglas de la configuración, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 67 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 108.

(67) Vid., en este sentido, la opinión de KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 53 y s.

(68) En nuestro Derecho positivo esta referencia es patente, tanto en la norma constitucional (artículo 1) como en el Código penal (artículo I del Título

de demonios, ni tampoco de un sistema jurídico que no reconoce a ciertos individuos como personas. Sólo en tanto una sociedad favorece el desarrollo de la persona, resulta legítima. Una descripción puramente sociológica de la identidad de la sociedad es como tratar de hacer la descripción de un edificio sólo con lo perceptible al ras del suelo y desestimar lo importante y constitutivo que son las bases para la construcción del mismo, incluso para advertir una edificación sin bases o que fuerza las mismas. Y esto no significa caer en absolutismos, pues no hablamos de la persona como una estructura inmutable, sino de aspectos que si bien trascienden lo perceptible –y no, por ello, son irracionales–, no pueden comprenderse desprendidos de una sociedad concreta(69). Intentar hacer la descripción de estos aspectos trascendentes sin tener una referencia concreta, es tan poco útil y dudoso como encontrar estructuras *a priori* de conocimiento. El propio observador de la sociedad está condicionado por el desarrollo cultural de la sociedad a la que pertenece(70). Las condiciones para el desarrollo moral de la persona solamente pueden determinarse en atención a las particularidades de cada sociedad. Pero esto no significa que su vinculatoriedad dependa de que efectivamente los órganos institucionalizados de una sociedad reconozcan formalmente estas condiciones, sino de su capacidad para reconocer estos aspectos.

Preliminar del Código penal). Sobre este último aspecto, vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo I, p. 25 y ss.

(69) Ya RADBRUCH, en *Der Mensch im Recht*, p. 81, indicaba que "todo punto de vista material en el Derecho solamente es válido bajo el presupuesto de una determinada situación de la sociedad o un determinado sistema de valores". Esta opinión no niega, sin embargo, la existencia de algo permanente, sino que reconoce únicamente la limitación de la capacidad de conocimiento del hombre. Pero esto tampoco significa que no sea vinculante lo que no podemos ver, pues como el propio representante del constructivismo VON FOERSTER, *Wissen und Gewissen*, p. 28, lo dice: "si sé que no veo, entonces veo".

(70) Una idea que se encuentra presente ya en KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 74.

C. La identidad normativa de la sociedad en el sistema económico

La complejidad cada vez mayor de las relaciones entre las personas para satisfacer sus necesidades ha dado lugar al surgimiento de la economía como un subsistema social diferenciado con reglas propias de funcionamiento(71). Este sistema asume, en concreto, la función de crear un mecanismo social que compatibilice la escasez de los recursos (previsión a futuro) con la utilización eficiente de los mismos (repartición actual)(72). La aportación social del sistema económico radica en alcanzar una distribución de los recursos existentes que posibilite el desarrollo personal(73).

Las estructuras del sistema económico se configuran en atención al cumplimiento de su función y ordenan de esta manera las diferentes comunicaciones producidas en la economía(74). No

(71) No pretendemos entrar en la difícil discusión sobre la autonomía de los sistemas. Por un lado, se extiende cada vez más la afirmación de que la economía es un subsistema social autopoiético. Cfr., así, LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 14 y ss., 52 y ss. [sobre el concepto de "autopoiesis" de los sistemas vivos en los estudios biológicos –de donde proviene tal terminología– y la adaptación de tal concepto a los sistemas de sentido (sociedad), vid. LUHMANN, *Introducción*, p. 77 y ss.; EL MISMO, en *Sociocybernetic Paradoxes*, Geyer/van der Zouwen (eds.), p. 172 y ss.; GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 73 y ss.]. Por otro lado, de una opinión distinta es KARGL, *Handlung*, p. 12, en tanto considera a los sistemas sociales como sistemas *allopoiéticos* en el sentido de que no tienen una autonomía o autorreferencialidad, sino que dependen de los seres humanos.

(72) En este sentido la concepción exclusivamente funcional de LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 64, que deja de lado la finalidad o prestaciones del sistema económico (satisfacción de necesidades). Similarmente BOTTKE, *wistra* 1997, p. 242; EL MISMO, *JuS* 2002, p. 320; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 21.

(73) En una visión sistémico-funcional de la economía (como sistema social parcial) los seres humanos no forman parte del sistema, sino las comunicaciones económicamente relevantes (LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 14). Esta interpretación, sin embargo, no puede desconocer que la economía no tendría sentido sin las personas y que la satisfacción de necesidades constituye una prestación del sistema económico a su entorno (sujetos individuales o personas jurídicas).

(74) La comunicación social es el proceso social elemental para otorgar sentido a las relaciones entre los seres humanos, sin la cual no puede concebirse la individualidad personal ni el sistema social; vid., esto en LUHMANN, *Grundrechte*,

obstante, las personas que participan comunicativamente en la economía mantienen su autonomía y pueden, por tanto, apuntar a la consecución de objetivos que no se correspondan con las estructuras de expectativas del sistema económico(75). Estas actuaciones divergentes producen una defraudación de expectativas que, en muchos casos, no puede ser reestabilizada cognitivamente por el propio sistema económico(76), de manera que se hace necesaria la intervención del sistema jurídico para devolver la vigencia de tales expectativas defraudadas y mantener la identidad del sistema social en la economía. Para que el sistema jurídico realice esta prestación

---

pp. 25, 60 y ss. Cfr., también sobre esto, GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 109; IZUZQUIZA, Introducción a *Sociedad y sistema* de Luhmann, p. 25 y ss. En el caso del sistema económico es el pago (*Zahlung*) la comunicación específica, del cual se derivan, sin mayor complicación, todos los otros conceptos de la teoría económica (cambio, producción, distribución, capital, trabajo). También tiene un papel fundamental en el sistema económico la expresión comunicativa constituída por la faz negativa del pago –es decir, el no pago o impago (*Nichtzahlung*)–, pues ésta es la contrapartida en el código binario que tiene el sistema económico; sobre ello cfr., específicamente, LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14, 53; cfr., también, GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 124, nota 8. La diferenciación del sistema económico frente a otros sistemas sociales se alcanza a través de su modo específico de comunicación: el dinero, el cual no tiene un valor en sí mismo, sino que su sentido se agota en el sistema económico (LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14 y s., 230 y ss.; CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario*, p. 69; GIMENEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 67, nota 17). Pero esta diferenciación del sistema no sólo opera en función de sus límites con su entorno, sino también cabe diferenciarlo por cada uno de sus elementos. Ya hemos precisado que esta comunicación en el sistema económico es el pago (no pago), pero no se trata de una caracterización general sino específica para el sistema: los procesos de pago se determinan dentro del sistema económico mediante propios condicionamientos, esto es, los precios, lo cual tampoco excluye una motivación para el pago externa al sistema económico (LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 17).

(75) Similarmente, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C19; BOTTKE, *Revista penal* 4 (1999), p. 22.

(76) Vid., así, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 55, sobre cómo el éxito de la conducta en el mercado puede llevar a asumir infracciones que puedan ser ocultadas.

al sistema social necesita reproducir internamente el modo de funcionamiento de la economía y, especialmente, sus estructuras de expectativas[77], aunque debe reconocerse que las utiliza sólo instrumentalmente, es decir, como aspectos de los que se vale para desempeñar su propia función[78]. En este sentido, el ordenamiento jurídico debe tener presente la función social del sistema económico y sus estructuras sistémicas, pero no con una plena sujeción a ellas, sino para permitir el cumplimiento de su función específica de mantener la vigencia de las expectativas sociales congruentemente generalizadas.

La reproducción del sistema económico dentro del sistema jurídico para el mantenimiento normativo de las expectativas de conducta vigentes en el sistema económico, se lleva a cabo, en sus aspectos esenciales, por el Derecho constitucional. En efecto, un capítulo ineludible en las constituciones políticas contemporáneas es la llamada Constitución económica, en donde se establecen los rasgos esenciales del sistema económico que rige en la sociedad[79]. Estas normas constitucionales no asumen, sin embargo, un concreto modelo económico[80], ya que el carácter dinámico y cambiante de la

(77) Así ya COING, en *Das Verhältnis*, Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), p. 2, señalaba que los conocimientos de la ciencia económica son indispensables para el entendimiento de las propias normas jurídicas (su *ratio legis*). Similarmente, y en concreto para el Derecho penal económico, TIEDEMANN, *FS-Stree/Wessels*, p. 527; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 32.

(78) Vid., en este sentido, GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 310 y s.

(79) Vid., una referencia general, BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios*, I, Cobo del Rosal (dr.), p. 233 y ss.; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 64 y s.; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 19; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 59 y ss.; BLUME FORTINI, *Themis* 36, p. 31 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, *Teoría y práctica*, II, p. 53 y ss. Subraya, en este sentido, la Constitución económica como determinante de los tipos penales del Derecho penal económico, TIEDEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 32; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 62. Similarmente, como Derecho constitucional económico, NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 17, nota 3; REYNA ALFARO, *Revista jurídica del Perú*, 25 (2001), p. 63.

(80) En el mismo sentido, para el Derecho alemán, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 148 y s.; EL MISMO, "Introducción" al *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/

economía hace necesaria una regulación constitucional limitada sólo a las bases generales de tal sistema. Las particularidades del sistema económico son reproducidas y desarrolladas mediante disposiciones jurídicas concretas (civiles, administrativas, comerciales, etc.)[81], como, por ejemplo, lo hace el artículo 2 del Decreto Legislativo 757. En la Constitución económica se encuentran solamente los pilares básicos sobre los que se estructura el sistema económico.

Las bases fundamentales del sistema económico reproducidas por nuestra Constitución Política vigente se desprenden de la llamada economía social de mercado y pueden sintetizarse en dos aspectos: el libre mercado y la función protectora del Estado[82]. Como libre mercado deben entenderse las condiciones adecuadas para la intervención de todas las personas con capacidad de ofrecer o adquirir bienes. No obstante, constituye un error querer reducir este aspecto del sistema económico a consideraciones individualistas, pues ya en el reconocimiento de las distintas manifestaciones de la

---

Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; EL MISMO, *Lecciones*, p. 126; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht*, p. 180. Para el Derecho español, BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios*, I, Cobo del Rosal (dr.), p. 242; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 16; PÉREZ DEL VALLE, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 39; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 55.

(81) En este sentido, BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 356; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 16; MAZUELOS COELLO, *Derecho penal económico*, p. 29. No obstante, como lo precisan STAMPA BRAUN/BACIGALUPO, *La reforma*, p. 24 y ss.; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 75, este desarrollo concreto del sistema económico no puede desbordar el marco general establecido por la Constitución.

(82) Vid., respecto del Derecho alemán, BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 76 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1997, p. 245; EL MISMO, *Revista penal* 2 (1998), p. 1 y ss. Respecto del Derecho español, BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios*, I, Cobo del Rosal (dr.), p. 242; EL MISMO, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 11 y s.; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 20; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 3. En el Derecho peruano, MAZUELOS COELLO, *Derecho penal económico*, p. 30 y s.; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 62; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 24; REYNA ALFARO, *Revista jurídica del Perú* 25 (2001), p. 67 y s.

libertad económica se pueden apreciar ciertos aspectos sociales como, por ejemplo, la observación de una función social de la propiedad[83]. El segundo pilar del sistema económico se encuentra en la posibilidad de intervención del Estado en la economía para evitar el desarrollo espontáneo de un orden económico injusto. Esta intervención se manifiesta fundamentalmente en el control de la calidad y en el volumen de producción en determinados sectores económicos, en donde la ausencia de regulación produce costos sociales demasiado altos para el sistema económico global[84].

A partir de los mencionados aspectos centrales del sistema económico se conforma la identidad normativa de la sociedad en la economía, cuyo mantenimiento garantiza contrafácticamente las normas jurídicas en caso de defraudación. Cada rama del ordenamiento jurídico contribuye a dicho aseguramiento conforme a la función específica que, dentro del sistema jurídico, cumple. El Derecho penal participa en esta función del sistema jurídico con los mecanismos de reestabilización más gravosos, lo que permite atribuirle la función de restablecer los aspectos esenciales de la identidad normativa de la sociedad moderna en la economía mediante una imputación basada en la culpabilidad de la persona.

3. La función de reestabilización del Derecho penal económico

Como lo acabamos de precisar, el Derecho penal económico cumple la función de restablecer la vigencia de expectativas sociales derivadas de la identidad normativa *esencial* de la sociedad en la economía[85]. Cuando el Derecho penal económico interviene como

---

(83) BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3.

(84) En este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 152; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 77; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; EL MISMO, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 78; BAJO FERNÁNDEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 65, quien reconoce para el caso español innegables acentos intervencionistas en la economía.

(85) Vid., similarmente, BOTTKE, *wistra* 1997, p. 244 y s. Vid., para el Derecho penal en general, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 8; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 140 y ss.

tal, los objetos valorados positivamente se encuentran ya lesionados[86], de manera que la única prestación que realmente puede cumplir es mantener, a pesar del delito, la identidad normativa esencial de la sociedad en el sistema económico[87]. Ya que el Derecho penal económico no puede retrotraerse a un estado anterior a los sucesos acaecidos, su función tendrá que limitarse a devolver la vigencia a la norma defraudada por el hecho delictivo[88]. En este sentido, los objetos protegidos por el Derecho penal económico no son objetos estáticos valorados positivamente[89], sino expectativas sociales elementales en la economía[90]. A esta comprensión del bien

(86) Esta es la razón también por la que en doctrina se maneja una distinción entre bien jurídico y el objeto de la acción. Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 24.

(87) Vid., similarmente, JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 21.

(88) Vid., en este sentido, para el Derecho penal en general, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo. 2, n.m. 25a; KINDHÄUSER, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 29; EL MISMO, *Strafrecht*, BT, II, p. 34. Anteriormente, en este sentido, CALLIESS, *Theorie der Strafe*, p. 143.

(89) Un sector de la doctrina penal entiende que en el Derecho penal económico se protege el patrimonio individual de los agentes económicos; así, por ejemplo, BAUMANN, *JZ* 1983, p. 937. Un análisis crítico al procedimiento de entender los delitos económicos como lesión patrimonial, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 358 y s. Por su parte, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 66, rechaza también considerar el bien jurídico en el Derecho penal económico como la suma (económica o jurídica) de los intereses económicos de los particulares.

(90) OTTO, *ZStW* 96 (1984) p. 344 y s.; EL MISMO, *Jura* 1989, p. 26, descubre la realidad de las cosas al entender que el bien jurídico penal no es un objeto en sí mismo (cuerpo, libertad personal, propiedad), sino que el bien jurídico es la relación de confianza de un individuo de poder desarrollarse personalmente con una integridad corporal, libertad y propiedad. Sin embargo, al pasar del plano criminológico al dogmático mediante sus conceptos de merecimiento y necesidad de pena, amplía la protección de la confianza en el Derecho penal económico a un ámbito supraindividual: "la confianza en la existencia del orden económico vigente, sus instituciones y su forma de desarrollarse" [*Mschr-Krim* 1980, p. 400 y ss.; *ZStW* 96 (1984), p. 345]. Con ello se deja de lado las expectativas normativas penalmente protegidas y se cae en un concepto tan difuso como el de los bienes jurídicos supraindividuales. Frente a este planteamiento SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 8 y s., busca solucionar el problema de

jurídico, sin embargo, se le cuestiona el hecho de dejar de lado su función crítica[91], pues ya no se tendría en cuenta un criterio con contenido material, sino simples expectativas socialmente establecidas. Ante este reproche cabe replicar que se comete el error de colocar en un mismo nivel de análisis dos planos diferentes de fundamentación de la legitimidad. En los tipos penales tiene lugar una doble legitimación: por un lado, la legitimación de la restricción de la libertad del ciudadano mediante las prohibiciones penales en general y, por el otro, la legitimación de la concreta intervención del Estado por la infracción del tipo penal[92].

El primer nivel de legitimación de los tipos penales se corresponde propiamente con la llamada función crítica de la teoría del bien jurídico. Para determinar la legitimidad de la intervención jurídico-penal a través de normas generales no basta simplemente con seguir el camino regular para la expedición de normas penales, sino que hay que recurrir a la identidad normativa de la sociedad[93]. Ya que no se trata de una determinación arbitraria del legislador, sino de las condiciones que en la sociedad de la que se trate son indispensables para permitir la realización de las

---

la excesiva abstracción con los criterios de necesidad de protección y capacidad de protección, de manera que en este último pueda concretarse lo que protegen los tipos penales del Derecho penal económico. Críticamente ante el planteamiento de Otto, VOLK, *JZ* 1982, p. 86; BAUMANN, *JZ* 1983, p. 937. Anteriormente ya rechazaba la ruptura de la confianza como bien jurídico TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 67 y s.

(91) Vid., sobre esto, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 217 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 24.

(92) Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 77 y s.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 56, con mayores referencias bibliográficas. Utilizan esta misma lógica, aunque con otros términos TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 126 y s., con los conceptos de bien jurídico y deber jurídico; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 90 y ss., con los conceptos de bien jurídico mediato y bien jurídico inmediato.

(93) Precisamente por ello MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 156, afirma que sólo desde una perspectiva de la teoría de la sociedad se pueden desarrollar las condiciones de legitimidad para los tipos jurídico-penales. Vid., similarmente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 229 y s.; EL MISMO, *GA* 2002, p. 20.

personas[94], podrá entrarse a discutir la legitimidad de los delitos económicos en la sociedad vigente[95]. Si bien puede señalarse que se trata de una cuestión fundamentalmente política sobre la legitimidad de la limitación general de la libertad realizada por el legislador[96], no puede considerarse un aspecto completamente ajeno al dogmático[97].

Por el contrario, la labor del dogmático se despliega plenamente en el segundo nivel de legitimación de los tipos penales, en donde se trata de justificar la intervención del Estado para sancionar una conducta concreta contraria a la norma penal. En este segundo nivel de legitimación, la expectativa social normativamente institucionalizada constituye el criterio central de interpretación y suministra, por tanto, las estructuras de la imputación penal. En nuestra opinión, el llamado bien jurídico penalmente protegido se encuentra propiamente en este segundo nivel de análisis, el cual tiene, como ya lo hemos indicado, un carácter fundamentalmente dogmático. El Derecho penal económico, por tanto, cumple la función de reestablecer la vigencia de las expectativas normativas de conducta defraudadas en el ámbito económico.

III. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Contenido del Derecho penal económico

Como lo hemos ya precisado, el modelo económico asumido por nuestro país y reconocido en la Constitución Política de 1993,

---

(94) En este sentido, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 217, pone de manifiesto que las normas concretas deben también legitimarse.

(95) Vid., sobre la necesidad de concretar estas condiciones en la sociedad en cuestión, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 167. Por esta razón, puede considerarse bien jurídico no sólo una condición natural como la vida o la integridad física, sino también condiciones convencionales para el desarrollo de la sociedad (recta Administración de Justicia, función social del Estado, etc.). Vid., de manera similar, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 46.

(96) Vid., así, Bacigalupo Zapater, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 339.

(97) Similarmente, Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, p. 48; Roxin, *RPDJP* 5 (2004), p. 304.

establece dos pilares esenciales sobre los que se construye el sistema económico: el libre mercado y la función social del Estado. En tanto se trata de aspectos centrales de la identidad normativa de nuestra sociedad, las expectativas normativas que se derivan de estos dos aspectos y que permiten el desarrollo de la persona formarán parte del ámbito de protección del Derecho penal económico. En este sentido, no toda defraudación de expectativas con contenido económico forma parte del Derecho penal económico. Si la *ratio legis* de determinado tipo penal no es la protección de expectativas normativas de conducta derivadas específicamente del modelo económico (libre mercado o función social del Estado), el tipo penal no formará parte del Derecho penal económico, aun cuando pueda infringirse en el ámbito económico. Se tratará, en todo caso, de tipos penales del Derecho penal tradicional o de otro ámbito especializado del Derecho penal que han tenido lugar ocasionalmente en el marco de relaciones económicas.

A. Las estructuras esenciales del libre mercado

El sistema económico peruano tiene como punto de partida la existencia de un libre mercado, según el cual el tráfico de los bienes y servicios se determina por la oferta y la demanda existentes. En esta configuración del mercado adquiere especial relevancia la natural disputa concurrencial entre los ofertantes de bienes y servicios para recibir la elección de los demandantes o consumidores. Esta lucha entre competidores no puede, sin embargo, dejarse al margen del Derecho, pues el afán de lucro podría llevar a una encarnizada disputa que perjudicaría finalmente a todos. Sin una adecuada regulación protectora de la competencia se pasaría a una economía similar a la planificada, en la que ya no sería el Estado el encargado de fijar las condiciones de adquisición de los bienes o servicios, sino unos cuantos particulares deseosos de aumentar de cualquier forma sus beneficios económicos. Por esta razón, el Derecho penal debe ofrecer los mecanismos adecuados para asegurar las condiciones de vigencia de una competencia que se base en el propio esfuerzo, sancionando los actos que ponen en cuestión las expectativas de conducta derivadas de la competencia como medio de ordenación de la

vida económica[98]. Es así como se configuran los delitos en el ámbito de la competencia[99], que incluyen el delito de abuso de posición monopólica y de acuerdos restrictivos de la libre competencia[100], el delito de competencia desleal[101], los cárteles de licitación[102] y los delitos contra la propiedad industrial[103].

Debe tenerse en cuenta también, como ya lo hemos dicho, que el sistema económico busca compatibilizar la escasez de los recursos con su aprovechamiento actual y efectivo. Para llevar a cabo esta función el sistema económico tiene que ver la manera de hacer frente a la escasez natural de determinados bienes, pues el acceso a los mismos por alguien excluye la posibilidad de acceso de otros[104]. La

---

(98) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692 y s.; NAGEL, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 102; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 26 y ss.

(99) Vid., igualmente, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 693; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30.

(100) Vid., TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 44; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 108; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 6, p. 426 y s.; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(101) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 44; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 75; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121.

(102) De otro parecer, respecto del delito de alteración de precios en concursos y en subastas públicas en la regulación penal española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 77.

(103) En el mismo sentido, SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, p. 246; LA MISMA, en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, p. 21; MORENO Y BRAVO, *Delitos*, p. 40; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 75; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(104) Vid. CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario*, p. 69.

paradoja específica del sistema económico consiste, pues, en que la reducción de la escasez aumenta la escasez. Para evitar esta paradoja, el sistema crea una escasez artificial (la escasez del dinero[105]), de manera que cubrir la escasez de bienes implica para otro cubrir la escasez de dinero. En este sentido, la economía moderna se configura como una economía orientada monetariamente, en donde los precios establecidos en el mercado indican si es correcto y aconsejable pagar o no pagar[106]. Esta estructura monetaria de la economía de mercado se asegura normativamente por medio del Derecho penal, castigando conductas que perjudican la función de los medios de pago en el mercado. Dentro de los delitos referidos a los medios de pago se incluyen los delitos monetarios[107] y los delitos cometidos con medios comerciales de pago: concretamente, los libramientos indebidos y falsificación de títulos valores[108].

Por otra parte, en una economía de mercado dinámica como la nuestra, se necesita asegurar también un sistema crediticio que permita movimientos económicos rápidos y aseguren las ganancias a futuro de los agentes económicos. En este sentido, los mencionados agentes necesitan ver garantizadas normativamente sus expectativas en el cobro de sus acreencias y fortalecer así la confianza en sus deudores reales o potenciales. En estrecha relación con el sistema crediticio se encuentra sobre todo el uso de las personas jurídicas (principalmente, sociedades mercantiles) que se constituyen no sólo para optimizar beneficios mediante una distribución funcional del

---

(105) Cfr., sobre esto, LUHMANN, *Die Wirtschaft*, p. 64; CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario*, p. 70.

(106) Cfr., en general, GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 124, nota 8. Referido al Derecho penal económico, BOTTKE, *JuS* 2002, p. 320.

(107) Vid., en este sentido, BOTTKE, *Revista penal* 4 (1999), p. 23; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28. Igualmente, aunque desde la perspectiva del Estado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 72; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14.

(108) En el mismo sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 694; EL MISMO, *Lecciones*, p. 50; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

trabajo, sino también para limitar el riesgo económico de la participación en el mercado. Estos aspectos del sistema económico configuran los delitos en el ámbito del sistema crediticio y los cometidos en el funcionamiento de las personas jurídicas que en el Código penal se expresan como los atentados contra el sistema crediticio[109] y los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas[110].

El libre mercado se caracteriza, por otra parte, por exigir que la circulación de los bienes se deba a causas lícitas. En consecuencia, existe especial interés en asegurar que solamente puedan circular bienes en el mercado si los títulos de transferencia o circulación se encuentran arreglados a Derecho. Es evidente que, por razones de *última ratio*, no debe recurrirse directamente al Derecho penal para asegurar esta condición del mercado, sino que la sanción penal tiene que reservarse para las conductas más graves. En este contexto, se entiende la regulación, como delito económico, del delito de lavado de activos, en el que se castiga los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia de activos de procedencia delictiva[111].

---

[109] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 9; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4. De opinión contraria respecto de las insolvencias punibles, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 78; MUÑOZ CONDE, en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, p. 222.

[110] En este sentido, MAZZACUVA, en *Hacia un Derecho penal*, p. 681 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, pp. 73, 76 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 108.

[111] Similarmente LAMPE, *JZ* 1994, p. 126; FINDEISEN, *wistra* 1997, p. 121; BOTTKE, *Revista penal* 2 (1998), pp. 3, 11; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 24; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 676 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73; FOFFANI, *Revista penal* 7 (2001), p. 61; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4; EL MISMO, *Actualidad jurídica* 84-B (2000), p. 64; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 18. Para BAJO FERNÁNDEZ, en *LH-Del Rosal Fernández*, p. 146 y ss.,

Por último, parte esencial del sistema económico basado en el mercado, sin el cual ni siquiera existiría como tal, lo constituyen los consumidores, esto es, aquellos que necesitan cubrir las necesidades de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado[112]. Los actos dirigidos a perjudicar a este sector importante del mercado dan lugar a los delitos contra los consumidores[113], en los que se incluyen los siguientes grupos de delitos: por un lado, los llamados delitos económicos de consumo (el delito de adulteración[114] y especulación de productos[115], y el delito de publicidad engañosa[116]) y, por el otro, los delitos contra la salud pública en su modalidad de responsabilidad por el producto[117]. Respecto de la inclusión del

---

se trata de un delito económico, pero vinculado con la política de represión del fraude fiscal. Por su parte, PRADO SALDARRIAGA, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artsaldoc.1 [consulta: 15 de noviembre 2002], considera que se trata de un delito pluriofensivo que incluye ciertamente aspectos económicos, pero no exclusivamente. Por el contrario, RAGUÉS I VALLÈS, en *Nuevas formulaciones*, p. 646, sostiene que el lavado de activos protege la Administración de Justicia en su dimensión preventiva. Vincula la parte económica (libre competencia) con la Administración de Justicia, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 29.

(112) Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 8.

(113) Vid., igualmente, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 694; EL MISMO, *Lecciones*, p. 49; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 352 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73; FARALDO CABANA, en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.), p. 161 y s.; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; DOVAL PAIS, *RPCP* 11, p. 286, respecto de algunos delitos contra el orden económico; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66.

(114) Vid., SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(115) Vid., SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(116) Vid., ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42.

(117) Vid., así la fundamentación de IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 30 y s., desde la llamada sociedad de riesgo.

primer grupo dentro del Derecho penal económico, no existe mayor discusión en la doctrina penal[118], apareciendo las discrepancias de opinión, más bien, respecto de los delitos contra la salud pública por la comercialización de productos defectuosos[119]. Por nuestra parte, consideramos que también estos supuestos entran dentro del Derecho penal económico, pues la salud de los consumidores se protege en el marco de la actividad económica de producción, distribución y consumo de productos. Las estructuras de imputación de estos delitos recurren a los criterios desarrollados en el Derecho penal económico. La imputación tradicional por medio de los tipos penales de homicidio y lesiones se mantiene presente con base en las reglas del concurso.

B. La regulación económica del Estado

El otro pilar sobre el que se construye nuestro modelo económico es la intervención del Estado no sólo para corregir los excesos de la economía libre de mercado, sino también para cubrir necesidades sociales que una economía libre no puede procurar por sí misma[120]. El modo más tradicional de dirección de la economía por parte del Estado se lleva a cabo mediante la fijación de precios y mecanismos para evitar una conformación artificial del precio en el mercado mediante la manipulación de la oferta y la demanda[121]. Ante esta

---

(118) Vid., DOVAL PAIS, *RPCP* 11, p. 286; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, p. 130 y ss.

(119) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 61; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, p. 128 y s.; DE LA CUESTA AGUADO, *Actualidad jurídica* 86 (2001), p. 58, no se muestran, al parecer, como partidarios de considerar los delitos contra la salud pública como delitos económicos. De opinión distinta, ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 26; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 363 y s., nota 92; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 75.

(120) Vid., en este sentido, la dirección económica estatal como parte del Derecho penal económico, ACHENBACH, *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 608; BAIGÚN, *LH-Maier*, p. 17 y ss.

(121) TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; EL MISMO, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 42 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14.

actividad reguladora del Estado pueden cometerse los delitos contra el orden económico que engloban los delitos de especulación de productos de primera necesidad, el acaparamiento[122] y la usura[123].

Por otra parte, el Estado tiene que cumplir una función social con determinados sectores desfavorecidos en un sistema económico poco perfeccionado como el nuestro (trabajadores y clases sociales bajas)[124], para lo cual debe además procurarse los medios financieros suficientes[125]. En esta labor de favorecimiento de determinados sectores sociales débiles se configuran los delitos contra los trabajadores y la labor social del Estado, que dan lugar a los delitos contra la libertad laboral[126] y al delito de venta ilícita de

---

(122) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4. Como detracción del mercado de bienes de primera necesidad, ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623.

(123) En este sentido, TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 43; OTTO, *Jura* 1989, p. 32; HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht*, p. 175; BERNSMANN, en *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), § 21, III, n.m. 4; FOFFANI, *Revista penal* 7 (2001), p. 63; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(124) Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

(125) Nos referimos aquí a la creación de impuestos y subvenciones que no sólo sirven para obtener recursoso financieros, sino que también constituyen en la actual vida económica medios indirectos de la dirección económica. En este sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692.

(126) En este sentido, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 48 y s.; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 82; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 26; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 107; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28. En contra de esta inclusión, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 353, pues entiende que al proteger también la salud de los trabajadores, este aspecto es preponderante sobre su consideración como factor económico. Similarmente, MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 276. La cuestión será saber si estos aspectos están separados o constituyen dos aspectos funcionalmente unidos. Nuestra legislación positiva parece que opta por considerar este delito dentro de los de carácter individual (derecho a

mercaderías[127], respectivamente. También pueden presentarse conductas punibles contra la actividad financiera del Estado, las cuales se agrupan en los delitos contra la economía financiera estatal[128] e incluyen los delitos tributarios[129], aduaneros[130], el fraude de subvenciones[131] y el uso ilegal de divisas[132].

Si bien la creación de empresas no se encuentra sometida a control por parte del Estado en consonancia con el postulado liberal[133], existen sectores de actuación en los que los intereses colectivos en juego justifican una regulación estatal de la entrada y actuación de

---

la libertad), sin embargo, una revisión del artículo 168, sobre todo su segundo párrafo, muestra claramente que la protección de los trabajadores va más allá a la simple vulneración de la libertad.

(127) Vid., SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121.

(128) Vid., igualmente, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), p. 310 y ss.; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 352; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 72.

(129) Vid., TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 40; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 26; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 41; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 85; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 107; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(130) Vid., TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 40; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 41; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

(131) Vid., TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 41; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 289; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 107.

(132) Vid., TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 39.

(133) Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 13.

las empresas en estos sectores. En efecto, dada la amplia participación de los agentes económicos en el sistema bancario y financiero (reforzada por el llamado proceso de bancarización), resulta de suma importancia mantener la transparencia y respeto de las reglas de funcionamiento de este sector. En consecuencia, el Derecho penal debe reforzar la vigencia de las expectativas de conducta derivadas del correcto funcionamiento del sistema financiero, imponiendo sanciones a las personas que defrauden gravemente estas expectativas. En esta línea, se entiende el carácter penal-económico de los delitos financieros (incluido el delito de abuso de información privilegiada)[134].

En esta misma orientación de control y vigilancia sobre sectores económicos regulados, el Estado cumple finalmente una labor de control de los agentes económicos más importantes (fundamentalmente empresas) para prevenir abusos o crisis en el sistema económico, y dentro de la cual se enmarca el delito de negación de información a organismos fiscalizadores[135]. Esta labor de control sobre las actividades de los sujetos económicos abarca también la protección del medio ambiente, en tanto la finalidad económica de los agentes económicos puede llevar a una explotación perjudicial para las condiciones medioambientales. En este sentido, los delitos contra el medio ambiente realizados en el marco de las actividades industriales deben ser considerados parte del Derecho penal económico[136].

---

[134] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 20; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 623; BAJO FERNÁNDEZ, en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, p. 134; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42.

[135] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 14; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121.

[136] En el mismo sentido, TIEDEMANN, *Die Neuordnung*, p. 11 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 693; EL MISMO, *Lecciones*, p. 42; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 376; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), p. 310 y ss.; SCHALL, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 100; BOTTKE, *wistra* 1991 p. 3; ARROYO ZAPATERO, *RPCP* 7-8, p. 622; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 30; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28.

2. Figuras delictivas excluidas del Derecho penal económico

A. Los delitos patrimoniales

Una de las preguntas clásicas que se plantea en todo desarrollo general del Derecho penal económico es si los delitos patrimoniales forman parte del Derecho penal económico. Las opiniones doctrinales no son muy concluyentes al respecto(137). Una perspectiva de análisis que se centre en el daño económico daría ciertamente una respuesta afirmativa, pues no cabe duda que toda lesión a derechos patrimoniales implica una vulneración económicamente valuable(138). Sin embargo, una visión tal de la delincuencia económica podría llevar al absurdo de considerar también como delitos económicos determinados atentados contra la vida, en tanto se priva al sistema social de un sujeto económicamente activo que aporta al producto bruto interno(139). La única manera de dar una respuesta coherente sería precisar si estos delitos dependen de las bases del modelo económico peruano: la economía de mercado y la función social del Estado.

No cabe duda que la protección penal del patrimonio individual tiene lugar dentro del sistema económico actual. Sin embargo, no se trata de tipos penales configurados en una relación directa con el sistema económico(140), como lo demuestra no sólo el reconocimiento de su protección penal desde antiguo, sino también el hecho de que en una economía sin intercambio comercial igualmente existirían. Supongamos que no existiese un sistema económico de

---

(137) Salvo GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 366, quien considera que los tipos tradicionales contra el patrimonio deben formar parte del Derecho penal económico.

(138) Vid., en este sentido, las consideraciones críticas de MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 269 y ss.

(139) Vid., similarmente, ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, § 19, n.m. 12.

(140) En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC* 59 (1996), p. 420; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 1 (1998), p. 69; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 60; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 67 y s.; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 63.

producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado, sino personas que se relacionan socialmente, pero que en cuestiones económicas se organizan individualmente. Cada persona tendría que ver la manera de procurarse por sí misma su alimento y la satisfacción de sus necesidades individuales. El reconocimiento de una protección penal de la propiedad existiría igualmente, pues con la apropiación de bienes para su consumo directo tendría que surgir un reconocimiento jurídico de tal dominio. Delitos de hurto, robo, extorsión e incluso estafa(141), podrían configurarse perfectamente. En este sentido, los delitos patrimoniales responden a expectativas normativas que permiten una orientación en la sociedad independientemente del modelo económico asumido, lo cual, sin embargo, no quiere decir que todo tipo penal con referencia a aspectos patrimoniales está excluido del Derecho penal económico. Si la protección de las expectativas normativas de conducta derivadas de relaciones patrimoniales se configuran típicamente de manera dependiente del modelo económico concreto, entonces sí se tratará de tipos penales que entran en el ámbito del Derecho penal económico. Un claro ejemplo de esto último son los llamados delitos contra el sistema crediticio, en los que se trata de relaciones de carácter patrimonial, pero cuya protección adquiere su expresión funcional a través del sistema de créditos propio de nuestro modelo económico(142).

(141) A favor de considerar ciertos delitos patrimoniales (sobre todo estafa) como parte del Derecho penal económico, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C30 y s.; EL MISMO, *Poder económico*, p. 18; OTTO, *Jura* 1989, p. 27 y s.; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6; ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, § 19, n.m. 17; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 147 y s.; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 24 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28.

(142) Vid., GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 235 y s. Por su parte REYNA ALFARO, *Manual*, p. 346 me atribuye una concepción patrimonialista de los atentados contra el sistema crediticio. Debo precisar, sin embargo, que mi apreciación del bien jurídico parte de una comprensión funcional del objeto de protección (expectativas de conducta) y no de una comprensión tradicional (estática) del patrimonio.

B. Delitos contra el medio ambiente

Un tema harto discutido es también el referido a los delitos contra el medio ambiente como parte integrante del Derecho penal económico. Por un lado, se presentan opiniones que entienden que la economía está cada vez más orientada a la protección del medio ambiente y que incluso la determinación de los límites de riesgo permitido y prohibido tiene en cuenta factores económicos(143). A este parecer se le opone la línea de interpretación que afirma que el Derecho penal del medio ambiente protege el ámbito vital del hombre, lo cual ciertamente no puede depender de cuestiones económicas(144). Para dar solución a esta disputa hay que determinar nuevamente si se trata de expectativas normativas dependientes del modelo económico o no. A primera vista, parece ser que la protección penal del medio ambiente es independiente del sistema económico, en tanto alcanza ámbitos ajenos a los estrictamente económicos(145).

---

(143) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Die Neuordnung*, p. 11 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 693; EL MISMO, *Lecciones*, p. 48. Similarmente, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 376; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), p. 310 y ss.; SCHALL, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 100; BOTTKE, *wistra* 1991 p. 3, quien luego (en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 83) reconoce la pertenencia de los delitos contra el medio ambiente al Derecho penal económico sólo en una interpretación muy amplia, pues su protección no tiene una vinculación esencial con la economía de mercado; ACHENBACH, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 26; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 20. Por su parte GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 366, si bien reconoce los delitos contra el medio ambiente como delitos económicos, considera que se ha individualizado como una materia separada: el Derecho penal del medio ambiente.

(144) En este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 354; BAHAMONDES, *LH-Jakobs* (Perú), p. 846. Por su parte, MENDOZA BUERGO, en www.ecoiuris.com/paginas/art125htm [consulta: 15 de noviembre 2002], apunta que los delitos ecológicos pueden ser enmarcados tanto como delitos socioeconómicos en sentido amplio, como en los delitos contra la salud pública. De una combinación de bienes jurídicos individuales y supraindividuales habla TIEDEMANN, *Einführung*, p. 10.

(145) En este sentido, BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 83; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 80.

Es evidente, por ejemplo, que el exterminio de determinadas especies animales por cazadores indiscriminados no constituye necesariamente una actividad económica. No obstante, resulta también innegable que la mayoría de las conductas que afectan de forma considerable el medio ambiente tienen lugar en la actividad de producción de bienes, lo cual forma parte del ciclo de desarrollo de la economía[146]. Hay que reconocer incluso que, de alguna manera, la protección penal del medio ambiente ha adquirido reconocimiento jurídico-penal a partir del desarrollo del actual sistema económico. Sin embargo, esta situación no justifica una interdependencia de la protección del medio ambiente con el modelo económico, sino que deja en claro solamente que ahora, con el daño producido por la industria, la humanidad es consciente de la importancia del ecosistema en el desarrollo de la persona. En este sentido, puede concluirse provisionalmente que los delitos contra el medio ambiente no son delitos económicos.

La conclusión provisional a la que hemos llegado no excluye, sin embargo, que determinados tipos penales de protección del medio ambiente se encuentren incrustados en estructuras económicas. Como lo hemos indicado a propósito de los delitos patrimoniales, puede que determinadas figuras delictivas que protegen intereses ajenos a la economía se encuentren tan vinculados a estructuras económicas que solamente puedan explicarse con base en las categorías dogmáticas del Derecho penal económico. Este fenómeno se presenta sin duda en muchos de los tipos penales que conforman el Título XIII de nuestro Código penal. Así, por ejemplo, el artículo 304 del Código penal menciona los límites administrativos de contaminación permitida, el artículo 305, inciso 4 se vincula a la actividad económica del agente contaminante y el artículo 306 a una actividad industrial. Si bien el criterio de legitimación de estos tipos penales no depende de las estructuras económicas, su protección jurídico-penal se enmarca en estas estructuras, lo cual justifica que sean abarcados también por los criterios de imputación del Derecho penal económico.

---

[146] Vid., TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 15 y s.

C. Delitos informáticos

Si bien en los estudios sobre criminalidad informática se diferencian los delitos informáticos de carácter económico y los delitos informáticos contra la privacidad[147], su regulación positiva en nuestro Código penal se ha hecho como delitos patrimoniales[148]. En este sentido, los delitos informáticos se encontrarían formalmente excluidos del Derecho penal económico[149]. Hay que precisar, sin embargo, que esta exclusión no depende sólo de la mencionada cuestión formal, sino que resulta también del propio modelo de protección. Como puede inferirse del sentido de las conductas prohibidas, no se protege un derecho patrimonial expresado funcionalmente en el sistema económico, sino un nuevo bien desarrollado por la tecnología informática y que puede tener tanto una aplicación económica como también doméstica[150]. En este sentido, puede concluirse que tampoco estos delitos patrimoniales forman parte del Derecho penal económico[151].

D. Delitos de funcionarios

No cabe duda que determinados delitos de funcionarios pueden cometerse eventualmente en el ámbito de relaciones económicas, lo que ha llevado a algunos a sostener que estas figuras pertenecerían

---

(147) Vid., en este sentido, SALT, en *Delitos no convencionales* (Maier com.), p. 226 y s.

(148) Vid., DURAND VALLADARES, *RPCP* 11, p. 306.

(149) En referencia a la regulación alemana resulta distinta la opinión de TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 51; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 151. En el Derecho penal español mantiene su incorporación al Derecho penal económico, GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 366. En la doctrina nacional considera la criminalidad computarizada como parte del Derecho penal económico, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 108 y s.

(150) En similar sentido, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 14, en relación con el Derecho penal de la empresa.

(151) Similarmente, OTTO, *Jura* 1989, p. 33. De una opinión contraria, STAMPA BRAUN/BACIGALUPO, *La reforma*, p. 12; TIEDEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 32 y s.; DE LA CUESTA AGUADO, en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.), p. 198; GUTIÉRREZ FRANCÉS, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (dir.), p. 185 y s.

al ámbito de regulación del Derecho penal económico[152]. No obstante, creemos que los delitos cometidos por funcionarios se orientan, en principio, a la protección de otros intereses, aun cuando puedan aparecer en un contexto económico[153]. La situación se presenta, sin embargo, distinta cuando dentro de los delitos económicos se regula la posibilidad de participación de un funcionario. En estos casos consideramos que la configuración típica del delito lo enmarca necesariamente en un contexto económico, de manera que, sin perder su orientación al buen funcionamiento de la Administración, adquiere contornos específicamente económicos. En este sentido, delitos como el otorgamiento ilegal de licencia para actividad industrial del artículo 306 del Código penal, pueden ser considerados también delitos económicos, aunque debe reconocerse que mantienen los criterios de imputación propios de los delitos de funcionarios[154].

3. ¿Es el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho penal económico?

Otro de los puntos centrales de discusión lo constituye la inclusión o exclusión del Derecho administrativo sancionador como parte integrante del Derecho penal económico. La flexibilidad de los criterios de imputación del Derecho penal económico y el desapego a las garantías jurídico-penales tradicionales, han producido un acercamiento entre la legislación penal económica y el Derecho administrativo sancionador que hace difícil su delimitación[155]. Esta

---

(152) Vid., así, respecto de los delitos de corrupción, PÉREZ DEL VALLE, *Derecho penal económico*, Bacigalupo (coord.), p. 32 y s.; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 19 y s. Respecto de la malversación de los caudales públicos, BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 87.

(153) En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 61.

(154) Por esta razón, cabe admitir el parecer de ALASTUEY DOBÓN, *RDPC* 9 (2002), p. 17 y ss., que considera al similar español un delito pluriofensivo (Administración pública y medio ambiente).

(155) Así, por ejemplo ACHENBACH, en *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 593; EL MISMO, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 27, considera que el Derecho penal económico incluye también el Derecho administrativo sancionador.

situación se complica aún más por la tesis dominante del criterio cuantitativo de diferenciación, según el cual tanto el injusto penal como el administrativo lesionan bienes jurídicos, radicando la diferencia únicamente en la mayor gravedad de la lesión del bien jurídico. Las conductas lesivas más intolerables se dejan en manos del Derecho penal, convirtiéndose así en un refuerzo del Derecho administrativo sancionador. Para poder decidir la validez de la interpretación dominante respecto de la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, conviene que hagamos un breve repaso al desarrollo de esta discusión.

El primero en plantear criterios de diferenciación entre las mencionadas ramas jurídicas fue Eberhard SCHMIDT(156). Siguiendo la tradición dominante en su época(157), consideró que entre el delito administrativo y el delito judicial existía una diferencia material que no dependía del grado de gravedad de la lesión, sino que se trataba de contenidos de injusto y de culpabilidad totalmente diferentes. Si bien ambas formas de delito coincidían formalmente en las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, materialmente se presentaban diferencias: el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico (una valor social vital), mientras que el delito administrativo simplemente una desobediencia a la relación de dependencia con la administración del Estado(158). Llevado esto al terreno del Derecho penal económico, según este parecer sólo podría sancionarse mediante el Derecho penal aquellas conductas que lesionan en general, o en ámbitos específicos, la existencia y el mantenimiento del orden económico, ya sea porque sus infracciones son idóneas para afectar la capacidad de rendimiento del orden económico, ya sea porque manifiestan un considerable desprecio por el orden económico.

---

(156) Vid., SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 226. Críticamente frente a los presupuestos y consecuencias de tal diferenciación como poco compatibles con la actual del Estado social, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 100 y ss.

(157) Vid., así, GOLDSCHMIDT, J. *Das Verwaltungstrafrecht*, 539 y ss.; MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 53 y ss.; EL MISMO, *Normas jurídicas*, p. 147 y ss.; WOLF, E., *FS-Frank*, II, p. 516 y ss.

(158) SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 230; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 20 y ss.

Las demás infracciones sólo podrían castigarse por medio del Derecho administrativo sancionador (o pena de orden)[159], en tanto afectarían únicamente la actividad administrativa del Estado, pero no el orden económico[160].

Con el desarrollo doctrinal de un concepto de bien jurídico alejado de consideraciones éticas y fundamentado en aspectos sociofuncionales, la interpretación de E. SCHMIDT dejó de ser doctrina dominante en la literatura especializada[161]. Tanto para el Derecho penal en general[162], como para el Derecho penal económico en especial[163], constituye opinión generalizada la afirmación de que entre el Derecho

---

[159] SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 235; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 26 y s.; EL MISMO, *SJZ* 1949, p. 670 y s.; EL MISMO, *JZ* 1951, p. 103.

[160] Vid., SCHMIDT, *FS-Arndt*, p. 423 y s.

[161] Aquí cabe mencionar la posición de LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss. (espec. 78), quien si bien mantuvo un criterio cualitativo como diferencia del hecho criminal y la infracción administrativa, basado en la valoración ético-social que poseía el primero y la neutralidad del segundo, consideró que el Derecho penal económico se correspondía más con las infracciones administrativas que con el Derecho criminal. Anteriormente en el mismo sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 186. Críticamente ante este planteamiento, WELZEL, *JZ* 1956, p. 240 y s.; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht*, AT, p. 56 y s.; CEREZO MIR, III *Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 79.

[162] En un principio, FRANK, *Studien zum Polizeistrafrechte*, p. 18 y ss.; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 29 y s.; JESCHECK, *JZ* 1959, p. 460 y ss.; MAYER, H., *Strafrechtsreform*, p. 65. Actualmente JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 56 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 14; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 3, n.m. 8; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 100; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 76; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, p. 57; GRACIA MARTÍN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 45; SUAY RINCÓN, en *Las fronteras*, p. 132; CEREZO MIR, en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 87; GIL GIL, en *LH-Cerezo Mir*, p. 19; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 109. Una concepción mixta defienden KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, p. 166 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 81; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 218; EL MISMO, *Actualidad jurídica* 93 (2001), p. 39.

[163] En este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschatfsstrafrecht*, I, p. 50 y s.; EL MISMO, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 350 y s.; STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp

penal y el Derecho administrativo sancionador no hay más que una diferencia cuantitativa. La razón central para respaldar tal parecer se encuentra en que ambos ámbitos jurídicos motivan a los sujetos, mediante normas jurídicas, a evitar una lesión (más o menos grave) de bienes jurídicos[164]. A pesar de lo extendido de esta opinión doctrinal, a partir de ésta no puede explicarse por qué en el ámbito del Derecho administrativo se opera con criterios de persecución y de imputación más flexibles que los utilizados en el Derecho penal. Por mencionar sólo algunos aspectos: en el Derecho administrativo sancionador rige un principio de oportunidad en la persecución de los infractores (no de legalidad)[165], se cuenta con un concepto unitario de autor[166], las personas jurídicas pueden ser sujetos de sanción[167], el principio de culpabilidad –como límite a la intervención estatal– es considerado limitadamente, en todo caso como capacidad de

---

(Hrsg.), p. 82; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 71; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 45. Con ciertas reticencias, también, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6 y s.

(164) Vid., de esta opinión, JESCHECK, *JZ* 1959, p. 460 y s.; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 350; DELMAS-MARTY, *ZStW* 98 (1986), p. 794; STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 71; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, p. 33; CEREZO MIR, III *Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 81; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 78; GIL GIL, en *LH-Cerezo Mir*, p. 19; GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 41. De un parecer distinto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 185.

(165) Vid., una referencia comparativa en STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 69 y s.

(166) Vid., en el Derecho de contravenciones alemán, donde se ha discutido ampliamente el tema, DREHER, *NJW* 1970, p. 217 y ss. EL MISMO, *NJW* 1971, p. 121 y ss., con palabras de conclusión de Kienapfel, p. 123 y s.; ROTBERG, *OWiG-Kommentar*, p. 107 y ss.; KIENAPFEL, *NJW* 1983, p. 2236; RENGIER, *KR-OWiG-Kommentar*, § 14, n.m. 4 y ss.

(167) Vid., sobre esto, BAJO FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad penal*, Mir /Luzón (coord.), p. 26. La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas es la regla, aun cuando se admitan las denominadas consecuencias accesorias que, como se sabe, no son penas propiamente dichas (vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 437).

infringir la norma[168]. Estas diferencias no pueden explicarse suficientemente con el solo criterio de la mayor gravedad cuantitativa[169]. Por ello, resulta justificado pensar que detrás de estos hechos manifiestos se esconden aspectos cualitativos que diferencian el Derecho penal (económico) del Derecho administrativo sancionador[170].

Desde nuestra comprensión del Derecho penal económico, el punto de partida para encontrar un criterio de diferenciación material entre el delito y la infracción administrativa no puede ser la gravedad de la lesión del bien jurídico, pues, como ya lo hemos indicado, el criterio del bien jurídico como objeto jurídicamente valorado, no se corresponde propiamente con la función del Derecho penal. Desde el punto de vista del hecho externo, no cabe duda que el delito y la infracción administrativa lesionan o ponen en peligro un bien valorado positivamente, pero desde una perspectiva normativa el Derecho penal no protege estos objetos valiosos, sino la vigencia de expectativas de conducta fundamentales para el funcionamiento de la sociedad. Una infracción administrativa puede defraudar también ciertas expectativas de conducta, pero habrá que determinar si la importancia de la defraudación justifica utilizar criterios cualitativamente similares al Derecho penal para imputar tal defraudación a una persona. Ambos ordenamientos apuntan a reestabilizar una expectativa defraudada, pero la forma de llevarlo a cabo se muestra claramente distinta, ya que se trata de defraudación de expectativas de distinta relevancia social. Las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos

---

(168) Vid., con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 358; BEOTAS LÓPEZ, *CDJ: La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 146; GRACIA MARTÍN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 87; BAJO FERNÁNDEZ, en La *responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 26.

(169) Vid., similarmente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 612.

(170) Mantienen en la actualidad un criterio cualitativo de diferenciación, WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 219; KINDHÄUSER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 441; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 125 y ss; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 33 y s.; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 138 y s.

sectores no colapsen[171], lo que, por otra parte, le permite también utilizar mecanismos cognitivos de reestabilización. Las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permiten en el sistema social concreto una realización personal, de manera que fundamentan un reproche de culpabilidad material al autor. Como puede verse, se trata de defraudaciones de diversa entidad[172], lo que explica que se recurra no sólo a criterios de imputación, sino también a mecanismos de reestabilización cualitativamente distintos.

Con base en la diferencia material esbozada resulta comprensible por qué los ilícitos penales se someten a un juez y se impide a la Administración imponer penas privativas de libertad[173]. Por más que exista un acercamiento de los criterios de imputación penal a los manejados en el Derecho administrativo, o viceversa, de ninguna manera puede significar una absoluta homogeneidad entre ambos ordenamientos[174]. El Derecho penal sigue criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan alcanzar una mayor o menor flexibilización en aras de mayor eficacia, mientras que el Derecho administrativo sancionador sigue criterios de afectación general, estadística en todo caso, por lo que no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución, que se rige por criterios de oportunidad

---

(171) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *AP* 24 (1998), p. 443; EL MISMO, *La expansión*, p. 126.

(172) En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 184.

(173) Vid., TIEDEMANN, en "Introducción" al *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; SILVA SÁNCHEZ, *Actualidad penal* 24 (1998), p. 442; EL MISMO, *La expansión*, p. 125.

(174) Vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 48 y s.; EL MISMO, en "Introducción" al *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5, pretende salir al paso ante esto señalando que la diferencia cuantitativa se encuentra en la consecuencia jurídica, pero no en el supuesto de hecho. Sin embargo, parece claro que la consecuencia jurídica no es un acto arbitrario, sino que depende de las características del hecho que lo motiva.

y no de legalidad[175]. Con esto no quiere decirse que una determinada conducta siempre será un delito o una infracción administrativa, ya que las condiciones sociales pueden cambiar la significación social de una conducta hasta entonces sancionada por el Derecho administrativo sancionador y elevarla a la categoría de defraudación de una expectativa social penalmente garantizada. Incluso en casos límite entra a tallar cierto decisionismo que hace imposible una delimitación teórica[176], pero que se explica no por una indiferencia valorativa, sino por una cuestión de seguridad jurídica, como en el caso del establecimiento de la mayoría de edad. De cualquier forma, parece claro que aun cuando cambien las condiciones sociales o haya cierto margen de decisión política, existen conductas como el homicidio que nunca podrán aparecer como una infracción administrativa, pues constituyen en todo momento una lesión a la vigencia de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona[177].

La comprensión esbozada del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador nos permite, por otra parte, realizar un juicio crítico sobre la legislación penal positiva. Por ejemplo, hay razones fundadas para cuestionar la legitimidad del delito de organización y administración de casinos sin autorización (artículo 243-A del Código penal)[178]. Este delito tiene una finalidad puramente

---

[175] Vid., todo esto en PAZ ARES/VELASCO CABALLERO, *Infracciones administrativas*, p. 4 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Actualidad penal* 24 (1998), p. 442 y ss. Vid., anteriormente en la misma línea, TORÍO LÓPEZ, *LH-García de Enterría*, III, p. 2529 y ss.

[176] En este sentido, SCHMIDT, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 28; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 218.

[177] Igualmente en la solución, STEIN, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 73 y s.

[178] Se discute sobre la vigencia o no de este tipo penal, en la medida que la Ley 25836 que lo incorporó al Código penal ha quedado derogado por la nueva ley de casinos de juego, Ley 27153 (así BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 403). La conclusión de una derogación del tipo penal es, sin embargo, incorrecta, pues la derogación de la anterior ley de casinos no trae consigo la derogación a las modificatorias a otras leyes que esa norma realizó.

aseguradora de la función de la Administración, en tanto sanciona al que organiza o conduce casinos de juego sujetos a autorización, sin haber cumplido los requisitos que exigen las leyes o reglamentos para su funcionamiento. Una presunción de la realización de trampas en los juegos o el uso de máquinas manipuladas por la sola ausencia de control administrativo, no sólo resulta inconstitucional por atentar contra la presunción de inocencia, sino que no afecta en lo absoluto las estructuras del sistema económico que conforman la identidad normativa esencial de nuestra sociedad.

Capítulo III

LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN: EL CONFLICTO ENTRE LA EFICACIA Y LAS GARANTÍAS PENALES

La expansión que en los últimos tiempos ha tenido el Derecho penal económico resulta innegable en el plano de la legislación positiva. Y posiblemente esta sea la razón por la que actualmente se discute con mayor detenimiento sobre su legitimidad. La discusión gira en torno a dos puntos centrales: la necesidad de adaptar las estructuras de imputación penal a la actual realidad socioeconómica[1] y la inobservancia, cuando menos parcial, de ciertos principios garantistas en la legislación penal económica[2]. Pese a que las exposiciones usuales en el Derecho penal económico abordan cada cuestión de manera separada, hay que precisar que no corren en vías paralelas sino que se condicionan mutuamente. En efecto, en la medida que se pretenda conseguir una mayor eficacia del Derecho penal

---

(1) Vid., así, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 22; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 28; EL MISMO, *Prólogo*, p. 10. Vid., este mismo parecer en el ámbito de la criminalidad de empresa, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 27 y ss.

(2) Vid., en este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 31 y s.; NUÑEZ CASTAÑO, *Revista penal* 10 (2002), p. 71.

económico, tendrá que dejarse de lado o limitarse algunos de los principios del Derecho penal liberal, mientras que un mayor sobredimensionamiento del aspecto garantista lleva a negar necesariamente la legitimidad de ciertos aspectos de la expansión actual del Derecho penal económico.

En cuanto a los criterios de imputación penales para enfrentar eficazmente la criminalidad económica, hay que señalar que los escritos especializados, basados en estudios sociológicos, han ido mostrando desde hace ya algún tiempo que las formas de manifestación de la criminalidad económica no se presentan, como en la delincuencia "tradicional", mediante un sujeto individual que a través de una acción individual lesiona causalmente un bien jurídico de una víctima concreta[3]. Nos encontramos, más bien, ante modelos de actuación completamente distintos que se explican no sólo por la participación preponderante de personas jurídicas, sino fundamentalmente por las características propias del sistema económico moderno[4]. Por esta razón, la doctrina penal plantea hoy en día, como una cuestión fundamental del Derecho penal económico, desarrollar mecanismos dogmáticos para imputar responsabilidad penal con base en las características del propio objeto de regulación, de manera que sean eficaces en la práctica[5]. La dogmática penal debe mostrarse no sólo coherente internamente, sino también útil para resolver los problemas de imputación presentados en la realidad económica.

La discusión sobre los criterios de imputación en el Derecho penal económico, que ha sido el motor de impulso de los primeros trabajos en este sector, se corresponde de alguna manera con una discusión más general en la dogmática penal. Desde hace por lo

---

(3) Vid., SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 32; EL MISMO, *CCGPJ* 1991, p. 32; TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 53 y ss.; MOCCIA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 118 y s.; BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 66.

(4) Vid., WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 23. Respecto de la responsabilidad por el producto destaca esto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 23 y ss.

(5) Vid., NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 17.

menos treinta años los sistemas dogmáticos abstractos y estáticos han venido siendo cuestionados, dejando cada vez más de tener participación en la discusión doctrinal[6], pues existe casi unanimidad en la doctrina sobre la inabarcable complejidad y la continua variación de la vida social y de los puntos valorativos que sirven para su ordenación. Esta indicación es incuestionable en el Derecho penal económico, ya que resulta casi imposible intentar comprender (regular) la realidad del sistema económico con un conjunto reducido de axiomas de los que pueda deducirse toda solución a los problemas concretos[7]. En este sentido, los sistemas abiertos, con conceptos en mayor o menor grado normativos, constituyen el tinte característico de las escuelas que hoy pueden calificarse de dominantes[8], permitiendo en su seno que los propios criterios de imputación se amolden a las necesidades punitivas.

El segundo problema que afecta la legitimidad del Derecho penal económico actual es la falta de vigencia o, en todo caso, la vigencia limitada de los principios garantistas en la legislación penal económica. Ciertamente, en una medida todavía menor que la cuestión de la falta de adaptación de los criterios tradicionales de imputación penal a la realidad económica, la discusión doctrinal se ha ocupado también de esta situación legislativa del Derecho penal económico[9]. Con independencia del carácter más o menos crítico de las exposiciones, todas coinciden en general que la razón fundamental por la que se explica la inobservancia de las garantías penales en el Derecho penal económico es el carácter prioritario de las necesidades innegables de prevención en el ámbito de la economía[10].

---

(6) Vid., así, Silva Sánchez, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 12; Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 35.

(7) Vid., Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 35.

(8) Vid., en este sentido, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 124.

(9) Cfr., Müller-Gugenberger, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 1, n.m. 9; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 194 y ss.; Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 13.

(10) Vid., sobre la creencia extendida de la eficacia preventivo-general de las leyes penales en el ámbito económico, Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 42. En

Frente al fenómeno de flexibilización de las garantías penales son diversas las lecturas que se hacen por parte de la doctrina. Algunos autores lo ven como la propia negación del sistema, a la que denominan como la "dialéctica de lo moderno", y que pone de manifiesto que el sistema jurídico-penal moderno ha llegado a consumarse a sí mismo, esto es, que es anacrónico[11]. Otros, por el contrario, entienden que no se trata de una autonegación del sistema mismo, sino del normal desarrollo histórico de las necesidades penales, que ciertamente tiene también un carácter dialéctico[12]. En su momento, el llamado Derecho penal clásico[13] tuvo como punto de partida un proceso de incriminación que luego, poco a poco, fue legitimándose con un respaldo teórico de comprensión del individuo y la sociedad[14]. El Derecho penal económico no es ajeno a esta lógica. Lo que sucede es que la situación de síntesis dialéctica en el Derecho penal económico actual no está en el mismo estado de desarrollo que el del Derecho penal tradicional y, además, sus propias peculiaridades determinan un proceso dialéctico distinto. El Derecho penal económico moderno se encuentra todavía en una etapa de incriminación y es por eso que se siente la falta de una vigencia plena de los mismos principios garantistas del Derecho penal común. En cualquier caso, es necesario ofrecer también en el Derecho penal económico las garantías propias de un Estado de Derecho, pero para ello resulta imprescindible tener en cuenta las propias características del sector y no proceder a una simple importación de conceptos.

---

el mismo sentido, aunque desde una perspectiva crítica, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 190 y ss.

(11) Vid., en este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 22.

(12) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 14.

(13) Entiéndase aquí en el mismo sentido que en HASSEMER, *ZRP* 1992, p. 379; EL MISMO/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 18 y ss.; NAUCKE, *KritV* 1990, p. 254, respecto de lo que es el Derecho penal del Estado de Derecho. Algunas apreciaciones críticas sobre el origen del término Derecho penal clásico en SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 15.

(14) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 182.

En lo que sigue, nos vamos a ocupar primeramente de exponer los detalles de la discusión doctrinal sobre la legitimidad del Derecho penal económico. Con base en esta exposición, podremos fijar nuestra postura general sobre este aspecto central del debate doctrinal. En segundo lugar, abordaremos de manera específica cómo el Derecho penal económico se adapta a los límites del *ius puniendi* del Estado, pues si no respeta estas exigencias garantistas, cuando menos en su contenido esencial, la eficacia que pueda alcanzarse en la represión de la criminalidad económica no alcanzará para legitimar su configuración actual.

II. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA

Puede afirmarse sin mayor discusión que los tipos penales que conforman el llamado Derecho penal económico pertenecen, al menos formalmente, a la legislación penal. No obstante, con ello se cumpliría sólo el requisito de legalidad del Derecho penal económico, pero no aseguraría su legitimidad. En este sentido, la primera tarea que se le presenta a la doctrina penal consiste en determinar la compatibilidad de estos tipos penales con los principios reguladores del Derecho penal[15]. Esta labor no es del todo pacífica, pues en la discusión doctrinal hay voces que niegan la legitimidad jurídico-penal de muchos delitos económicos y otras que la defienden.

1. La falta de legitimidad de la legislación penal económica

Un sector importante de la doctrina penal sostiene que la tipificación de los delitos económicos que ha operado en el nivel legislativo no reúne las condiciones de legitimidad, de manera que se trata de una regulación arbitraria que debería formar parte, en todo caso, de otra rama del Derecho con principios de ordenación distintos a los del Derecho penal. En esta línea de pensamiento se encuentran,

---

(15) La problemática de la legitimidad del Derecho penal económico se centra en las normas que protegen las condiciones esenciales del funcionamiento del sistema económico. Vid., en este sentido, Bottke, en *Hacia un Derecho penal*, p. 640; Rodríguez Estéves, *El Derecho penal*, p. 35.

por un lado, los defensores del liberalismo racionalista y, por el otro, los autores que se agrupan en la llamada escuela de Frankfurt.

A. El liberalismo racionalista

El liberalismo racionalista en el Derecho penal contemporáneo encuentra en E.A. WOLFF su primer representante importante[16]. Sus puntos de partida han sido seguidos y desarrollados aún con mayor profundidad por sus discípulos KÖHLER, ZACZYK y KAHLO en diversos temas actuales del Derecho penal. La base de su interpretación del Derecho penal se encuentra en la filosofía kantiana y se sustenta, por tanto, en los conceptos filosóficos de sujeto, acción, libertad, autonomía, regla de acción e imputación, interpretados desde la filosofía de KANT y FICHTE[17]. Obviamente no pretendemos en este trabajo de Derecho penal económico entrar en las particularidades del pensamiento jurídico-filosófico del liberalismo racionalista, sino solamente determinar si su comprensión del Derecho penal no se opone al reconocimiento de la legitimidad del Derecho penal económico.

Hay que reconocer, ante todo, que entre los llamados seguidores del liberalismo racionalista en el Derecho penal, apenas existen trabajos dedicados en concreto a temas de Derecho penal económico[18], lo cual, sin embargo, no impide que en algunos escritos generales, o en aquellos que tocan de manera tangencial el tema, pueda verse cierto cuestionamiento a muchos aspectos centrales del moderno Derecho penal económico. La razón principal de tales cues-

---

(16) Suele vincularse esta tendencia jurídico-penal a la escuela de Frankfurt [vid., así, SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 16], lo que se explica quizá porque E.A. Wolff fue Profesor en la Universidad de Frankfurt. No obstante, los puntos de partida del liberalismo racionalista distan considerablemente de los seguidos por los representantes de la escuela de Frankfurt.

(17) En este sentido, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 9. Sobre el concepto de libertad en Kant y Fichte, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 130 y ss.; KAHLO, *Das Problem*, pp. 272, 277 y ss.

(18) Puede aquí citarse el trabajo de VON FREIER, *Verbandsstrafe*, passim., discípulo de Köhler.

tionamientos se encuentra en una incompatibilidad de las categorías conceptuales del liberalismo racionalista con los criterios de regulación que se han utilizado –y se siguen utilizando– en el Derecho penal económico. Muchos de los elementos que configuran la legislación penal económica rompen la construcción dogmática propuesta por el liberalismo racionalista en el Derecho penal y son considerados, por tanto, como algo cualitativamente distinto.

Como lo hemos indicado, el sistema dogmático proyectado por el liberalismo racionalista es consecuencia de la asunción de las premisas racionalistas kantianas[19]. En este sentido, su construcción dogmática tiene como punto central un sujeto entendido como ser racional[20] y autónomo[21] a partir del cual se configura el ordenamiento jurídico-penal, se elabora un modelo de imputación de responsabilidad penal y se fundamenta la imposición de la pena. La crítica a la legislación penal económica se centra sobre todo en su falta de correspondencia con los elementos legitimadores del Derecho penal, lo cual se hace patente en cuestiones de fundamento como la delimitación del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador y la determinación del bien jurídico penalmente protegido.

a. La delimitación del injusto penal frente a otras formas de injusto

El liberalismo racionalista reprocha a la legislación penal económica, en primer lugar, no tener en consideración la diferencia material

---

(19) Cfr. Así, Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 162 y s.; Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 129 y s.; Kahlo, *Das Problem*, p. 283 y ss.; El Mismo, *Die Handlungsform*, p. 189 y s.

(20) La realidad de las cosas se encuentra determinada por la capacidad de conocimiento del sujeto, en otras palabras, por su racionalidad. Vid., con mayor detalle, Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 130; Köhler, *FS-Hirsch*, p. 67; Kahlo, *Das Problem*, p. 278.

(21) El individuo actuante es entendido como un ser autofundante, esto es, que su actuación se determina por sus propias capacidades de fundamentación. Vid., en este sentido, Wolff, *ZStW* 97 (1985), p. 808; Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 20. Sobre el principio de autonomía, Kahlo, *Die Handlungsform*, p. 195 y ss.

del injusto penal frente a otras formas de injusto[22]. Para poder sancionar un hecho concreto como delito deben haberse afectado las relaciones jurídicamente constituidas de mutuo reconocimiento entre los sujetos individuales[23], lo cual no se presenta en muchos delitos económicos. En estos casos, por el contrario, el afectado puede adaptarse aún al hecho mediante sus propias fuerzas[24], de manera que se trata sólo de contravenciones que no niegan a los demás o a la comunidad como sujetos racionales libres[25]. Una simple contravención del orden del sistema social o de sectores concretos no debe sancionarse como delito, a no ser que suponga objetivamente una medida de puesta en peligro abstracta muy grave de un bien jurídico especial (por ejemplo, conducir en estado de ebriedad) o una afectación al fundamento del interés de la libertad general (una maniobra que elimina la competencia en el mercado). De cualquier forma, salvo estos supuestos muy concretos, la regla general consiste en negar el carácter delictivo de numerosas infracciones económicas, en tanto no constituyen una lesión de las relaciones de mutuo reconocimiento de libertad externa[26].

---

(22) Sobre estos criterios, vid., WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 137 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 33; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots (un)kenntnis*, p. 48 y s.

(23) Vid., WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), pp. 139, 182. El origen de este mutuo reconocimiento se encuentra en la propia autonomía del sujeto, en la medida que deja de ser vista como una autodeterminación personal de un ser racional y aparece en necesaria referencia con los demás, de manera que se constituye en un aspecto esencial del ser racional que sólo puede ser pensado si al mismo tiempo está presente en otros seres racionales. Sobre esto último, vid., con mayores indicaciones, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 165; KAHLO, *Die Handlungsform*, p. 220. Críticamente, KINDHÄUSER, *RPDJP*, 1 (2000), p. 179.

(24) WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 212 y s.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 31.

(25) En este sentido, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 34: "(una particular infracción de una norma de orden) no lesiona aún sustancialmente el interés de la libertad (...)".

(26) Esto no niega, sin embargo, reconocer cierta mutabilidad de la voluntad general que podría dejar de incriminar determinadas conductas y criminalizar nuevas

b. Las condiciones de existencia de la libertad como bien jurídico

Otro aspecto crítico frente a la legislación penal económica se encuentra en los bienes jurídicos protegidos, en la medida que debe tratarse siempre de condiciones de existencia de la libertad del sujeto racional[27]. El delito adquiere su calificación como tal no por ser una simple afectación de intereses, sino porque constituye una lesión concreta de la existencia sustancial de la libertad de la persona o de la comunidad[28]. Esta lesión resulta evidente en las condiciones esenciales de la existencia de la libertad del individuo como la vida, el cuerpo, la libertad fáctica y la propiedad[29], pero debe incluir también la lesión de los elementos de la existencia de la libertad en el ámbito de las relaciones sociales que, a causa de su importancia para los individuos y la sociedad, son elevados a la categoría de bienes jurídicos[30]. La naturaleza o la ecología no se protegen

---

formas de lesión [vid., en este sentido, Groteguth, *Norm- und Verbots (un)kenntnis*, p. 50 y ss.], sino que establece simplemente un criterio material de lesión como presupuesto para la penalización de una determinada forma de conducta (en el mismo sentido, Groteguth, *op. cit.*, p. 63 con la idea de derecho formal y material).

(27) Los bienes jurídicos no son, por tanto, un estado de cosas natural, sino la esencia de las condiciones de existencia de la libertad de un sujeto que se autogobierna teleológicamente y de las normas de comportamiento para ello constituidas. Vid., con mayor detalle, Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 25; Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 165, para quien los bienes jurídicos se constituyen mediante un esfuerzo de mutuo reconocimiento entre los sujetos. Críticamente, Kindhäuser, *RPDJP*, 1 (2000), p. 179.

(28) Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 22; Zaczyk, *Das Unrecht*, pp. 165, 188. Sería un absurdo limitar la protección de las condiciones de libertad a las individuales, sino que deben ampliarse a su ámbito de existencia que lo vincula como ser social con otros, pero aún así los bienes jurídicos de la sociedad tienen existencia sólo en tanto tengan su apoyo en la racionalidad interna dentro de la conciencia del individuo [Zaczyk, *op. cit.*, pp. 177, 200; El Mismo, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 114].

(29) Cfr., con mayor detalle, Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 165 y ss.

(30) Si bien siempre deben agruparse en la autonomía jurídica del individuo. En este sentido, Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 173.

entonces como bienes en sí mismos, sino en tanto constituyen elementos facilitadores de la libertad[31]. En el caso de delitos económicos, sin embargo, parece que la constitución de bienes jurídicos se hace sin una vinculación directa con las llamadas condiciones de existencia de la libertad de un sujeto individual, en la medida que se sancionan conductas que no ponen realmente en peligro o lesionan estas condiciones vitales. La invocación de bienes jurídicos abstractos como derecho a la seguridad o cuidado en la disposición de bienes, muestra claramente que no se trata de la protección de las condiciones de existencia de la libertad[32], de manera que las normas penales basadas en estos bienes jurídicos resultan ilegítimas.

Como puede verse, los puntos de partida de los seguidores del liberalismo racionalista ponen en cuestión claramente la legitimidad de la legislación penal en materia económica. En tanto la admisión del Derecho penal económico dentro del sistema penal significa una adaptación de los criterios de imputación incompatible con los conceptos jurídico-penales de raíz liberal-racionalista, esta tendencia del Derecho penal propone mantenerse en los criterios tradicionales del delito y la culpabilidad. Esta misma visión crítica frente al Derecho penal económico es mantenida también por la escuela de Frankfurt, la cual, sin embargo, se muestra, en contraste con el extenso desarrollo filosófico de la tendencia liberal racionalista, más orientada a las ciencias sociales. Ambas tendencias coinciden solamente en la postura crítica frente al Derecho penal económico.

B. La escuela de Frankfurt

Más que constituir propiamente una escuela con una línea de pensamiento claramente definida en el Derecho penal, la llamada escuela de Frankfurt reúne a autores diversos con claras diferencias ideológicas y metodológicas[33], quizá con el único acuerdo común

---

(31) Cfr. ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 174.

(32) Vid., KÖHLER, *Strafrecht*, AT, pp. 31 y s., 33. En el mismo sentido, ZACZYK, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 116 y s.

(33) Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo*, p. XII.

de rechazar la normativización de las categorías dogmáticas por parte de las propuestas funcionalistas[34]. Esta actitud crítica se refleja claramente en el terreno del Derecho penal económico, en donde se oponen a una fundamentación normativa de las categorías jurídico-penales que permitan legitimar la labor de criminalización operada en este ámbito. Los frankfurtianos advierten que en los procesos de *neo-criminalización* en el ámbito de la economía el Derecho penal está dejando de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad de los ciudadanos para convertirse en instrumento de una política de seguridad[35].

La escuela de Frankfurt asume una vinculación estrecha entre el Derecho penal y las ciencias sociales. Esta vinculación del Derecho penal parte de la idea de que la "cientificidad" del Derecho penal no se reduce simplemente a una ordenación del conocimiento mediante un método determinado, sino que es importante tener en cuenta que se trata de una cientificidad dirigida a lo social. En este sentido, debe quedar fuera del estudio del Derecho penal conceptos metafísicos u objetos que sólo pueden abordarse especulativamente[36]. El Derecho penal es una ciencia exclusivamente empírica, cuya pretensión es permitir un mejor Derecho penal, esto es, un Derecho penal racional en cuanto a sus consecuencias[37]. Por esta razón, la legitimidad del Derecho penal se obtiene únicamente si se alcanzan las consecuencias deseadas y se impiden las indeseadas[38], lo cual se determina mediante los conocimientos

---

(34) Vid., Albrecht, en *La insostenible situación*, p. 474.

(35) Vid., en este sentido, Callies, *NJW* 1989, p. 1338 y s.; Naucke, *KritV* 1990, p. 253 y ss.; Krauß, *KritV* 1993, p. 183 y ss.; Hassemer, *ZRP* 1992, p. 381; Albrecht, en *La insostenible situación*, p. 474.

(36) En este sentido, Hassemer, *Einführung*, p. 22; Naucke, en *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), p. 4.

(37) Naucke, en *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), p. 4 y s.; Hassemer, *Einführung*, p. 22; Hassemer, *FS-H. Coing*, I, p. 504 y ss.; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 83.

(38) Algo que un Derecho penal orientado por un *input* (a sí mismo) no podría determinar. Vid., en este sentido, Hassemer, *NStZ* 1989, p. 556.

empíricos que suministran las ciencias sociales[39] y, sobre todo, la criminología[40].

a. La legislación penal económica expansiva

A partir de la visión crítica frente al orden imperante que siempre tienen las ciencias sociales, los estudios penales de los frankfurtianos no pueden hacer lo menos. En este sentido, consideran que la actual legislación penal expansiva está siendo impulsada más por factores de carácter político que científico, de manera que la eficacia del Derecho penal ha quedado relegada a un segundo plano[41]. Este condicionamiento "político" del Derecho penal moderno no sólo ha afectado la mencionada eficacia del Derecho penal, sino que, lo que es peor aún, ha traído consigo también el paulatino abandono del conjunto de principios de tradición europea[42]. En el Derecho penal económico de los últimos años tal situación se ha hecho especialmente patente, lo que ha dado lugar a que se constituya en el lugar preferido de los frankfurtianos para realizar sus consideraciones críticas frente al Derecho penal moderno[43].

---

(39) HASSEMER, *Einführung*, p. 22 y s. Así, críticamente frente a la pretensión de los penalistas de renunciar a la comprobación empírica de sus formulaciones, PRITTWITZ, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 167 y ss.

(40) Cfr., ALBRECHT, *FS-E.A. Wolff*, p. 12 y s.

(41) Vid., Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, en el Prólogo a la edición alemana de *La insostenible situación*, p. XVIII; HERZOG, *Revista penal* 4 (1999), p. 56. Vid., una exposición bastante precisa del reproche que hace la escuela de Frankfurt a la orientación política del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, *REDUP*, 1 (2000) p. 110 y ss.

(42) Vid., en este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 194 y ss.; ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 484.

(43) Reconocen la actualidad del Derecho penal económico, HASSEMER, *ZRP* 1992, 381; EL MISMO, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 18; LÜDERSSEN, *Prólogo*, p. 7.

b. *Crítica a la funcionalización del bien jurídico*

El cuestionamiento central de la escuela de Frankfurt a la legitimidad del Derecho penal económico se presenta en el ámbito de los bienes jurídicos protegidos[44]. Los frankfurtianos afirman que si bien la doctrina penal dominante entiende que la legitimación de las normas penales se encuentra en la protección de bienes jurídicos[45], esta unanimidad no alcanza a los criterios de determinación del bien jurídico digno de protección jurídico-penal[46], lo que permite un abuso político para una expansión incontrolada del Derecho penal moderno y, por supuesto, del Derecho penal económico[47]. Mediante la llamada funcionalización del bien jurídico-penalmente protegido[48], se pretende cubrir con un manto de modernidad un proceso empíricamente injustificado de (neo)criminalización[49], impulsado por una política populista orientada a la obtención y al mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas de corto plazo[50].

---

(44) Cfr., en este sentido, respecto del bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente, Hohmann, *Das Rechtgut*, p. 179 y ss.

(45) Vid., por todos, Nestler, en *La insostenible situación*, p. 63 nota 1.

(46) Vid., en este sentido, Hassemer, *ZRP* 1992, p. 381 y s.; Nestler, en *La insostenible situación*, p. 63; Kargl, en *La insostenible situación*, p. 50 y s.

(47) Vid., Hassemer, *ZRP* 1992, p. 378 y ss. En el caso del Derecho penal económico, este abuso se justificó en la necesidad de prevención frente a los cuantiosos daños que la criminalidad económica producía a la economía nacional. Vid., con mayores referencias, Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 116 y ss.

(48) Vid., en detalle, Hassemer, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 90 y ss.; El Mismo, *ZRP* 1992, p. 380; El Mismo, *RPDJP* 1 (2000), p. 122 y ss.; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pp. 119, 141 y ss.; Prittwitz, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 55; Hohmann, *Das Rechtgut*, p. 173; Kargl, en *La insostenible situación*, p. 59.

(49) Hassemer, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 85; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit* p. 116 y ss.; Hohmann, *Das Rechtsgut*, pp. 58 y ss.; Naucke, en *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), p. 24 y s.; Prittwitz, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 55.

(50) Vid., en este sentido, Hassemer, *ZRP* 1992, p. 380; Naucke, *KritV* 1990, p. 254 y s.; Prittwitz, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 173. Vid., igualmente la

Frente a esta política criminal práctica que responde exclusivamente a consideraciones pragmáticas, la escuela de Frankfurt contrapone la llamada "política criminal ilustrada o científica" (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) que exige un Derecho penal orientado a sus consecuencias, esto es, a los resultados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento individual(51). En este sentido, el concepto de bien jurídico debe reducirse a lo que es aprehensible y empíricamente medible(52), lo cual para HASSEMER sólo puede ser un *interés humano* necesitado de protección jurídico-penal(53). Dentro de este concepto se encuentran, en primer lugar, los bienes jurídicos individuales (la vida, el cuerpo, el patrimonio)(54), mientras que los bienes jurídicos universales sólo podrían obtener legitimación jurídico-penal si están referidos a la protección de intereses individuales y si la forma de protegerlos se orienta efectivamente a ellos(55).

En el contexto de ideas esbozadas, la escuela de Frankfurt considera que el recurso a una función de protección de la regularidad de sectores generales –por ejemplo, el tráfico económico o el medio ambiente– como fundamento legitimante de la actividad criminali-

---

exposición que hace SILVA SÁNCHEZ, *REDUP*, 1 (2000) p. 110, del pensamiento de la escuela de Frankfurt.

(51) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *REDUP*, 1 (2000), p. 111.

(52) HASSEMER, *Theorie*, p. 112; EL MISMO, *Einführung*, p. 22.

(53) HASSEMER, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 90 y ss.; EL MISMO, *ZRP* 1992, p. 378 y ss. Completando la visión de un referente individual de los bienes jurídicos con una referencia social de la pena, KARGL, en *La insostenible situación*, p. 57.

(54) HASSEMER, *NStZ* 1989, p. 557.

(55) Vid., HASSEMER, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 24: "(Los bienes jurídicos universales) representan los intereses de los seres humanos, porque nosotros no podríamos vivir conjuntamente en sociedad sin su protección". Esta idea la sostiene tambien en HASSEMER, *NStZ* 1989, p. 557; EL MISMO, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 91; EL MISMO, *ZRP* 1992, p. 378. De parecer similar, NAUCKE, en *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke, p. 24; HOHMANN, *Rechtsgut*, pp. 63, 70 y s.; EL MISMO, *GA* 1992, p. 79. Críticamente, SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 19 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 95 y ss.

zadora en el ámbito económico, constituye una clara manipulación política de los conceptos jurídico-penales[56]. La regulación jurídica, dirigida a proteger estos sectores generales en sí mismos, no puede realizarse por medio del Derecho penal, sino que debe dejar su protección al Derecho administrativo sancionador[57] o, en todo caso, a un Derecho a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo que Hassemer, por ejemplo, denomina "Derecho de intervención"[58]. Gran parte de los tipos penales del Derecho penal económico no protegen en el fondo bienes jurídicos penalmente relevantes y, en este sentido, hay razones fundadas para cuestionar su legitimidad.

Como puede colegirse de todo lo dicho, el individualismo monista de Frankfurt cuestiona claramente la legitimidad del Derecho penal económico. La regulación de los delitos económicos tendría que ajustarse a los conceptos liberales que fundamentan el Derecho penal. Si se considera conveniente mantener estos nuevos criterios de fundamentación de la intervención estatal, deberá entonces constituirse un nuevo ámbito jurídico, pero no incluirse como parte del Derecho penal. Frente a este rechazo de la legitimidad del Derecho penal económico como parte del Derecho penal, se opone una tendencia que, por el contrario, reconoce tal legitimidad de la *praxis*

---

(56) Vid., en este sentido, Hassemer, *Einführung*, p. 275; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 119. Vid., en el mismo sentido, la crítica de Hohmann, *Das Rechtgut*, p. 194, a esta manipulación del concepto de bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente. En este mismo lugar afirma que: "sólo lo que se muestre como presupuesto y condición del desarrollo personal, puede ser bien jurídico de una norma. Un bien jurídico medio ambiente, por tanto, no es imaginable; sólo puede protegerse como tal las condiciones de desarrollo del individuo" (*op. cit.*, p. 194).

(57) Vid., en este sentido, Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 158; Naucke, *Die Welchselwirkung*, p. 38 y ss.; Hohmann, *Das Rechtgut*, p. 209 y ss.

(58) Vid., concretamente, Hassemer, *ZRP* 1992, p. 383; El Mismo, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 23 y s.; Hohmann, *Das Rechtsgut*, p. 209 y ss. Críticamente frente a este nuevo ámbito jurídico, Schünemann, *Consideraciones*, p. 23; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 78 y s., que resalta la ausencia de un desarrollo concreto por parte de Hassemer.

político-criminal legislativa y aplicativa en términos de funcionalidad. Nos referimos al sistema teleológico de ROXIN y al sistema funcionalista de JAKOBS.

2. La legitimidad de la legislación penal económica

Es usual en la doctrina penal vincular el sistema teleológico de ROXIN con el funcionalismo de JAKOBS, en tanto ambos autores tienen el mismo interés por orientar la dogmática penal a la realidad social[59]. Y puede ser que este interés común los lleve a estar de acuerdo en admitir la legitimidad del Derecho penal económico. No obstante, hay que indicar desde ahora que entre ambos planteamientos existen claras diferencias metodológicas[60]. Mientras que el sistema teleológico de ROXIN, heredero de una tradición neokantiana, busca interpretar los conceptos jurídicos con base en criterios de valoración configurados teleológicamente por la política criminal, la teoría funcionalista de JAKOBS se centra en la protección que el Derecho penal realiza a la identidad normativa de la sociedad. Veamos por separado cómo cada una de estas interpretaciones resuelve la cuestión de la legitimidad de la legislación penal económica.

A. El sistema teleológico (orientado a finalidades político-criminales)

Ya en su obra programática *Política criminal y sistema del Derecho penal*[61] puede verse con claridad el cambio metodológico que ROXIN quiere dar a la dogmática penal, en el sentido de una estrecha vinculación de las categorías dogmáticas con finalidades político-

---

(59) Vid., así, el propio ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7 n.m. 27. En este sentido son también las exposiciones de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 67 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, *FS-Roxin*, p. 69 y s.

(60) Vid., SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 13 y ss.

(61) Vid., ROXIN, *Política criminal*, *passim*. Vid., también la referencia al cambio metódico de Roxin a partir de este trabajo, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 166 y ss.

criminales[62]. La calificación de "teleológico" de este sistema dogmático se debe precisamente a la intención de informar cada categoría dogmática de una finalidad político-criminal determinada, esto es, de criterios de valoración social definidos políticamente[63]. Esta referencia necesaria a valoraciones político-criminales apunta a favorecer la construcción de un sistema dogmático abierto, que no obstaculice el desarrollo social sino que, más bien, lo impulse o, al menos, se adapte al mismo[64]. El Derecho penal no es un sistema conceptual cerrado, sino un sistema abierto a las necesidades punitivas de la sociedad.

El acercamiento del sistema teleológico a las necesidades punitivas reales no justifica, sin embargo, una pura "racionalidad instrumental" en la que sólo importe la consecución de determinadas finalidades preventivas. Roxin señala que este sistema debe atender también a ciertas finalidades valorativas que se derivan del libre desarrollo de la personalidad del individuo en un Estado de Derecho[65]. Se trata, por tanto, de un sistema dogmático orientado también a valores, que no deja de lado, por tanto, el aspecto principialista o garantista del Derecho penal. Pero las limitaciones de la configuración preventiva de las categorías dogmáticas no se reducen a las garantistas, sino que entran a tallar también ciertos límites ontológicos externos que proporciona la naturaleza de las cosas[66]. Esto

---

(62) Vid., Roxin, *Política criminal*, p. 33 y ss. En este sentido, también, la interpretación de Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 167.

(63) Vid., en este sentido, encontrando en el pensamiento de Roxin una continuación del pensamiento neokantiano, Amelung, en *El sistema moderno*, p. 94 y ss.; Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 63 y ss.

(64) Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7 n.m. 51; Schünemann, en *El sistema moderno*, p. 35.

(65) *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 51. Vid., sobre esto, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 22.

(66) Vid., sobre esto, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 83; Schünemann, *Grund und Grenzen*, p. 38; El Mismo, *FS-Roxin*, p. 30; Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 25 y ss. Lo que resulta, sin embargo, cuestionable es una cierta equiparación entre dos conceptos claramente diferenciados desde la filosofía antigua: lo ontológico y lo empírico.

quiere decir que, a pesar de la adaptabilidad del sistema dogmático a las nuevas realidades sociales –incluidas las económicas–, no toda labor de normativización se encuentra justificada por el hecho de adaptarse o explicar mejor la realidad. El sistema teleológico no otorga al dogmático una carta libre para normativizar absolutamente los conceptos dogmáticos con fines preventivos, sino que la configuración de las estructuras de imputación debe observar ciertos límites ontológicos y garantistas del sistema.

a. La legislación penal económica

A partir de las consideraciones generales realizadas, puede decirse que la comprensión teleológica de la dogmática jurídico-penal permite legitimar el desarrollo del Derecho penal económico en la medida que con esta legislación penal se pueda hacer frente eficazmente a la delincuencia económica(67). En consecuencia, las diversas categorías dogmáticas tendrán que adaptarse a los nuevos requerimientos punitivos en el ámbito de la economía y permitir soluciones dogmáticas tanto coherentes como eficaces. No obstante, si la regulación penal económica resulta contraria a estas finalidades garantistas o desconoce los límites ontológicos de la construcción dogmática, esta actuación del legislador no podrá encontrar legitimación aunque resulte eficaz, sino que cabrá cuestionar su validez dentro del sistema penal. Como puede verse, el sistema teleológico de orientación político-criminal admite, en principio, la legitimidad de la nueva legislación penal económica, pero siempre que esté racionalmente orientada a conseguir una prevención de los delitos económicos y respete los principios garantistas propios de un Estado de Derecho.

Sobre esta diferencia de planos, vid., KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 32 y ss.

(67) Vid., en este sentido, sobre la necesidad de adaptar las estructuras de imputación a la criminalidad económica, TIEDEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 39.

b. El concepto de bien jurídico penal

Un tema fundamental para decidir la legitimidad del Derecho penal económico lo constituye la concepción de los bienes jurídicos protegidos por este ámbito del Derecho penal. Para responder a este interrogante debe señalarse primeramente que en la concepción de bien jurídico de Roxin entran en juego un concepto dogmático y uno político-criminal. El concepto dogmático constituye propiamente la *ratio* de las leyes penales o, lo que es lo mismo, una decisión del legislador sobre lo que merece ser protegido por el Derecho penal[68]. El legislador podrá tomar esta decisión solamente si se trata de "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"[69]. Por otra parte, se encuentra el concepto político-criminal de bien jurídico, el cual exige que se proteja solamente aquellos bienes jurídicos que puedan ser deducidos de la Constitución Política[70]. La protección penal sobre determinados

---

(68) Habla, en esta misma línea, de una materialización del bien jurídico hacia abajo, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 25 y ss.; El Mismo, *GA* 2002, p. 22.

(69) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 9; El Mismo, *RPDJP* 5 (2004), p. 292. Son, por tanto, dos los aspectos de protección que justifican una labor de penalización: la libertad del individuo en un Estado liberal y la capacidad funcional del sistema social basado en estos principios; lo que no sirva a lo uno o a lo otro, no puede ser objeto de una conminación penal (cfr., Rudolphi, *FS-Honig*, p. 159; Roxin, *JA* 1980, p. 546; El Mismo, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 10). Renuncia, por el contrario, a criterios trascendentes al sistema penal para el proceso de materialización del bien jurídico, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 20 y ss., 378 y s.

(70) Vid., en este sentido, Rudolphi, *FS-Honig*, p. 158 y ss.; El Mismo, en *El sistema moderno*, p. 82; Roxin, *JA* 1980, p. 547; El Mismo, en *Problemas básicos*, p. 21; El Mismo, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 9. Últimamente Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 42 y ss., ha puesto de manifiesto que la Constitución Política no determina positivamente el concepto de bien jurídico, pero ofrece determinados elementos esenciales positivos y negativos. La vinculación del bien jurídico con la Constitución Política lo sigue en el Derecho penal económico, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 77, al indicar que la Constitución Política

intereses sociales solamente puede admitirse si cumple con ambos aspectos del concepto de bien jurídico.

En lo que atañe al Derecho penal económico, cabe indicar que la idea de bien jurídico esbozada por ROXIN presenta un carácter marcadamente normativo, de forma tal que estos bienes no se muestran estáticos, sino que, dentro del marco constitucional, se está abierto al cambio y a los progresos del conocimiento científico[71]. Por esta razón, ROXIN se muestra abierto a considerar legítimos los procesos de neocriminalización cuando se regulan nuevos fenómenos sociales que abren posibilidades de dañosidad de los bienes jurídicos que antes no se daban y frente a los cuales sólo el Derecho penal puede dar suficiente protección social[72]. Y esto es precisamente lo que sucede con el Derecho penal económico moderno cuando aparecen nuevos sucesos dañosos distintos a los englobados por los tradicionales delitos patrimoniales, pero que afectan igualmente de manera directa o indirecta derechos patrimoniales de los sujetos individuales

---

constituye un límite formal a la labor de tipificación de ilícitos penales (anteriormente, EL MISMO, *Tatbestandsfunktionen*, p. 28 y ss.). Si bien en el pensamiento de Tiedemann no existe claramente definido un sistema dogmático, sus ideas esenciales coinciden con la línea fundamental del funcionalismo teleológico (así, la vinculación entre dogmática y política criminal, en TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 22, 230 y s.; EL MISMO, en *Constitución y Derecho penal*, p. 58 y s.). Se muestran críticos ante una fundamentación del bien jurídico en la Constitución, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 310 y s., por dejar de lado de alguna manera el aspecto de la dañosidad social; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 250 y s.

(71) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 15. Un desarrollo completamente funcional del concepto de bien jurídico es llevado a cabo por AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 8, 350 y ss., para quien la construcción de su teoría parte de la misión del Derecho penal de asegurar las condiciones bajo las cuales pueden alcanzarse diversos intereses conjuntamente. Sin embargo, ROXIN, *JA* 1980, p. 546, cuestiona ciertos aspectos de este desarrollo funcional del bien jurídico, por radicalizar todo en el funcionamiento del sistema social global y permitir de alguna manera penalizar conductas que no implican una intromisión en la esfera jurídica de terceras personas.

(72) Vid., ROXIN, *JA* 1980, p. 547; EL MISMO, en *Dogmática penal*, p. 448 y s.

(fraude mediante computadoras, por ejemplo)[73]. La labor de criminalización del legislador penal en estos casos se encuentra plenamente justificada.

Más discutible resulta la legitimación de la criminalización cuando se apunta a proteger ámbitos sociales, como sucede con determinados sectores de la economía[74]. Para justificar la incriminación en este sector se ha realizado una serie de pasos. Lo primero ha sido la demostración del daño (material e inmaterial) que la criminalidad económica produce en el sistema económico[75], esto es, acreditar suficientemente la dañosidad social de este tipo de criminalidad[76]. Sin embargo, la protección penal del sistema económico ante la criminalidad económica no puede justificarse aún con sólo estos datos sociológicos, por lo que resultará necesario encontrar además un fundamento dogmático, es decir, una afectación a bienes jurídicos. El recurso a un bien jurídico único (el sistema económico) se ha mostrado claramente insatisfactorio desde el punto de vista dogmático, pues da lugar a criterios de interpretación de los tipos penales demasiados generales[77]. Por esta razón, los escritos especializados han optado por hacer referencia, más bien, a diversos bienes jurídicos dentro del sistema económico, en función del ámbito de protección de la norma jurídico-penal (sistema crediticio, competencia, consumidores)[78].

---

(73) Vid., en este sentido, Schünemann, *CCGPJ* 1991, p. 33 y ss. Vid., también, Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 50.

(74) Cfr., en este sentido, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 77, en tanto establece como objeto de protección del Derecho penal económico no sólo los derechos de los agentes económicos individuales, sino también el orden constitucional en materia económica.

(75) Cfr. Tiedemann, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 18 y s.; El Mismo, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 20 y ss.; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 12 y ss.

(76) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 53. Del mismo modo, Schünemann, *GS-Armin Kaufmann*, p. 631 y s.

(77) Vid., en este sentido, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253.

(78) Vid., por ejemplo, la enumeración de Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 51; El Mismo, *JuS* 1989, p. 691.

Esta fundamentación dogmática, sin embargo, como lo acabamos de ver, no basta para legitimar la incriminación, sino que debe también satisfacerse un concepto político-criminal de bien jurídico que tenga su correspondencia con los principios constitucionales. Para ello, se ha recurrido al reconocimiento constitucional del sistema económico y sus instituciones (constitución económica)[79], lo que ha llevado dogmáticamente al reconocimiento de bienes jurídicos económicos de carácter supra-individual[80] o, en todo caso, bienes jurídicos mediatizados entre el interés del Estado y el de los individuos[81].

Como puede derivarse de lo expuesto, la concepción de la dañosidad social y de los bienes jurídicos supraindividuales desarrollada por los representantes del sistema dogmático teleológico, constituye un abandono del entendimiento liberal de la lesión o del daño individualizado y su sustitución por criterios de lesividad social, de lesión al sistema. Por esta razón, se ha criticado desde esta comprensión del Derecho penal a la escuela de Frankfurt intentar mantenerse en una visión del bien jurídico típica del siglo XIX donde, por ejemplo, el derecho a la propiedad fue elevado a los altares debido a que en aquel entonces existía en la sociedad una cierta escasez de bienes materiales[82]. En una sociedad como la actual, caracterizada por el consumismo y la producción masiva con una sobreexplotación de los recursos naturales, la configuración de los bienes jurídicos debe estar orientada, más bien, a asegurar las condiciones de una racional explotación y

---

(79) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 25; EL MISMO, *Wettbewerb*, p. 8, respecto de la protección jurídico-penal de la competencia.

(80) En este sentido, TIEDEMANN, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 18 y s.; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 50 y s.; EL MISMO, JuS 1989, p. 691. Sobre los bienes colectivos en el Derecho penal económico, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253 y ss.

(81) Vid., TIEDEMANN, *JZ* 1986, p. 868; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 691; EL MISMO, *Verfassungsrecht*, p. 54.

(82) Vid., SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 23.

utilización de los recursos[83]. En este sentido, Schünemann no tiene ningún inconveniente en reconocer como bien jurídico penalmente protegido el medio ambiente (como derecho de la humanidad), en tanto constituye una condición necesaria para el libre desarrollo de la personalidad del individuo[84]. El funcionalismo teleológicò no cuestiona la legitimidad del Derecho penal económico, sino que lo reconoce como manifestación del carácter dinámico del sistema social que un sistema abierto del Derecho penal debe recoger.

Hay que reconocer, no obstante, que Roxin no acepta todos los procesos de neocriminalización, sino que rechaza por ilegítimos aquellos que tienen lugar con intenciones puramente electorales y que constituyen, por tanto, un abuso de la política criminal racional[85]. Si bien menciona expresamente el caso de los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, no se excluye la posibilidad de que también en el ámbito del Derecho penal económico se presente este tipo de abusos. En principio, hay una inclinación a conceder legitimidad al Derecho penal económico, lo cual no descarta ciertamente la posibilidad de crítica cuando se presenta una violación a los principios constitucionales por finalidades puramente "políticas". El carácter fragmentario del Derecho penal, garantizado constitucionalmente, no puede ser dejado de lado mediante tipificaciones delictivas que vayan más allá de conductas antisociales especialmente graves y que, por tanto, carezcan de referencia a la dañosidad social y a un interés social digno de protección penal[86]. Dentro del Derecho penal económico no hay lugar para la sanción de "meras conductas de desobediencia"[87].

---

(83) Vid., Schünemann, *Consideraciones*, p. 23. Una respuesta a Schünemann en el sentido de luchar en el bando equivocado, Prittwitz, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 159 y ss.

(84) Cfr. Schünemann, *Consideraciones*, p. 20 y ss; El Mismo, *FS-Triffterer*, p. 438 y ss. (espec. 452).

(85) Vid., Roxin, *JA* 1980, p. 547.

(86) Vid., Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75 y s.

(87) Vid., Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C34; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 77.

Como puede concluirse de la breve exposición que hemos hecho sobre el sistema teleológico, existe en esta línea doctrinal una disposición a adaptar las categorías dogmáticas a las necesidades sociales. Sin embargo, esta tendencia hacia el normativismo utilitarista no le lleva a un abandono de cualquier límite valorativo u ontológico, por lo que desde este planteamiento dogmático no se legitima toda actividad criminalizadora que esté orientada a satisfacer las necesidades de prevención en el ámbito de la economía. El Derecho penal debe adaptar su instrumental a esta nueva forma de criminalidad (la criminalidad económica), pero sin renunciar a principios garantistas fundamentales.

B. El sistema funcionalista de JAKOBS

Si bien el planteamiento de JAKOBS puede coincidir con el de ROXIN en el abandono de estructuras ontológicas absolutas en la construcción del sistema dogmático y su sustitución por conceptos normativos[88], va mucho más allá, en tanto considera que no debe existir ninguna limitación ontológica a la normativización de los conceptos jurídico-penales[89]. La labor de normativización debe estar orientada a la función social del Derecho penal, la cual, según JAKOBS, está constituida por el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de los contactos sociales[90]. La legitimación del Derecho penal se obtiene de la necesidad de garantizar la vigencia de las

---

(88) Vid., en este sentido, el propio ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 27.

(89) En este sentido, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 70; SILVA SÁNCHEZ, en *Introducción*, p. 20; EL MISMO, *Aproximación*, p. 69; EL MISMO, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 24, quien, por otra parte, se muestra algo escéptico frente a este abandono total de límites ontológicos.

(90) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 11; DERKSEN, *Handeln*, p. 175; LESCH, *La función de la pena*, p. 49 y s. Vid., estas ideas antes, LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 94 y ss.; EL MISMO, *Das Recht*, p. 123. Actualmente JAKOBS, *Norma, persona y sociedad*, p. 18; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 57, resalta más la estabilización de la norma como estabilización de la sociedad, como el mantenimiento de su identidad normativa.

expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente[91].

En la concepción de Jakobs sobre la función del Derecho penal puede apreciarse un rescate del sentido de la pena que habían desarrollado Hegel y los penalistas hegelianos[92]. El fundamento racional de la pena se encuentra en la negación del sentido del delito, entendido como negación de la vigencia de la norma[93], por lo que la función de la pena consiste en contradecir el sentido comunicativo del delito y restablecer así la vigencia de la norma defraudada[94]. Pero como buen hegeliano, para Jakobs la realidad del Derecho no se identifica con lo empírico, sino que sólo lo racional puede ser considerado real[95], de manera que procede a construir un modelo social normativo en un nivel de abstracción que deje de lado lo accidental de los hechos empíricos. Para conseguir esto, Jakobs recurre a ciertos conceptos sociológicos desarrollados por Luhmann en su teoría de los sistemas sociales, aunque debe reconocerse desde un principio que no sólo no asume expresamente el método constructivista de interpretación de la realidad, sino que los conceptos que utiliza los define de manera un tanto

---

(91) Vid., Cancio Meliá, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

(92) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 3; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 17. Vid., sobre esto, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 75 y ss.; El Mismo, *La función de la pena*, p. 45 y ss.; Schünemann, *FS-Roxin*, p. 14; Peñaranda Ramos, *RPDJP* 2 (2001), p. 423.

(93) Vid, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 9 y ss.; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; El Mismo, *PJ* 49, pp. 297, 305 y ss. Por su parte, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 93 y ss., defiende la opinión de que la visión funcionalista ya se encontraba en el pensamiento de Hegel.

(94) Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 11; El Mismo, *PJ* 47, p. 157; El Mismo, *PJ* 49; p. 298; El Mismo, en *Estudios*, p. 385; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; El Mismo, *La función de la pena*, p. 49 y s.; Derksen, *Handeln*, p. 175 y s.; Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s.; Müssig, *RPDJP*, 2 (2001), p. 317 y ss.

(95) Esto se corresponde con la muy citada frase de Hegel, *Grundlinien*, p. 56.

arbitraria[96]. Como consecuencia de esta construcción del modelo racional a partir de una sociedad concreta, JAKOBS no convierte en tema de discusión la concreta configuración de la sociedad, sino que la da por supuesta[97]. La cuestión de la legitimidad del Derecho penal de una determinada sociedad no se resuelve al interior del Derecho penal[98], de manera que el método funcionalista se encarga sólo de describir el Derecho penal de una sociedad concreta[99].

a. La descripción del Derecho penal económico

En el ámbito del Derecho penal económico, la explicación funcionalista parte de la importancia que lo económico tiene en la

---

(96) El propio JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 16, marca ya diferencias con las ideas luhmannianas. Más cercano a la teoría sociológica de Luhmann se encuentra el discípulo de Jakobs, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 137 y ss. Otro discípulo de Jakobs, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y ss., afirma, por ejemplo, que Jakobs realiza una observación de segundo orden (concepto de la cibernética de VON FOERSTER, en *Self-organizing Systems*, Roth/Schwegler (Hrsg.), p. 102 y ss.), mientras que él lleva a cabo una de primer orden. En este sentido, vinculan incorrectamente el funcionalismo de Jakobs con las ideas sociológicas de Luhmann, por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 27; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 70.

(97) Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 25, nota 10. Esta idea se encuentra ya en el proceso de determinación del concepto del Derecho de HEGEL, *Grundlinien*, § 2.

(98) Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 40.

(99) En este sentido, la pretensión del pensamiento de Jakobs es fundamentalmente explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado [JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 21; EL MISMO, *Das Schuldprinzip*, p. 30; MÜSSIG, *RPDJP*, 2 (2001), p. 317]. Puede decirse, por tanto, que en el sistema funcionalista de Jakobs se presenta una separación entre dogmática penal y política criminal (vid., en este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en *Estudio preliminar*, p. 80 y ss, quienes afirman además que ciertamente esa separación entre dogmática penal y política criminal no impide que la propuesta de Jakobs permita la crítica a ciertos supuestos problemáticos). Pretenden llevar a cabo el desarrollo de criterios de legitimación desde perspectivas funcionalistas, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 149 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, pp. 7 y ss., 62 y ss.

sociedad moderna, lo cual influye determinantemente en la configuración de la sociedad actual y, por tanto, en el Derecho penal[100]. Las actuaciones en el ámbito económico no pueden regularse únicamente por las estructuras de expectativas del sistema económico, pues el modelo de orientación en la economía –esto es, obtener el mejor resultado aprovechando las posibilidades existentes, incluso la infracción de reglas– no asegura el mantenimiento del modelo normativo de la sociedad[101]. En este sentido, para mantener la identidad normativa de la sociedad es necesario que desde fuera el Derecho penal reestabilice las expectativas defraudadas en este sector. El Derecho penal protege la identidad normativa esencial de la sociedad también en la economía[102].

Para que el Derecho penal pueda desarrollar su función en el ámbito económico, los mecanismos jurídico-penales de imputación deben de adaptarse a la realidad y a las características del sistema económico sin que deba sujetarse a límites ontológicos de algún tipo[103]. En la medida que la legislación penal vaya incorporando tipos penales de carácter económico, los criterios de imputación deben irse también adaptando a estos nuevos aspectos de la realidad social incorporados legislativamente al Derecho penal. Esta adaptación de los conceptos puede verse en los aspectos más relevantes de la dogmática penal para la lucha contra la criminalidad económica.

---

(100) Cfr. Jakobs, *La ciencia*, p. 133; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 54 y s.

(101) Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 55.

(102) La sociedad moderna es una sociedad principalmente económica, Jakobs, *La ciencia*, p. 133; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 54, pues en caso de duda el sistema económico se impone ante los demás.

(103) Vid., en este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 21 y ss. Sin embargo, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 165 y ss. considera que en un nivel de mayor concreción, sólo podría cuestionarse la legitimidad de estas construcciones si se afectan las condiciones institucionalizadas de la configuración de la sociedad concreta.

b. La vigencia de la norma como bien jurídico penalmente protegido

Uno de los aspectos centrales que significa un cambio sustancial en la dogmática funcionalista de JAKOBS es el referido al bien jurídico protegido por el Derecho penal. Con una claridad prácticamente irrebatible, JAKOBS afirma que el Derecho penal no protege bienes jurídicos como objetos valorados positivamente, sino la vigencia efectiva de normas que garantizan la confianza en el respeto a bienes jurídicos, roles y paz jurídica(104). No son, pues, las consecuencias externas del quebrantamiento de una norma lo que tiene significación para el Derecho penal(105), "pues la lesión material del bien jurídico no puede remediarse mediante el Derecho penal, ni es necesario tampoco que la misma se produzca para que un quebrantamiento normativo tenga lugar, como vendría a confirmarlo el hecho de que muchos de estos quebrantamientos (por ejemplo, los correspondientes a las conductas de tentativa) se hayan completado antes de que se produzca cualquier daño externo"(106). Lo relevante del delito se encuentra, más bien, en su sentido comunicativo, esto es, en lo que comunica socialmente un comportamiento lesivo de bienes jurídicos. Esta necesaria referencia de la protección penal a un comportamiento se ve más claramente en los delitos de infracción de un deber, en los que el objeto de protección no constituye propiamente un bien jurídico ya constituido, sino las condiciones para la existencia de un bien jurídico(107). En consecuencia, los bienes jurídicos sólo

(104) Vid., JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 25a; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 43 y ss. (espec. 46); LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 230 y s.; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 88. Un cambio de paradigma que según MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 27 y ss., tiene su origen ya con el rescate por Welzel del valor de acción.

(105) En este sentido, destaca el sentido comunicativo MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 153; EL MISMO, *RPDJP* 2 (2001), p. 348; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 46 y ss.; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 88.

(106) CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 36. En el mismo sentido, LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 22.

(107) Los portadores de roles especiales por competencias institucionales (el padre en la institución familiar, los jueces en la Administración de Justicia, etc.)

adquieren relevancia penal en relación con determinada conducta de otra persona, de manera que el bien real o deseado se espiritualiza en norma y de esta manera adquiere protección[108]. Lo que protege el Derecho penal no es, pues, el bien en sí, sino la vigencia de la norma ante una conducta que tiene como sentido comunicativo negar su vigencia (el respeto del bien jurídico o la contribución a la conformación del mismo).

Las consideraciones expuestas adquieren especial relevancia para el Derecho penal económico, en donde se sanciona conductas que en la mayoría de los casos van más allá del simple daño patrimonial a los particulares (lesión del patrimonio). Así se salvaría la crítica usual a la legislación penal económica que le reprocha llevar a cabo una infracción al llamado principio de lesividad, el cual exige una necesaria vinculación entre el tipo penal y la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico, pues el cambio en la visión del bien jurídico penalmente protegido permitiría concluir que lo que se protege no son objetos individuales (patrimonio), sino la vigencia efectiva de la norma[109]. La tipificación de los llamados delitos de peligro abstracto en la legislación penal económica, encontraría en el funcionalismo sistémico las bases teóricas para su reconocimiento[110].

Respecto al tema de los bienes jurídicos universales, a los que se recurre preponderantemente para fundamentar los delitos económicos, Müssig, discípulo de Jakobs, señala que el fenómeno de la desmaterialización del concepto de bien jurídico y la aparición de los bienes jurídicos abstractos no constituye un fenómeno propio de los bienes jurídicos universales, sino también de los individuales. La razón de este proceso se encuentra en el grado de complejidad

---

deben contribuir precisamente a la existencia de determinados bienes jurídicos en la sociedad (recta Administración de Justicia, por ejemplo). Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 46 y s.

(108) Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 50.

(109) Vid., en este sentido, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 163 y s., nota 38.

(110) Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 25b.

del sistema social al que están referidos los tipos penales y en el que no se presentan únicamente interacciones directas entre sujetos[111]. "Las expectativas de conducta se pueden referir también simultáneamente al establecimiento de instituciones o a la conformación de sistemas parciales complejos de la sociedad"[112]. El sistema individual se presenta frente a otros complejos sistemas sociales, y para permitir su interacción el Derecho penal debe garantizar sus posibilidades de participación en el mismo[113]. La protección penal no puede reducirse, pues, a bienes jurídicos individuales (expectativas para la interacción entre sujetos individuales), sino que también debe garantizar las condiciones de participación en sistemas sociales complejos (bienes jurídicos universales).

Puede decirse, en suma, que para el pensamiento funcionalista de JAKOBS el Derecho penal económico cumpliría una función imprescindible de estabilización de la norma en el sistema económico y, en este sentido, resulta legítimo su empleo para mantener la vigencia de la identidad normativa de la sociedad en este ámbito. Si bien JAKOBS se presenta crítico en determinados aspectos muy concretos de la legislación penal contemporánea[114], parece ser que ello se debe más a una falta de racionalidad del sistema o, siguiendo a MÜSSIG, a una falta de legitimidad respecto de la concreta configuración de la sociedad, que a una infracción de ciertos límites ontológicos. Si la protección dispensada por el Derecho penal económico resulta necesaria para el funcionamiento de la sociedad, entonces resulta legítima su existencia.

---

(111) MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 188 y ss.; EL MISMO, *RPDJP* 2 (2001), p. 359.

(112) MÜSSIG, en *RPDJP* 2 (2001), p. 359.

(113) MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 192.

(114) Este es el caso de temas como, por ejemplo, la anticipación de la barrera de intervención penal, el tratamiento de los defectos volitivos en la imprudencia o culpa, o recientemente el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

c. *Los delitos económicos como Derecho penal del enemigo*

En los últimos tiempos Jakobs ha llamado la atención sobre un fenómeno social nada nuevo, pero con nuevos contornos legislativos: El Derecho penal del enemigo[115]. Bajo esta denominación se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea[116]. Este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías. Precisamente porque no se reacciona frente a ciudadanos[117], el Derecho penal del enemigo no está obligado a observar plenamente las condiciones de legitimidad que se exigen para imponer una sanción penal a los ciudadanos. Los enemigos se encuentran, de alguna forma, excluidos de la sociedad[118] y, por lo tanto, el sistema jurídico no tiene que reconocerlos como ciudadanos, es decir, como personas. Podría decirse, en síntesis, que el Derecho penal del enemigo no busca confirmar con la pena la vigencia de la norma defraudada por la conducta de un ciudadano, sino neutralizar a aquellos sujetos que no ofrecen la garantía mínima de fidelidad al Derecho (los enemigos). El efecto comunicativo de la pena requiere, en estos casos, un aseguramiento cognitivo

---

(115) La discusión sobre el Derecho penal del enemigo en la doctrina penal contemporánea ha venido de la mano de los trabajos dogmáticos del Prof. Günther Jakobs, primero, de manera referencial en su trabajo de 1985 sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, y luego de manera abierta en su conferencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de 1999 en Berlín. A partir de entonces Jakobs se ha encargado de desarrollar los presupuestos filosóficos para explicar dogmáticamente el llamado Derecho penal del enemigo, llegando a concluir esta labor de forma rigurosa en el trabajo titulado *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* aparecido en lengua castellana en el 2003.

(116) Vid., Cancio Meliá, *RPCP* 13, p. 155.

(117) Jakobs, *La ciencia*, p. 139: "El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos".

(118) Vid., sobre la autoexclusión Jakobs, en *LH*-Jakobs (Colombia), p. 85 y ss.

que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal[119].

Las afirmaciones precedentes requieren, sin embargo, de una precisión muy importante. Si bien el Derecho penal del enemigo destaca fundamentalmente una función cognitiva de aseguramiento, lo cierto es que no se trata al delincuente como un mero objeto peligroso y ni tan siquiera como a alguien al que se le ha declarado la guerra en el sentido propio del término[120]. La reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juridicidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto. En este sentido, puede decirse que la lucha contra el enemigo no se mueve solamente en el plano cognitivo, sino que tiene ciertos mínimos normativos que permiten afirmar que el enemigo no se encuentra del todo despersonalizado. De hecho, JAKOBS habla en la actualidad de una *despersonalización parcial* del enemigo.

A partir de las ideas generales esbozadas sobre el Derecho penal del enemigo, la doctrina penal ha intentado establecer cuáles son sus características esenciales. JAKOBS, por ejemplo, menciona tres rasgos fundamentales[121]: el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal (incluiría también garantías de orden sustantivo y penitenciario[122]). A estas características CANCIO MELIÁ agrega dos más: el castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún

---

(119) Vid., JAKOBS, *La ciencia*, p. 140; EL MISMO, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 40 y s.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos*, p. 123.

(120) Vid., así, PASTOR, *LH-Jakobs* (Perú), p. 780.

(121) Vid., JAKOBS, *La ciencia*, p. 138.

(122) Así, el endurecimiento del Derecho penitenciario en la legislación penal del enemigo es destacado por GRACIA MARTÍN, *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 11.

peligro (que no es más que un desarrollo del primer rasgo destacado por Jakobs) y el recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales[123].

Debe quedar claro que las características señaladas deben presentarse de manera conjunta para poder hablar de un Derecho penal del enemigo, pues la infracción focalizada de alguna garantía material o procesal resulta insuficiente para afirmar la existencia de una política criminal represiva. Un supuesto individualizado de infracción del principio de lesividad o de legalidad, así como la restricción de alguna garantía individual de carácter procesal no puede dar pie a denunciar la configuración de un Derecho penal del enemigo. En consecuencia, no puede considerarse adecuado acudir al término Derecho penal del enemigo y, de paso, a todo el contenido crítico que este término arrastra[124], para denunciar una infracción focalizada de los principios penales o procesales. El Derecho penal del enemigo es la materialización legislativa de una política criminal represiva frente a determinados delitos especialmente graves.

La configuración de un Derecho penal del enemigo se hace patente en las legislaciones penales contemporáneas con independencia de si puede considerarse legítima o no. La constatación de este dato, aunque produzca en algunos un fuerte rechazo, no puede negarse. En la legislación penal peruana puede apreciarse con facilidad esta orientación de la regulación penal en el caso de los delitos de terrorismo, narcotráfico, criminalidad organizada, violación sexual de menores de edad y corrupción de funcionarios. En el Derecho penal alemán Jakobs menciona que también los delitos económicos adquieren las características de un Derecho penal del enemigo. El término lucha (*Kampf*) que se utiliza para titular las leyes económicas (ley de lucha contra la criminalidad económica) mostraría la orientación de la legislación penal económica hacia un Derecho

---

[123] Vid., Cancio Meliá, *RPCP* 13, p. 156.

[124] Sobre la carga ideológica y emocional del término, Gracia Martín, *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc, p. 02: 3.

penal del enemigo[125]. Estas consideraciones, sin embargo, no pueden extrapolarse, al menos por ahora, al Derecho penal económico peruano. Los delitos económicos no han adquirido todavía el rechazo social que posiblemente sí han alcanzado en Europa y, por lo tanto, no se ha desarrollado un Derecho penal del enemigo para los delincuentes económicos.

3. El Derecho penal de dos velocidades

La situación expuesta de enfrentamiento doctrinal parece dejar la cuestión de la legitimidad del Derecho penal económico en un dilema: o se acepta la intervención del Derecho penal en la regulación y protección del sistema económico y se funcionalizan, en este sentido, las categorías dogmáticas, o se descarta una intervención penal en este sector y se deja el problema en manos de disciplinas extrapenales como el Derecho administrativo sancionador[126]. Ante esta situación ha surgido la opinión del Prof. SILVA SÁNCHEZ, quien a manera casi de epílogo de un significativo escrito titulado «La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales»[127], se pregunta sobre la posibilidad de un Derecho penal de dos velocidades. Esto significa que, por un lado, se encontraría el Derecho penal de los delitos que tienen previstos una pena privativa de libertad, en los que se mantienen plenamente vigentes los criterios dominantes de imputación y las garantías político-criminales, mientras que, por el otro, estaría el Derecho penal de los delitos con penas no privativas de libertad (por ejemplo, privativas de derechos, multas e incluso sanciones a

---

[125] Vid., así, JAKOBS, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 38 y s. (nota 29).

[126] Hace referencia a este dilema WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 46.

[127] El cual ya se encuentra en una segunda edición (Madrid, 2001), en el cual ha incluido un Derecho penal de una tercera velocidad para el caso del llamado derecho penal del enemigo. Asume el planteamiento central de Silva Sánchez con algunos matices propios, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 407 y s. En contra de un Derecho penal dual, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal*, p. 184 y s.

personas jurídicas), en el que los criterios y garantías se flexibilizarían[128]. Este Derecho penal flexible sería, no obstante, judicial (no administrativo) y mantendría el significado «penal» de los injustos y de las sanciones[129]. Como es fácilmente deducible, el Derecho penal económico se enmarcaría dentro de este Derecho penal flexible.

Con la conformación del Derecho penal con base en dos velocidades, el sistema penal podría cumplir, por un lado, con las necesidades de funcionalización que exige la modernidad y, a la vez, no abandonaría el aspecto garantista propio del Derecho penal liberal[130]. La posición de Silva Sánchez pone de manifiesto que intentar mantener en el Derecho penal contemporáneo no sólo una unidad de principios, sino también de categorías y contenidos específicos, resultaría una labor científica difícil de materializar y que debido a la especialización de los diversos ámbitos sociales sólo permitiría el desarrollo de conceptos tan generales como poco útiles. Por esta razón, la única vía para evitar la desintegración de la dogmática penal y garantizar su utilidad práctica iría por desarrollar un Derecho penal de dos velocidades, es decir, con un mismo motor, pero con formas de funcionamiento diferenciadas.

4. Toma de postura

La propuesta del Prof. Silva Sánchez constituye, en nuestra opinión, el punto de partida más adecuado para resolver el problema de la legitimidad del Derecho penal económico. No obstante, existen algunas discrepancias sobre lo que debe de estar dentro del Derecho penal rígido y dentro del Derecho penal flexible. Consideramos que no es el criterio de la pena privativa de libertad lo que determina que los criterios de imputación y las garantías político-

---

(128) Vid., Silva Sánchez, *La expansión*, p. 159 y ss. Acoge el criterio de la pena privativa de libertad como criterio de diferenciación, Martínez-Buján Pérez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 408.

(129) Silva Sánchez, *La expansión*, p. 160.

(130) Precisamente Wohlers, *Deliktstypen*, p. 50, resalta la necesidad de encontrar un sistema de imputación eficiente que no deje de lado las garantías esenciales.

criminales se puedan flexibilizar o no. Este criterio de la previsión de una pena privativa de libertad preferimos sustituirlo por un criterio dependiente más de las características del hecho sancionado que de la consecuencia jurídica. El Derecho penal flexible se fundamenta, en nuestra opinión, en la necesidad social de garantizar la vigencia de determinadas expectativas sociales esenciales con independencia de la aparición de un resultado lesivo individualizado. En los delitos patrimoniales, por ejemplo, se precisa de la efectiva lesión o puesta en peligro de un patrimonio individual para calificar una conducta como defraudatoria, mientras que en los delitos económicos (insolvencias punibles, delitos contra el orden económico, delitos contra la competencia, etc.) la situación es claramente distinta. La protección de la configuración actual de la economía no podría alcanzarse de manera satisfactoria si no se asegurase la vigencia de expectativas normativas en niveles que ciertamente no implican aún una lesión individualizada(131). Si bien se produce con ello una reducción de las garantías penales tradicionales vinculadas a la exigencia de una lesión concreta, no cabe otra alternativa para mantener normativamente la configuración actual del sistema económico(132). El Derecho penal económico es un Derecho penal de una velocidad distinta a la del Derecho penal tradicional, de manera que los criterios de imputación de responsabilidad penal tienen que adaptarse a una realidad diferente a la considerada por el Derecho penal liberal, mientras que las garantías jurídico-penales tienen que encontrar en este ámbito su propia identidad y racionalidad dentro del sistema(133).

Una cuestión central es determinar el común denominador entre el Derecho penal tradicional y el Derecho penal económico, esto es, qué aspecto permite llamarlos con el mismo nombre común de

(131) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C46 y s.; EL MISMO, *Poder económico*, p. 36; BOTTKE, en *Hacia un Derecho penal*, pp. 640 y s., 652 y s.; EL MISMO, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 82; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 115.

(132) Similarmente, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 191 y s.

(133) De parecer similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 21 y s.

Derecho penal. Una respuesta formal sería que ambos seguirían, en general, las mismas reglas procesales y las sanciones serían impuestas por jueces penales. Materialmente consideramos, sin embargo, que ambos derechos penales cumplen la misma función social[134]: mantener las expectativas normativas de conducta derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad.

III. PARTICULARIDADES DE LOS LÍMITES AL PODER PUNITIVO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Un aspecto fundamental para la adecuada reestabilización de expectativas normativas defraudadas constituye la observancia de ciertas condiciones de la comunicación en la imposición de la pena. En la propia identidad normativa esencial de la sociedad actual se encuentra un conjunto de reglas de convivencia que deben de observarse en todo proceso de reestabilización de expectativas a través de la imposición de penas[135]. La sociedad ha llegado a determinar estas reglas o a reconocerlas a partir de dos premisas. Por un lado, debe tenerse presente que el sujeto de la sanción penal es una persona, lo cual no puede desconocerse aun cuando se trate de delincuentes o sujetos marginales[136]. Por otro lado, la imposición de una pena debe partir del hecho de que si bien la naturaleza puede ser "sabia" en sus procesos de reestabilización, los seres humanos se caracterizan por su falibilidad y, en este sentido, deben establecerse mecanismos que garanticen la utilización de la violencia penal sólo cuando resulte efectivamente necesaria para permitir el desarrollo de la persona en la sociedad[137].

---

(134) En el mismo sentido, Kindhäuser, en *Hacia un Derecho penal*, p. 441 y s.

(135) Vid., en este sentido, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 253. Sobre la posibilidad de construir una lógica funcionalista de los valores, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21.

(136) De otra opinión, Jakobs, *La ciencia*, p. 137, respecto de los enemigos y excluidos, en donde se incluye, por cierto, a los delincuentes económicos (p. 139).

(137) En este sentido, aunque desde la perspectiva de la motivación, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 242 y ss.

La función de reestabilización que lleva a cabo el Derecho penal económico no es ajena al respeto de las garantías penales[138]. Una muestra clara de esta pertenencia a la identidad normativa esencial de una sociedad lo constituye el reconocimiento constitucional de muchos de estos principios y garantías. En este sentido, BOTTKE, si bien en el contexto constitucional alemán que en cuanto a los principios no difiere esencialmente del nuestro, indica que para penalizar mediante el Derecho penal económico una conducta debe seguirse los siguientes pasos: concretar el aspecto a proteger, precisar el comportamiento delictivo con base en el principio de legalidad y observar los principios de *ultima ratio* y de proporcionalidad[139]. Esta consideración de aspectos garantistas no significa, sin embargo, asumir la configuración liberal de las garantías jurídico-penales constitucionalmente reconocidas, sino que debe llevarse a cabo una labor de adaptación a la actual realidad económica. No llevar a cabo esta labor de adaptación, significaría alejarse de la realidad y volver al aislamiento de la dogmática y a su pérdida de repercusión social[140].

El origen de las garantías en el Derecho penal se encuentra en la conformación del llamado Derecho penal liberal: un Derecho penal de bienes jurídicos individuales, de sujetos individuales y de resultados de lesión. Por esta razón, es comprensible que el conjunto de principios y criterios delimitadores que se agruparon bajo el nombre de garantías jurídico-penales, respondieran a esta lógica individualista[141]. Por otra parte, la situación histórico-política entonces

---

(138) En este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 76 y ss. De manera general, vid., PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 259 y ss.

(139) Vid., BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; EL MISMO, *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 87. Similarmente TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 130; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 17 y s.; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 1. Considera también el principio de *ultima ratio* y subsidiariedad para evitar penalizaciones ilegítimas, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 53. Contra una sobrevaloración del principio de subsidiariedad BAUMANN, *JZ* 1983, p. 937 y s.; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 380.

(140) Similarmente, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 192.

(141) Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 65.

reinante desempeñó también un rol determinante en su configuración: se trataba de un momento histórico en el que todavía estaba fresco en la memoria el abuso realizado por los Estados absolutistas. Por esta razón, gran parte de las garantías penales estuvieron orientadas a evitar los abusos en la labor de incriminación por parte de los detentadores del poder, quienes buscaron con ello mantener sus intereses de clase y privilegios sociales. Sin embargo, intentar trasladar al ámbito del Derecho penal económico contemporáneo las garantías jurídico-penales, tal y como se originaron, sería un error desde la raíz.

Como primera cuestión, hay que decir que el modelo económico y el contexto político-social son absolutamente distintos. La sociedad moderna no es más una sociedad de contactos individualizados, sino de interrelaciones cada vez más dinámicas, con un mayor desarrollo de la diversificación y con una tendencia hacia la expansión más allá de las fronteras nacionales. En este sentido, el Derecho penal económico no puede utilizar criterios estáticos para configurar las garantías penales. En cuanto a la situación política, no cabe duda que hoy en día también el *ius puniendi* puede pervertirse y dejar de proteger la constitución social para favorecer intereses (económicos) de determinados grupos, pero el contexto social no es el mismo. Estamos ante gobiernos elegidos democráticamente para gobernar un tiempo determinado, con sistemas de control mutuo de poder, en algunos casos incluso con controles políticos por parte de los propios gobernados. Por ello, mantener las garantías penales con la intención de impedir Estados absolutistas, constituiría un estancamiento del sistema jurídico y un alejamiento de la realidad. En consecuencia, la labor de determinación de las garantías penales y su contenido debe de responder a la constitución de la sociedad actual[142], de manera que también en esta labor de determinación resulta necesario tener en cuenta las características del sistema.

En lo que sigue, vamos a ocuparnos de mostrar la particular conformación que adquieren determinados aspectos garantistas del

(142) Ya indicaba la necesidad de "socializar" los principios de *última ratio* y subsidiariedad, entendidos como principios individual-liberales, Volk, *JZ* 1982, p. 88.

ejercicio del poder punitivo del Estado en el ámbito del Derecho penal económico. Como podrá verse, no se trata de un abandono de los aspectos garantistas liberales en el marco del Derecho penal económico, sino de su reformulación en función de las características del sistema económico actual.

1. Protección exclusiva de bienes jurídicos: el principio de lesividad

A. Cuestiones generales

Un principio básico del Derecho penal actual es que solamente debe protegerse bienes jurídicos, de manera tal que la intervención penal no puede sustentarse en meros aspectos morales o de simple orden social[143]. A esta idea general se le vincula lógicamente la exigencia de que la conducta delictiva debe haber afectado un bien jurídico (principio de lesividad), pues, de lo contrario, la intervención penal no se sustentaría en una función de protección de bienes jurídicos. Está claro que en una comprensión así esbozada de los bienes jurídicos, éstos se entienden como objetos valorados positivamente que requieren ser lesionados o puestos en peligro por la conducta del autor para legitimar una sanción penal.

Las exposiciones usuales sobre el objeto de protección en el Derecho penal económico se mantienen en la lógica argumentativa de los bienes jurídicos como objetos autónomos valorados positivamente. En este sentido, se ha afirmado que el Derecho penal económico garantiza el buen funcionamiento del sistema u orden económico global[144]

---

[143] Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 2 y ss.; EL MISMO, *RPDJP* 5 (2004), p. 294.

[144] En el sentido de orden económico, SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 232; ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, LH4, 2. Aufl., p. 5; BAIGÚN, en *Teorías actuales*, p. 495; EL MISMO, *LH-Maier*, p. 13 y ss.; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 102, 109; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), pp. 120, 125 y s.; PEÑA FREYRE, en *LH-Peña Cabrera*, I, p. 826. Por su parte, rechazan considerar a la economía u orden económico como el bien jurídico protegido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 122; EL MISMO, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C29; BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios*, I, Cobo del Rosal

o de sectores parciales de la economía[145]. Como puede verse, el carácter abstracto de estos objetos de protección obliga a que la fundamentación de los tipos penales abandone el plano de los bienes jurídicos individuales y se traduzca dogmáticamente en los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos[146]. Esta

(dr.), p. 252; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 225 y s.; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 362 y s.; Mazuelos Coello, *Lecciones*, p. 127; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 72. Por su parte, Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 5, propone una consideración dinámica como la interrelación de los factores de producción (p. 47 y ss.).

(145) Vid., así los llamados bienes jurídicos intermedios, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 84; El Mismo, *JuS* 1989, p. 691; El Mismo, *Lecciones*, p. 35; Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 88 y ss. Críticamente, Kindhäuser, en *Hacia un Derecho penal*, p. 446; Bottke, en *Hacia un Derecho penal*, p. 642; Schünemann, *CCGPJ* 1991, p. 35. Asume el planteamiento de Tiedemann, con algunas reservas, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 105 y s.

(146) Realizan una fundamentación del Derecho penal económico a partir del concepto de bien jurídico supraindividual, colectivo o intermedio, Tiedemann, *JuS* 1989, p. 691; El Mismo, *Poder económico*, p. 12 y s.; El Mismo, *Einführung*, p. 24; Schünemann, *CCGPJ* 1991, p. 36; Righi, *Derecho penal económico*, p. 318; Bustos Ramírez, *LH-Del Rosal Fernández*, p. 214 y s.; Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 12; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 95; El Mismo, en *LH-Cerezo Mir*, p. 415 y ss.; Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1998), p. 2; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 208 y ss.; Rodríguez Ramos, *Secundariedad*, p. 37 y s.; Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 83 y s.; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 364 y s.; Rodríguez Estéves, *El Derecho penal*, p. 156; Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 34 y ss.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, pp. 32, 73; Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 105 y s.; Meini Méndez, *La responsabilidad penal*, p. 59 y ss.; Caro Coria, en *Contexto socioeconómico*, p. 25 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 166 y s.; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4; El Mismo/García Cantizano, *Manual*, PE, p. 356. La posibilidad de pasar a una protección penal de bienes difusos se vincula al fenómeno de la desmaterialización del concepto de bien jurídico y la aparición de bienes jurídicos supraindividuales, vid., así, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 173 y ss. En el Derecho penal económico reconocen este proceder, Volk, *JZ* 1982, p. 87 y s.; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 345 y ss.; Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 42 y s.

formulación de los bienes jurídicos en los delitos económicos ha sido criticada, sin embargo, por un sector importante de la doctrina penal. La crítica se sustenta en el hecho de que esta formulación no sólo lleva consigo una indeterminación poco garantista del objeto de protección[147], sino que finalmente se pasa con facilidad a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal[148]. Si se atiende a la comprensión liberal de los bienes jurídicos, a estas apreciaciones críticas les asiste toda la razón. Por lo tanto, la respuesta a estos cuestionamientos no va, si se quiere mantener la actual configuración del Derecho penal económico, por limitar la protección penal a bienes jurídicos individuales o corregir como sea los aspectos intolerables de tal fundamentación, sino por reformular el concepto de bien jurídico en el Derecho penal económico.

Como punto de partida debe señalarse que una visión estática del bien jurídico protegido resulta a todas luces poco útil[149], pues el Derecho penal económico no prohíbe estados desvalorados, sino la producción evitable de tales estados[150]. En este sentido, el fin de la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes, sino evitar un ataque contra los mismos, es decir, el desconocimiento del derecho de las personas sobre los bienes[151]. Lo que se

---

(147) Vid., así, HASSEMER, *Doctrina penal* 1989, p. 282 y ss.; EL MISMO, *ADPCP* 1993, p. 56; SGUBBI, *El delito*, p. 103 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones*, p. 50.

(148) Vid., sobre todo en la discusión italiana, MOCCIA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 113 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 24; CARMONA, *Premesse*, p. 145 y ss. En la doctrina española, MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal*, p. 72.

(149) En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 34, considera que no resulta posible definir el Derecho penal económico con base en un concepto de bien jurídico lesionado común, sino solamente con base en un interés criminológico que permite agrupar normativamente los delitos económicos en la actividad económica.

(150) Similarmente, PÉREZ DEL VALLE, *LH-Jakobs* (Perú), p. 726.

(151) Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 44 y s.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 60 y s.

sanciona, por tanto, no es la lesión del sistema económico, sino la defraudación de la expectativa normativa de conducta de actuar de acuerdo con el modelo de orientación vigente en el sistema económico, esto es, respetando los derechos e instituciones reconocidas(152). Si bien las expectativas normativas de conducta garantizadas por el Derecho penal económico se enmarcan en un determinado sistema económico, su protección específica adquiere independencia frente a la conservación del sistema global de la economía(153). Gran parte de los problemas de legitimación del Derecho penal económico se ha debido precisamente al hecho de intentar demostrar en los delitos económicos una lesividad cuantificable del sistema económico global o de determinados sectores económicos(154), cuando en realidad el delito económico no lesiona necesariamente ni lo uno ni lo otro(155). El delito económico constituye la defraudación de una expectativa normativa de conducta en el sector económico(156), para

(152) Vid., similarmente, Jaén Vallejo, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 187. De manera general para el Derecho penal, Lesch, *Función de la pena*, p. 49; Müssig, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 203.

(153) Esto se corresponde de alguna manera con la llamada capacidad de protección (*Schutzfähigkeit*) desarrollada por Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 8 y s., y que diferencia de la necesidad de protección del sistema económico (*Schutzsbedürftigkeit*).

(154) Pone de manifiesto Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 67, que la relevancia sistémica de un delito económico no depende de un daño cuantificable, sino que puede asumir aspectos simbólicos pero relevantes para el sistema económico.

(155) Vid., la indicación de una ausencia de lesión medible naturalísticamente en la economía o institutos económicos concretos, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253. Intentos de fundamentación emprenden, por un lado, Schünemann, *JA* 1975, p. 798; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro*, p. 303 y ss.; Caro Coria, *Derecho penal*, p. 510 y ss.; El Mismo, *RPCP* 9, p. 197 y ss., con base en los bienes jurídicos intermedios espiritualizados; y, por otro lado, Kuhlen, *GA* 1986, p. 389 y ss.; Bottke, en *Hacia un Derecho penal*, p. 645 y s., mediante los llamados delitos de acumulación. Por el contrario, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 97 y s.; Moreno y Bravo, *Delitos*, p. 41, consideran el orden económico como un bien jurídico mediato.

(156) Sobre la importancia de la economía en el sistema social actual, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 54.

cuya reestabilización normativa se necesita de la imposición de una sanción penal.

B. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto

En una comprensión de los bienes jurídicos como objetos valorados positivamente y del delito como la lesión de esos bienes jurídicos, se entiende plenamente la exigencia de una lesividad de la conducta para fundamentar la imposición de una pena[157]. En esta lógica se enmarca precisamente el artículo IV del Título Preliminar el Código penal cuando establece que la pena requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Esta formulación se mantiene limpia en el plano conceptual, pero contrasta con una técnica de tipificación muy extendida en el Derecho penal económico: los delitos de peligro abstracto. La cuestión que debe resolverse es si los delitos de peligro abstracto resultan compatibles con el principio de lesividad previsto en la legislación penal[158].

Los delitos de peligro abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos en general, sin requerir que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente[159]. En la medida que estos comportamientos no lesionan o ponen en peligro el sustrato de un bien jurídico, un sector crítico de la doctrina considera que el concepto de peligro abstracto no es más que una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad[160]. Se trata del

---

(157) Vid., así en el Derecho penal nacional, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 14, n.m. 196.

(158) No sorprende, por ello, que el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2004 haya agregado al artículo IV una norma de excepción que permitiría la utilización de los delitos de peligro abstracto. Crítico, sin embargo, con el tenor de la nueva regulación del principio de lesividad, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 14, n.m. 199.

(159) Vid., similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 311.

(160) Vid., HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 70 y ss.; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 255 y ss.

planteamiento defendido por la llamada escuela de Frankfurt, la cual se muestra crítica frente a los delitos de peligro abstracto(161). Esta técnica legislativa, que se explica sobre todo a partir de la visión sociológica de la sociedad de riesgo(162), no tiene, para los frankfurtianos, una justificación empírica desde el punto de vista científico. En primer lugar, constituyen un progresivo abandono a la protección de bienes jurídicos, en tanto no sanciona la lesión de los mismos, sino que penaliza simples comportamientos considerados como socialmente negativos (*Kampf gegen das Böse*)(163). Pero incluso la pretendida mayor idoneidad de los delitos de peligro abstracto para evitar los riesgos sociales es de alguna manera cuestionable(164). Por ejemplo, Hassemer afirma que los estudios empíricos muestran que en los delitos de tráfico de drogas, donde la labor de tipificación recurre preferentemente a delitos de peligro abstracto, no se ha presentado una reducción considerable de la criminalidad real, sino que los índices de dicha criminalidad incluso han aumentado(165). En este sentido, el Derecho penal se ha convertido en un Derecho penal simplemente simbólico, en tanto no reduce realmente la criminalidad

(161) En este sentido, Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 110; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; Prittwitz, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53, referido al Derecho penal del medio ambiente; Karl, en *La insostenible situación*, p. 61 y s.; Lüderssen, *Prólogo*, p. 8.

(162) Cfr., Hassemer, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 89; El Mismo, *NStZ* 1989, p. 557; El Mismo, *ZRP* 1992, p. 381; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 70 y ss (espec. 109 y ss.); El Mismo, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 107; Prittwitz, *Strafrecht*, 156 y ss.; Nestler, en *La insostenible situación*, p. 64; Rotsch, *wistra* 1999, p. 370 y ss.

(163) Cfr. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 130; Nestler, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, Lüderssen (Hrsg.), p. 11.

(164) Cfr., Prittwitz, en *La insostenible situación*, p. 442 y ss.; Nestler, en *La insostenible situación*, p. 64; Albrecht, en *La insostenible situación*, p. 474.

(165) Hassemer, *NStZ* 1989, p. 558; Albrecht, *KritV* 1993, p. 163; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 370. En el mismo sentido, Seelmann, *KritV* 1992, p. 455. Crítico ante estas conclusiones de la escuela de Frankfurt, Schünemann, *Consideraciones*, p. 33.

(función instrumental)[166] y se limita sólo a aplacar los miedos de la sociedad ante la misma[167]. Esta transformación del Derecho penal se puede constatar claramente en el abandono del principio de subsidiariedad[168], en tanto ya no se utiliza el Derecho penal como *ultima ratio*, sino muchas veces como *prima ratio* y, más aún, como *sola ratio*[169].

La utilización de los delitos de peligro abstracto encuentra también serios reparos para los defensores del liberalismo racionalista en el Derecho penal[170], en tanto parten de la idea de que no toda afectación a las condiciones generales de existencia de la libertad externa (bienes jurídicos) contiene la medida del injusto penal. En los casos en los que aún no se afecta la autoorientación de la libertad externa de un individuo, no puede recurrirse legítimamente al Derecho penal, pues la lesión del bien jurídico depende todavía de otras condiciones que están en manos del propio autor o de terceras personas. Sólo excepcionalmente podrá justificarse la tipificación penal como delito de peligro abstracto para aquellos casos en los que las condiciones se han puesto de una manera tal que está abierta su transformación en un peligro concreto considerable o una lesión y, por tanto, se excluye la posibilidad de una conducta voluntaria de

---

(166) Vid., HASSEMER, *KritV* 1993, p. 203; EL MISMO, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 19; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 253 y ss.

(167) Vid., la inseguridad social frente a los riesgos como una caracterización de la sociedad de riesgo, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 56 y s.; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 51. Sobre la función del Derecho penal como simple instrumento para aplacar los miedos ante la criminalidad, vid., HERZOG, *op. cit.*, p. 69 y s.; FABRICIUS, en *La insostenible situación*, p. 367.

(168) Vid., con mayores referencias, especialmente para el Derecho penal económico, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 119 y ss.

(169) HASSEMER, en *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.), p. 93 y s.; EL MISMO, en *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), p. 19; EL MISMO, *ZRP* 1992, p. 381; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 119; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 61.

(170) Vid., WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 219. En el mismo sentido, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 23; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots (un) kenntnis*, p. 65 y s.

salvamento del autor o de un tercero (por ejemplo, el delito de incendio y delitos contra el medio ambiente)[171]. En el ámbito del Derecho penal económico parece ser que esta situación excepcional no se presenta, sino que mediante el uso de delitos de peligro abstracto se intenta justificar el castigo penal del incumplimiento de simples medidas de orden[172].

Por nuestra parte, consideramos que las interpretaciones antes mencionadas no se corresponden con las características y necesidades de la sociedad actual, pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, sino la consecuencia lógica en una sociedad con contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico[173]. Si el Derecho penal económico pretende tener vigencia, debe adaptar sus categorías dogmáticas a esta realidad social y económica[174]. En esta línea, los defensores del funcionalismo de orientación político-criminal ponen de manifiesto que los tipos penales de los delitos económicos requieren cada vez menos la efectiva lesión de un bien jurídico y se estructuran más sobre la base de un peligro, de manera que los criterios de imputación abandonan el paradigma del delito de lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro[175]. El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras dogmáticas de imputación responde a la necesidad de estar orientados a la realidad y a las finalidades político-criminales[176]. En una sociedad como la moderna, con una

---

(171) Wolff, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 219 y s.

(172) En este sentido, Köhler, *Strafrecht*, AT, pp. 31 y s., 33; Zaczyk, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 116 y s.

(173) Vid., Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss.

(174) Vid., Schünemann, *CCGPJ* 1991, p. 33.

(175) En este sentido, Roxin, en *La evolución*, p. 45. Críticamente Schaffstein, *FS-Honig*, p. 173; Prittwitz, *Strafrecht*, pp. 329, 332. Vid., la réplica a esta crítica, Schünemann, *GA* 1985, p. 355.

(176) Como contraposición a la imputación se presenta el principio de legalidad, en el sentido de que lo que no pueda ser imputado objetivamente carece de relevancia jurídico-penal. Vid., así, Roxin, en *La evolución*, p. 46.

gran complejidad de conexiones causales, resulta iluso pretender explicar la producción de un daño con un solo factor y más aún demostrar su causalidad en detalle[177]. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a consideraciones empíricas y político-criminales exige que ésta se adapte a las nuevas formas de aparición de los contactos sociales y su complejidad[178]. Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo no permitido se realice en el resultado[179], lo esencial en la construcción de las estructuras de imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Si bien las consideraciones de la dogmática penal orientada a finalidades político-criminales resultan plausibles, no puede negarse que el recurso a delitos de peligro abstracto implicaría una posible ruptura de la vinculación del Derecho penal con la concepción tradicional del bien jurídico; una garantía jurídico-penal a la que también se orienta teleológicamente el sistema penal[180]. No obstante, la orientación teleológica del delito considera que los delitos de peligro abstracto son necesarios, en tanto constituyen una consecuencia de la modernización del Derecho penal[181], por lo que no estiman correcta la opción legislativa de rechazo de los delitos de peligro abstracto como lo hace HERZOG[182]. Ahora bien, esta aceptación de los delitos de peligro abstracto no significa que se admita cualquier configuración del peligro abstracto, sino que sólo podrá recurrirse a tal técnica legislativa si se respeta ciertos requisitos: (a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, (b) que sea visible su referencia a un bien jurídico y (c) que no vulnere el principio de culpabilidad[183].

---

(177) Vid., en este sentido SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 30 y s.

(178) ROXIN, en *Dogmática penal*, p. 29.

(179) ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 59.

(180) Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 23.

(181) Vid., en este sentido y con mayores referencias, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C29; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 85 y ss; SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 31 y ss.

(182) Vid., ROXIN, en *Dogmática penal*, p. 28.

(183) Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 23b.

Si se cumple con estas exigencias, no se afectarán las garantías constitucionales y podrá considerarse legítima semejante incriminación. Por el contrario, si no se cumple con los requisitos mínimos mencionados, el uso de esta técnica legislativa no será legítimo(184).

A pesar del esfuerzo por legitimar los delitos de peligro abstracto sin romper la referencia con la afectación del bien jurídico, está claro que los intentos realizados por el planteamiento teleológico del delito no resultan convincentes mientras se mantengan en la posibilidad típica o general de lesionar un bien jurídico(185). Como lo ha puesto de manifiesto Kindhäuser, esta fundamentación cae en un inevitable trilema: Si el autor es penado también cuando valora correctamente la ausencia de relevancia lesiva de su comportamiento concreto, esto se opondría al principio de culpabilidad debido a la ausencia de una conducta desvalorada; si el autor, por el contrario, es penado solamente cuando parte de la relevancia lesiva de su comportamiento, perderían los delitos de peligro abstracto la razón de su existencia al lado de los delitos de lesión con punibilidad de la tentativa; y si se permite finalmente como solución la prueba en contrario de la falta de peligrosidad en el caso concreto, esto llevaría a una inversión de la carga de la prueba contraria al principio del *in dubio por reo*(186). En consecuencia, el castigo por la peligrosidad de una conducta no puede hacerse con base en su capacidad futura de vulnerar un bien jurídico(187).

---

(184) Vid., por ejemplo, la crítica de Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75, a la excesiva medida de indeterminación de muchos tipos penales de los delitos económicos.

(185) Vid., sobre estos intentos de fundamentación, Kindhäuser, *Gefährdung*, p. 229 y ss.; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 287 y ss.

(186) Vid., Kindhäuser, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 272 y s. Hace referencia a la dificultad de fundamentación desde el bien jurídico en los delitos de peligro abstracto, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 194 y s.; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 291.

(187) En este sentido, Kindhäuser, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 273.

Para poder explicar la peligrosidad en los delitos de peligro abstracto, no debe recurrirse al peligro sobre el bien jurídico como tal, sino a las condiciones para disponer despreocupadamente del mismo[188]. Para que el Derecho penal cumpla su función en la sociedad actual no basta con establecer tipos penales con referencia a un "no lesionar al resto". En una sociedad de libertades y de contactos anónimos esto nó puede ser suficiente[189]. Sin embargo, el Estado no está en posibilidad de precisar todos los actos a realizar por los ciudadanos, sino que sólo puede indicar algunos objetivos generales y dejar su concreción en manos de la propia organización de la persona[190]. No obstante, cada persona tiene una idea muy diferente de cuál es el comportamiento adecuado con base en los objetivos generales establecidos por el Estado. Esto genera un mayor problema por el anonimato de los contactos característico de la sociedad moderna –y sobre todo de la economía moderna–, pues no se conoce la manera de pensar del sujeto con el que se entra en contacto y la manera como éste entiende su rol. En este sentido, resulta especialmente difícil poder orientarse en la sociedad moderna, ya que la inseguridad frente al comportamiento de los demás no está garantizada siquiera cognitivamente.

Por todo lo anteriormente señalado, los delitos de peligro abstracto se entienden a partir de la necesidad del legislador penal de establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos. El Estado asume de esta manera una administración centralizada de los riesgos y precisa cuándo alguien está infringiendo las expectativas sociales, aunque individualmente el sujeto no lo crea así[191]. Se trata, pues, de

---

(188) Vid., así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 279 y ss.

(189) Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 53. Sobre la dificultad para encontrar una frontera entre lo permitido y lo prohibido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y s.

(190) Vid., DERKSEN, *Handeln*, p. 179.

(191) Vid., JAKOBS, *La ciencia*, p. 124. Para legitimar la intervención del Estado mediante los delitos de peligro abstracto HIRSCH, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 134, recurre a una perspectiva de *última ratio* y proporcionalidad.

peligros abstractos establecidos centralizadamente por el legislador, independientemente de una valoración individual divergente. Por ejemplo: el conducir en estado de ebriedad significa ya una infracción del rol de ciudadano frente al respeto a la integridad física o la vida de los demás partícipes en el tráfico. La seguridad misma respecto del disfrute de los bienes jurídicos, se constituye también en un bien jurídico[192]. Un delito de peligro abstracto estaría constituido por la afectación de las condiciones de disposición segura de un bien jurídico[193]. Esta afectación produce una defraudación social que fundamenta ya la intervención del Derecho penal. Como puede apreciarse, el principio de lesividad adquiere una nueva interpretación: no se trata de lesionar bienes jurídicos, sino de defraudar expectativas normativas esenciales.

C. La diferencia con las infracciones administrativas

El cambio de perspectiva de la lesividad que hemos planteado a propósito de los delitos de peligro abstracto suscita, sin embargo, dificultades de limitación con las infracciones administrativas[194]. Si el delito de peligro abstracto se sustenta en una peligrosidad estadística que afecta la disposición segura de los bienes, no habrá una diferencia sustancial con el criterio de regulación propio de las infracciones administrativas. Para poder salir al frente a este dilema existen fundamentalmente dos caminos. Por un lado, puede asumirse que la diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal

---

[192] Vid., con mayores ejemplos, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 45 y s.; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 53 y s. Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 201, considera que resulta tautológico hacer depender la legitimación de los delitos de peligro abstracto en la seguridad, sino que debe encontrarse en el plano de la función social de la norma de comportamiento, de las normas cuya estructura debe ser garantizada por medio de los delitos de peligro abstracto.

[193] Vid., Kindhäuser, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 276. Similarmente, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 113 y s.

[194] Vid., en este sentido, Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 328.

es simplemente cuantitativa, no existiendo una distinción respecto de los criterios de estructuración de ambas formas de injusto. El límite entre ambos ámbitos jurídicos estaría determinado fundamentalmente por el principio de subsidiariedad. Si ambos ordenamientos jurídicos protegen bienes jurídicos, habrá que decidir qué afectaciones del bien jurídico son tan graves como para sancionarse a través del Derecho penal.

La solución argumentativa anterior no puede ser de recibo para quienes entienden que la diferencia no es, o no solamente, cuantitativa. En nuestra comprensión del bien jurídico penalmente protegido, por ejemplo, debe quedar claro que el Derecho penal económico no debe restablecer toda defraudación de expectativas derivadas de las estructuras del sistema económico, sino solamente aquellas expectativas cuya vigencia resulta indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad en la economía[195]. Por el contrario, para el mantenimiento del funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden al sistema económico global o de cuestiones accesorias del sistema, resultarán suficientes los mecanismos de reestabilización del propio sistema económico o los dispositivos jurídicos extrapenales del Derecho administrativo sancionador. El carácter esencial de las expectativas restablecidas a través del Derecho penal marca una diferencia cualitativa con el Derecho administrativo sancionador, lo que explica, entre otras cosas, que éste último recurra fundamentalmente a mecanismos de reestabilización de carácter cognitivo[196] como el decomiso, medidas preventivas de seguridad, etc.

El aspecto que queda por precisar está referido al momento en el que la defraudación de las expectativas alcanza el carácter de esencial y justifica, por tanto, el recurso a los delitos de peligro abstracto. Para poder responder a este interrogante resulta necesario tener en cuenta la comprensión asumida en el capítulo II que diferencia los

---

[195] En la misma línea JESCHECK, *JZ* 1959, p. 457, afirmaba que el Derecho penal económico protege los elementos constitutivos del sistema económico.

[196] Vid., igualmente, PÉREZ DEL VALLE, *LH-Jakobs* (Perú), p. 725.

criterios de legitimación en dos planos distintos. Por un lado se encuentra la legitimación de la restricción de la libertad del ciudadano mediante las prohibiciones penales en general, lo que significa que la protección penal solamente debe alcanzar a las condiciones que, en la sociedad de la que se trate, son indispensables para la realización de las personas[197]. En la medida que los delitos de peligro abstracto constituyen una de las formas más extremas de limitación de la libertad de los ciudadanos, debe recurrirse a esta técnica de legislación penal solamente en caso de ser necesaria para proteger aspectos esenciales para la realización de las personas (vida, salud, etc.). Por otro lado está el plano de la legitimación de la concreta intervención del Estado por la infracción del tipo penal, es decir, la existencia de una peligrosidad socialmente intolerada. La realización de esta peligrosidad debe producir una perturbación social que requiera una reestabilización normativa. No obstante, hay que responder a la cuestión de cuándo la conducta peligrosa fundamenta una perturbación social requerida de una intervención penal. Feijoo Sánchez ha recurrido recientemente a la idea de organización insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo[198]. Se trata concretamente de imputar al autor una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida. Mientras la infracción administrativa constituye simplemente un indicio de una organización objetivamente insegura con base en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor[199].

2. ¿*Última ratio* en el Derecho penal económico?

Es doctrina unánime la afirmación de que la intervención jurídico-penal está sujeta al principio de mínima intervención o

---

[197] Vid., esta vinculación al desarrollo personal, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 271.

[198] Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 330 y ss.

[199] Vid., Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 y s.

última ratio[200]. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando los otros sistemas de control extrapenal fracasen o sean insuficientes para hacer frente a determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos[201]. Esta situación genera una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control: en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos. Esta secundariedad del Derecho penal se expresa en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que informan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal, según los cuales sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente.

En el Derecho penal económico tendría que seguirse el carácter de *última ratio* de la intervención penal, pero el legislador muestra muchas veces que en este ámbito se recurre directamente al Derecho penal en lugar de otros mecanismos de solución o control menos gravosos[202]. No obstante, hay que destacar que en términos económicos resulta muchas veces menos gravosa para el agente económico la creación de tipos penales para castigar determinadas conductas abusivas que la implementación de una compleja red administrativa de deberes de control sobre los agentes económicos[203].

---

(200) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 38; EL MISMO, en *Problemas básicos*, p. 21; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 26; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, p. 126; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 1, n.m. 111; VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones*, p. 46.

(201) Aquí se presenta ciertamente el primer escollo: ¿cómo se determina que los otros medios posibles de control fracasan o son insuficientes? ¿Basta la simple decisión del legislador de regular penalmente determinadas conductas? Vid., sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246, dando un papel importante a las investigaciones empíricas sobre este aspecto.

(202) Así, CARMONA, *Premesse*, p. 144, considera irracional la proliferación de leyes penales económicas que abordan aspectos de alto contenido político-social cuya solución no puede hacerse en primer plano con el Derecho penal.

(203) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 32; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 45 y s.

En este sentido, como bien lo apunta Tiedemann, en el Derecho penal económico se estaría procediendo a una sustitución del criterio de la afectación individual por una macroperspectiva que tiene en consideración todas las actividades en un determinado ámbito económico[204]. En efecto, los agentes económicos considerarían menos gravosa la posibilidad de padecer una sanción penal por una conducta determinada que someterse a una red de control administrativa que entorpecería y encarecería la realización de sus actividades económicas, por lo que la solución penal al problema devendría en más eficiente. Ahora bien, esta apreciación puede tener relevancia en un plano económico-político que pondera las consecuencias prácticas de determinada regulación legal, pero debe quedar claro que el carácter gravoso del Derecho penal no se determina por la mayor o menor tolerabilidad de la represión penal, sino por el sentido social que tienen sus mecanismos de reacción frente a otros mecanismos de reacción jurídicos o extrajurídicos. En consecuencia, al Derecho penal solamente debe acudirse para castigar las defraudaciones más graves de las expectativas normativas de conducta esenciales para el funcionamiento de la sociedad. Y los delitos económicos no están excluidos de este ámbito de gravedad.

3. El principio de legalidad en el Derecho penal económico

A. Fundamento y contenido

El principio de legalidad fue constituido en el Derecho penal liberal como un mecanismo para hacer frente a los abusos de los Estados despóticos, en tanto una previa determinación absoluta de las conductas prohibidas mediante la ley impedía abusos por parte de los detentadores del poder[205]. En las exposiciones de Beccaria y Feuerbach este principio adquirió además un fundamento racional desde la perspectiva del Derecho penal, en el sentido de un refuerzo

---

[204] Vid., Tiedemann, *Einführung*, p. 32 y s.

[205] Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, Libro XII, Cap. 7, p. 266 y s. Referencias anteriores que se remontan al Derecho romano, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 6.

necesario a su finalidad preventiva[206]. Con el desarrollo dogmático de VON LISZT, dejó de mostrarse como un instrumento para efectivizar la lucha contra la delincuencia, y pasó a considerarse, más bien, un límite a la persecución y sanción de las conductas delictivas[207]. Salvo en la etapa oscura del nacionalsocialismo en Alemania[208], esta concepción, considerada ahora garantista, continúa aún hoy vigente en las exposiciones doctrinales[209], aunque ciertamente con ciertas particularidades en función de la actual realidad social.

La comprensión del principio de legalidad como una garantía individual frente a la Administración de Justicia, ha llevado a algunos a afirmar que se trata de la derivación de un derecho fundamental referido a la dignidad humana[210]. Sin embargo, el principio de

---

(206) Vid., la exposición de las ideas de Beccaria y Feuerbach en ELVERS, *Die Bedeutungen*, p. 11 y ss.; BOOP, *Die Entwicklung*, pp. 11 y ss., 50 y ss.; KLEINHEYER, *Vom Wesen*, p. 17 y ss.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 177; HAFT, *JuS* 1975, p. 477 y s.; NAUCKE, *JuS* 1989, p. 863 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 252; EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, p. 25 y ss.

(207) Vid., la referencia en TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 182 y s.; NAUCKE, *JuS* 1989, p. 864; EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, p. 18 y ss. Ciertamente se trata del von Liszt dogmático, pues el político-criminal se mostraba desde la perspectiva de la peligrosidad del autor, más bien, a favor de un abandono del principio de legalidad (vid., sobre esta visión de la llamada escuela moderna, ELVERS, *Die Bedeutungen*, p. 82 y ss.; BOOP, *Die Entwicklung*, p. 74 y ss.; EHRET, *op. cit.*, p. 71 y ss.).

(208) Vid., sobre el principio de legalidad en aquel momento histórico de Alemania, BOOP, *Die Entwicklung*, p. 135 y ss.; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 12.

(209) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 3; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 252 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 97. Una exposición de la evolución del principio de legalidad desde la época de la ilustración, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, p. 17 y ss.; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 22 y ss; URQUIZO OLAECHEA, *El principio de legalidad*, publicado en www.abogados-revista.com [consulta: 9 de enero 2002].

(210) Esta fue la concepción original del principio de legalidad como un derecho subjetivo en Francia; sobre esto vid., la exposición histórica de BOOP, *Die Entwicklung*, p. 5 y ss. Lo entiende aún así, HAMANN, *Grundgesetz*, p. 45; DÜRIG, en *Grundgesetz Kommentar*, Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Art. 103, n.m. 104. Una concepción similar existe en aquellos que ven el principio de legalidad

legalidad, por sí mismo, no constituye propiamente una garantía individual, pues, como ya lo puso de relieve Berner, si en un gobierno despótico las leyes contienen sólo la voluntad del tirano, leyes absolutamente determinadas impedirían, más bien, una Administración de Justicia independiente de tal arbitrariedad(211). Por esta razón, el principio de legalidad como garantía individual frente al abuso de poder sólo puede tener sentido como parte de un sistema de organización política(212), concretamente, como parte del sistema político constitucionalmente regulado(213).

Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 2 inciso 24, literal d), el principio de legalidad en materia penal. Este mandato constitucional materializa dos aspectos de la forma de organización política asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión del sistema democrático en el ámbito específico de la determi-

---

como expresión del principio de culpabilidad, pues sólo podrá reprochársele a alguien una conducta si previamente el injusto ha sido tipificado por la ley penal, de manera que le permita la *previsibilidad individual* de su comportamiento antijurídico; vid., en este sentido, Sax, en *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), III, 2, p. 998 y ss.; Rudolphi, *Unrechtsbewußtsein*, p. 98 (aunque luego Rudolphi, *SK*, § 1, n.m. 2, considera demasiada escasa esta fundamentación); Boop, *op. cit.*, p. 145; Lohberger, *Blankettstrafrecht*, p. 88 y s. Críticamente frente a esta opinión en parte Grünwald, *ZStW* 76 (1964), p. 12; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 191 y s.; Schreiber, *Gesetz und Richter*, p. 211; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 257 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 3.

(211) Vid., Berner, *Wirkungskreis*, p. 3. De igual manera, Naucke, *JuS* 1989, p. 864 y s.

(212) En este sentido, destaca el principio de legalidad de la ilustración como puramente político, Henkel, *Strafrichter*, p. 13 y ss. A pesar de la manipulación que Henkel hace del carácter político del principio de legalidad para justificar la actividad penalizadora del Estado nacionalsocialista, sus precisiones sobre el carácter político del principio de legalidad no tienen que ser por ello erróneas o peligrosas, sino que, por el contrario, muestran un aspecto cierto del principio de legalidad y la forma de vinculación del juez a la ley. Por el contrario, lo ve como una cuestión de justicia y no política, Berner, *Wirkungskreis*, p. 5 y ss.

(213) Vid., en este sentido, Hamann, *Grundgesetz*, p. 46; Grünwald, *ZStW* 76 (1964), pp. 14, 18; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 97 y ss.

nación de las conductas punibles y las penas aplicables[214], pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo[215]. Por el otro, constituye también un mecanismo para evitar el abuso del poder estatal en perjuicio de los ciudadanos[216], en tanto que sólo mediante una ley del Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías[217].

La relación de dependencia del principio de legalidad con el sistema político asumido por nuestra Constitución Política, permite también una conclusión en contrario: teóricamente es posible concebir un sistema de organización política en el que no sea necesaria una determinación legal previa de las conductas delictivas. Si, por ejemplo, se encarga a los jueces facultades de dirección y decisión en una sociedad e incluso se les designa democráticamente, no podrá presentarse objeción alguna, desde el punto de vista de la organización política, a una exclusión o limitación del principio de legalidad[218]. El temor ante una arbitrariedad judicial tendría que combatirse

---

(214) En este sentido, basado en la legitimación democrática y en la distribución del poder, GRÜNWALD, *ZStW* 76 (1964), p. 13 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 9 y ss.; RANSIEK, *Gesetz*, p. 40 y ss.

(215) Vid., esta idea como fundamento democrático del principio de legalidad, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 244.

(216) Una idea que viene desde la revolución francesa, vid., en este sentido, BOOP, *Die Entwicklung*, p. 37 y ss. Actualmente, ponen de manifiesto esta fundamentación jurídico-pública que recurre a la idea del Estado de Derecho, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, p. 230 y s.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, pp. 2, 9; HASSEMER, *Einführung*, p. 254; KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, p. 130; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 128; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 193 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 2; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 2; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 83.

(217) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 253.

(218) Vid., la escasa significación del principio de legalidad en los Estados judicialistas, HENKEL, *Strafrichter*, p. 43 y ss. Del mismo modo, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31.

mediante mecanismos distintos y más acordes con el sistema de organización política asumido. En este sentido, la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general[219], sino, más bien, un mecanismo que en un determinado sistema político-social evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder[220].

En la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación. Sin embargo, su contenido específico debe tener en cuenta la función que el Derecho penal cumple[221]. Un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho penal es fundamentalmente de motivación (prevención general) y, por esta razón, ve en el principio de legalidad un mecanismo operativo

---

[219] En este sentido, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 92, nota 31, quien no afirma una vigencia absoluta del principio de legalidad, como a veces lo mal interpretan, sino como una cuestión evidente en un sistema jurídico codificado.

[220] En el mismo sentido, aunque destacando que sólo enmarca la actuación de los tribunales sin vincularlos a la ley, Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 157. Similarmente, Ransiek, *Gesetz*, p. 40 y ss.; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 9 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 193 y ss.; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 353.

[221] Vid., esta independencia interpretativa, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 34 y ss.; El Mismo, *Lecciones*, p. 76. En este sentido plantea el problema Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 13, al indicar que el principio de legalidad encuentra, además de su raíz de Derecho público, su raíz jurídico-penal en la función de las penas: de imponer disposiciones de comportamiento socialmente deseadas, o reestabilizar disposiciones de comportamiento ya realizadas. Este autor opta por una finalidad preventivo general de la amenaza penal en el sentido de motivación a la fidelidad al Derecho. Aceptan las ideas de Schünemann, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 23; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 267. En el Perú Urquizo Olaechea, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 43 distingue un fundamento político, uno axiológico y otro jurídico-penal. Críticamente frente a una diferenciación en el principio de legalidad de raíces de Derecho público y de Derecho penal, Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 76.

para llevar a cabo tal motivación sobre los ciudadanos[222]. Según este entendimiento del principio de legalidad, la determinación previa de las leyes penales permite que el ciudadano sepa qué conductas puede realizar y cuáles no, así como con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de la norma, de manera que pueda sopesar las consecuencias de su accionar y decidirse por una conducta adecuada a Derecho[223]. No vamos a reproducir aquí las razones ya expuestas para un rechazo de la función de motivación de las normas penales[224], sino solamente oponer a este entendimiento del Derecho penal el nuestro: la función de mantenimiento de las expectativas normativas de conducta.

El rechazo de una función de motivación de la ley penal no significa negar la vigencia del principio de legalidad en el Derecho penal,

---

(222) Vid., por todos en la doctrina alemana, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 22 y s.; en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 252, nota, 302; en el Perú, URQUIZO OLAECHEA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo II, p. 45 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 353. Esta función de motivación ciertamente no se mantiene en su versión original de la coacción psicológica, como la formulara Feuerbach, pero parte de una función preventivo general de la norma penal limitada por ciertos principios garantistas (así, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, p. 216; ROXIN, *JuS* 1966, p. 377; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 194 y s.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 249 y ss.). También acepta la necesidad de que la ley precise qué comportamiento debe cumplirse y la pena prevista, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 76, aunque desde la función de autodeterminación general de la ley. En contra, SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 41 y ss.; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 154 y s.

(223) En este sentido, BOOP, *Die Entwicklung*, pp. 145 y s., 156 y s.; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 11; GRIBBOHM, *LK* § 1, n.m. 1. Críticamente desde el mandato de determinación, RANSIEK, *Gesetz*, p. 13 y ss., sobre todo porque considera que desde la perspectiva de la prevención general no puede derivarse la exigencia de que sea el Poder legislativo quien determine la base de información que motiva al ciudadano (se necesita de algo más para fundamentar el principio de legalidad).

(224) Una exposición de las razones por las que normalmente se asume en las leyes penales la función de motivación y su crítica, vid., SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt*, p. 45 y ss.

pues, como ya lo hemos dicho, la legalidad constituye un elemento configurador de nuestro sistema político de distribución de poderes (o funciones). Sin embargo, el contenido específico del principio de legalidad debe determinarse con base en una concepción funcional del Derecho penal, esto es, como mecanismo social que asegura la vigencia de las expectativas normativas de conducta defraudadas[225]. En esta visión del Derecho penal, el principio de legalidad consiste en la determinación objetiva de las expectativas normativas del sistema social que se encuentran garantizadas por el Derecho penal, es decir, de las expectativas cuya vigencia, en caso de defraudación, serán restablecidas a costa del infractor de la norma[226]. Esta determinación normativa se reserva al Poder legislativo, pues en nuestro sistema político sólo el legislador puede concretar con criterios objetivos la identidad normativa de la sociedad de una forma vinculante para la comunidad en general o sectores sociales específicos[227].

B. El principio de legalidad y el dinamismo del sistema económico

No constituye algo novedoso destacar el mayor dinamismo del sistema económico frente a otros sectores del sistema social[228]. En el sistema jurídico, tal característica se manifiesta en el enfrentamiento entre los principios de justicia y seguridad jurídica. Este dilema se presenta también en el Derecho penal económico y concretamente en la cuestión del mantenimiento del principio de legalidad (seguridad)

---

[225] Reconoce esta orientación actual de la legalidad, Yacobucci, *LH-Jakobs* (Perú), p. 648.

[226] En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 10.

[227] Vid., sobre la garantía de objetividad del principio de legalidad, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 9, en el sentido de una determinación previa de una conducta punible y la medida de pena sin el influjo de un delito ya cometido, pero aún por juzgar. Se trata, pues, de una determinación previa y de validez general. Similarmente, Marxen, *GA* 1985, p. 547 y s. Estas ideas se encuentran presentes ya en Berner, *Wirkungskreis*, p. 5 y s. Críticamente, Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 76.

[228] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 24.

frente a la necesidad de sanción de nuevas conductas no previstas en el tipo penal, pero igualmente lesivas de bienes jurídicos (justicia)[229]. La idea central es que el cumplimiento de la función del Derecho penal en el ámbito de la economía exige necesariamente el mantenimiento del principio de legalidad, pero también una flexibilización del mismo –fundamentalmente del mandato de determinación o de certeza– debido a las características propias de la economía[230].

En un sistema tan cambiante como el económico la contingencia de lo que es conforme al sistema o no aumenta considerablemente[231]. Lo que hoy puede constituir la defraudación de expectativas de conductas, puede que mañana ya no lo sea, o al revés, pues esto depende muchas veces de una valoración global sobre el funcionamiento del sistema. En este sentido, se hace necesaria una labor de determinación centralizada por parte del Estado, la cual sólo puede llevarse a cabo objetivamente mediante leyes jurídicas. Bajo estas circunstancias, la vigencia del principio de legalidad es una condición para el mantenimiento del sistema, pero no porque se introduzca aspectos de la función de motivación del Derecho penal en nuestro entendimiento del Derecho penal[232], sino porque una renuncia al principio de legalidad implicaría privar al sistema jurídico de mecanismos para salir al paso frente a lo contingente del sistema social.

---

(229) Vid., en el ámbito del Derecho penal económico, ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 23 y ss. Una perspectiva no antagónica de estos principios, sino más bien complementaria, GRÜNWALD, *ZStW* 76 (1964), p. 18; ENDRUWEIT, *Die Wahlfeststellung*, p. 17 y ss.

(230) Vid., así, YACOBUCCI, *LH-Jakobs* (Perú), p. 646.

(231) Al cambiar el sistema económico sus estructuras, el Derecho penal debe también cambiar las suyas que reproducen las de la economía. Si el Derecho penal no observa el sistema económico para poder cumplir su función, se aislará cada vez más del mismo y producirá su propia disfunción.

(232) La necesidad del mantenimiento del principio de legalidad, mandato de determinación y prohibición de analogía en el Derecho penal económico desde la perspectiva de la prevención general, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 40 y ss.

Por otra parte, ese mismo dinamismo del sistema económico provoca que se considere disfuncional una descripción legal detallada e inmutable de las conductas punibles. En este sentido, el Derecho penal económico debe elaborar las leyes penales mediante conceptos normativos generales que permitan al juez adaptar los tipos penales a la multiformidad de las conductas lesivas aparecidas en el ámbito económico general, o contar con el auxilio de las normas administrativas en ámbitos especializados mediante las distintas técnicas de reenvío[233]. Sólo de esta manera puede el Derecho penal económico ofrecer las condiciones para una efectiva labor de estabilización de las expectativas sociales que haga frente al dinamismo de la economía.

C. En especial: La reserva de ley y el mandato de determinación

En la medida que se trata de una garantía jurídico-penal, el principio de legalidad impone un conjunto de exigencias tanto para la actividad criminalizadora del legislador como para la sancionadora del juez[234]. En concreto, se señala que el principio de legalidad exige una ley escrita, la determinación de la conducta prohibida y la pena, una ley previa y la prohibición de analogía[235]. En este apartado vamos a referirnos solamente a las exigencias establecidas al legislador penal de reserva de ley y mandato de certeza o determinación. Las exigencias de ley previa y prohibición de analogía las dejaremos para la parte referida a la aplicación y la interpretación de la ley penal, respectivamente.

---

[233] Vid., sobre la necesidad de contar con normas administrativas para determinar estándares en el ámbito de la economía, Jakobs, *La ciencia*, p. 134 y s.; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 55.

[234] Vid., el principio de legalidad como mandato dirigido al legislador, Hamann, *Grundgesetz*, p. 45; Grünwald, *ZStW* 76 (1964), p. 6; Marxen, *GA* 1985, p. 544.

[235] Vid, así, la exposición de Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 7 y ss.; Hassemer, *NK* § 1, n.m. 13; El Mismo, *Einführung*, p. 254. Por su parte, Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 3, incluye una quinta manifestación: cómo la punibilidad debe tener lugar, es decir, la determinación de la pena aplicable.

a. La reserva de ley

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas. En este sentido, la ley constituye la única fuente inmediata del Derecho penal. La costumbre, la jurisprudencia y los principios generales constituyen, por el contrario, simples medios para conocer el Derecho positivo, pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales(236). La claridad de este planteamiento comienza a oscurecerse, sin embargo, cuando hay que fijar qué dispositivos legales abarca el término ley. No cabe duda que, en primer lugar, la reserva de ley se refiere a la ley en sentido formal, es decir, la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionales. Pero ya en este nivel existe incluso disparidad de criterios al menos en la legislación comparada. Por ejemplo, en España para poder crear delitos y establecer penas no se exige una ley ordinaria, sino una ley cualificada. En efecto, la Constitución española establece que los aspectos referidos a derechos fundamentales deben regularse mediante ley orgánica, exigencia que abarcaría a las leyes penales(237). Por el contrario, en nuestro país la opinión generalizada es que la reserva de ley se limita a exigir una ley ordinaria, sea en sentido formal o material, de manera que los temas penales no solamente podrían regularse por ley ordinaria del Congreso, sino también a través de decretos legislativos(238).

La discusión resulta mayor cuando se plantea la posibilidad de extender el concepto ley penal también a los decretos de urgencia, previstos en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política. Se trata de medidas extraordinarias que el Ejecutivo puede dictar con fuerza de ley, siempre que lo requiera el interés nacional y con cargo

(236) Vid., así, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 18.

(237) Vid., en este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, PG, p. 128; CÓRDOBA RODA, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 238.

(238) Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 5; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 4, n.m. 383; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 16, n.m. 281; GARCÍA CANTIZANO, *RPDJP* 5 (2004), p. 143.

a dar cuenta al Congreso. Las materias sobre las que puede entrar a regular estas disposiciones de urgencia son, conforme a la norma constitucional, de carácter económico y financiero. En este sentido, se presentaría la pregunta de si los delitos económicos pueden ser regulados excepcionalmente mediante decretos de urgencia. El tenor de la disposición constitucional no parecería excluir tal posibilidad. Incluso en la doctrina nacional se ha defendido el parecer de que "no podría negarse, desde el punto de vista político y con el control de un enjuiciamiento posterior del Congreso, el derecho del Gobierno, en circunstancias de urgencia, de anticiparse a la obra legislativa y de obrar como gestor del Parlamento en receso o que no se halla en condiciones de satisfacer de inmediato la necesidad inaplazable de la tutela legal de determinados intereses"(239). No obstante, pese a los argumentos esgrimidos a favor de la posibilidad de regular excepcionalmente delitos económicos a través de decretos de urgencia, consideramos que esta forma de legislar no puede extenderse a leyes penales. La cuestión penal no constituye un aspecto que pueda regularse de forma imprevista y con los apuros de situaciones de coyuntura. Posiblemente más adecuado sea, en estas circunstancias, recurrir al Derecho administrativo sancionador, pero no configurar un Derecho penal de paso que posiblemente no sopese adecuadamente los aspectos garantistas que exige el Derecho penal contemporáneo.

b. El mandato de determinación

El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable(240). A esto se le conoce como el mandato de determinación o certeza. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad(241), pues la sola exigencia de la

(239) Vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 20 y s.

(240) Vid., así, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 14.

(241) Vid., Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 75; Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 21 y s.; Ransiek, *Gesetz*, pp. 7 y ss., 40 y ss.

expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial, como sucedería con el tan citado ejemplo de BELING de la ley que prescribe que todos los malhechores deben ser sancionados(242). Para evitar posibles abusos por parte de la Administración de Justicia en un sistema democrático de distribución del poder(243), es necesario que mediante el mandato de determinación se excluyan del Derecho penal leyes absolutamente indeterminadas(244).

Pero, por otra parte, resultaría también cuestionable la exigencia de leyes absolutamente determinadas en el sentido de la teoría de la distribución del poder de MONTESQUIEU(245), pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde su naturaleza general(246). En tanto el caso concreto sólo se presenta ante el juez, el legislador es incapaz de dar una solución concreta para una situación específica(247). Como consecuencia de lo

(242) BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 22

(243) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 67; RANSIEK, *Gesetz*, p. 44. Por esta razón, HASSEMER, *Einführung*, p. 254, señala que el mandato de determinación es la aspiración evidente de todo legislador que quiere imponer con su decisión determinadas consecuencias en la comunidad jurídica.

(244) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 23; RANSIEK, *Gesetz*, p. 7.

(245) Vid., en este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 256. Vid., la referencia al planteamiento de Montesquieu LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 22.

(246) Vid., en este sentido, las razones para el fracaso de una descripción casuística por parte de legislador, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 48; BOOP, *Die Entwicklung*, p. 161 y ss; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 185; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 129.

(247) Un caso especial son las llamadas leyes que toman medidas para casos específicos (*Maßnahmegesetz*), en los que se discute sobre si el Poder Legislativo entra en cuestiones de la Administración y, por tanto, en un ámbito reservado al Poder Ejecutivo. Sobre esto vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 98. Las rechaza SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 24.

antes referido, el mandato de determinación sólo podrá exigir la configuración de leyes relativamente determinadas, en las que se pueda compatibilizar la predeterminación legislativa general con el punto de vista judicial ante el caso concreto[248]. La cuestión decisiva será precisar qué nivel de determinación relativa se exige del legislador penal[249].

En una lectura desde el punto de vista de la función preventiva del Derecho penal, el mandato de determinación constituye un mecanismo que permite al ciudadano saber qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias jurídicas que tendría su actuación[250]. Esta función de base de información para la motivación del ciudadano resulta ciertamente controvertida, pues la ley penal no puede motivar al ciudadano a emprender o no una determinada conducta, en tanto por sí misma no dice qué hacer o no hacer en una situación específica[251]. Se requiere siempre de una labor de concreción de la

---

(248) Vid., en este sentido, Berner, *Wirkungskreis*, p. 5 y ss., con mayores referencias; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 183; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 13 y ss. En este sentido también, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 17 y s., al admitir una cierta necesidad de vaguedad en las leyes penales.

(249) En este sentido, Gribbohm, *LK* § 1, n.m. 47.

(250) En este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 22; Rudolphi, en *El sistema moderno*, p. 81. Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 29, considera que la falta de observancia del mandato de determinación afecta la función de prevención general del Derecho penal. Críticamente, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 263 y ss.

(251) Similarmente, Kargl, *Kritik*, p. 413. Esta situación es incluso reconocida por Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 188, por lo que tiene que configurar el mandato de determinación solamente como un mecanismo de previsibilidad objetiva del ciudadano de lo que está acorde con el Derecho (norma de determinación). Sin embargo, debido al entendimiento de la interpretación de la ley como un acto de creación, Tiedemann, *op. cit.*, p. 193 y ss., mueve esta relación de previsibilidad al ámbito de la decisión judicial sobre el caso concreto, de manera que el mandato de determinación debe sólo ofrecer criterios para que el juez determine el contenido y el alcance del concreto deber (*Sollenspflicht*) del ciudadano (espec. p. 195). Finalmente, Tiedemann (p. 204) establece como garantía del tipo penal la protección de la confianza del ciudadano en relación con su concreto deber, es decir, la derivación previsible de este deber

norma por parte del particular en la situación específica[252]. La ley penal constituye, en todo caso, un elemento de juicio que, junto con otros aspectos adicionales y un proceso particular de valoración por parte del sujeto individual, forma parte de un proceso de toma de decisión[253]. La norma penal no motiva, sino que a lo mucho ofrece criterios para una orientación eficiente en el sistema social.

Lo relevante para el principio de legalidad no se ubica propiamente en el efecto motivatorio que tiene la ley penal sobre la actuación del sujeto, sino más bien sobre la actuación del juez. Quien decide si una conducta concreta defrauda o no una determinada expectativa normativa, es finalmente el juez. Ni la ley general ni los reglamentos administrativos determinan si una conducta concreta ha defraudado o no una determinada expectativa normativa, pues, como ya lo indicamos, se encuentran formulados en un plano de mayor abstracción. La exigencia del mandato de determinación en el Derecho penal constituye simplemente un límite a la decisión judicial en el caso concreto, en el sentido de sometimiento a determinadas pautas objetivas establecidas previamente por ley[254]. En este sentido, el mandato de determinación, como garantía ante la arbitrariedad, podría cumplir su función sólo con precisar de manera general determinadas pautas de actuación (no matar, no lesionar, no perjudicar el patrimonio ajeno, etc.). Bastaría una especie de decálogo

---

concreto de la norma abstracta. En este sentido, lo único que puede establecerse mediante el mandato de determinación es el establecimiento típico de un juicio de valor, esto es, la determinación del injusto típico (p. 207).

[252] En este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 195; RANSIEK, *Gesetz*, p. 6, tanto para destinatarios individuales como para aplicadores jurídicos.

[253] RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 264, entiende que esto no se opone al efecto motivatorio del Derecho penal, sino que sólo muestra que el proceso de decisión en función de ventajas y desventajas es más complejo.

[254] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 12. Similarmente TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 208, en el sentido de determinación de los fundamentos abstractos de punibilidad. Para RANSIEK, *Gesetz*, p. 55, se trata de la decisión político-criminal reservada al legislador, en el sentido de si para determinadas formas de conductas es exigible y adecuado recurrir al Derecho penal.

que cada sujeto tendría que hacer valer en cada contacto con los demás[255]. Sin embargo, en sociedades complejas la necesidad de una mayor seguridad ante el arbitrio judicial exige que el legislador penal concrete aún más los criterios generales de actuación mediante la descripción de las formas de conducta que van en contra de estos criterios generales de actuación (por ejemplo, las formas de afectar el patrimonio ajeno: hurtar, robar, estafar, dañar, apropiarse, etc.)[256]. Hoy en día se le exige al legislador incluso una labor de mayor precisión en determinados ámbitos, de manera que los sujetos no puedan aducir una interpretación personal divergente (esto se presenta en los delitos de peligro, como por ejemplo, para seguir con las formas de afectar el patrimonio, el delito de falsas comunicaciones sociales del artículo 198 inciso 2 del Código Penal)[257].

Llevar la exigencia del mandato de determinación a todas las especificaciones posibles podría justificarse en una visión preventiva del Derecho penal, en tanto es necesario decirle a los destinatarios de la norma qué conductas deben realizar o deben evitar llevar a cabo[258]. Pero intentar una especificación absoluta de la ley penal resulta una pretensión utópica ya sólo por la propia indeterminación del lenguaje utilizado y las zonas de penumbra que toda palabra, como significante, tiene[259]. La motivación es un proceso interno que

---

(255) En el mismo sentido, pero partiendo de fundamentos distintos, Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 73.

(256) Similarmente Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 262, al señalar que el Derecho penal debe precisar no sólo el deber jurídico, sino también la descripción del comportamiento desvalorado. Vid., en general sobre las llamadas proposiciones modales del deber, Philipps, *Der Handlungsspielraum*, p. 51 y ss.

(257) Vid., en este sentido, de manera general, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 52.

(258) Vid., en este sentido, Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 12. De una manera más limitada Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 35 y ss., que se contenta con que sólo se determine más del 50 % de los supuestos presentados por el tipo penal. Críticamente, Ransiek, *Gesetz*, p. 60 y ss., respecto de la practicabilidad de este criterio.

(259) Vid., así, Ransiek, *Gesetz*, pp. 4 y ss., 18; Hassemer, *NK* § 1, n.m. 31.

difícilmente puede verificarse. Una interpretación normativa de tal proceso tampoco permite descubrir la función del Derecho penal. Lo que el Derecho penal lleva a cabo en realidad no es confirmar la seriedad de la advertencia penal hecha a un sujeto individual, sino, más bien, reestabilizar normativamente la defraudación de expectativas sociales esenciales. Si en nuestra sociedad se exige, como garantía ante la arbitrariedad judicial, la determinación legal de las formas de conducta defraudatorias de las expectativas de conducta esenciales, esto no debe llevar a la conclusión de que la conducta específica debe estar determinada completamente en una ley penal expedida por el Congreso. La determinación, como garantía ante la arbitrariedad, se cumple con el establecimiento de criterios generales de decisión respecto de las formas de actuación defraudatorias de expectativas sociales[260], aun cuando se requiera de un proceso de interpretación judicial para precisar si una conducta específica forma parte de las formas de actuación defraudatorias de las expectativas protegidas.

Entendido así el mandato de determinación en el Derecho penal, no debería haber ningún inconveniente para la aceptación de leyes penales con cláusulas de remisión, en tanto sirven al juez para precisar si un hecho concreto se corresponde con la forma general de actuación sancionada por la ley penal[261]. Del mismo modo, el

[260] Se trata de una determinación objetiva que no depende de la, difusa y difícil de determinar, intención subjetiva del legislador. En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 21. Igualmente crítico frente a la interpretación histórico-subjetiva, RANSIEK, *Gesetz*, p. 64.

[261] En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 11, n.m. 11; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695; GRIBBOHM, *LK* § 1, n.m. 35. Igualmente, RANSIEK, *Gesetz*, p. 19, aunque critica la concepción del mandato de determinación como determinación objetiva, en tanto no justifica la medida de complemento de las leyes penales que deben realizar la Administración y la Jurisprudencia. Sin embargo, a esta crítica se le respondería con el hecho de que la ley sólo debe determinar los aspectos generales de la actuación defraudatoria. De alguna manera RANSIEK llega a un resultado similar al exigir que la ley penal establezca que resulta conveniente y adecuado recurrir al Derecho penal para castigar determinadas formas de conducta (*op. cit.*, p. 55).

legislador puede recurrir a elementos normativos y cláusulas generales para configurar las formas de conducta defraudatorias de expectativas cuya determinación general sólo puede llevarse a cabo con conceptos normativos o indeterminados que requieren de una posterior valoración complementaria del juez en el caso específico(262). Si no pudiese recurrirse a elementos normativos (determinados o indeterminados), difícilmente podría el legislador cumplir con una determinación legal suficiente de todas las formas de actuación que defraudan una determinada expectativa social.

El mandato de determinación, como garantía ante la arbitrariedad judicial, tiene vigencia también en la lucha contra la criminalidad económica(263). Pero el recurso bastante extendido en el Derecho penal económico de cláusulas de remisión a leyes complementarias extrapenales o a actos de la Administración, así como el uso de cláusulas generales, cuestiona la observancia práctica de tal mandato(264). La doctrina penal no rechaza absolutamente el uso de leyes penales con remisiones extrapenales o cláusulas generales, pues resulta claro que en ámbitos tan dinámicos, como precisamente el económico, no puede exigirse una tipificación casuística de las conductas delictivas y una modificación constante de las leyes penales para

---

Por el contrario, respecto de las leyes penales en blanco, Lange *JZ* 1956, p. 75, entiende que éstas tienen lugar sólo en tanto establecen elementos que fundamentan la punibilidad y no sólo especifican lo establecido por la ley penal.

(262) Vid., en este sentido, Lenckner, *JuS* 1968, p. 255.

(263) En este sentido, Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C42; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 91; Heinz, *GA* 1977, p. 195; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 368.

(264) Vid., así la discusión el Coloquio preparatorio al XIII Congreso Internacional de Derecho Penal en el Cairo, vid., Sieber, *ZStW* 96 (1984), p. 269 y ss.; Niemeyer, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller/Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 17, n.m. 8. Por su parte, Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 190, señalan que el mandato de determinación o certeza resulta afectado, concretamente en el marco de la responsabilidad por el producto, debido a la indeterminación de los deberes que fundamentan la responsabilidad penal y las dificultades de prueba de los elementos objetivos sobre los que se apoyan.

adaptarlas a los cambios de la economía[265]. Sin embargo, con esta concesión de uso no se legitima cualquier remisión extrapenal o el uso de cláusulas generales, sino que se exige también una determinación mínima en la ley penal de los criterios de sanción, de manera que se impida la arbitrariedad judicial[266].

Por el contrario, en un entendimiento del Derecho penal como medio de motivación, siempre podrá reprochársele a las leyes penales económicas con cláusulas de remisión o que utilizan cláusulas generales, una infracción del mandato de determinación[267], pues siempre será necesario un proceso de interpretación y complementación por parte del particular con los peligros de una interpretación personal divergente. Bajo estas circunstancias, se presenta de manera continua una cierta inseguridad por parte del particular sobre lo que tiene que hacer o no hacer en su actuación económica y, por eso, se levanta la objeción de una posible arbitrariedad judicial si el juez, según su criterio o asumiendo las directivas administrativas, establece una manera diferente de interpretar y complementar las normas penales. Una interpretación coherente del Derecho penal en el sentido de mecanismo de motivación, debería rechazar absolutamente las leyes penales en blanco o las cláusulas generales[268].

---

(265) Vid., respecto de las leyes penales en blanco, LOHBERGER, *Blankettstrafrecht*, p. 65; WARDA, *Abgrenzung*, p. 9; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 96, 241; EL MISMO, Voz: "Blankettstrafgesetzen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 111. Respecto de las cláusulas generales, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 304 y ss. Restrictivamente, NAUCKE, *Über Generalklauseln*, p. 21 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 35; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 130; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 69. Rechaza de manera categórica las cláusulas generales, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 88.

(266) Vid., así, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C42 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 32, referido en concreto a las cláusulas generales.

(267) Vid., en este sentido la denuncia de SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, pp. 6 y s., 29. Similarmente, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 40 y ss.; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 837 y s.

(268) Y esto es así, aun cuando se intente atenuar esta consecuencia lógica con base en la clasificación de los elementos descriptivos, normativos y las cláusulas

Si, por el contrario, el mandato de determinación consiste en el establecimiento legal de los criterios generales para decidir si una determinada conducta ha defraudado expectativas normativas de conducta, no cabrá necesariamente un rechazo de las leyes penales en blanco o de las cláusulas generales a partir del mandato de determinación.

aa) Las leyes penales en blanco en el Derecho penal económico

En el Derecho penal económico es común encontrar leyes penales en blanco que utilizan leyes complementarias extrapenales para precisar la conducta punible(269). Este acoplamiento de la ley penal con la regulación extrapenal ha generado un fenómeno de identificación total o parcial de la norma penal con la norma extrapenal(270). Si se admite que la norma de conducta de la ley penal se determina desde la normativa extrapenal, entonces el mandato de determinación no necesariamente le alcanzará a la norma penal(271). De esta manera, las leyes penales en blanco podrían desarrollar una forma de escapar al mandato de determinación o taxatividad derivado del principio de legalidad. Esta desvinculación del principio de legalidad no puede aceptarse, pero no significa mantener el mandato de determinación con la misma rigidez que en el Derecho penal "tradicional". El mandato de determinación debe reconfigurarse en el Derecho penal económico atendiendo a las particularidades del sector de regulación.

---

generales, limitando el uso de estos últimos sólo para los casos en que sea necesario para la Administración de Justicia penal (vid., así, Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 29 y ss.). Si bien dice que la solución más clara sería eliminar las cláusulas generales de las leyes penales, reconoce que eso significaría una reducción considerable del Derecho penal (a delitos contra la vida).

(269) Vid., Tiedemann, *Einführung*, p. 55 y s. Sobre el concepto de ley penal en blanco y sus posibilidades de clasificación, vid., Warda, *Abgrenzung*, pp. 5 y ss., 10 y ss.

(270) Resaltan el problema de la partición de la norma, Tiedemann, *JuS* 1989, p. 695; El Mismo, *Lecciones*, p. 145; Abanto Vásquez, *RPCP* 11, p. 25.

(271) Tiedemann, *JuS* 1989, p. 695. Anteriormente con base en la separación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s. Igualmente, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 369.

El mandato de determinación exige que la ley penal contenga los criterios de decisión que permitan al juez resolver un caso concreto, es decir, afirmar la contrariedad a la norma de una determinada conducta (supuesto de hecho) y establecer la pena correspondiente (consecuencia jurídica)[272]. Para poder precisar si las leyes penales en blanco utilizadas en el Derecho penal económico representan una lesión al mandato de determinación resulta necesario hacer una exposición diferenciada de los supuestos de leyes penales en blanco:

- *Las leyes penales en blanco impropias*: En las leyes penales en blanco impropias, la remisión se hace a otras leyes de igual rango (leyes especiales)[273]. Un ejemplo de esta clase de ley penal en blanco es el delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código penal, que se remite a la ley de defensa de la competencia, el Decreto Legislativo 701. En primer lugar, cabe señalar que estos supuestos no representan una infracción del principio de legalidad en el sentido de distribución del poder, pues tanto la ley penal como la ley especial complementaria están expedidas por el legislador (o por una delegación de facultades legislativas)[274]. Sucede solamente que los criterios de decisión para determinar la conducta prohibida se encuentran repartidos en las leyes[275]. El problema se presenta, como bien lo observa TIEDEMANN, en relación con una posible ruptura del mandato de determinación, en tanto éste sólo alcanzaría a la ley penal y no a la ley especial[276].

---

[272] TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 249, habla de una determinación de la ley formal, mientras que la ley penal material se determina también con las normas complementarias.

[273] Vid., YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 232; REYNA ALFARO, *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero 2002]. En la doctrina alemana, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 56, denomina a estos supuestos leyes penales en blanco en sentido amplio.

[274] Vid., así la referencia, WARDA, *Abgrenzung*, p. 8; HUERTA TOCILDO, *Revista penal* 8 (2001), p. 44.

[275] Similarmente, KÜHL, *FS-Lackner*, p. 829 y s.

[276] TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

Hay que precisar, sin embargo, que la cláusula de remisión de la ley penal en blanco hace que la parte pertinente de la ley especial pase a formar parte de la ley penal, con todos los requerimientos exigidos por el mandato de determinación. Si de la interpretación conjunta de la ley penal y la ley especial no resultan criterios suficientes para determinar el carácter defraudatorio de una conducta concreta, entonces estaremos ante una ley incompleta y, por ello, contraria al mandato de determinación.

- *Las leyes penales en blanco propias*: En estas leyes penales en blanco se presenta una remisión a disposiciones administrativas[277], lo que ha levantado voces críticas por dejar en manos de la Administración los criterios para decidir el carácter penalmente prohibido de la conducta típica[278]. Ejemplo de estas leyes penales en blanco es el delito de especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234 primer párrafo del Código penal. Para salir al paso frente al cuestionamiento a las leyes penales en blanco propias, se han desarrollado fundamentalmente dos argumentaciones. La primera, asumida por el Tribunal Constitucional español, admite la conformidad de las leyes penales en blanco con el mandato de determinación si la ley penal establece el núcleo esencial de la conducta prohibida y deja a las leyes complementarias de rango inferior los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica[279]. Esto significaría que existe una lesión del mandato de determinación, pero que por tratarse de

---

[277] Vid., Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 232; Reyna Alfaro, *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero 2002].

[278] A no ser que posean competencias legislativas penales como lo precisa Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 55.

[279] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Lecciones*, p. 79 y s.; Bacigalupo Zapater, *Derecho penal*, PG, p. 149 y s.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 149 y s.; De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 82; Mata y Martín, *CPC* 72 (2000), p. 649 y s. En nuestro país, Abanto Vásquez, *RPCP* 9, p. 25; El Mismo, *RPCP* 11, p. 24; Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 234; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 16, n.m. 286. Críticamente frente a la distinción de los elementos del tipo entre esenciales y accidentales por considerarla artificiosa, Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 241.

cuestiones incidentales se consideraría todavía tolerada. Frente a esta argumentación se presenta la teoría de la concreción, desarrollada por los tribunales alemanes, según la cual la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal(280). En tanto la ley penal tiene pretensión de validez general, no puede ofrecer los criterios de decisión judicial mediante una descripción específica del supuesto presentado ante el juez, sino que tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto. Este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio racional del juez o puede que la misma ley se remita a criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales. Este último supuesto es el que se presenta en las leyes penales en blanco.

A pesar de la innegable similitud entre la teoría de la esencialidad y la de la concreción(281), puede señalarse que más feliz resulta la formulación de la teoría de la concreción, pues deja a salvo conceptualmente el mandato de determinación. Por esta razón, puede decirse que los tipos penales cuya remisión a una norma o reglamento administrativo sirve exclusivamente para concretar el criterio de decisión ya establecido por ley, se muestran plenamente conformes con el mandato de determinación. Tal compatibilidad depende del hecho de que la norma administrativa no constituya un criterio de decisión, sino solamente un criterio de especificación(282). Podría decirse incluso que la

(280) Vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 253; EL MISMO, Voz: "Blankettstrafgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 11; RANSIEK, *Gesetz*, pp. 106, 111; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 832; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 38; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L2/30; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 111.

(281) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 25.

(282) La cuestión central será determinar cuándo algo constituye un criterio de decisión y cuándo una simple especificación (vid., así, KÜHL, *FS-Lackner*, p. 833),

remisión a normas administrativas para especificar la conducta prohibida ofrece mayor seguridad frente al arbitrio judicial, pues no se tratará de una decisión judicial libre, sino sujeta a parámetros administrativamente establecidos(283). Si, por el contrario, la ley penal en blanco no establece criterios de decisión o lo hace de manera tan general que no ofrece un marco objetivo de decisión (p.e. el supuesto de administración fraudulenta de persona jurídica previsto en el inciso 7 del artículo 198 del Código penal), se tratará entonces también de leyes penales incompletas que facultan de manera encubierta una intervención del Poder Ejecutivo en la configuración de los criterios generales de decisión. Estos supuestos deben efectivamente rechazarse por atentar contra el principio de legalidad, en tanto se trata de una intromisión ajena en las actividades reservadas al Legislativo(284).

---

lo cual depende de un análisis del concreto tipo penal. Sin embargo, Kühl, *op. cit.*, p. 836 y s., niega que toda remisión administrativa se realice con fines de especificación, sino que en muchos casos se establece criterios de decisión que el legislador por distintas razones (sobre todo de especialidad) no puede tomar. Por nuestra parte, pensamos que si el legislador no ha establecido los criterios de decisión sobre el carácter defraudatorio de determinadas formas de conducta, entonces se habrá vulnerado la garantía de objetividad procurada por el principio de legalidad. Una especialidad del ámbito de regulación no puede justificar una transferencia de las facultades legislativas a la Administración.

(283) Vid., así, Tiedemann, en *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.), p. 260;. El Mismo, *Anuario de Derecho Penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; López Barja de Quiroga, *PJ* 48, p. 300; Arroyo Zapatero, *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; Ballbé/Padrós, *La prejudicialidad*, p. 136. De un parecer contrario, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 215, en tanto considera que resulta más apropiado la tipificación mediante delitos de peligro que el recurso a leyes penales en blanco.

(284) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 248; El Mismo, Voz: "Blankettstrafgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; El Mismo, *JuS* 1989, p. 695; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 370; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 87; Kühl, *FS-Lackner*, p. 830 y s., quien admite, sin embargo, la posibilidad de una remisión estática a una norma administrativa que establezca aspectos esenciales de la punibilidad de la conducta, de

- *Las leyes penales en blanco con remisiones dinámicas*: La crítica a las leyes penales en blanco se dirige fundamentalmente a los supuestos de remisión normativa a normas complementarias dinámicas, es decir, a aquellas que son modificadas continuamente(285). Se reprocha a esta forma de ley penal en blanco una infracción del mandato de determinación, en tanto no permite fijar definitivamente la conducta prohibida debido al carácter cambiante de la norma complementaria extrapenal(286). Sin embargo, si se considera detenidamente los requerimientos del mandato de determinación, puede concluirse que esta forma de ley penal en blanco no afecta en sentido estricto este mandato, pues se trata de una modificación de los criterios de especificación que no afecta para nada la determinación general realizada legalmente por el legislador(287). En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5 del Decreto Legislativo 813) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199 del Código Penal). En estos casos no existe una infracción del mandato de determinación, pues los criterios generales de la forma de conducta sancionada (no ajustarse a las reglas tributarias o comerciales correspondientes respecto de la manera de llevar la contabilidad) se encuentran determinados por la ley penal(288). Si bien

---

manera que el legislador lo único que hace es evitar repetir lo que dice una norma administrativa.

(285) Vid., así, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243; EL MISMO, Voz: "Blankettstrafgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *Einführung*, p. 60; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 370; RANSIEK, *Gesetz*, p. 111; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 828 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 111; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 18.

(286) Vid., la referencia a esta clasificación de las cláusulas de remisión, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243 y s.; SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, p. 373 y ss.

(287) Vid., en este sentido, OTTO, *Jura* 1991, p. 310 en referencia al Tribunal Constitucional alemán.

(288) A la ley penal en blanco debe exigírsele la descripción abstracta de la conducta; en este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 258 y s.; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 836.

cabe imaginar un abuso de los conceptos generales de la ley penal en blanco por parte de la regulación administrativa complementaria, estos peligros tendrían que ser evitados por el juez mediante una corrección de las regulaciones administrativas excesivas. Siguiendo con los ejemplos citados: si se incluyen como obligaciones de carácter contable, cuestiones referidas sólo al tráfico comercial y no al ámbito específico de la contabilidad de un negocio, el juez podrá dejar de lado la norma complementaria y sujetarse a una interpretación de los conceptos generales de la ley penal. La fundamentación jurídica de tal proceder se encuentra en el mandato constitucional que en caso de conflicto de leyes obliga al juez a preferir una ley sobre una norma de menor jerarquía.

- *Cláusulas de remisión inversa*: Mediante una cláusula de remisión inversa una ley extra-penal se remite a una ley penal en blanco para el castigo de una conducta determinada. Esta remisión no generaría mayores problemas si la conducta pudiese subsumirse completamente en el tipo penal remitido[289], pues no sólo no se desnaturalizaría el tipo penal, sino que se ofrecería una mayor seguridad jurídica[290]. Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extra-penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal, como sucede, por ejemplo, con el artículo 231 de la LGSF que establece que si el depositario de una prenda global y flotante no cumple con el deber de devolución, será responsable por el delito de apropiación ilícita tipificado en el artículo 190 del Código Penal. Si se analiza los elementos constitutivos del delito de apropiación ilícita, el incumplimiento por parte del depositario de la obligación de entregar los bienes con prenda global y flotante no reúne los elementos constitutivos del delito de apropiación ilícita,

---

(289) En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, Tiedemann, *Einführung*, p. 60 y s.

(290) Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, Bacigalupo Zapater, *Sanciones administrativas*, p. 29 y ss.; Doval Pais, *Posibilidades y límites*, p. 205.

pues el deudor no recibe del acreedor los bienes dados en prenda (se trata de bienes que el deudor ya posee)[291] y tampoco puede apropiarse de dichos bienes (ya que el depositario es, en principio, el propietario de los mismos)[292]. En consecuencia, la conducta del depositario de bienes con prenda global y flotante que incumple la obligación de entregar al acreedor dichos bienes u otros de similar naturaleza o su valor en dinero, no podrá subsumirse en el tipo penal de apropiación ilícita. Se tratará de un incumplimiento contractual que desde la redacción del artículo 190 del Código penal debería ubicarse en el ámbito de lo penalmente atípico.

La doctrina penal peruana ha visto con sentido muy crítico la cláusula de remisión inversa que desborda el alcance de los tipos penales a los que se remiten, en la medida que pueden afectar el principio de legalidad y permitir el castigo de conductas que no tienen el suficiente desvalor como para ser merecedoras de sanción penal[293]. Parece lógico pensar que una conducta típica determinada fuera del Derecho penal responde más a objetivos de carácter extrapenal que a la efectiva protección de bienes jurídicos. En esta línea, DOVAL PAIS advierte el peligro *"de que el órgano emisor de normas extrapenales incluya una cláusula de remisión inversa que eleve* de facto *a la categoría de delito una conducta que por su remota relación con el objeto remitido desde la ley penal o*

---

(291) Vid., sobre la exigencia del requisito de la recepción lícita de los bienes por parte del autor, SALINAS SICCHA, *Curso*, PE, III, p. 201 y ss. La jurisprudencia nacional es categórica al respecto, así en la Ejecutoria Superior del 9 de diciembre de 1997, Exp. 6110-97 se dice: "El delito de apropiación ilícita, tiene como elemento imprescindible la *entrega física* en custodia o depósito de un determinado bien, lo que origina la obligación de quien lo recibe de devolverlo en el plazo, modo y condiciones que le sea solicitado por quien se lo entregó o posea legítimo e inmediato derecho acreditado (vid., *Jurisprudencia del Proceso penal sumario*, p. 196).

(292) Sobre la necesidad del elemento de apropiación que se desprende desde el propio *nomen iuris* del delito (*apropiación* ilícita), PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, p. 172; SALINAS SICCHA, *Curso*, PE, III, p. 198.

(293) En este sentido, YON RUESTA, *Derecho* 53 (2001), p. 977.

por su irrelevancia, excediese del ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal"[294]. No cabe duda que la remisión hecha por el artículo 231 de la LGSF materializa este peligro y, por ello, debería ser rechazada por el juez.

bb) La accesoriedad administrativa de acto

La accesoriedad administrativa en el Derecho penal abarca todas las formas en las que los presupuestos del tipo penal no se determinan de manera independiente, sino en relación con normas o decisiones de la Administración[295]. En este sentido, se diferencia entre accesoriedad conceptual, accesoriedad administrativa de leyes y accesoriedad administrativa de acto[296]. La primera forma de accesoriedad se refiere a los tipos penales que contienen elementos normativos con contenido jurídico-administrativo, lo cual no presenta problemas respecto del mandato de determinación, en tanto se considera legítimo el uso de elementos normativos en los tipos penales[297]. Tampoco la accesoriedad administrativa de leyes resulta opuesta al mandato de determinación, ya que se trata de supuestos de leyes penales en blanco que hacen una remisión a normas

---

(294) Vid., Doval Pais, *Posibilidades*, p. 207 y s.

(295) Vid., así, Schall, *NJW* 1990, p. 1265.

(296) Vid., con mayores referencias, Wilkenbauer, *Zur Verwaltungsakzessorierät*, p. 11 y ss.; Schall, *NJW* 1990, p. 1265 y s.; Otto, *Jura* 1991, p. 309 y ss.; De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 74 y ss.; De la Cuesta Arzamendi, *Revista penal* 4 (1999), p. 37. Otra clasificación de la accesoriedad administrativa presentan Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 342, con base en la mayor o menor accesoriedad.

(297) Vid., Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 185, en tanto resulta la única manera de permitir al juez tener en cuenta la multiformidad de la vida. Por su parte Otto, *Jura* 1991, p. 309 y s., si bien señala que este tipo de accesoriedad no presenta objeciones constitucionales, no debe olvidarse que la función del Derecho penal no coincide con la del Derecho administrativo y, por ello, puede dar un contenido distinto a los conceptos. Vid., la legitimidad de su uso moderado en el Derecho penal medioambiental, De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 78.

administrativas como criterios de especificación[298], como sucede, por ejemplo, con el delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código penal[299]. El punto de discusión recae concretamente sobre la llamada accesoriedad administrativa de acto, la cual se refiere a los tipos penales que exigen un determinado acto administrativo o su inexistencia para poder sancionar penalmente una determinada conducta[300]. En tanto la realización del tipo penal depende de un acto de la administración, se plantea la pregunta de si con ello no se estará otorgando a la Administración facultades decisorias sobre la relevancia penal de determinadas conductas[301].

Para demostrar si en los casos de accesoriedad administrativa de acto se presenta una infracción del mandato de determinación, debemos precisar la naturaleza de esta forma de accesoriedad. Si bien hemos señalado que el caso de accesoriedad administrativa de leyes engloba los casos de leyes penales con blanco con normas administrativas complementarias, hay que añadir que cabe hablar también de una ley penal en blanco cuando la remisión se hace a un acto administrativo que especifica un elemento del tipo penal[302]. Por esta razón, puede diferenciarse dentro de los casos de accesoriedad administrativa de acto, los supuestos en los que se configura una ley penal en blanco (por ejemplo, la determinación de los productos de primera necesidad en el delito de especulación del

---

(298) Vid., en este sentido, SCHALL, *NJW* 1990, p. 1265 y s.; OTTO, *Jura* 1991, p. 310; DE LA MATA, N./DE LA MATA, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 496.

(299) Vid., sobre el carácter de ley penal en blanco de este delito, MAZUELOS COELLO, *Lecciones*, p. 132.

(300) En este sentido, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34.

(301) En tanto se le transfiere a la Administración facultades de decisión sobre el ilícito penal que le corresponden únicamente al legislador penal. Vid., así, RANSIEK, *Gesetz*, p. 112 y s.; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1266; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 130.

(302) En este sentido WARDA, *Abgrenzung*, p. 6; LANGE, *JZ* 1957, p. 237; TIEDEMANN, Voz: "Blankettstrafgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 819; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 129.

artículo 234 primer párrafo del Código penal), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico circunstancial del delito respectivo (por ejemplo, el delito de expendio irregular de medicamentos del artículo 294 del Código penal que requiere que el sujeto activo tenga una autorización para la venta de sustancias medicinales)(303). En el primer grupo de supuestos de accesoriedad administrativa de acto (leyes penales en blanco), se cumplirá con el mandato de determinación si la ley penal establece suficientemente los criterios de decisión y deja al acto administrativo simplemente el establecimiento de criterios de especificación. En el segundo grupo, bastará con que el legislador penal haga, además de una descripción de la conducta punible, una referencia expresa a un acto de la administración en un sector específico, para entender que la determinación típica de la conducta prohibida se ha cumplido suficientemente(304).

cc) Las cláusulas generales en el Derecho penal económico: especialmente el fraude a la ley penal

Las leyes penales con cláusulas generales reciben un mayor cuestionamiento respecto de su conformidad con el mandato de determinación, en tanto se trata de conceptos bastante generales que requieren de una valoración complementaria por parte del juez en el caso concreto(305). Las cláusulas generales resultan, en principio, poco

(303) En estos casos no se castiga una conducta precisada por una ley complementaria extrapenal, sino el simple hecho de no cumplir con lo establecido por la autoridad administrativa. Similarmente, Oetker, *Gerichtsaal*, 64 (1904), p. 160 y ss.; Neumann, en *Strafrechtliche Abhandlung*, p. 25 y ss.; Warda, *Abgrenzung*, p. 16; Ransiek, *Gesetz*, p. 115; Kühl, *FS-Lackner*, p. 835.

(304) Similarmente, Wilkenbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 35; Ransiek, *Gesetz*, p. 116 y s.

(305) Vid., con mayores detalles, Lenckner, *JuS* 1968, p. 249 y ss.; Haft, *JuS* 1975, p. 479; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 4, n.m. 417 y ss. Una delimitación de las cláusulas generales frente a las leyes penales en blanco y los elementos normativos, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 95 y s., acercándolas más a los elementos normativos.

conciliables con el mandato de determinación[306], por lo que, para evitar el arbitrio judicial, sería siempre más conveniente el empleo de conceptos determinados. Sin embargo, tampoco puede caerse en un sistema de tipificación casuística que impida al juez penal llevar a cabo una administración de justicia material ajustada a las particularidades del caso concreto[307]. En determinados ámbitos, como precisamente sucede en la economía, el legislador requiere de la utilización de cláusulas generales para dar al juez una mayor capacidad de adaptar la realidad a los tipos penales[308]. En este sentido, tendrá que admitirse el recurso a cláusulas generales cuando no existe otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas en estos ámbitos[309]. Esto no significa, sin embargo, admitir tipos penales sin contenido propio, sino que hay que recurrir a conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado y admitir una mayor participación creadora del juez, puesto que no existe otra manera de llevar a cabo una Administración de Justicia ajustable al caso concreto[310]. Por el contrario, el

---

(306) En este sentido, HAMMAN, *Grundgesetz*, p. 48 y ss.; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 182 y s.; FRANCIA ARIAS, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 611. En el ámbito del Derecho penal económico, ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 24.

(307) Vid., así, LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 183; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 13.

(308) En este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 255; NAUCKE, *Über Generalklauseln*, p. 15 y s.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 24; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 61.

(309) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 25; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 41; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 107; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 21. Críticamente, RANSIEK, *Gesetz*, p. 55 y ss., en tanto que con esto no se dan criterios suficientes para precisar cuándo está permitido el uso de conceptos indeterminados en los tipos penales.

(310) En este sentido, LENCKNER, *JuS* 1968, p. 308 y ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 199; EL MISMO, *FS-Dünnebier*, p. 532; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 696; EL MISMO, *Poder económico*, p. 34; EL MISMO, en *Constitución y Derecho penal*, p. 45; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 87. Con cierto escepticismo, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 32. Igualmente, pero con una fundamentación distinta, RANSIEK, *Gesetz*, pp. 68 y ss., 87 y ss.

recurso a cláusulas generales en el ámbito económico no será adecuado si se trata de fijar estándares de respeto en la actividad realizada en determinados sectores económicos (p.e. el respeto al medio ambiente en la actividad de explotación industrial), pues las instancias judiciales carecen de los conocimientos técnicos para su concreción y en cada concreción cualquier autor podría alegar una interpretación personal divergente(311). En estos casos, los estándares deben determinarse inelásticamente, es decir, como permisos individuales precisamente delimitados o como niveles mínimos de validez general(312).

Ejemplos de cláusula general en nuestro Código penal son el artículo 236 del Código penal, que regula la agravante de conmoción o calamidad públicas para los delitos de acaparamiento, especulación y adulteración, y el carácter catastrófico de la contaminación ambiental tipificada en el artículo 305 inciso 2 del Código penal. La intención del legislador penal es ofrecer un elemento de agravación del injusto, en un caso, cuando la necesidad de los consumidores es mucho mayor y, en el otro, cuando las consecuencias de la contaminación ambiental producen un perjuicio colectivo. Obviamente, el legislador podría haber optado por una regulación casuística (guerra, terremoto, maremoto, inundaciones, etc.), pero con ello corre el peligro de dejar vacíos de punibilidad, en tanto puede presentarse otro tipo de circunstancias, naturales o creadas por el hombre, que justifique igualmente la elevación de la pena de las conductas que buscan aprovecharse de los consumidores en situaciones de mayor necesidad pública o perjudican significativamente el medio ambiente.

Un caso muy controvertido de cláusula general, bastante común por cierto en el Derecho penal económico, es aquella que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley penal (*Umgehungsverhalten*)(313). El fraude a la ley no es una figura novedosa,

---

(311) Vid., así, Jakobs, *La ciencia*, p. 134.

(312) Vid., Jakobs, *La ciencia*, p. 134.

(313) Vid., en este sentido, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 134 y s. La otra alternativa sería las llamadas leyes casuísticas que, como lo señala unánimemente la

pues puede encontrarse ya en el jurista romano Paulo una aproximación conceptual a esta forma de actuación (D. 1,3,29: "*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*"(314)). En el ámbito penal, se trata concretamente de la realización de actos que no están descritos de manera específica en la ley penal, pero que van igualmente contra el fin de protección de la norma, por lo que debería castigarse igualmente(315). No obstante, la doctrina penal mayoritaria entiende que castigar esta forma de actuación atentaría contra el principio de legalidad (mandato de determinación y prohibición de analogía), pues otorgaría al juez un poder de configuración de las conductas prohibidas únicamente con base en la *ratio legis* (fin de protección de la norma)(316). Sin embargo, para poder negar o afirmar una infracción al principio de

---

doctrina, poco se ajustan a la finalidad del Derecho penal (sobre las leyes penales casuísticas para la lucha contra el fraude a la ley, vid. STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 48; NIPPOLDT, *Die Strafbarkeit*, p. 196; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 41 y s.).

(314) "Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido" [D'ORS, *Digesto de Justiniano*, I (1968), 1,3,29, p. 57].

(315) Sobre el concepto de fraude a la ley en el Derecho penal, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 14; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 371; BRUNS, *GA* 1986, p. 1 y s.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695; EL MISMO, Voz: "Umgehung", *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; EL MISMO, *Lecciones*, p. 81; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 11.

(316) Vid., así, TIEDEMANN, *NJW* 1980, p. 1558; EL MISMO, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; EL MISMO, *Lecciones*, p. 145; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal*, 1993, Hurtado Pozo (Dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, pp. 98, 141; OTTO, *ZStW* 96 (1986), p. 372; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 61; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 90; RÖCKL, *Das Steuerstrafrecht*, p. 299. En un principio, también la opinión de BRUNS, *JZ* 1956, p. 151, quien, sin embargo, posteriormente (en *GA* 1986, p. 12 y ss.), admite la licitud mediante la perspectiva fáctica de análisis que evita la realización de un proceso analógico. En el mismo sentido, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 56.

legalidad, es necesario hacer previamente algunas consideraciones especiales acerca de las formas de hacer frente al fraude de ley penal.

Siguiendo el planteamiento de Stöckel[317], existen, en principio, dos formas de sancionar las conductas de fraude a la ley en el Derecho penal. La primera se materializaría a través de la inclusión de un instituto jurídico-penal de fraude a la ley en la parte general, el cual permitiría castigar las conductas que, mediante una conducta evasiva del tipo penal, infringen el sentido de la norma. A esta vía se la ha considerado, sin embargo, inconstitucional, pues facultaría al juez a realizar un proceso analógico en cualquier tipo penal de la parte especial[318]. La segunda forma de sanción consiste en la creación de tipos penales especiales que sancionen en determinados ámbitos específicos conductas de fraude a la ley. Si bien con este proceder se cumple formalmente el principio de legalidad al expedirse una ley penal que sanciona las conductas de fraude a la ley, no se excluye un proceso analógico que, en el caso concreto, tiene que llevar a cabo el juez[319]. Si en el tipo penal de la parte especial sólo se indica que se castigan las conductas de fraude a ley penal, entonces también se estará autorizando la utilización de la analogía para fundamentar una sanción penal[320].

Del análisis de las posibles alternativas de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal puede concluirse su incompatibilidad con el principio de legalidad. Sin embargo, el propio Stöckel plantea una tercera vía para sancionar conductas de fraude a la ley, la cual ciertamente no es más que una forma depurada de la segunda vía. Ésta se llevaría a cabo con base en leyes penales de

---

(317) Vid., Stöckel, *Gesetzesumgehung*, pp. 75 y ss., 115 y ss.; El Mismo, *ZRP* 1977, p. 134 y ss. Le sigue también, Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 44 y s.

(318) En este sentido, Bruns, *JZ* 1956, p. 182; Stöckel, *ZRP* 1977, p. 135 y s.; Tiedemann, *Anuario de Derecho penal*, www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; Röckl, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

(319) Vid., similarmente, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 136; Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 117 y s.; Röckl, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

(320) Vid., críticamente, Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 325.

fraude de ley relativamente determinadas, en las que se sigue trabajando con el concepto de fraude a la ley, pero con una especificación de lo que para el delito en concreto se entiende por tal[321]. La especificación requerida puede realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extra-penales que especifiquen tales conductas[322].

La primera forma de regulación de las conductas de fraude a la ley es asumida por el delito de usura del Derecho penal alemán, en el cual se incluye también el cobro de una intermediación de créditos que carga al prestatario con costos más allá de los administrativos, lo que significa obviamente un beneficio injustificado para los prestamistas[323]. En nuestro Derecho penal también existe esta forma de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal, concretamente en el delito contra la propiedad industrial del artículo 222 literal f del Código penal. En este tipo penal no sólo se sanciona penalmente a quien utiliza una marca idéntica a una registrada en el país, sino también a quien utilice una marca similar a la registrada. En estos casos no se afecta, en rigor, el mandato de determinación, pues se especifica la modalidad de conducta fraudulenta sancionada penalmente[324]. Pero hay que precisar que, en la medida que la ley penal contempla expresamente la conducta lesiva, ya no se tratará, en sentido estricto, de una conducta de fraude a la ley penal.

---

(321) En este sentido, TIEDEMANN, Voz: "Umgehung", *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK, *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 152, quien señala que la otra posibilidad sería hacer una revisión anual de las leyes penales con peligro de conductas de fraude a la ley para poder incluir estas conductas en el tipo penal. Crítico frente a la conciliación de esta forma de regular el fraude a la ley con el principio de legalidad, RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 280.

(322) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

(323) Vid., con mayores referencias, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92 y ss.

(324) En este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 371; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 75.

La regulación del fraude a la ley penal mediante una remisión a normas extrapenales resulta ciertamente más discutible, pues la determinación de las conductas fraudulentas no se lleva a cabo en el propio tipo penal, sino en leyes complementarias. Un ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el delito de fraude de subvenciones del Derecho penal alemán, en el que se utiliza un procedimiento de criminalización que sigue los siguientes pasos: se abarca acciones de fraude en el ámbito jurídico-administrativo previo a la norma penal, se prohíbe administrativamente estas acciones, se declaran extra-penalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa(325). Stöckel considera que con esta forma de regulación no tiene lugar en sentido estricto un proceso analógico en el Derecho penal, pues finalmente las leyes administrativas establecen cuáles son las conductas de fraude a la ley prohibidas. Para ello, las leyes administrativas tendrían que determinar suficientemente las conductas infractoras y no utilizar a su vez criterios generales que lleven igualmente a una interpretación analógica(326). Este modelo resulta cuestionable, sin embargo, por el lado de la ley penal en blanco, en tanto puede constituir una infracción al mandato de determinación dejar a la norma administrativa la determinación de las conductas penalmente sancionadas. Para evitar tal reproche, será necesario que la ley penal establezca siquiera los elementos generales de la conducta sancionada y no lleve a cabo una simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de cláusulas generales, de manera que se

(325) Vid., sobre esto, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 135; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 94 y ss.; El Mismo, *Poder económico*, p. 35 y s. Coincidentemente, Bruns, *GA* 1986, p. 24; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 128.

(326) Vid., en este sentido, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 137; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 42; Bruns, *GA* 1986, p. 25. Por esta razón, se muestra crítico Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 402 y ss., ante la opinión de la doctrina que defiende la realización de una defraudación tributaria mediante un fraude a la ley con base en la interpretación del tipo penal respectivo con una norma tributaria que prohíbe en general el abuso de las formas jurídicas para no pagar impuestos.

tratará de un sistema de regulación que utiliza conjuntamente cláusulas de remisión y cláusulas generales. Sólo si se cumplen los requisitos mínimos de determinación exigidos a las cláusulas generales y a las de remisión, respectivamente, podrá justificarse el uso de esta técnica de tipificación de las conductas de fraude a la ley penal.

dd) La prejudicialidad administrativa en los delitos económicos

En el Derecho penal económico se presentan cada vez con mayor frecuencia delitos cuya punibilidad depende de una decisión o valoración administrativa(327). Ejemplo de estos delitos en nuestra legislación penal son los delitos tributarios, los cuales, según el artículo 7 del Decreto Legislativo 813, sólo pueden ser perseguidos si el órgano administrador del tributo ejercita la acción penal(328). A esta forma de regulación jurídica se le cuestiona fundamentalmente hacer depender la decisión sobre el carácter delictivo del hecho a una facultad discrecional administrativa guiada fundamentalmente por criterios de oportunidad(329). No obstante, entienden algunos que con esta dependencia administrativa no se afecta propiamente el carácter delictivo del hecho, sino en todo caso sólo su perseguibilidad(330). La cuestión será, entonces, si se trata simplemente de un tema procesal o, por el contrario, alcanza también al Derecho penal sustantivo.

---

(327) Vid., así respecto del Derecho penal económico alemán, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 272; EL MISMO, *Einführung*, p. 50; BALLBÉ/PADRÓS, *La prejudicialidad*, p. 188 y ss.

(328) Vid., estos supuestos bajo el rótulo de "actuación administrativa previa", ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, pp. 39, 192 y ss.; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 31 y s.

(329) Vid., así las indicaciones de TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 273; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 39; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 32 y s. Sobre la necesidad de que las propuestas y decisiones de la Administración sean revisables por los tribunales, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 30.

(330) Igualmente crítico frente a este parecer, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 274 y s.

No cabe duda que los criterios utilizados, por ejemplo en la regulación de los delitos tributarios, son fundamentalmente procesales: delitos perseguibles a instancia de parte, parte agraviada, etc. Pero hay que reconocer, por otro lado, que se trata de una construcción artificial, pues para poder hablar de un delito privado tendría que admitirse que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es el patrimonio del Estado, algo que en la doctrina penal resulta ampliamente cuestionado. Si se aprecia los delitos tributarios sin la ficción arbitraria creada por el Decreto Legislativo 813, podremos darnos cuenta que el legislador (curiosamente también el Poder Ejecutivo a través de una delegación de facultades) ha otorgado a la Administración la facultad para decidir cuándo un hecho típico merece ser sancionado penalmente. La distribución del poder, que precisamente garantiza constitucionalmente el principio de legalidad, es dejada de lado en estos supuestos[331]. Ante tal situación, no debe sorprender que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (Cons. 2613-03 La Libertad) haya declarado inconstitucional y, por tanto, inaplicable el artículo 9 del Decreto Legislativo 813 que exige el ejercicio de la acción penal por parte del órgano administrador del tributo. «El nuevo Código Procesal Penal ha modificado en esta línea los artículos 7 y 8 del D. Leg. 813 a efectos de devolverle la titularidad de la acción penal al Ministerio Público».

Otro aspecto discutido en la persecución de los delitos económicos lo constituye la exigencia de un informe técnico como requisito de procedibilidad. Si bien no existe una prejudicialidad administrativa plena, el inicio del proceso penal se encuentra condicionado a la evaluación de un informe técnico expedido por la Administración. Ejemplos en los que se materializa esta exigencia procesal son los delitos sometidos al control administrativo del INDECOPI (competencia, propiedad industrial, etc.). En el fondo, estos informes constituyen instrumentos de prueba similares a la pericial que le permiten al juez penal conocer aspectos de la actividad de regulación económi-

(331) Propone por ello no aplicar estas disposiciones con base en el control difuso de la constitucionalidad, Abanto Vásquez, *RPCP* 11, p. 33.

ca, en principio, desconocidos[332]. En este sentido, resulta cuestionable que se hayan configurado procesalmente como requisitos de procedibilidad de la acción penal. No obstante, en una realidad como la peruana, en la que los órganos de persecución penal no están especializados, puede estimarse necesaria la obtención previa de informes técnicos, pues sólo así el juez podrá disponer de datos básicos para decidir si abre o no una investigación penal.

El carácter procesal de requisito de procedibilidad resulta discutible en el caso de la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la LGSF que establece la exigencia de un informe técnico de la SBS para delitos cometidos desde una empresa del sistema financiero y de seguros. En efecto, si se interpreta detenidamente el tenor de esta disposición legal, se puede apreciar que, a diferencia de otros dispositivos procesales penales, no se le impone el deber de requerir el informe al fiscal antes de denunciar, sino a la autoridad competente que conozca de una denuncia penal por los delitos antes mencionados (es decir, el juez penal). Por lo tanto, el informe técnico no constituye propiamente una condición de procedibilidad[333], sino un elemento probatorio que el juez debe tener en cuenta antes de resolver, bajo responsabilidad. Este dispositivo establece una obligación del juez que se sanciona en caso de incumplimiento, pero no un requisito de procedibilidad que anule todo lo actuado en caso de no cumplirse.

---

[332] Pone, sin embargo, en evidencia que muchas veces estos informes se inmiscuyen consciente o inconscientemente en ámbitos normativos, BOIX REIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 126.

[333] Lo considera un requisito de procedibilidad, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 369.

Segunda Parte
LA LEY PENAL ECONÓMICA

Capítulo IV
LOS CRITERIOS DE CREACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Para poder sancionar las conductas defraudatorias en el ámbito de la economía, el principio de legalidad exige la presencia de una ley previa que precise no sólo la conducta prohibida, sino también la pena a imponerse. Sin embargo, la incriminación de una conducta no se justifica simplemente con la expedición formal de una ley penal, sino que resulta necesario seguir un proceso ordenado para la adecuada configuración de las leyes penales. El estudio de este proceso ha comenzado a sistematizarse en la actualidad bajo la denominación de teoría de la legislación[1], aunque, cabe precisar, que no se trata de una pretensión novedosa, sino que ya en el plan de legislación criminal de MARAT, por ejemplo, se puede apreciar la necesidad de que las leyes penales se orienten al bien general y que perezcan las leyes arbitrarias que apunten a la felicidad de algunos individuos[2]. Si bien la labor del legislador tiene un alto contenido político, no se puede abandonar al acaso y la arbitrariedad.

---

(1) Vid., con mayor detalle, KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, p. 54 y ss.

(2) Vid., MARAT, *Plan de legislación criminal*, passim (espec. p. 66 y s.).

En el presente capítulo, no pretendemos entrar en los diversos temas particulares que podría englobar la llamada teoría de la legislación, sino limitarnos a los aspectos que fundamentan la decisión del legislador de acudir al Derecho penal para solventar determinados problemas en el ámbito de la economía. Estos aspectos se circunscriben fundamentalmente a dos cuestiones. Por un lado, hay que tener en cuenta la cuestión de los criterios de legitimación de la intervención del Derecho penal, de manera que no se incrimine simplemente cualquier hecho que le resulte, por las razones que sea, incómodo a los gobernantes[3]. Por el otro, el legislador penal debe considerar también un criterio de necesidad de la protección, en tanto se trata de un ámbito sujeto a la prudencia política. Se trata concretamente de tener en cuenta en la actividad legislativa los aspectos derivados del llamado principio de mínima intervención en el Derecho penal[4]. Como puede verse, la decisión de dar una protección penal en el ámbito de la economía debe considerar aspectos de merecimiento y necesidad de tal protección[5]. Se trata de dos aspectos que aparecen indisolublemente ligados en la decisión del legislador de criminalizar un hecho perturbador de carácter económico[6].

---

(3) En este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 50.

(4) Similarmente, referido a la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 136.

(5) Los criterios de merecimiento y necesidad no los presentamos como categorías dogmáticas posteriores a la creación de la ley penal, en el sentido de merecimiento y necesidad de pena. Vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *GS-Radbruch*, p. 268 y ss.; LANGE, *Das Sonderverbrechen*, p. 327 y ss. Críticamente VOLK, *ZStW* 97 (1985), p. 876 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 34 y ss. El merecimiento y necesidad son aspectos que entran en juego en el ámbito de la teoría de la legislación, esto es, en la cuestión de si es legítimo y necesario sancionar penalmente determinado tipo de conducta. Vid., en este sentido, VOLK, *JZ* 1982, p. 88; EL MISMO, *ZStW* 97 (1985), p. 898; ROMANO, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 139 y ss. Por el contrario, los llamados criterios de merecimiento o necesidad de pena constituyen aspectos que, en todo caso, son absorbidos por las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (en este sentido, ROXIN, *op. cit.*, § 23, n.m. 35).

(6) Vid., así, ROMANO, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 141.

II. MERECIMIENTO DE PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA

El primer paso en la labor de criminalización de una conducta consiste en determinar las estructuras de expectativas normativas de conducta en el sistema económico. Para llevar a cabo esta labor, debe recurrirse, en primer lugar, a las normas constitucionales que establecen la llamada constitución económica, es decir, los rasgos esenciales del sistema económico puesto al servicio de la persona. No obstante, la determinación del orden normativo en la economía no se limita a las normas constitucionales, sino que debe tener en cuenta también las concretas normas jurídicas extrapenales que regulan los diversos aspectos de la economía en consonancia con la constitución económica. En este contexto normativo, el legislador tiene que identificar los rasgos generales de las conductas defraudatorias de estas expectativas sociales en el sistema económico. Para este trabajo de identificación, el legislador debe recurrir a estudios empíricos, sociológicos e incluso a la opinión pública[7], pues sólo así podrá precisar adecuadamente los tipos de conducta que desestabilizan el orden social en la economía. El arte de la legislación consiste precisamente en poder plasmar en la ley de forma abstracta y general el universo de las defraudaciones semejantes de expectativas que afectan el orden económico[8].

Ahora bien, la fijación de las conductas defraudatorias del orden social en la economía no es suficiente para justificar una intervención del Derecho penal, puesto que con sanciones penales sólo puede castigarse las formas de conducta más graves, esto es, aquellas que afectan la identidad normativa esencial de la sociedad en la

---

(7) En este sentido, OTTO, *GS-Schröder*, p. 55. Hace referencia a la necesidad de utilizar reglas técnicas, PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 98 y s.

(8) Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, p. 56: "El legislador reúne un grupo de actuaciones fácticas vitales que, desde un punto de vista contemplado como esencial (por ejemplo unos intereses específicos o la lesión contra determinado bien jurídico), se evidencian semejantes para la formulación conceptual de una norma jurídica y por eso ordena una consecuencia jurídica".

economía[9]. El carácter esencial de la identidad normativa de la sociedad lo ofrece el hecho de constituir condiciones indispensables para el desarrollo de la persona en la economía. La gravedad de la defraudación o cuestionamiento de la identidad normativa de la sociedad se determina socialmente por la posibilidad de erosionar significativamente la confianza en el orden normativo de la economía. Por lo tanto, solamente merece represión penal los cuestionamientos significativos de la vigencia de expectativas de conductas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad.

Como puede deducirse de lo antes dicho, para poder imponer una pena no basta únicamente recurrir a criterios de necesidad[10], sino que siempre se requiere entrar en cuestiones de legitimidad, de merecimiento de pena. La simple necesidad de restabilizar el orden normativo no resulta suficiente para justificar una intervención penal, sino que es necesario determinar si se trata de una expectativa de conducta derivada de la identidad normativa *esencial* de la sociedad[11].

---

(9) Similarmente, pero con base en el concepto de bien jurídico, OTTO, *GS-Schröder*, p. 55. Específicamente para el Derecho penal económico, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 360, intenta encontrar el criterio de merecimiento de pena en la lesión material de algo patrimonial que ciertamente no sólo es la disminución de la masa patrimonial global, sino también las que afectan las posibilidades de ganancia o beneficio económico de otros sujetos. Similarmente, NAGEL, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 103; GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 286 y ss.; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal*, p. 54 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 59.

(10) Una exposición crítica al pensamiento de Jakobs basado solamente en el criterio de la necesidad, VOLK, *ZStW* 97 (1985), p. 893 y s. Críticamente frente al merecimiento de pena, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 170.

(11) Esta relación de las infracciones más graves de expectativas de conducta con el medio de reacción social más grave, constituye para algunos una manifestación del principio de proporcionalidad [vid., en este sentido, HAMANN, *Grundgesetz*, p. 28; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 143 y s.: "entre el medio utilizado y el fin perseguido debe existir una relación proporcional" (p. 144)]. Lo que habrá que determinar será el criterio de referencia de la proporcionalidad, la cual no puede ser de carácter absoluto, sino relativo, es decir, dependiente del contexto histórico de cada sociedad (vid., esta idea, en MIR PUIG, *Introducción*, p. 158; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 260).

De esta forma, el carácter esencial de la identidad normativa de la sociedad en la economía suministra el criterio de legitimidad para recurrir al Derecho penal en la regulación de este sector. Como ya se ha indicado, por esencial debe entenderse la identidad normativa de la sociedad que busca asegurar las condiciones indispensables para el desarrollo de la persona en la economía.

Para ilustrar las ideas brevemente esbozadas, utilicemos un ejemplo: por más necesario que pueda ser para el orden en el sistema de recaudación del Estado evitar la no expedición de comprobantes de pago, esta conducta no constituye una defraudación de una expectativa normativa de conducta derivada de la identidad esencial de la sociedad actual (una sociedad que contribuye solidariamente a financiar la actividad de fomento social del Estado). Se trata simplemente de una cuestión de orden del sistema de recaudación que no afecta por sí misma la contribución al fisco y que no defrauda el aspecto esencial de la contribución solidaria a la generación de recursos para atender a los sectores menos favorecidos. En este sentido, no podría sancionarse penalmente el simple hecho de no extender un comprobante de pago. Sólo en tanto con ello se produzca una defraudación tributaria que afecte directamente la recaudación del Estado, podríamos encontrar la legitimación para castigarla penalmente. Pero ya no se trataría de una simple infracción de orden, sino de una defraudación tributaria que constituye un aspecto esencial del sistema económico que requiere ser protegido penalmente.

III. NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA

El que una conducta constituya una forma de conducta que defrauda expectativas normativas esenciales en la economía, es una condición necesaria pero no suficiente para llevar a cabo su regulación penal[12]. Ya que nos movemos en ámbitos de política criminal, debe también tenerse en cuenta criterios de prudencia política, en el sentido de valoración de los medios generales de los que se dispone y la manera de integrarlos coherentemente en una lucha contra la

(12) Vid., en este sentido, para el Derecho penal económico, Volk, *JZ* 1982, p. 88.

criminalidad[13]. Si bien esta actividad política es propiamente ajena al Derecho penal en sí, y por tanto extraña a sus criterios normativos, no puede pretenderse un aislamiento del Derecho penal o una visión reducida a sus efectos. El Derecho penal no permanece cerrado, sino que se abre también a su entorno, por lo cual debe considerar los aspectos externos que determinan su configuración.

La actuación política funciona con criterios esencialmente utilitaristas y esto se refleja en el ámbito específico de la criminalización de conductas[14]. Si el sistema social contiene un conjunto de mecanismos para salir al frente suficientemente ante la defraudación de reglas de convivencia, e incluso dentro del sistema jurídico existen diversos ordenamientos específicos que con sus propias particularidades contribuyen también al mantenimiento normativo de las expectativas de conducta esenciales, resulta indicado hacer una valoración global de los mecanismos de protección y determinar, en función de ello, si es necesario recurrir al Derecho penal para mantener la vigencia de expectativas esenciales[15]. Esto es lo que se conoce como el carácter de *última ratio* del Derecho penal[16], según el cual el legislador tendría que renunciar al Derecho penal si la protección de los bienes jurídicos se puede realizar de forma satisfactoria por otros sistemas de control social u otros ámbitos jurídicos menos gravosos[17].

---

(13) Vid., similarmente, OTTO, *GS-Schröder*, p. 56 y s.

(14) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246 y ss.

(15) Similarmente, HEINZ, *GA* 1977, p. 198; TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C33; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 361; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 379 y s.; RANSIEK, *Gesetz*, p. 47 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 77; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 25 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 77 y ss.; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 77 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 66.

(16) Hay que recordar, sin embargo, que cuando Binding formuló esta característica no lo hizo como un límite al Derecho penal, sino como una queja a su carácter limitado (vid., en este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 53; PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 428 y s.).

(17) Vid., como expresión del principio de subsidiariedad, KAUFMANN, Arthur, *FS-Henkel*, p. 103; ROXIN, *JuS* 1966, p. 382. Como manifestación externa del

No obstante, quisiéramos precisar mejor la idea de la subsidiariedad. No se trata, en nuestra opinión, de una defraudación de expectativas esenciales que se pueda solventar mediante mecanismos extrajurídicos o extrapenales, sino de supuestos en los que la utilización de estos mecanismos impiden o atenúan sustancialmente la defraudación normativa y, por tanto, hacen innecesaria la intervención del Derecho penal.

Otro ejemplo para ilustrar nuestras afirmaciones: no cabe duda que el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales constituye un aspecto esencial del tráfico económico-patrimonial de nuestra sociedad(18), de manera que el incumplimiento de una deuda afecta la configuración de nuestra sociedad como una sociedad basada en una economía de créditos. Sin embargo, la defraudación de la expectativa del cumplimiento de una deuda se estabiliza perfectamente por medio de mecanismos extrajurídicos (prestigio comercial, negativa de nuevos créditos) y extrapenales (embargo, indemnización civil, etc.)(19), por lo que recurrir al Derecho penal ante el simple incumplimiento de una deuda no resulta políticamente conveniente(20).

---

principio de mínima intervención, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 247. Específicamente para el Derecho penal económico, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 362; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 5, quien precisa además que el carácter gravoso de la reacción penal debe determinarse desde una perspectiva colectiva y no desde la perspectiva de un autor en concreto.

(18) En este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 283, pero critica la visión funcionalista de Jakobs que puede justificar la sanción penal del incumplimiento contractual. No es una cuestión de falta de necesidad lo que hace que estas conductas sean penalmente irrelevantes, sino la configuración del Derecho penal como protector de la convivencia en libertad.

(19) JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 3, n.m. 26, sostiene, sin embargo, que muchos supuestos que están incluidos en el principio de subsidiariedad, en realidad se trata de casos en los que la norma ha sido dejada de lado por el desarrollo social: falta ya la defraudación o se ha disminuido.

(20) En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Superior de Lima, Exp. 5635-97-A de 17 de junio de 1998 [*Revista peruana de jurisprudencia*, 7 (2001), p. 121 y s.].

Un aspecto general de la necesidad de pena en el Derecho penal económico que quisiéramos abordar brevemente, está referida a la ponderación política de los mecanismos de reacción. Esta ponderación no se presenta tan pacífica, pues mientras un sector de la doctrina afirma que la regulación intervencionista de la Administración puede resultar más gravosa para los agentes económicos que el propio Derecho penal[21], otro sector sostiene que estas consideraciones empíricas no pueden desestimar el carácter normativo más gravoso de las sanciones penales[22]. Consideramos que la solución a este debate debe partir de la idea que nos movemos en un ámbito político en el que no tiene que asumirse necesariamente los contenidos normativos, sino que se decide con base en criterios económicos, empíricos si se quiere. En este sentido, puede que la introducción del Derecho penal resulte políticamente más conveniente para la economía que todo un sistema intervencionista administrativo, lo cual, sin embargo, no significa que al interior del Derecho penal se admita esa comparación empírica (así, por ejemplo, para resolver las situaciones de *bis in idem*). Desde el punto de vista del sistema jurídico, el Derecho penal constituye el medio más grave de reacción y, por ello, asume la prestación más elemental al sistema.

---

(21) Así, TIEDEMANN, *FS-Stree/Wessels*, p. 530 y s.; ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 6. Similarmente, PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 78 y s.

(22) En este sentido, VOLK, *JZ* 1982, p. 88; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 121.

Capítulo V
LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Podría parecer una contradicción haber señalado que quien finalmente determina si una conducta concreta ha defraudado una determinada expectativa normativa es el juez, y ahora referirnos aquí a una "aplicación" de la ley penal económica. Está claro que en sentido estricto la ley penal no se aplica de manera mecánica, sino que es necesaria, para su aplicación en el caso concreto, una labor de concreción o interpretación por parte del juez. Pero como también lo hemos mencionado al abordar el tema del principio de legalidad, existen ciertos criterios de decisión preestablecidos que deben ser observados por el juez obligatoriamente en el proceso de concreción judicial y que de alguna manera nos permite hablar de una cierta "aplicación" de la ley penal. En este ámbito de la llamada aplicación de la ley penal se encuentran aquellos aspectos referidos al aspecto temporal, espacial y personal de la ley penal. En esta exposición vamos a ocuparnos fundamentalmente de los dos primeros, pues la significación del aspecto personal de la ley penal es apenas relevante en el actual Derecho penal económico peruano.

II. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL TIEMPO: EL DERECHO PENAL INTERTEMPORAL

1. Cuestiones generales

Las leyes penales no tienen vocación de eternidad, por lo cual resulta lógico que con el transcurso de tiempo resulten derogadas o modificadas. La situación ideal en cuanto a la aplicación temporal de la ley penal, sería que la regulación jurídica vigente al momento de la realización del hecho termine siendo la misma que la vigente al momento de la imposición de la condena[1]. En este supuesto no habría más que una regulación jurídico-penal al momento de juzgar el hecho e imponer, si corresponde, la sanción penal prevista en la ley. Por el contrario, si entre el momento del hecho y el de la condena ha tenido lugar una modificación de la regulación jurídica[2], se presenta una situación de conflicto de leyes que según la legislación actual tendría que resolverse con la regla general de la prohibición de la retroactividad, salvo que se trate de una ley posterior más favorable al reo (artículo 6 primer párrafo del Código penal)[3].

---

(1) Vid., así, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 4. No obstante, esto no constituye un supuesto libre de modificaciones posteriores, pues el Código penal en su artículo 7 establece que en caso de despenalización de determinados delitos ha de procederse a la liberación de las personas ya condenadas por los mismos. Esta regulación tiene, como veremos a continuación, ciertos efectos importantes en la comprensión de la aplicación de la ley penal en el tiempo.

(2) Resulta importante determinar cuándo efectivamente ha existido una modificación de la regulación jurídica y en qué sentido (derogación, modificación parcial, modificación total). Puede suceder que una sucesión de leyes no necesariamente signifique la derogación o modificación de la ley anterior, como lo defiende, por ejemplo, ABANTO, César, *RPCP* 11, p. 77 y ss., respecto del delito de apropiación de las aportaciones al SNP en relación con el Código penal de 1991 y la regulación especial de los delitos tributarios.

(3) Una cuestión importante es determinar a qué aspectos de la modificación legal alcanza el beneficio de la ley más benigna; esto es, si abarca el Derecho penal o también el Derecho procesal penal (sobre esto ya se pronunció restrictivamente el Tribunal Constitucional mediante sentencia 1300-2002-HC/TC del 27/09/03 en el fundamento jurídico 9), si incluye tanto la parte especial como la parte general, el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas, los presu-

A pesar de que la doctrina penal se centra en las cuestiones de la prohibición de retroactividad y el mandato de la ley más favorable al reo al abordar el tema de la ley penal en el tiempo, resulta acertado el parecer de algunos autores que sostienen que la problemática no se agota en los aspectos mencionados[4]. La prohibición de retroactividad, como expresión del principio de legalidad[5], constituye sin duda un límite formal a la actividad jurisdiccional respecto de la aplicación temporal de la ley penal, pero resulta necesario poner una atención mayor a la relación existente entre el hecho delictivo y la imposición de la condena como actos con sentido comunicativo en la sociedad[6]. Para poder alcanzar una visión general de la aplicación de la ley penal en el tiempo, es indispensable ubicarla en el contexto normativo de la función del Derecho penal.

Desde la perspectiva de la prevención general resulta claro que la ley penal debe ser previa al delito cometido, pues si la ley penal no existe al momento del hecho, no podría generar un efecto preventivo-general[7]. Como la ley penal establece las consecuencias

---

puestos de punibilidad, etc. Sobre esto vid., extensamente, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 272 y ss.

(4) Vid., en este sentido, Schroeder, *FS-Bockelmann*, p. 785 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 48; Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 1.

(5) La prohibición de retroactividad como derivado del principio de legalidad, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 1; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 51; Grünwald, *ZStW* 76 (1964), p. 16 y s.; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 24; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 249. Algunos lo consideran incluso parte del mandato de determinación, Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 6; Ransiek, *Gesetz*, p. 8; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 14.

(6) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 50.

(7) Así, esto puede decirse de la formulación de Feuerbach, *Lehrbuch*, § 19, en el sentido que "la imposición de una pena presupone una ley penal". Actualmente, defienden una visión preventivo general como fundamento jurídico-penal de la ley penal en el tiempo, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 1; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 24; Haffke, *Das Rückwirkungsverbot*, p. 71; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 19; Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 6; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 259; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*,

negativas que una actuación contraria al Derecho produciría, resulta también consecuente con este punto de partida sancionar al infractor con la ley penal vigente al momento del hecho[8], la cual es la que efectivamente ha tenido en cuenta el autor (psicológica o normativamente) para advertir las consecuencias de su actuación[9]. La condena con la ley vigente al momento de la expedición de la sentencia o en una etapa intermedia, no tendría fundamento legitimante desde una perspectiva preventiva, pues el efecto intimidatorio (o el diálogo racional con la norma) sólo podría haber tenido lugar con la ley vigente al momento del hecho. Si se condena con ley distinta a la vigente al momento del hecho, se hará con base en una ficción, pues la ley posterior no ha generado, ni ha podido generar, efecto motivatorio alguno.

Resulta evidente que para saber cuál es la ley vigente al momento del hecho hay que precisar qué se entiende por el "momento del hecho".

---

p. 698; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 136; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, PG, I, p. 514 y s.; BLANCO LOZANO, *CPC* 71 (2000), p. 285; BRAMONT-ARIAS TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 313. Ven en esta interpretación la referencia a la norma primaria, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 786; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 24.

(8) RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 6; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 225. Por su parte, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 2, que defiende una interpretación preventiva, sostiene que ciertamente no se trata de una aplicación retroactiva propia sino impropia, pues definitivamente el Derecho vigente al momento de la sentencia debe permitir la aplicación retroactiva. De esta manera, Eser pretende salir al frente ante las críticas que se le hacen a esta perspectiva con base en el principio de que la ley posterior deroga la anterior.

(9) Si la pena confirma la seriedad de la amenaza penal tendrá que corresponderse con aquella que efectivamente ha procurado un efecto preventivo-general. En este sentido, esta comprensión del Derecho penal presenta la pena como consecuencia jurídica del hecho realizado que debe establecerse mediante una declaración judicial. La crítica a esta interpretación de la aplicación temporal de la ley penal, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apto 4, n.m. 49, en el sentido de ver el delito y la pena como una secuencia *eo ipso* y no como actos comunicativos. Igualmente considera incorrecta esta fundamentación, HASSEMER, *Einführung*, p. 259, aunque no precisa exactamente por qué.

El Código penal peruano en su artículo 9 sigue a su similar alemán en este sentido y precisa que el momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca[10]. Esta determinación no está ajena, sin embargo, a la presencia de supuestos problemáticos, como sucede en los casos de modificación de la ley penal entre el inicio y la finalización de la acción u omisión del hecho delictivo (instantáneo, continuado, permanente, etc.)[11]. Evidentemente que la estructuración de cada tipo penal constituirá un criterio decisivo para determinar el momento de comisión del delito y, por tanto, la ley penal aplicable.

Con la comprensión preventivo-general de la aplicación temporal de la ley penal no se presentan mayores problemas para rechazar la aplicación de una ley penal posterior más grave, pues constituye una infracción de la prohibición de retroactividad. Los supuestos problemáticos son, más bien, aquellos en los que la ley penal posterior resulta más favorable al reo. Para poder justificar una aplicación retroactiva excepcional de la ley penal más favorable para el reo, los autores que defienden una visión preventiva del Derecho penal recurren fundamentalmente a razones de carácter político-criminal[12] o un traslado de la cuestión a la llamada norma secundaria

---

(10) Vid., en el Derecho penal peruano, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 234; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 9, p. 337. Respecto del Derecho penal alemán, vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 52; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 53. Respecto del Derecho español, Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 146 y s.

(11) Vid., sobre estos supuestos, con mayores referencias, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 393 y ss.; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 375.

(12) En este sentido, concretamente, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 62: "si el legislador al momento de la condena considera una conducta menos o en lo absoluto merecedora de pena, no tendría sentido político-criminal condenar al autor según un parecer ya abandonado". Similarmente, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 16; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal*, PG, p. 195 y s.; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 699; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 7, n.m. 802; Bramont-Arias

dirigida al juez[13]. Ya no es una razón derivada de la motivación la que permite recurrir a la norma posterior más favorable, sino otros criterios político-criminales de decisión impuestos al juez. Pero aun cuando se pueda justificar con esta argumentación la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable, ésta no alcanza ciertamente a la ley penal intermedia más favorable, pues se trata de una ley que ni fundamenta una relación de motivación ni se encuentra

---

TORRES, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 314; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 364; LASCURAÍN SÁNCHEZ, www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de septiembre 2002]; EL MISMO, *Sobre la retroactividad*, p. 31 y ss., quien recurre al principio de proporcionalidad. Considera esta fundamentación insuficiente, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 21.

(13) En este sentido, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 786, quien considera la norma secundaria para sustentar que al momento de la sentencia rige la ley vigente y la norma primaria para permitir sólo una aplicación de la ley a hechos futuros. Similarmente, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 19 y s.; TIEDEMANN, voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2, utilizando los conceptos de norma de comportamiento y norma de sanción. Un mayor desarrollo de esta fundamentación en DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 229 y ss., quien busca también explicar las normas del Código penal que regulan la validez temporal de la ley penal como una cuestión de la norma secundaria (dirigida al juez), pues sabe que la prohibición de retroactividad y el mandato de aplicación de la ley penal más favorable no se pueden explicar desde la norma primaria. Para Dannecker, la regulación penal que establece la aplicación de la ley favorable no constituye una regla de validez (que sigue el principio de que la ley posterior deroga la anterior), sino una regla de aplicación judicial (*Rechtsanwendung*) que se dirige a los jueces y no a los ciudadanos. Su fundamento constitucional (de Derecho público) se encuentra en la protección de la libertad ciudadana como derecho fundamental (p. 253 y ss.), mientras que jurídico-penalmente acepta como fundamento una visión preventivo-general del Derecho penal (p. 267). Para fundamentar el mandato de aplicación de la ley penal más favorable (retroactiva), Dannecker (p. 409 y ss.) recurre al principio de proporcionalidad y a los fines de la pena (merecimiento y necesidad de pena) que el juez debe observar. Estas ideas para fundamentar la aplicación de la ley más favorable, anteriormente, en TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 195. Utiliza también la diferenciación de validez y aplicación de las normas jurídicas, BERGMANN, *NJW* 1986, p. 233 y s.

vigente al momento de la decisión del juez[14]. Ante esta situación, se levanta la sospecha de si realmente no se está disfrazando con un ropaje político-criminal lo que en realidad no puede explicarse desde posturas preventivo-generales, es decir, si lo que en realidad sucede en estos casos es que la función de la pena se corresponde más con la ley al momento de la condena que con la ley vigente al momento del hecho.

Desde la perspectiva restabilizadora del Derecho penal se parte también del hecho de que efectivamente el principio de legalidad, como mecanismo constitucional de protección del ciudadano ante el abuso de poder, se manifiesta en el Derecho penal mediante la prohibición de condenar sin una ley previa que tipifique la conducta delictiva[15]. El artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución

---

(14) Respecto de la ley intermedia Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 63, entiende que también le alcanza el mandato de aplicación de la ley penal más favorable, aunque fundamenta este parecer en el mandato legal y no en una fundamentación preventiva o político-criminal (en cualquier caso, en una especie de derecho adquirido durante la vigencia de la ley penal intermedia más favorable). Igualmente acepta la aplicación de leyes intermedias favorables, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 29; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 23; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 6; Blanco Lozano, *CPC* 71 (2000), p. 292 y s; Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318. Una fundamentación convincente procura alcanzar Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 432 y s., desde la perspectiva de la reconocibilidad objetiva del ciudadano de la ley penal, pero cuando enfrenta su solución al principio de igualdad, deja el problema sin responder (p. 433). Precisamente ya Berner, *Wirkungskreis*, p. 55, se mostraba con base en estas ideas contrario a la aplicación de la ley intermedia más favorable por constituir una iniquidad. En razones no científicos, sino en sentimientos humanitarios, se apoyaba, Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 157.

(15) Vid., similarmente, Grünwald, *ZStW* 76 (1964), p. 17; Lehmen, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 156 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 51; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apto 4, n.m. 10; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 24, aunque crítico frente al planteamiento de Grünwald (nota 87). Entienden la prohibición de retroactividad como una delimitación objetiva interna del poder penal del Estado, Arndt, *JZ* 1965, p. 147 y s.; Schreiber, *ZStW* 80 (1968), p. 364.

Política, así como el artículo II del Título Preliminar del Código penal, señalan expresamente que la tipificación de la conducta y la pena debe ser previa, de manera que la ley que se aplique al autor sea la vigente al momento del hecho. Sólo en tanto se trate de una ley posterior más favorable, se permite una aplicación retroactiva. Este mandato constitucional tiene que ser respetado por el Derecho penal, aunque no por ello debe admitirse también la fundamentación ofrecida por la función de motivación. La regulación jurídica de la ley penal en el tiempo debe encontrar su propia lógica en la función de restabilización atribuida al Derecho penal.

En una concepción del Derecho penal como mecanismo de restabilización, la ley penal adecuada para la imposición de una pena no es la que se encuentra vigente al momento de cometer el delito, sino la que se encuentra vigente al momento de la condena por el delito[16]. Como ya se ha indicado en el capítulo anterior, entre el delito y la pena existe una relación comunicativa en el sentido de que la pena reafirma la vigencia de una expectativa normativa defraudada por el delito. Por esta razón, sólo al momento de condenar es necesario determinar si la expectativa se encuentra aún defraudada y si se requiere, por tanto, de una restabilización normativa[17]. Para exigir tal restabilización es necesario que la expectativa tenga todavía efectiva vigencia en la sociedad como parte de su identidad normativa esencial, pues de lo contrario la imposición de la pena se convertirá en un acto vacío de contenido. Desde esta perspectiva se

(16) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 50. Igualmente, como criterio de aplicación judicial, pero manteniendo una visión preventiva (por ejemplo, con el llamado criterio de la previsibilidad) TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 197; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 13 y ss.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 229 y ss.

(17) En este sentido JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 50, señala que no basta que en el pasado la amenaza penal esté contemplada en la ley, sino que debe requerirse que esa amenaza se materialice. Fundamental, en este sentido, es que los casos antiguos (*Altfälle*) continúen siendo un conflicto social en la nueva regulación jurídica, en el sentido de una continuidad del injusto (vid., similarmente, pero desde otro punto de partida, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 204 y ss.; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 19).

encontraría completamente justificada la aplicación retroactiva de la ley penal favorable o la absolución en caso de la derogación de la ley penal vigente al momento del hecho delictivo[18]. No obstante, hay que reconocer que con sólo este criterio de explicación, se justificaría al parecer también la aplicación de una ley penal posterior desfavorable y la desestimación de una ley penal intermedia favorable.

Si se recurre al mandato constitucional de prohibición de retroactividad para evitar la aplicación de la ley posterior desfavorable, se proporcionaría una solución sólo parcial y externa al sistema penal[19]. Para dar un criterio de ordenación del propio Derecho penal, hay que encuadrar el mandato de aplicación de ley más favorable dentro de la función de reestabilización del Derecho penal. En este sentido, conviene recordar nuevamente que el Derecho penal mantiene ciertas expectativas normativas fundamentales también en el propio proceso de restabilización de una expectativa defraudada. La imposición de una pena con la finalidad de restablecer suficientemente la vigencia de una expectativa defraudada, no puede olvidar que el sujeto de sanción es una persona que no debe salir perjudicada por una variación de los criterios de valoración social[20]. La utilidad social no puede pasar por encima de la persona y desconocer que el Derecho penal sirve finalmente para que ésta pueda orientarse en la sociedad[21]. El admitir una posible valoración posterior más

---

(18) Vid., en este sentido, con base en un fundamento material: evitar las penas innecesarias, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 51.

(19) Vid., de la misma opinión, Sommer, *Das "mildeste Gesetz"*, p. 49.

(20) De manera similar, en el sentido de la garantía de objetividad que ofrece la vinculación a la ley, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apto 4, n.m. 48.

(21) Vid., en este sentido, como respeto a la libertad ciudadana, Berner, *Wirkungskreis*, p. 50, en el sentido de que el ciudadano pueda actuar sin temor al futuro. De manera similar, pero desde una función preventiva del Derecho penal, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 195; El Mismo, *FS-Peters*, p. 204; El Mismo/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 17; Hassemer, *NK* § 1, n.m. 46; El Mismo, *Einführung*, p. 259; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 259, en tanto fundamentan la prohibición de retroactividad con base en la

grave del hecho (con la correspondiente mayor penalidad) afectaría gravemente el modelo de orientación del sujeto, en el sentido de la estabilidad de las estructuras con las que efectivamente se orienta. Si una persona debe considerar en cada actuación la posibilidad de un cambio futuro de valoración de la sociedad, la seguridad del modelo de orientación resultaría afectado considerablemente de manera que se convertiría en poco confiable[22]. La necesidad de restabilización del sistema no puede afectar su propia funcionalidad para el desarrollo de las personas.

En cuanto al Derecho positivo, cabe señalar que el artículo 6 del Código penal reconoce la prohibición de retroactividad como regla general[23], lo que parecería contradecir la fundamentación que hasta ahora le hemos dado a la aplicación de la ley penal en el tiempo. La interpretación correcta debería llevar, por el contrario, a invertir esta relación en el sentido de aceptar la aplicación de la ley posterior (incluida la ley intermedia), siempre y cuando no sea más grave que la vigente al momento del hecho[24]. Esta apreciación de las reglas temporales de la ley penal puede también encontrar algún sustento en el artículo 7 del Código penal que permite la liberación del condenado en caso de leyes posteriores que despenalizan el delito por el que se le ha condenado. Tal regulación jurídica sólo podría justificarse con el entendimiento de la pena como mecanismo de restabilización de expectativas de conducta defraudadas, pues la ejecución de la pena no confirma la seriedad de la amenaza sino la necesidad de devolver la vigencia a una expectativa social defraudada.

---

necesidad de que las leyes penales permitan la reconocibilidad del ciudadano de lo que es ajustado a derecho (protección de la confianza).

(22) LARENZ, *Derecho justo*, p. 91, reconoce como expresión del principio de confianza en el Derecho público el tema de la retroactividad de la ley.

(23) Vid., igualmente para el Derecho penal alemán, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 52; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 23. De otra opinión, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 226, quien considera que se trata, mas bien, de una excepción a la regla de que la ley posterior deroga a la anterior.

(24) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 52.

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico

A. La determinación de la ley más favorable en el Derecho penal económico

a. La sucesión de leyes penales: la continuidad del injusto

Ya hemos dicho que si la ley vigente al momento del hecho y la ley vigente al momento de la sentencia son totalmente idénticas, no se presentará ningún problema de aplicación de la ley penal al momento de decidir[25]. Los conflictos temporales aparecen cuando la ley penal vigente al momento del hecho pierde identidad respecto de la ley vigente al momento de la sentencia. Esta pérdida de identidad puede tener lugar por una derogación de la ley vigente al momento del hecho o por una modificación de la misma. Sin embargo, esta afirmación resulta cuestionada si se entiende que, conforme a un parecer extendido, toda modificación de una ley significa en definitiva su derogación y su sustitución por una nueva regulación en la que pueden mantenerse algunos aspectos ya contenidos en la ley anterior[26]. En este sentido, y en virtud de la prohibición de retroactividad desfavorable para el reo (artículo 7 del Código penal), también ante una modificación de la ley penal sería indicado absolver al autor del delito cometido durante la vigencia de la ley modificada, pues esta ley ya no se encontraría vigente[27]. Toda modificación de una ley penal llevaría al resultado intolerable de tener que absolver a todos los que han cometido delitos con la vigencia de la ley penal modificada.

Para hacer frente al problema mencionado de la vigencia temporal de la ley penal, la jurisprudencia y doctrina alemanas han recurrido al concepto de continuidad del injusto (*Unrechtskonti-*

---

(25) En este sentido, Schroeder, *FS-Bockelmann*, p. 796 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 68; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 32; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 26 y s.

(26) Vid., en sentido, Tiedemann, *FS-Peters*, p. 202.

(27) Vid., así el desarrollo lógico que hace Tiedemann, *FS-Peters*, p. 203; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 27.

nuität)[28]. Mediante tal criterio de valoración se afirma la existencia de cierta continuidad del injusto en las leyes que se suceden en el tiempo, de manera tal que pueda fundamentarse, pese a todo, una condena con la nueva ley penal, respetando ciertamente el principio de la ley penal más favorable[29]. Si esta continuidad no tiene lugar, entonces los casos antiguos dejarán de ser punibles[30].

Para poder afirmar una continuidad del injusto resulta necesario precisar los criterios de determinación de tal continuidad[31]. La jurisprudencia y doctrina alemanas antiguas interpretaron el requisito de la continuidad del injusto de una manera amplia, en el sentido de que para sancionar la conducta juzgada bastaba el hecho de que en la ley antigua y en la nueva esta conducta fuese punible[32]. Esta concepción amplia de la continuidad del injusto resulta, sin embargo, incompatible con la actual regulación jurídico-penal, pues la función garantista del Derecho penal determina una vinculación con los tipos penales y no sólo con las consecuencias jurídicas[33]. Una consideración genérica de la punibilidad de una conducta significaría renunciar al carácter limitador del tipo penal. Por esta razón, la

---

(28) En este sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 511; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 16. Críticamente ante el requisito de la continuidad del injusto, SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 798; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 27; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 29 y ss.; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 10, en el sentido de que no cabe una sanción ni con el derecho antiguo ni con el nuevo; sólo excepcionalmente cabe condenar cuando la nueva regulación signifique una pura ampliación del anterior tipo penal.

(29) En este sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 204.

(30) Vid., así, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 509.

(31) Precisamente por la falta de concreción, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 29, reprocha a este criterio ser tan vago que apenas permite deducciones seguras.

(32) Vid., la mención a este criterio de interpretación en TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 203; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502. Actualmente la jurisprudencia alemana mantiene todavía un concepto amplio, el *fin de protección invariado*, que se constituye en centro de crítica por parte de la doctrina [vid., con detalle, DANNECKER, *op. cit.*, p. 503 y ss. (espec. p. 507)].

(33) En este sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

fundamentación del requisito de la continuidad del injusto debe de realizarse desde una perspectiva más garantista o, lo que es lo mismo, más restrictiva.

En la doctrina penal no se ha discutido con mayor profundidad sobre el fundamento de la continuidad del injusto, si bien hay un acuerdo sobre la necesidad de que este criterio se mueva dentro de la función de garantía del principio de legalidad(34). En este sentido, por ejemplo, Tiedemann construye la continuidad del injusto con base en la idea de la previsibilidad objetiva, según la cual si la modificación de la ley penal supera el marco objetivo de previsibilidad, tendrá que negarse la continuidad del injusto y, en virtud de la protección de la confianza, habría que dejar al autor libre de pena. Si la nueva tipificación del injusto se mantiene, por el contrario, dentro de la función de garantía, entonces podrá aplicarse la nueva ley al hecho anterior, siempre que se trate de una ley más favorable(35). Esta interpretación de la continuidad del injusto con base en su límite, a pesar de su innegable utilidad, resulta de alguna forma incompleta, puesto que deja de lado la fundamentación de la continuidad en sí.

El requisito de la continuidad del injusto es el reflejo de la valoración social sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta. No cabe duda que un cambio de leyes penales significa un cambio de valoración respecto del carácter social del hecho. Sin embargo, hay que precisar cuándo se trata de un cambio de valoración sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta y cuándo sólo una variación del contenido de tal valoración. Solamente si se modifica la parte referida a la sanción penal, el carácter defraudatorio del hecho tipificado se mantendrá, con la única diferencia respecto de la medida de pena necesaria para restabilizar

(34) Vid., Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 24 y s.; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 502.

(35) Tiedemann, *FS-Peters*, p. 204. Sigue este planteamiento Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 507. Críticamente, Schroeder, *FS-Bockelmann*, p. 796.

la defraudación[36]. En caso de modificarse aspectos referidos al injusto, ciertamente será necesario, para afirmar la continuidad del injusto, determinar si se trata de la misma expectativa normativa de conducta y la misma forma de defraudación. Si se trata de una expectativa normativa distinta, como, por ejemplo, el cambio del delito de ofensa a Dios por el de renta usuraria citado por la doctrina alemana[37], no se presentará una continuidad del injusto a pesar de que el hecho concreto pueda defraudar ambas expectativas[38]. Si la expectativa de conducta sigue siendo la misma, pero la forma de conducta defraudatoria resulta distinta, tampoco se presentará una continuidad del hecho, ya que la determinación objetiva realizada por el legislador alcanza también a la forma de conducta defraudatoria (por ejemplo, un cambio de hurto a robo respecto de la expectativa de respeto a la propiedad)[39].

> Para determinar la presencia de una continuidad del injusto y, por tanto, precisar la ley más favorable, resulta útil diferenciar si se trata de una variación del hecho delictivo o de una variación de la consecuencia jurídica. En caso de que el hecho delictivo sea idéntico y sólo cambie la penalidad, se aplicará como ley más favorable la que tenga menor penalidad. Si la variación tiene lugar en el ámbito del hecho delictivo hay que precisar si, pese a ello, se mantiene la identidad del injusto o si ésta ya no existe. En caso de ampliación de la punibilidad, la identidad se mantiene, de manera que resulta aplicable la ley más

(36) Así, la opinión de que la variación de la pena no presenta mayores problemas en la continuidad del injusto, RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 9; SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 793.

(37) Por utilizar el ejemplo de SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 793, ampliamente extendido en la doctrina penal.

(38) Similarmente, pero con base en el concepto de bien jurídico, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 205 y ss., quien justamente encuentra dificultades de fundamentación para el caso de bienes jurídicos supraindividuales, por lo que necesita recurrir a la forma de ataque.

(39) En el mismo sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, 205 y s., con base en la acción lesiva y las formas de ataque del bien jurídico. Similarmente, MOHRBOTTER, *ZStW* 88 (1976), p. 942; ESER, en Schönke/ Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 25.

favorable que, en este caso, es la ley anterior[40]. Si la ley posterior sustituye elementos constitutivos de la punibilidad habrá que diferenciar si se trata de elementos cualificantes o constitutivos del tipo básico. En el primer caso, la identidad se mantiene respecto del delito base, mientras que en el segundo caso no existe ya continuidad y, por tanto, debe considerarse la conducta impune[41]. Ya que en el primer caso hay continuidad del injusto respecto del tipo base, tendrá que determinarse cuál de ambos tipos básicos tiene una penalidad menor y aplicarse como ley más favorable. Finalmente cabe la posibilidad que la ley posterior reduzca el ámbito de punibilidad, de manera que la ley anterior abarque de forma general los elementos especificados en la nueva disposición. En estos casos existe igualmente una identidad que fundamenta la continuidad del injusto, pues la ley anterior menciona de modo similar los elementos del tipo penal posterior aunque de una manera más general[42].

Un sector de la doctrina considera que la determinación objetiva de la continuidad del hecho resulta de alguna manera arbitraria y que incluso iría en contra del principio de culpabilidad[43]. Por otro lado, se presenta una interpretación más moderada que exige simplemente que la determinación objetiva de la continuidad del injusto se adapte –o cuando menos no infrinja– al principio de culpabilidad[44]: no basta que exista una continuidad del hecho, sino que es necesario además que el autor haya actuado dolosa o culposamente en relación con la nueva ley penal, es decir, que la culpabilidad del autor debe estar referida también al

---

(40) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 74.

(41) Así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 75.

(42) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 76. En contra de este parecer sobre todo por afectar el principio de culpabilidad, Hassemer, *NK* § 2, n.m. 32; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 10.

(43) Hassemer, *NK* § 2, n.m. 30, afirma que el requisito de la continuidad del injusto va en contra del principio de culpabilidad, aun cuando intente limitarse a lo que resulta objetivamente previsible (parecer de Tiedemann, *FS-Peters*, p. 204). Similarmente, Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 10.

(44) Así, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 514.

nuevo tipo penal[45]. En nuestra opinión, esta observancia del principio de culpabilidad no es, sin embargo, un elemento adicional a los criterios de determinación de la continuidad del injusto antes desarrollados, sino que se encuentra ya dentro de estos criterios. Como se sabe, el injusto (hecho) incluye también la parte referida al tipo subjetivo (imputación subjetiva), de manera que el dolo o la culpa deben fundamentarse igualmente en la nueva ley penal que mantiene una identidad material con la ley anterior. Respecto de la categoría de la culpabilidad sucede prácticamente lo mismo, pues, como lo hemos indicado, la identidad del injusto significa mantener el carácter defraudatorio de determinadas formas de conducta, de manera que resulta necesaria la capacidad de poder defraudar expectativas normativas de conducta. Ya que el concepto de culpabilidad se estructura con base en la capacidad del autor de poder defraudar expectativas de conducta (titularidad del rol), puede decirse que la continuidad del injusto implica también la imputación personal.

b. La determinación de la ley más favorable

aa) Criterio de determinación

Si la ley vigente al momento de la sentencia no es completamente idéntica a la ley vigente al momento del hecho se aplica la ley más favorable, salvo que se haya interrumpido la continuidad del injusto y quede impune, por tanto, la conducta del autor. No obstante, el problema no se soluciona con señalar que la ley aplicable es la más favorable al autor, sino que se requiere determinar cuál es efectivamente la que más le favorece. La determinación de la ley penal más favorable resulta poco problemática en caso que se suprima una agravante o se reduzca el marco penal máximo o mínimo del delito[46]. No obstante, la comparación de las leyes no se queda en ese nivel general, sino que entra usualmente en un plano mucho más concreto. En

---

[45] En este sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 515.

[46] En este sentido, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 43; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 12; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

la doctrina penal existe acuerdo en afirmar que la ley más favorable debe determinarse a través de una perspectiva de análisis concreta, esto es, no mediante una comparación abstracta de los textos legales, sino mediante una referencia al caso concreto[47].

bb) ¿Lex tertia?

La manera cómo se materializa lo más favorable al reo ha encontrado cierta polémica en la doctrina penal en relación con leyes penales que contemplan tanto aspectos favorables como desfavorables para el reo. Mientras unos autores defienden la alternatividad de las leyes en conflicto, otros consideran más adecuado el llamado principio de combinación de los tipos penales[48]. En el fondo de esta discusión se encuentra la difícil delimitación entre la función creadora del juez y la exclusividad de la labor legislativa del legislador. Si lo más favorable al reo debe determinarse alternativamente o mediante una combinación, es algo que, según nuestro parecer, no debe responderse de manera general[49], sino en atención a la divisibilidad de las decisiones legislativas establecidas en la ley. Si se trata de leyes simples o complejas indivisibles no cabrá más que la alternatividad, mientras que si los aspectos de una ley penal compleja resultan divisibles en varias decisiones legislativas, la combinación de

---

(47) Originalmente, Abegg, *Neues Archiv des Criminalrechts* 13 (1832), p. 492. En el mismo sentido, Sommer, *Das »mildeste Gesetz«*, p. 74 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 77; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 24, 42; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 11; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 501; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 233; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 7, n.m. 805; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 144; Blanco Lozano, *CPC* 71 (2000), p. 290; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 368; Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 245.

(48) Vid., sobre los extremos de esta discusión, Bramont-Arias Torres, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 6, p. 318 y s.

(49) Como, por el contrario, lo hace el Código penal español de 1995 que establece en su Segunda Disposición Transitoria que la determinación de la ley más favorable se hace con las normas completas de uno u otro código. Vid., al respecto, Serrano Gómez, *La prescripción del delito*, p. 120; Córdoba Roda, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 243 y s.

decisiones legislativas de diversas leyes más favorables resultará posible[50]. Veamos estas afirmaciones generales en la solución de supuestos específicos:

- *Las regulaciones complementarias más favorables*: Muy discutido fue en nuestro país la constitucionalidad de una línea jurisprudencial que consideraba conforme con el principio de "lo más favorable al reo" la combinación de una norma para tipificar la conducta y otra norma para determinar los plazos de prescripción[51]. La doctrina penal se mostró en su momento muy crítica frente a este proceder de los tribunales, calificándolo como contrario a los principios informadores de nuestro sistema jurídico-penal[52]. Por nuestra parte, entendemos que resulta acertado rechazar la aplicación del principio de combinación en estos casos, pero no por una inconstitucionalidad general de cualquier forma de combinación, sino porque con este proceder el juez estaría configurando una nueva regulación sin atender a los criterios generales establecidos por el legislador. El plazo de prescripción de un delito se establece de forma indivisible con la conducta prohibida (los plazos de prescripción se determinan con base en la pena prevista en los tipos penales).
- *La pluralidad de consecuencias jurídicas del delito*: Otro supuesto en el que se discute sobre la procedencia o no de una combinación de leyes, tiene lugar cuando los tipos penales prevén diversas consecuencias jurídicas (penas principales, accesorias, consecuencias accesorias) que, por un lado, agravan la situación y,

---

(50) Vid., en este sentido, como una cuestión de reducción teleológica, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 7, n.m. 810; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 371.

(51) Vid., así, las sentencias de la Corte Suprema, Exp. N° 662-92 Lima de 5 de mayo de 1993 (*RPCP* 4, p. 751 y ss.) y Exp. N° 4882-98 Ancash de 26 de abril de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia*, 1 (1999), p. 316 y s.]. Limita la línea jurisprudencial que admite el principio de combinación, la sentencia de la Corte Suprema Exp. 2476-98 Lima de 20 de noviembre de 1998.

(52) Vid., en este sentido, CARO JOHN, *RPCP* 4, p. 733 y ss.

por otro, la atenúan. Ante este problema la doctrina penal se encuentra dividida. De un lado, un sector señala que debe hacerse una determinación alternativa estricta en el sentido de considerar como más favorable, en conjunto, la ley antigua o la ley nueva[53]. De otro, se presenta una posición que entiende que cabe una consideración individualizada de cada consecuencia jurídica para precisar cuál es más favorable[54]. Este segundo método de determinación es el más adecuado, en tanto permite diferenciar cada consecuencia jurídica desde su legitimación particular, lo cual constituye parte de la función atribuida a los tribunales. Esta consideración individualizada de las consecuencias jurídicas permite, por otra parte, reconocer que la ley más favorable se determina solamente en las penas principales y accesorias, pero no en las consecuencias accesorias y las medidas de seguridad. Si bien en nuestra legislación penal no se establece expresamente la posibilidad de aplicación retroactiva de medidas de seguridad, resulta indiscutible que su imposición se determina con base en intereses sociales predominantes (artículo VIII del Título Preliminar del Código penal) y, por ello, no se vincula al principio de lo más favorable al reo[55].

c. Ilustración de los criterios explicados en algunos delitos económicos

aa) Los libramientos indebidos

Por Ley 27287 (Ley General de Títulos-Valores), se modificó el artículo 215 del Código penal que regulaba el delito de libramientos indebidos. Con la nueva regulación jurídica se modificaron tanto la parte referida a la pena como al tipo de injusto. En el primer caso, la

---

(53) En este sentido, Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 12.

(54) Vid., así, Sommer, *Das "mildeste Gesetz"*, p. 92 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 78; Hassemer, *NK* § 2, n.m. 45; Eser, en Schönke/ Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 34; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

(55) Vid., en relación con el Derecho español, Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 141.

sanción se elevó de una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro a una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. En cuanto al supuesto de hecho, se agregó una forma de realización más, la cual ha provocado incluso la variación del nombre del delito que ha pasado de libramientos indebidos a delito de libramiento y cobro indebidos[56].

La primera cuestión que habría que precisar es si existe una continuidad del injusto. Las cinco formas de comisión del delito del antiguo artículo 215 del Código penal (los cuatro incisos del primer párrafo y el segundo párrafo), se mantienen en la nueva regulación de seis incisos. Ciertamente se han realizado algunas precisiones en la descripción de las modalidades delictivas, pero éstas no han afectado la continuidad del injusto. Por ejemplo, el inciso primero de la nueva redacción precisa, por un lado, que el giro del cheque puede tener lugar también cuando haya fondos pero éstos sean insuficientes; se ha indicado además que el sobregiro se hace con cargo en una cuenta corriente. En el primer caso, tiene lugar una ampliación del ámbito punible que no afecta la continuidad del injusto, pues los elementos constitutivos del injusto anterior no resultan modificados. Si bien el delito en la nueva redacción puede ser cometido también por quien gira un cheque con fondos si éstos son insuficientes, con ello no se excluye la punibilidad de aquél que gira un cheque sin tener en absoluto una provisión de fondos. Por su parte, la precisión de que el giro del cheque se hace con cargo a una cuenta corriente, hace referencia expresa a un elemento que ya estaba contenido de manera general en la descripción anterior.

En cuanto a la fijación del marco de la pena principal, puede afirmarse que, en principio, la determinación de la ley más favorable no presenta mayores problemas en este tipo penal. La pena principal tiene en ambas regulaciones el mismo marco penal mínimo y sólo varía el marco penal máximo. Por lo tanto, la ley penal anterior resultará más favorable en tanto tiene una pena máxima de cuatro años, mientras que la nueva regulación la aumenta a cinco años.

---

(56) Sobre los nuevos contornos de la conducta típica del delito de libramiento y cobro indebidos, vid., GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 257 y ss.

bb) El delito de quiebra

Por Ley 27146 (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial) y posteriormente por Ley 27295, se modificó el capítulo I del Título VI del Código penal que regulaba los delitos de quiebra. Como primer aspecto de la modificación cabe indicar que se cambió la denominación de este capítulo del Código penal, que pasó a llamarse "atentados contra el sistema crediticio"[57]. Pero la modificación legal no recayó solamente sobre la denominación del capítulo, sino que se materializó una regulación con un contenido esencialmente diferente. La razón de esta modificación de contenido fue el cambio del régimen jurídico de la insolvencia (quiebra) en nuestro país. En un primer momento, con la entrada en vigencia de la denominada Ley de Reestructuración Empresarial y luego con la Ley de Reestructuración Patrimonial, toda la base jurídica extrapenal sobre la que se construían los delitos de quiebra en el Código penal resultó alterada[58]. En la actualidad, con la expedición de la Ley 27809 se ha vuelto a modificar una vez más la regulación de los procedimientos concursales, lo que ha creado nuevamente cierto desfase con la actual regulación penal.

Para determinar si la modificación de los delitos concursales trae consigo una liberación por los delitos cometidos antes de la reforma penal, debe precisarse si existe o no una continuidad del injusto. En lo que atañe a la identidad del objeto de protección no cabe mayor discusión. La expectativa penalmente protegida sigue siendo la misma: la expectativa de los acreedores de poder satisfacer sus acreencias frente a los deudores, o desde la lógica del bien jurídico: el patrimonio de los acreedores en el sistema crediticio[59]. Los cuestionamientos se presentan, más bien, respecto de la forma de conducta defraudatoria o, en la lógica del bien jurídico: la forma de ataque.

---

(57) Vid., García Cavero, *Fraude*, p. 125.

(58) Vid., esta situación, García Cavero, *Cathedra* 5, p. 229; El Mismo, *Fraude*, p. 124.

(59) Vid., de manera crítica frente al bien jurídico "sistema crediticio", García Cavero, *Cathedra* 5 (1999), p. 234 y ss.; El Mismo, *Fraude*, p. 128 y ss.

Ciertamente, podría afirmarse que tanto en la antigua regulación como en la nueva se trata del procedimiento para declarar la insolvencia (o quiebra) del deudor y que en este ámbito se afectan a los acreedores. Sin embargo, esta afirmación resulta, en primer lugar, parcialmente cierta, pues el artículo 210 de la antigua regulación contemplaba el delito de quiebra culposa en el que no era necesario realizar las conductas defraudatorias durante el proceso de quiebra. En este sentido, el ámbito de protección penal en la anterior regulación del delito de quiebra era mayor que en la nueva normativa de los atentados contra el sistema crediticio. Por otra parte, en la nueva regulación ya no se trata de un procedimiento judicial, sino de un procedimiento administrativo en el que se intenta incentivar la reestructuración de las empresas económicamente viables. Esta orientación de la legislación actual ha llevado a que se proteja no sólo aspectos referidos al patrimonio de los acreedores, sino que se incluya el interés regulatorio del INDECOPI como lo demuestra, por ejemplo, el artículo 211 del Código penal que regula un delito de abuso fraudulento de procedimientos de insolvencia y la potestad de que esta institución pueda accionar penalmente en defecto de los acreedores[60]. Puede decirse, en suma, que a pesar de tener ambas regulaciones el mismo fin de protección, la forma de defraudación no es la misma, de manera que se rompe la continuidad del injusto.

B. Las leyes temporales en el Derecho penal económico

a. Concepto y fundamentación

Resulta usual encontrar como punto de partida para la explicación de las leyes temporales (*Zeitgesetze*), su oposición frente a las llamadas leyes duraderas (*Dauergesetze*)[61]. Ya que las leyes duraderas están pensadas para tener una vigencia indefinida, las leyes temporales se equiparan a aquellas leyes que tienen como objetivo conseguir un determinado resultado específico (*Maßnahmegesetze*). Esta equiparación resulta, sin embargo, incorrecta por dos razones: en

(60) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5 (1999), p. 242.

(61) Vid., así, la referencia a esto, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445.

primer lugar, porque las leyes que toman medidas con base en una finalidad específica no tienen necesariamente un plazo de vigencia determinado o determinable, ya que su vigencia dependerá de la obtención o no del objetivo planteado; y, en segundo lugar, porque toda ley, incluso la llamada duradera, tiene siempre una condicionalidad temporal(62). En este sentido, el criterio de identificación de las leyes temporales no es la durabilidad o no de la regulación, sino el hecho de que el legislador haya planteado un determinado tiempo de vigencia para la ley, luego del cual dejará de ser aplicable a nuevos casos(63).

Nuestro Código penal en su artículo 8 regula las llamadas leyes temporales, las cuales se caracterizan efectivamente por tener un plazo de vigencia determinado(64). El mencionado artículo establece que estas leyes se aplicarán a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estén en vigencia al momento de sentenciar(65). Como puede verse, esta regulación jurídica admite una excepción al principio general que establece que en caso de derogación de la ley penal, procede absolver al autor(66). El fundamento jurídico-penal

(62) Vid., Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 74.

(63) En este sentido, Kunert, *NStZ* 1982, p. 278; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 446.

(64) En este sentido, García Cantizano, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. En relación con el Derecho penal alemán, distinguiendo las leyes temporales de otras leyes que pueden ser definidas por el tiempo (*Maßnahmegesetze* y *Gelegenheitsgesetze*), Hassemer, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 201 y ss. (espec. p. 203).

(65) Vid., con mayores detalles, García Cantizano, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 8, p. 334. Igualmente en el Derecho penal alemán, Roxin, *Strafrecht*, AT § 5, n.m. 66; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 62; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 141; Tiedemann, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1.

(66) Pero no se trata de una excepción al principio de aplicación de la ley más favorable [así, por ejemplo, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 66; Tiedemann, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1], sino al principio de que las infracciones a una ley derogada no requieren ser reestabilizadas.

de tal excepción puede precisarse, como hasta ahora lo hemos hecho, desde dos perspectivas: desde la perspectiva de la motivación o desde la perspectiva restabilizadora.

Desde la lógica de la prevención se entienden las leyes temporales bajo la perspectiva del autor y su proceso de motivación. Para evitar que estas leyes temporales pierdan su autoridad, resulta necesario confirmar la seriedad de la amenaza penal, aun cuando ya no rijan justamente porque su plazo de vigencia ha expirado(67). Si la ley penal deja de aplicarse luego de un plazo determinado, el autor podría cometer un delito durante la última fase de duración de la vigencia de la ley con la certeza de que luego no podrá ser sancionado con la ley penal infringida porque ya no estará vigente al momento de la sentencia(68). En este sentido, es necesario asegurar la aplicación de la sanción prevista aun después de transcurrido el plazo de vigencia de la ley(69). Sin embargo, a esta argumentación podría preguntársele por qué no valen aquí las razones político-criminales que se han esgrimido para fundamentar la retroactividad benigna(70). Si la conducta del autor ya no es, por la razón que sea, considerada delictiva al momento de la sentencia, no habrá motivo para hacer efectiva la sanción. De alguna manera, parecería que en estos casos se estaría actuando con una cierta arbitrariedad respecto del uso de las llamadas razones "político-criminales".

---

(67) Vid., en este sentido, la fundamentación de los efectos de la ley temporal con base en la autoridad de la ley, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 141; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 47; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 14. Críticamente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 63.

(68) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 66; ESER, en Schönke/ Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 36; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 237; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 7, n.m. 870; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 81.

(69) Por esta razón, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 5, n.m. 66, señala que el autor que ha infringido una ley penal sólo puede salir beneficiado de un cambio de valoración político-criminal, pero no de un cambio de las circunstancias fácticas o económicas.

(70) Por ello, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 198, critica esta fundamentación de la ley temporal por constituir una exageración de la perspectiva preventivo-general. En el mismo sentido, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 235.

La interpretación restabilizadora, por el contrario, entiende las leyes temporales como todavía vigentes para el enjuiciamiento de casos antiguos, de manera que sólo han perdido virtualidad para regular nuevos supuestos[71]. En este sentido, las conductas realizadas durante el plazo de vigencia plena de la ley temporal siguen constituyendo un conflicto actual y requieren, por tanto, de una solución jurídica[72]. La ley temporal tiene, en este sentido, una vigencia relativa al momento de sentenciar, en tanto se mantiene la necesidad de restabilizar las expectativas defraudadas de los casos antiguos[73]. Si las leyes temporales se considerasen absolutamente derogadas, no podría alegarse razón alguna para una aplicación retroactiva, más aún si con ellas se criminalizan conductas, como es aquí el caso. Por estas razones, resulta más conveniente considerar las leyes temporales como (parcialmente) vigentes al momento de la decisión, pues existe todavía la necesidad social de restablecer la vigencia de las expectativas defraudadas en los casos antiguos. En nuestra opinión, esta es la interpretación más adecuada de las leyes temporales.

b. Clasificación de las leyes temporales

Para determinar qué leyes penales son temporales y, por tanto, mantener su vigencia a pesar de haber perdido virtualidad para solucionar nuevos casos, la doctrina penal recurre a criterios clasificatorios[74]. Por un lado, se reconocen las llamadas *leyes temporales en sentido estricto*, las cuales se caracterizan por tener un plazo de vigencia establecido expresamente mediante fechas-calendario o la

---

(71) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 62; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 445. En contra, Hassemer, *NK* § 2, n.m. 47.

(72) Así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 63. En el mismo sentido, aunque con distinta fundamentación, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 97.

(73) Similarmente, pero no con base en la idea de restablecimiento de expectativas, sino como una cláusula que mantiene la vigencia parcial de la ley temporal, Tiedemann, *FS-Peters*, p. 201.

(74) Crítico frente a los criterios clasificatorios de la doctrina penal, Hassemer, *NK* § 2, n.m. 50.

designación de un suceso temporal específico (como una guerra, una epidemia, etc.)[75]. Respecto de estas leyes penales existe completa unanimidad en la doctrina para considerarlas dentro del concepto de leyes temporales[76], lo que significa en nuestro Derecho positivo estar incluidas en el artículo 8 del Código penal. La controversia surge frente a las llamadas *leyes temporales en sentido amplio*, pues en estos casos su provisionalidad sólo puede determinarse mediante la consideración del contenido y el fin de la regulación, esto es, mediante una labor de interpretación[77]. El primer punto de división en la doctrina penal tiene lugar en esta clasificación, pues mientras un sector acepta aplicar la regulación de las leyes temporales también a este segundo grupo de leyes[78], otro sector considera que la vigencia de la ley no puede establecerse en función de la determinación del contenido y el fin de la regulación[79].

El segundo punto de discusión se presenta dentro del sector doctrinal que acepta la inclusión de las leyes temporales en sentido amplio. Por un lado, una tendencia doctrinal defiende una interpretación restrictiva que sólo admitiría como leyes temporales en sentido

---

(75) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 65. Esta fijación del plazo se puede hacer desde un principio o mediante una norma jurídica posterior (vid., así, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 37). En nuestro país, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 236, califica a estas leyes no como temporales sino como excepcionales.

(76) Vid., en este sentido, respecto del Derecho penal alemán, TIEDEMANN, Voz: "Zeisgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 37.

(77) Vid., TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 198; EL MISMO, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm (consulta: 3 de febrero 2002); EL MISMO, *Einführung*, p. 81; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 30.

(78) Cfr., por todos, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 37.

(79) En este sentido, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 200 y ss. (espec. pp. 200, 207); JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 65; HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 51 y ss.; TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 30; RÜPING, *NStZ* 1984, p. 451; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 448 y s.

amplio aquellas que están referidas a circunstancias especiales o excepcionales condicionadas por el tiempo, de manera que con la desaparición de estas circunstancias especiales las leyes penales quedarían sin objeto de regulación (por ejemplo, un proceso de integración económica)[80]. Esta interpretación de las leyes temporales en sentido amplio precisa, además, que debe tratarse de una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no de un cambio en la valoración jurídica de los hechos, pues en este último supuesto lo que resulta aplicable es lo más favorable al reo y, por tanto, habría que proceder a la absolución del autor[81]. En tanto se trata de una cuestión de interpretación, debe utilizarse criterios restrictivos y sólo aceptar los casos en los que existe una clara referencia a sucesos especiales condicionados temporalmente[82].

Frente a la interpretación restrictiva de las leyes temporales en sentido amplio, se presenta un parecer más extensivo que incluye dentro de las leyes temporales no sólo los casos de leyes que tienen como objeto circunstancias fácticas especiales condicionadas por el tiempo, sino también las que regulan todo tipo de relaciones fácticas

---

(80) Así, el parecer de Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 2, n.m. 37; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 15; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 141; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 33.

(81) En este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 66; Eser, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 39. Igualmente la referencia a esta interpretación, Kunert, *NStZ* 1982, p. 276; Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 33, en el sentido que debe tratarse de leyes que responden a un punto de vista de utilidad (*Zweckmäßigkeit*). Anteriormente, el propio Tiedemann, *FS-Peters*, p. 199, se mostraba crítico frente a esta referencia al concepto de utilidad en oposición al de Justicia, y que fue utilizado arbitrariamente por la jurisprudencia alemana para, según su parecer, decir si se trata de una ley temporal o una ley temporalmente condicionada. Reproduce esta crítica, Kunert, *NStZ* 1982, p. 276; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, pp. 235, 448.

(82) En este sentido, Kunert, *NStZ* 1982, p. 279; Hassemer, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 203 ys. Por su parte, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 65, se muestra no sólo restrictivo con esto, sino que lo considera incompatible con el principio de legalidad en caso que la ley penal sea desfavorable para el autor. Similarmente, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 31.

cambiantes (por ejemplo, las condiciones del mercado). A este último parecer, utilizado sobre todo por algunas sentencias de la jurisprudencia alemana(83), se le reprocha hacer uso de criterios tan generales que prácticamente no permiten diferenciar las leyes temporales de las leyes duraderas, pues, como ya lo hemos dicho, toda ley tiene en cierta forma una condicionalidad temporal(84). La ley temporal debe ser solamente aquella que desde su formulación dependa de modo especial de una circunstancia transitoria y, por ello, presente desde el principio un carácter excepcional(85).

El panorama descrito sobre las leyes temporales requiere ser resuelto antes de entrar en los aspectos particulares del Derecho penal económico. Nuestro parecer coincide con una interpretación restrictiva, en la medida que con las leyes temporales se realiza indudablemente una actividad criminalizadora, pues permiten imponer una sanción penal a los casos antiguos, aunque la ley penal ya no tenga vigencia al momento de la sentencia(86). El punto más cuestionable de esta interpretación restrictiva se encuentra en la cuestión de si dentro de las leyes temporales entran también las leyes temporales en sentido amplio interpretadas de manera restrictiva. El Código penal en su artículo 8 dice que las leyes penales son aquellas que están destinadas a regir por un tiempo determinado, lo que parecería abarcar también las leyes temporales en sentido amplio. Sin embargo, para poder decidir esta cuestión resulta necesario determinar si un criterio material basta para calificar una ley penal como temporal o si siempre resulta necesaria la fijación concluyente de un término de duración.

---

(83) Vid., la referencia en TIEDEMANN, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 442 y s.

(84) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 64; KUNERT, *NStZ* 1982, p. 276; TIEDEMANN, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

(85) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 64.

(86) Así TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 201 y s.; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 30; RÜPING, *NStZ* 1984, p. 451.

Un sector de la doctrina penal, basado en algunas decisiones de los tribunales alemanes(87), pretende encontrar un criterio material de diferenciación mediante la distinción entre la variación de las circunstancias fácticas o económicas y la variación de los criterios de valoración. Las leyes temporales son aquellas que suponen una variación de las circunstancias fácticas o económicas, pero no una variación del parecer jurídico, pues ninguna ley puede pretender tener siempre la misma valoración jurídica(88). Otro sector, por el contrario, se muestra escéptico ante la idoneidad de tal criterio de distinción, pues en la práctica legislativa resulta prácticamente imposible distinguir cuestiones referidas a lo fáctico y cuestiones referidas a lo jurídico-valorativo(89). Con este último parecer doctrinal hay que convenir que una separación de los aspectos fácticos y los jurídicos resulta muy difícil de materializar, ya que el cambio de las situaciones fácticas lleva consigo también una modificación en el objeto de referencia de la valoración jurídica. En este sentido, pretender que haya cambios solamente fácticos, sin cambios valorativos, resulta ingenuo(90). Una ley penal promulgada en un momento de crisis económica con la finalidad de hacer frente a las dificultades que están unidas a tal crisis, deja de tener vigencia no sólo porque ha pasado fácticamente la situación de crisis, sino también porque el gobierno ya no la *estima* necesaria(91). Ni siquiera las leyes

(87) Vid., este desarrollo jurisprudencial, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 437 y ss.

(88) En este sentido, por ejemplo, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 66; Eser, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 39.

(89) Tiedemann, *FS-Peters*, p. 199; Kunert, *NStZ* 1982, p. 276; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, pp. 235, 448. Advierte el problema de este criterio, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 47 y s.

(90) En este sentido resultan acertadas las apreciaciones de Tiedemann, *FS-Peters*, p. 198 y ss.

(91) Vid., así, por ejemplo, Schmidt, *SJZ* 1949, p. 668, en referencia a la ley de simplificación de la legislación penal económica de 1949, se mostraba crítico al establecimiento de un plazo de vigencia (31.03.50), pues entendía que en esa fecha con seguridad aún sería necesario mantener la vigencia de la mencionada

temporales en sentido estricto podrían sustentarse sólo en una cuestión fáctica, pues el hecho de que estén sujetas a un plazo de vigencia determinado (hecho fáctico) ha dependido de una decisión valorativa del legislador (fijación de un plazo). Por lo tanto, las leyes temporales no pueden definirse con simples criterios materiales sin una fijación de plazo hecha por el legislador (de manera calendaria, o mediante hechos temporales). Una ley temporal necesita siempre de una decisión formal, por lo que *sólo las leyes temporales en sentido estricto son tales*.

c. Las leyes penales económicas temporales

Ya hemos hecho referencia al carácter dinámico de la economía que lleva a una modificación frecuente de las leyes penales económicas y también a la aparición de problemas en la aplicación de la ley penal en el tiempo[92]. En este sentido, resulta normal que el legislador valore ciertas circunstancias temporales y expida leyes penales con el fin de mantener la identidad normativa de la sociedad también ante estas circunstancias. Una vez superada la situación particular que motiva la expedición de la ley penal, resulta evidente que ésta no debe aplicarse a nuevos casos, pero como la identidad normativa de la sociedad sigue siendo la misma, se necesita mantenerla frente a los casos antiguos que la pusieron en cuestión[93]. Sólo en caso de un cambio de la identidad normativa de la sociedad, podría fundamentarse una falta de necesidad de castigar los casos antiguos a través de la ley temporal. El artículo 8 del Código penal admite precisamente, como excepción, la posibilidad de que se disponga una no aplicación de la ley temporal a supuestos antiguos al agregar la frase "salvo disposición en contrario".

---

ley penal. En este sentido, una ley temporal necesita no sólo de un plazo de vigencia, sino de una necesidad de su vigencia en el tiempo mencionado.

(92) Vid., así, TIEDEMANN, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002].

(93) En el mismo sentido, pero con base en el principio de proporcionalidad, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 41 y s.

Los casos más claros de ley penal temporal en el Derecho penal económico son aquellos en los que se busca salir al frente ante una coyuntura económica(94). Esto resulta bastante claro en caso de leyes en situación de guerra o de postguerra, en donde se requiere de la expedición de leyes penales que sirvan de respaldo a la actividad de dirección económica del Estado para hacer frente a la situación de crisis(95). Las leyes temporales permiten, al igual que las leyes penales en blanco, reaccionar rápida y flexiblemente ante la variación de las circunstancias económicas(96). Pero como requisito formal se requiere también en estos casos de una fijación del plazo de vigencia de la ley penal, sea mediante una determinación calendaria o mediante la referencia al hecho determinante de la crisis económica (la situación de guerra, por ejemplo).

Una de las disposiciones penales típicas en tiempo de crisis económica es la ley penal de control de precios(97). Pese a los pocos años de estabilidad económica, nuestra realidad económica no está libre de la constante crisis, por lo que resulta problemático determinar la temporalidad precisamente de las disposiciones penales que se agrupan en nuestro Código penal en los delitos contra el orden económico. Por ejemplo, los denominados delitos de especulación y adulteración de los artículos 234 primer párrafo y 235 del Código penal, respectivamente, exigen como presupuesto para poder castigar las conductas tipificadas que la autoridad competente (MEF) establezca los bienes considerados de primera necesidad y fije para ellos un

(94) Vid., así la referencia de Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 443.

(95) Así, Tiedemann, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3. Este fue el caso de Alemania después de la segunda guerra mundial mediante la ley de simplificación de la legislación penal económica; vid., sobre esto, Schmidt, *SJZ* 1949, p. 667 y s.

(96) En este sentido, Hassemer, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 201.

(97) Vid., acerca del carácter discutido de ley temporal de las disposiciones de regulación de precios en el jurisprudencia penal alemana, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 32; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 435 y s.

precio oficial. Como puede verse, se trata de tipos penales que responden a las necesidades penales en una situación de crisis económica, sobre todo inflacionaria, y que en situación de estabilidad económica no tienen razón de ser. Sin embargo, desde el punto de vista formal estos artículos del Código penal se encuentran continuamente vigentes, aun cuando requieran de ciertos presupuestos (administrativos) para su aplicación[98]. No obstante, en el caso concretamente analizado estamos propiamente ante leyes penales en blanco cuya vigencia temporal debe ser precisada con mayor profundidad. De ello nos ocuparemos inmediatamente.

C. La vigencia temporal de las leyes penales en blanco

Ha quedado claro hasta ahora que cuando se produce una modificación directa de la ley penal antes de condenar un hecho cometido durante la vigencia de la ley modificada, tiene que determinarse si existe o no una continuidad del injusto. En caso de mantenerse tal continuidad habrá que determinar cuál es la ley más favorable, mientras que si ésta no tiene lugar habrá que declarar la impunidad del hecho juzgado. Una excepción a este criterio de ordenación lo constituye la ley temporal, pues la falta de continuidad del injusto no afecta su capacidad para aplicarse a los casos sucedidos durante su vigencia.

Los criterios expuestos de ordenación del problema se presentan controvertidos cuando la modificación de la ley penal no se lleva a cabo de manera directa, sino por una vía indirecta[99]. En este apartado no vamos a entrar en toda la problemática de las modificaciones indirectas[100], sino que nos vamos a limitar sólo a los casos en los que la modificación se materializa a través de la ley complemen-

---

(98) En este sentido, por ejemplo, DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 449 y s., exige que se precise cuándo la ley temporal deja de tener vigencia.

(99) En este sentido, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 33; LOHBERGER, *Blankettstrafrecht*, p. 5.

(100) Sobre la modificación indirecta de las leyes penales, vid., con detalle, MAZUREK, *JZ* 1976, p. 235 y s.; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 495 y ss.

taria de una ley penal en blanco[101]. Si bien en la doctrina se acepta, en principio, la aplicación de la ley más favorable también en caso de modificación de la norma complementaria de una ley penal en blanco[102], se discute sobre sus presupuestos y los casos en los que puede afirmarse el carácter temporal de la ley en cuestión.

a. La ley penal en blanco más favorable

En la doctrina penal está actualmente extendido el parecer de que la modificación de las normas complementarias de leyes penales en blanco permite también la aplicación de la ley más favorable al reo, pues en estos casos de alguna manera se produce también una modificación del tipo penal[103]. Sin embargo, se reconoce que no toda modificación de las normas complementarias significa una modificación de la ley penal en blanco que traiga consigo la consideración de la ley más favorable. Si la modificación de las normas complementarias deja intacto el fin de protección y la forma de ataque de la ley penal en blanco, no se tratará propiamente de una modificación relevante de la norma penal[104]. Como puede verse, la

---

(101) No nos referimos aquí a los casos de tipos penales abiertos, ni a elementos normativos del tipo que recurren a criterios de valoración jurídicos y, por tanto, dependiente de un contexto normativo extrapenal, ni tampoco a actos concretos de la administración a los que está referido el tipo penal (sobre esto, vid., Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 465 y ss).

(102) Así en nuestro ámbito nacional, el parecer de Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 355.

(103) En este sentido, Lohberger, *Blankettstrafrecht*, p. 7 y s.; Eser, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 8a; Gribbohm, *LK* § 2, n.m. 34; Kunert, *NStZ* 1982, p. 277; Tiedemann, Voz: "Blankettgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; El Mismo, *Einführung*, p. 80; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 471. En el mismo sentido se presenta la jurisprudencia de los tribunales españoles, como lo pone de relieve, Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 58 y s.; Lascuraín Sánchez, www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002]; El Mismo, *Sobre la retroactividad*, p. 80 y ss.

(104) Vid., en este sentido, Mezger, *Strafrecht* AT, I, p. 42; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 25; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 65; Eser, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26; Silva Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 715 y ss.;

doctrina trae al ámbito de las leyes penales en blanco la teoría de la continuidad del injusto.

En una línea diferenciadora se mueve también el criterio desarrollado por JAKOBS, según el cual para determinar si procede la aplicación de la ley complementaria más favorable, es necesario diferenciar si se trata de una ley penal en blanco que asegura la obediencia de la norma complementaria o asegura el efecto de la regulación que persigue la norma complementaria(105). Dentro del primer supuesto podría entrar el delito de funcionamiento ilegal de casinos en el que los requisitos legales omitidos ya no se exigen posteriormente en una nueva regulación administrativa. Si la conducta delictiva depende de la omisión de requisitos que la nueva normativa administrativa ya no impone, deberá considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune su conducta. En el segundo grupo de leyes penales en blanco, se encuentran aquellos casos en los que la ley penal sólo asegura un efecto de la regulación extrapenal. Si bien la norma complementaria sobre cuyos efectos se configura la ley penal en blanco deja de estar vigente, esto no afectará la responsabilidad penal del autor en el sentido de una derogación de la regulación extrapenal complementaria(106). Un ejemplo de esta ley

---

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 128 y s.; ARROYO ZAPATERO, *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 59; LASCURAÍN SÁNCHEZ, www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002]; EL MISMO, *Sobre la retroactividad*, p. 47 y ss.

(105) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 70 y ss. Sigue este criterio, RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8a y 8b, señalando que en el fondo las normas jurídicas que complementan leyes penales se diferencian de aquellas que se refieren a elementos normativos del tipo penal. Considera que el criterio de Jakobs es similar al basado en la continuidad del injusto, ESER, en Schönke/Schröreder *StGB*, § 2, n.m. 26. Críticamente ante este criterio diferenciador, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 36, por considerarlo demasiado vago e innecesariamente complicado y que finalmente en los casos concretos resulta difícil de separar.

(106) Con mayores ejemplos, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 90 y s., negando la existencia propiamente de una sucesión de leyes.

penal en blanco es el delito de defraudación tributaria, en tanto la punición se rige por la deuda tributaria tal como existe o se origina en el momento del hecho[107]. En estos casos, la modificación de las leyes tributarias complementarias no significa propiamente una modificación de la ley penal en blanco que lleve consigo la impunidad del autor por el delito cometido sobre los efectos de la anterior regulación tributaria[108]. Sólo si la pretensión tributaria del Estado deja de tener fundamento en la nueva regulación, podría aplicarse lo más favorable al reo y declarar la impunidad de su conducta.

Frente al parecer diferenciador basado en la continuidad del injusto o en el fin de protección de la ley penal en blanco, se presenta la interpretación de Tiedemann, para quien una modificación de las leyes complementarias que no se agote en meras cuestiones técnicas lleva necesariamente a una modificación de la ley penal en blanco[109]. Precisamente respecto del delito de defraudación tributaria, afirma este autor que no debe interesar si la pretensión tributaria surgida con la legislación tributaria anterior se mantiene también en la nueva regulación tributaria. Tiedemann fundamenta su posición con base en una separación de la regulación jurídica tributaria frente a la penal, en el sentido de que no interesa si tributariamente el Estado mantiene o no la pretensión de cobro de la deuda tributaria, sino solamente el hecho de que con base en la nueva regulación tributaria complementaria de la ley penal en blanco el hecho realizado ya no constituye una conducta punible[110]. Si la acción delictiva lesionó

---

(107) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; Rudolphi, *SK* § 2, n.m. 8c.

(108) En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 114 y s.

(109) Tiedemann, Voz: "Blankettgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4. Mantienen una posición similar a la de Tiedemann, Hassemer, *NK* § 2, n.m. 37 y ss.; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 493.

(110) Vid., con mayor detalle, Tiedemann, *Einführung*, p. 84; El Mismo, Voz: "Blankettgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4, que ciertamente acepta que para poder hablar de una modificación y, por tanto, ver la ley más favorable, se requiere de algo más que una simple modificación de la cuantía de tasas o mínimos no imponibles; se

un interés penalmente protegido y éste sigue estando lesionado porque se mantiene la pretensión de cobro del Estado, no afecta la aplicación jurídico-penal de lo más favorable (declarar la impunidad). La aplicación de la ley favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada a la lesión del bien jurídico[111].

Por nuestra parte, coincidimos con el parecer de JAKOBS, en la medida que permite distinguir los casos en los que la ley penal resulta realmente modificada y los casos en los que la modificación de las leyes extrapenales no produce un efecto cambiante en las penales. Pero con independencia de si se asume una postura más o menos estricta en la modificación de las leyes penales en blanco, lo cierto es que si se acepta –de manera más o menos amplia– que la modificación de las normas complementarias produce también una modificación en la ley penal en blanco, la consecuencia lógica de ello será la aplicación de lo más favorable al reo y, por tanto, la impunidad. Sin embargo, frente a este parecer se levanta la objeción de que las leyes penales en blanco sujetas a normas complementarias temporales pueden ser también leyes temporales, de manera que a su modificación no le debe alcanzar el principio de determinación de lo más favorable al reo. Veamos a continuación las interrogantes que suscitan tal consideración.

b. La ley penal en blanco como ley temporal

El punto de partida para resolver la cuestión planteada consiste en precisar si las leyes penales en blanco, en razón del carácter cambiante de sus normas complementarias, son leyes temporales. En caso de llegar a una respuesta afirmativa, una modificación relevante de las normas complementarias de una ley penal en blanco no

---

requiere un cambio de valoración. Sobre la posibilidad de aplicación retroactiva de las leyes complementarias en el delito fiscal español, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 305 y s.

[111] Vid., TIEDEMANN, voz: "Blankettgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4 y s.

tendría que llevar consigo la aplicación de la ley penal más favorable, sino que la normativa complementaria anterior seguiría rigiendo para los casos antiguos. Si, por el contrario, se trata de leyes ordinarias, entonces habría que aceptar, de ser el caso, la aplicación de la ley más favorable y proceder a una absolución.

Ya hemos indicado que la ley temporal no sólo se caracteriza por estar referida a circunstancias especiales de carácter temporal, sino que es necesaria además la decisión del legislador de establecer un plazo de vigencia. En este sentido, solamente las llamadas leyes temporales en sentido estricto pueden constituir leyes temporales conforme al artículo 8 del Código penal. Con base en estas consideraciones, puede afirmarse que si una ley penal en blanco está sujeta a un tiempo de vigencia debido a un plazo fijado expresamente para sus normas complementarias, no habrá ningún inconveniente en considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales previstos[112]. Esta afirmación ha producido, sin embargo, un enfrentamiento en la doctrina penal sobre todo para el caso del delito de defraudación tributaria, en el que existe una vinculación con leyes tributarias de carácter temporal (especialmente en el impuesto a la renta).

Por un lado, se presenta una interpretación del delito de defraudación tributaria en el sentido de considerarlo un tipo penal autónomo y que, por tanto, no constituye una ley penal en blanco[113].

---

(112) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 66. Anteriormente, de manera similar, Franzheim, *NStZ* 1982, p. 137; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, § 370, n.m. 10.3; Samson, *wistra* 1983, p. 235 y s.; El Mismo, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson, § 369 n.m. 25 y 25a, donde precisa su parecer en el sentido de reconocer la no aplicación de la ley penal anterior para el caso de leyes tributarias que muestran la intención del legislador de no pretender tener vigencia en el futuro (el mismo tenor se mantiene en la 4. Aufl., § 369 encargado a Joecks, n.m. 26 y 27). Por el contrario, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 36, entienden que en las normas penales en blanco resulta por lo general imposible establecer expresamente un plazo de vigencia, de manera que difícilmente pueden configurar leyes temporales.

(113) Vid., en este sentido, Rüping, *NStZ* 1984, p. 451: la ley penal (defraudación tributaria) sólo se remite al Derecho tributario para determinar el origen y

Por otro lado, se encuentra la doctrina mayoritaria que califica al delito de defraudación tributaria propiamente como una ley penal en blanco, centrándose la discusión, más bien, en si se trata de una ley temporal o no. Un sector doctrinal considera que, en principio, la defraudación tributaria constituye una ley temporal cuando la legislación tributaria complementaria está pensada para regir durante un período determinado (tributación por períodos), de manera que trascurrido dicho período no tendría por qué perder la capacidad de juzgar los casos antiguos[114]. Frente a este parecer se encuentra la opinión defendida fundamentalmente por TIEDEMANN, en el sentido de limitar a sólo muy pocos casos el carácter de ley temporal en el delito de defraudación tributaria[115]. Si bien la regulación tributaria puede recurrir a una tributación por períodos –dice este autor–, esto no afecta la validez temporal del Derecho penal, pues no se trata de una regulación vinculada al tiempo, sino de una técnica de liquidación que recurre a períodos de tiempo para un mejor control y organización de la recaudación tributaria[116].

---

monto de la deuda tributaria, de manera que un cambio de contenido en las leyes tributarias debe también tener efecto en la determinación de la ley penal. Similarmente, GRIBBOHM, *LK* § 2, n.m. 37.

(114) Así, fundamentalmente, FRANZHEIM, *NStZ* 1982, p. 137 y s.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, § 370, n.m. 10.3; SAMSON, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson, § 369 n.m. 25a; LASCURAÍN SÁNCHEZ, www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002]; PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281. Por su parte KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278, señala que no puede hacerse una afirmación general sobre el carácter temporal del tipo penal de defraudación tributaria, sino que este carácter depende de la regulación tributaria específica; en este sentido, sólo una consideración individualizada permite determinar si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco temporal, lo cual debe hacerse con una valoración *ex ante* de la específica legislación tributaria (del impuesto a la renta, a las ventas, etc.).

(115) Cuando menos para los casos del impuesto a la renta y el impuesto a las corporaciones, pues en impuestos en los que se persigue un determinado objetivo político-fiscal puede presentarse una ley temporal. Vid., con mayor profundidad, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 40 y ss.; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 84.

(116) Vid., con mayor detalle, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

Los argumentos expuestos muestran que la discusión doctrinal parece haberse centrado en el criterio material de una ley penal temporal, es decir, en su condicionalidad temporal. Sin embargo, como ya lo hemos mencionado anteriormente, no basta la existencia de tal condicionalidad para hablar de una ley temporal, sino que además es necesario el establecimiento de un período de vigencia por parte del legislador (de manera directa o indirecta). La argumentación de Tiedemann parece orientada a demostrar que, a pesar incluso del establecimiento de un período de vigencia por parte de la ley tributaria complementaria, falta en muchos casos la base material para considerar la ley penal en blanco como una ley temporal, pues se trata de una cuestión de técnica legislativa y no propiamente de una condicionalidad temporal. Sólo cabría una ley penal temporal si el objeto de regulación tuviese lugar en un único o en pocos períodos determinados[117].

Por nuestra parte, consideramos, por el contrario, que es posible afirmar el carácter de ley temporal en el caso de delitos tributarios cuya norma tributaria complementaria tiene una vigencia temporal determinada[118]. Como el propio Tiedemann lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal[119], de manera que resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. En este sentido, el elemento decisivo resulta el criterio formal de un plazo de vigencia establecido por el legislador. Si el legislador ha fijado expresamente, por vía directa o indirecta, un plazo de vigencia, no habrá ninguna razón de fondo para negar el carácter temporal de esta ley penal. Sólo en caso de que se trate de un cambio de la identidad de la sociedad en el sector de la recaudación tributaria (por ejemplo, una derogación del impuesto), pueden declararse impunes los casos antiguos de defraudación[120]. Precisamente

---

[117] Vid., en este sentido, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

[118] En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 117.

[119] Cfr., Tiedemann, Voz: "Zeitgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

[120] Similarmente, Piña Garrido, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281.

para estos casos resulta aplicable la última parte del artículo 8 del Código penal que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos[121].

III. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL ESPACIO: EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Otro de los aspectos que repercute en la aplicación de la ley penal económica, constituye su delimitación espacial. Ya que la pretensión de vigencia del ordenamiento jurídico-penal no puede ser universal, resulta necesario establecer ciertos márgenes a tal pretensión. Las reglas sobre la vigencia temporal de la ley penal, así como las referidas a su vigencia espacial, establecen precisamente límites a la aplicación de las leyes penales[122]. De la vigencia de la ley penal económica en tiempo ya nos hemos ocupado, por lo que nos dedicaremos en este apartado exclusivamente de la vigencia de la ley penal económica en el espacio. En las cuestiones generales de este tema, no pretendemos abordar todos los aspectos referidos a la ley penal en el espacio, sino solamente dar una visión general de la cuestión y entrar con mayor profundidad en ciertos problemas específicos de mayor relevancia para el Derecho penal económico.

1. Cuestiones generales

Por la propia división de la sociedad mundial en países y el distinto grado de desarrollo cultural que existe entre los mismos, no puede afirmarse hoy en día la existencia de un único orden normativo universal[123]. En este sentido, la configuración de las expectativas

---

[121] Vid., similarmente, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278.

[122] En este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 4, n.m. 1.

[123] Ciertamente se habla ahora con mucha fuerza de una justicia universal, sobre todo frente a los llamados delitos contra la humanidad. Sin embargo, hablar a partir de este fenómeno de internacionalización de un orden normativo supranacional resulta bastante aventurado. La primera cuestión que habría que responder es si se trata efectivamente de un orden supraestatal con propios mecanismo de restabilización o simplemente de aspectos comunes de distintos

normativas de conducta y la forma de restabilizar su defraudación, adquieren sus rasgos característicos según la organización social de cada comunidad y el propio sistema político asumido. Con ello se confirma la tesis de que la defraudación y la restabilización de expectativas normativas no tienen lugar en el plano de la idealidad, sino en directa referencia con una sociedad determinada.

La existencia de Estados con sus propios ordenamientos jurídicos lleva necesariamente a la conclusión de que el ámbito de vigencia de cada ordenamiento jurídico no puede ser universal[124]. En este sentido, se requiere de una delimitación del ámbito espacial sobre el cual resulta aplicable una ley penal[125]. Para determinar hasta dónde llega la aplicación del Derecho penal interno de un Estado, se han establecido un conjunto de criterios agrupados bajo el nombre de Derecho penal internacional[126]. Pero si bien se usa el predicado de internacional, no se trata de un Derecho entre los Estados[127], ni

---

ordenamientos particulares que se solucionan conjuntamente. Una descripción de este fenómeno, Ragués i Vallès, *La ley*, abril de 2001, p. 1 y ss.; Werle, *JZ* 2001, p. 885 y ss.

[124] Una pretensión de vigencia universal mantenía Binding, *Handbuch*, I, p. 372. En contra de este parecer, Neumann, *FS-Müller-Dietz*, p. 602 y s.

[125] En este sentido, Vogler, *FS-Grütner*, p. 150.

[126] En este sentido, Schultz, *FS-von Weber*, p. 307; Eser, en Schönke/ Schröreder *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 2; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 6, n.m. 583; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 150, indican que no se trata de normas de Derecho internacional público, sino de normas de Derecho interno referentes a la aplicación de la ley penal interna. Crítico frente a la denominación de Derecho penal internacional en oposición al Derecho internacional penal, Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 271 y s. Sobre las diversas acepciones del Derecho penal internacional, las cuales no se reducen solamente a la aplicación de la ley penal sino que abarcan el Derecho internacional público, el Derecho supranacional y el Derecho de asistencia jurídica, vid., Jescheck, *FS-Maurach*, p. 579; Oehler, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 1 y ss.; Gardocki, *ZStW* 98 (1986), p. 703 y ss. Que en el futuro pueda haber una configuración unitaria de estos aspectos, resulta posible en atención a los procesos de internacionalización del Derecho penal, como lo señala, Gardocki, *ZStW* 98 (1986), p. 718 y s.

[127] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 25, n.m. 400.

tampoco de un Derecho de colisión como el Derecho internacional privado, pues no se pretende solucionar los conflictos en el ejercicio del poder estatal por parte de diversos Estados[128]. Se trata, más bien, de aspectos referidos a la vinculación del ordenamiento jurídico con una sociedad concreta, en tanto constituyen una condición para su vigencia.

El Estado, a través del legislador, establece las conductas que afectan la identidad normativa de la sociedad que personifica y la pena aplicable en caso de una eventual realización de tales conductas. En principio, no interesa el lugar en el que se realicen las conductas defraudatorias, sino su capacidad de cuestionar la identidad normativa de la sociedad de la que se trate[129]. Sin embargo, la soberanía del Estado, entendida como la capacidad para imponer efectivamente una sanción penal por la realización de un delito, se encuentra limitada por el territorio sobre el cual el Estado se asienta[130]. Por esta razón, la doctrina especializada, a propósito de la aplicación espacial de la ley penal, parte del principio de territorialidad para determinar su ámbito de vigencia[131]. Para que el Derecho

---

(128) Mantiene una visión del Derecho penal internacional como Derecho de colisión, SCHULTZ, *GA* 1966, p. 193. En contra de esta interpretación, ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 33 y s.; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 22; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; NEUMANN, *FS-Müller-Dietz*, p. 596. Una posición intermedia asumen JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 161 y s., en tanto el Derecho penal internacional constituye en una segunda línea un derecho de aplicación del Derecho penal; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 102 con la idea de un Derecho de colisión unilateral.

(129) De manera similar, VOGLER, *FS-Grützner*, p. 155; ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 65.

(130) Similarmente, OEHLER, FS-Grützner, p. 111; EL MISMO, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 152; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, PG, I, p. 457. Por el contrario, BINDING, *Handbuch*, I, p. 372; TAFEL, *Die Geltung*, p. 1, consideraban que la soberanía del Estado particular no podía limitarse a su territorio.

(131) En este sentido, OEHLER, *FS-Grützner*, pp. 112, 115; EL MISMO, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 122; EL MISMO, Voz: "Internationales Strafrecht", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 5; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT,

penal pueda abarcar hechos cometidos fuera del propio territorio, pero que afectan igualmente la identidad normativa de la sociedad[132], no basta la simple voluntad legislativa de tipificar hechos cometidos en el extranjero (la soberanía del Estado no alcanza a los territorios ajenos), sino que se necesita invocar otros criterios que permitan fundamentar la imposición de una sanción más allá del espacio territorial[133].

Con el fin de poder aplicar la ley penal también a ciertas conductas lesivas cometidas fuera del territorio nacional, se han elaborado en la doctrina penal determinados principios jurídicos con los que resulte posible justificar la sanción de hechos no abarcados por el principio de territorialidad[134]. Debe reconocerse, sin embargo, que mediante esta extensión de la vigencia de la ley penal más allá del propio territorio, sólo se afirma el carácter defraudatorio de los hechos cometidos en el extranjero, pero no se garantiza la efectiva restabilización de la expectativa defraudada por medio de la impo-

---

p. 167; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 4, n.m. 3; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 150; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 141; Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 1, p. 272. Una exposición de razones opuestas al predominio del principio de territorialidad, Schönke, *FS-Mezger*, p. 105 y ss.

(132) Similarmente, Henrich, *Das passive Personalitätsprinzip*, p. 17. Se muestra crítico ante una fundamentación de los principios de determinación de la vigencia espacial de la ley penal con base en una teoría de la pena, Oehler, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 116, sin embargo, más adelante fundamenta estos principios en la protección del Estado y la solidaridad entre éstos (n.m. 121 y ss.). La pregunta será si la función de la pena no es la protección del Estado o, mejor dicho, de la sociedad.

(133) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 5; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 165; Hoyer, *SK* preliminares al § 3, n.m. 17 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 155.

(134) Vid., en este sentido, Berner, *Wirkungskreis*, p. 125 y ss., quien habla de principios complementarios al principio de territorialidad. Actualmente hablan de principios de vinculación, Lemke, *NK* preliminares a los §§ 3 hasta 7, n.m. 7; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 166; Henrich, *Das passive Personalitätsprinzip*, p. 17.

sición de una pena estatal. En estos casos, la materialización de la sanción no depende ya exclusivamente de la estructura institucional del Estado, sino de factores de política internacional o asistencia judicial entre Estados (normas de Derecho internacional público)[135]. La restabilización de la expectativa defraudada debe contentarse en estos casos con el proceso judicial iniciado y el procedimiento de extradición, del mismo modo que en los delitos en los que no se ha podido encontrar o condenar al delincuente (por su muerte, por ejemplo).

Para justificar la aplicación excepcional de las leyes penales nacionales a hechos cometidos fuera del territorio se han desarrollado el principio de personalidad, el principio de protección, el principio de Justicia universal y el principio de Administración de Justicia en representación. El último de los mencionados no constituye, en rigor, una respuesta jurídica contra perturbaciones de la propia sociedad, sino una especie de delegación de facultades punitivas a un Estado por parte de otro, con la finalidad de sancionar perturbaciones a su orden normativo[136]. Por lo tanto, sólo con los cuatro primeros principios puede fundamentarse una vigencia de las leyes penales internas más allá del ámbito territorial soberano, apoyándonos en la idea común de que si bien se trata de hechos que han sido cometidos en el extranjero, afectan igualmente la identidad normativa de la sociedad nacional.

Para terminar nuestras consideraciones generales sobre la vigencia espacial de la ley penal, conviene precisar que las reglas mencio-

---

(135) Similarmente, NEUMANN, *FS-Müller-Dietz*, p. 600; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 3, al indicar que el Derecho internacional público (*Völkerrecht*) sólo tiene importancia sobre la cuestión de si y en qué medida el legislador penal nacional puede ampliar su potestad punitiva. En este sentido, el Derecho penal internacional no se explica con la teoría de los dos niveles desarrollada por SCHULTZ, *GA* 1966, p. 193 y ss., (y recogida por JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 163 y s.; GRIBBOHM, *LK* preliminares al § 3, n.m. 3), según la cual en un primer nivel se resuelve hasta dónde un Estado puede ejercer su poder punitivo, mientras que en el segundo nivel se decide si se aplica el Derecho nacional o extranjero.

(136) Vid., en este sentido, OEHLER, *FS-Grützner*, p. 120; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 12; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 170.

nadas se encuentran presentes en la ley penal misma, en tanto el delito constituye una defraudación de expectativas en una concreta organización social y la pena la restabilización de la expectativa defraudada en esa sociedad. Esto significa que los presupuestos de la aplicación espacial de la ley penal forman parte de los elementos del tipo penal, aun cuando no estén mencionados expresamente en el mismo[137]. Sólo en aquellos delitos en los que se protege el Estado y las peculiaridades de su ordenamiento, se realiza una mención específica del ámbito de vigencia espacial, pero justamente porque en estos casos la vigencia de la ley penal sobrepasa la delimitación territorial, como lo muestran los delitos de organización de grupo armado del artículo 326 y de violación de la soberanía extranjera del artículo 337 del Código penal.

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico

Una de las características fundamentales de la economía moderna es su internacionalización[138]. Como todos sabemos, el fenómeno de la globalización de la sociedad moderna tiene repercusiones

---

(137) En el mismo sentido, Lemke, *NK* preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; Eser, en Schönke/Schröder, *StGB*, preliminares a los §§ 3-7, n.m. 1; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 12. Esta complementación tiene lugar por la norma general del artículo 1 primer párrafo o mediante una interpretación de tipos penales específicos de la parte especial, como el caso de delitos de seguridad en el tráfico rodado (se refieren a las reglas de tránsito vigentes en el Perú). De una opinión distinta, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 180, lo cual tiene una repercusión especial en el dolo, pues si las reglas de aplicación de la ley penal se reconocen como parte del injusto, tendrán que ser abarcadas por el dolo del autor. Una opinión intermedia sostiene Zieher, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 49 y ss., en tanto considera que hay aspectos del ámbito de validez de la ley penal que son neutrales al tipo, mientras que otros asumen funciones típicas. Finalmente hay quienes, como Schroeder, *GA* 1968, p. 353 y ss.; El Mismo, *NJW* 1969, p. 81, que entiende que estas normas forman parte de la norma secundaria dirigida al juez para imponer la sanción correspondiente, pero no se trata de una norma primaria dirigida al ciudadano que deba ser incluida por el dolo.

(138) Vid., ampliamente sobre este fenómeno, Carmona, *Premesse*, p. 24 y ss.

directas en el ámbito de la economía[139]. Los procesos económicos y la realización de actividades de las grandes empresas no pueden verse ya de manera parcial en función de un determinado territorio, sino, más bien, como parte de un proceso global que incluye a diversos países[140]. En este nuevo contexto, resulta acertada la afirmación de OTTO de que la criminalidad económica supera las fronteras nacionales[141], en la medida que las transacciones económicas de carácter delictivo ya no se realizan de manera exclusiva dentro de un determinado país, sino en diversos territorios nacionales con legislaciones penales diferentes[142]. Pero la internacionalización de la economía no sólo se aprecia desde la perspectiva de la criminalidad, sino también desde la de los órganos de dirección de la política económica. El surgimiento de un mercado global ha traído consigo la instauración de una política de producción, venta y de consumo también globalizada[143]. La materialización de esta política globalizada de la economía en normas jurídicas ofrece las condiciones para la aparición de un Derecho penal económico de carácter supranacional[144].

---

(139) Vid., con mayor detenimiento, FLICK, *RTDPE* 3 (2000), p. 591 y ss.

(140) Vid., BOTTKE, *Revista penal* 4 (1999), p. 22; BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Revista penal* 6 (2000), p. 4; DE LA CUESTA AGUADO, en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.), p. 191; GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 369. En concreta referencia a las grandes empresas multinacionales, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 5.

(141) OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 373. En el mismo sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 4.

(142) Cfr., en este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 373; OEHLER, Voz: "Internationales Strafrecht", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; BAIGÚN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 657; ESER, *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 21. Vid., este problema de la internacionalidad de la criminalidad, sobre todo en el Derecho penal económico y del medio ambiente, en TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 196 y ss.; MICHALKE, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 29 y ss.

(143) Cfr. DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 1.

(144) Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 42.

Si apreciamos el proceso actual de internacionalización del Derecho penal, podrá constatarse que éste ha tenido lugar en dos ámbitos específicos: en la protección penal de derechos humanos fundamentales y en el ámbito de la economía[145]. En los procesos de integración económica, que siempre interesan a la política de los países, este proceso se ha desarrollado de forma mucho más rápida[146]. Por ejemplo, en los países europeos la existencia de un mercado común y la necesidad de reforzar los objetivos económicos comunes han hecho necesario un refuerzo jurídico a través del Derecho comunitario[147]. Sin embargo, hasta ahora no ha podido concretarse un Derecho penal europeo en sentido estricto, fundamentalmente por la falta de una renuncia a la soberanía nacional de cada uno de los Estados miembros[148]. Si bien la actividad sancionatoria mediante multas, inhabilitaciones, etc., se ha extendido ampliamente en el ámbito de la Unión Europea, resulta discutible si existe en estas sanciones una coactividad propia o dependen aún del país

---

(145) Vid., en este sentido, Weigend, *ZStW* 105 (1993), p. 795 y ss.; Müller-Gugenberger, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 5 n.m. 2 y s; Ragués i Vallés, *La Ley*, 17 de abril del 2002, p. 1.

(146) Vid., en este sentido, Ragués i Vallés, *La Ley*, 17 de abril de 2001, p. 1.

(147) Cfr. Müller-Gugenberger, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 5 n.m. 1 y ss.; Sieber, en *Hacia un Derecho penal*, p. 605 y ss.; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 374. Sobre la utilización del Derecho comunitario para una interpretación de los tipos penales de Derecho nacional que protegen intereses comunitarios, Dannecker, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), pp. 162 y s., 179 y ss. Sobre la configuración de un Derecho penal económico en el marco del Mercosur, Spolansky, en *Teorías actuales*, p. 459 y ss.; Baigún, en *Teorías actuales*, p. 483 y ss. Vid., en general, sobre los procesos de regionalización de la lucha contra la delincuencia económica (Unión Europea, Mercosur, etc.), Tiedemann, *Einführung*, p. 5.

(148) Del Tratado de la Comunidad Europea resulta que la comunidad no tiene competencias para la creación de un Derecho penal. Cfr. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 216; El Mismo, *NJW* 1993, p. 23; Sieber, *ZStW* 103 (1991), p. 957 y s.; El Mismo, en *Hacia un Derecho penal*, p. 619; Dannecker, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 162; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 375.

correspondiente para hacerlas efectivas[149]. Para hacer efectivo este Derecho resulta necesaria la utilización de mecanismos del Derecho internacional[150], lo cual depende en gran medida de la voluntad de cada país. En cualquier caso, el parecer dominante considera que la potestad sancionatoria de la Unión Europea se reduce al ámbito administrativo sancionador y no se extiende a lo propiamente criminal[151].

Con independencia de la conformación o no de un Derecho penal económico supranacional, el fenómeno de la internacionalización de la criminalidad económica juega un papel relevante también en la configuración del Derecho penal interno de los países integrados en un mercado común. Por un lado, el sometimiento a una regulación comunitaria vincula a los Estados miembros a sancionar leyes penales que, de manera homogénea, protejan los intereses económicos comunes[152]. En este sentido, también vienen a constituirse en parte de la identidad normativa de una sociedad nacional aquellos principios que sustentan el desarrollo de los intereses económicos comunitarios o regionales. Una labor fundamental para llevar a cabo esta labor de asimilación es integrar maneras diferentes de comprender la sociedad y la propia función del Derecho (penal)[153].

---

(149) Niega la existencia de una coactividad, MÜLLER-GUGENBERGER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 5 n.m. 7.

(150) Vid., en este sentido, WEIGEND, *ZStW* 105 (1993), p. 777.

(151) Solamente está autorizado a elaborar dispositivos que impongan multas (art. 87 IIa del Tratado de la Comunidad Europea). Vid., en este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 374; TIEDEMANN, *NJW* 1993, p. 27; EL MISMO, *Einführung*, p. 43; EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, p. 52; MÜLLER/WABNITZ/JANOVSKY, *Wirtschaftskriminalität*, p. 19.

(152) Vid., en este sentido, BOTTKE, *wistra* 1991, p. 5; SIEBER, *ZStW* 103 (1991), p. 965; TIEDEMANN, *NJW* 1993, p. 23; DANNECKER, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 171; MÜLLER/WABNITZ/JANOVSKY, *Wirtschaftskriminalität*, p. 19: "el Consejo de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a proteger penalmente mediante leyes nacionales los intereses financieros de la Unión".

(153) Vid., en este sentido, WEIGEND, *ZStW* 105 (1993), p. 775; SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 11 y ss.; CARMONA, *Premesse*, p. 116 y ss. Un paso en este sentido constituye la elaboración del *Corpus Iuris* para la

Por otro lado, la internacionalización de la economía afecta el alcance de los criterios de aplicación de la ley penal en el espacio –fundamentalmente, del principio de territorialidad[154]–, en tanto que con base en el mismo sólo podría hacerse frente a la parte de los procesos delictivos desarrollados dentro del territorio nacional[155]. Esta situación repercute, pues, en la propia configuración de los tipos penales económicos, ya que la limitación espacial de la persecución obligaría a recurrir a figuras o mecanismos pensados especialmente para castigar estas conductas. Si bien una lucha contra la criminalidad económica internacional (lavado de dinero, por ejemplo[156]) requiere de mecanismos procesales y políticos adecuados para hacer efectiva una persecución penal, esto no releva al Derecho penal económico de contribuir a ello con mecanismos de imputación más idóneos.

Las dificultades sustantivas que presenta la internacionalidad de la criminalidad económica se deben no sólo al hecho de que las operaciones económicas se llevan a cabo en varios países, sino también a la compleja participación de diversas personas en la fase de preparación, ejecución y consumación del delito. Por ejemplo, en el delito de lavado de activos mediante la salida del país del dinero ilícito y su repatriación como dinero lícito, se presenta por lo general una participación activa de bancos e intermediadores financieros,

---

protección de los intereses financieros de la Unión Europea y el documento de los "Eurodelitos". Vid., sobre el primero, Bajo Fernández/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 313 y ss.; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 380 y s.; sobre el segundo, *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Tiedemann (dr.), Cuenca, 2004.

(154) Destaca las excepciones del principio de legalidad en el Derecho penal económico, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 384.

(155) Cfr., en este sentido, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 373. Vid., este problema de la internacionalidad de la criminalidad sobre todo en el Derecho penal económico y del medio ambiente, Michalke, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, Lüderssen (Hrsg.), p. 29 y ss.

(156) Vid., en este sentido, Fabel, *Geldwäsche*, p. 45 y s.; Suárez González, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 676.

de empresas fachadas o efectivamente constituidas, que tienen su sede social en el extranjero[157]. En estos casos, la determinación de la ley penal aplicable resulta ciertamente controvertida, sobre todo si se quiere castigar a todos los participantes en el hecho. Esta situación puede complicarse aún más cuando el aporte al hecho realizado en el extranjero puede incluso individualizarse como un acto de participación, como es el caso, por ejemplo, de la instigación al delito que se hace desde empresas multinacionales o una sociedad madre domiciliada fuera del país. Frente a esta problemática puede reaccionarse de dos maneras con el Derecho penal nacional.

Una primera solución legislativa consistiría en realizar una tipificación parcial del hecho en el sentido de penalizar, a través de delitos de peligro, conductas que solamente constituyen la parte del injusto realizado dentro del territorio nacional (acto preparatorio o una cooperación en el hecho ajeno). Esta solución tiene ciertamente la ventaja de cubrir al menos ciertos vacíos de punibilidad, pero presenta problemas dogmáticos sobre todo porque no lleva a cabo una completa reproducción típica del injusto penal. Con esta técnica de tipificación puede caerse fácilmente en tipos penales de sospecha que resultan claramente incompatibles con el principio constitucional de presunción de inocencia. Pese a la importancia de esta problemática, aquí no vamos a abordarla, pues se trata de cuestiones de imputación de responsabilidad penal y no de vigencia espacial de la ley penal.

En este apartado nos vamos a ocupar, más bien, de la segunda forma de hacer frente a la criminalidad económica internacional, en la que se parte de un tipo penal que abarca la conducta realizada, en todo o en parte, fuera del territorio nacional. La internacionalidad del delito se ha presentado usualmente de dos formas: como un delito a distancia o como un delito de tránsito. En el delito a distancia la actuación económica de carácter delictivo se realiza en un país y el resultado lesivo se materializa en otro[158], mientras que en el delito

[157] Vid., COZ RAMOS, *Thémis* 35, p. 82.

[158] Sobre el delito de distancia (*Distanzdelikt*) LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 4; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 5; ESER, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 9,

de tránsito sólo una parte de la acción delictiva se verifica dentro de un país, teniendo lugar el resto de la acción delictiva y el resultado en otros países. Para resolver estos problemas de aplicación de la ley penal en el espacio, el sistema penal ha desarrollado el principio de ubicuidad que autoriza la utilización del Derecho penal nacional, pese al carácter parcialmente foráneo del hecho en estos tipos de delitos. Del alcance y las repercusiones de este principio nos ocuparemos enseguida. Pero debe señalarse que los actuales problemas de internacionalidad del delito no se limitan a los hechos realizados parcialmente en el territorio nacional, sino que se amplían a hechos realizados completamente en el extranjero. De hecho, actualmente se habla de una transnacionalidad del delito, por ejemplo, en la criminalidad organizada, en donde se considera la posibilidad de aplicar la ley penal a delitos que se cometen en un solo Estado, pero entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado (artículo 3 de la Convención de Palermo de 2000). Para poder justificar esta aplicación extensiva de la ley penal nacional hay que recurrir al principio de protección y al principio de universalidad. De ambos principios nos ocuparemos también enseguida.

A. El principio de ubicuidad

a. Alcance

El principio de territorialidad, asumido como el punto de vinculación primario por nuestro Código penal, no exige como condición para su utilización que el delito haya sido realizado completamente en todas sus fases dentro del territorio nacional[159]. El artículo

n.m. 3; Busch, *Die Übiquitätsregel*, p. 1; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 145. Sobre la importancia de los delitos a distancia en el Derecho penal económico, Oehler, Voz: "Internationales Strafrecht", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

(159) Si mediante un principio de vinculación del Derecho penal internacional (para lo que aquí nos interesa, el principio de territorialidad) se justifica la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a un determinado hecho delictivo, esto autoriza no sólo a que se juzgue la parte realizada dentro del

5 del Código penal recoge como criterio de determinación del lugar del hecho el llamado principio de ubicuidad, conforme al cual se entiende que el delito se ha cometido tanto en el lugar donde se ha realizado la acción como donde se ha producido el resultado[160]. En consecuencia, la ley penal peruana podría aplicarse también en el caso de delitos a distancia o de tránsito en los que una parte de la acción o el resultado se materializan en el territorio nacional. La doctrina penal aparentemente no comparte esta solución, al menos para el caso de los delitos de tránsito. En el ejemplo clásico de estos delitos de la carta injuriante que escribe un sujeto desde el país A dirigida a otro sujeto que vive en el país B y que pasa por los países C y D, la respuesta de la doctrina ha sido clara en el sentido de negar la competencia del Derecho penal interno de los países C y D[161]. Sin embargo, si planteamos el caso de forma más compleja, podrá verse con facilidad que en los países de tránsito puede presentarse igualmente una defraudación de expectativas normativas de conducta que justifique la aplicación del Derecho penal interno.

Supongamos, para hacer más real nuestra exposición, un proceso de lavado de activos en el que el dinero pasa por distintos países en un circuito económico organizado para impedir precisamente el

territorio nacional sino la globalidad del hecho delictivo. En este sentido, LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 38.

(160) Vid., sobre el principio de ubicuidad, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 246 y ss.; EL MISMO, Voz: "Internationales Strafrecht", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; JUNG, *JZ* 1979, p. 326; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 32, como teoría de la unidad; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 4; MARTIN, *Strafbarkeit*, p. 7; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 154; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 148 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 7, n.m. 632 y ss.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 5, p. 307 y ss. En la sentencia de la Corte Suprema Exp. N° 4124 98 Callao de 18 de marzo de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 1 (1999), p. 320], parece entenderse que el principio de ubicuidad se limita al lugar donde se producen los efectos del delito.

(161) Vid., así, por ejemplo, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, §1, n.m. 267; LEMKE *NK* § 9, n.m. 11; HURTADO POZO, *Manual*, PG, 2ª ed., p. 216 y s. De otro parecer, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 12.

seguimiento del dinero por parte de organismos de control nacionales. Si en el Perú no está permitido participar en estos circuitos de lavado (artículo 1 de la Ley contra lavado de activos 27765), una participación parcial en el mencionado circuito significa la defraudación de la norma penal y, por tanto, la posibilidad de sancionar el delito con base en el Derecho penal peruano. En este sentido, no será necesario que la acción delictiva se realice plenamente en el Perú para poder abarcarlo mediante el principio de ubicuidad (por el lugar de la acción), sino que basta que se produzca una conducta dentro del país que infrinja un rol jurídicamente establecido, para que se entienda que el delito ha sido realizado en el Perú. Si en el caso de la carta injuriante la doctrina tradicional no consideró aplicable el Derecho penal de los países de tránsito, seguramente fue porque los carteros en los países de tránsito cumplían exclusivamente con su rol de tales.

Las ventajas que ofrece el principio de ubicuidad para resolver los delitos cometidos en diversos países no debe, sin embargo, desnaturalizar el principio de territorialidad. En este sentido, consideramos que el tenor literal del artículo 5 que regula el principio de ubicuidad, resulta demasiado amplio, pues, por un lado, habla del lugar de actuación y omisión de la obligación de actuar de los autores y partícipes, mientras que respecto del resultado utiliza el término general de "efectos del delito". En la medida que con una redacción tal podría incluirse supuestos que claramente rompen con la idea mínima de territorialidad y entran en ámbitos propios de otros principios de vinculación del Derecho penal internacional, resulta necesaria una interpretación sistemática coherente que no desdibuje los distintos principios de la aplicación de la ley en el espacio. Para alcanzar este orden sistemático, el artículo 5 del Código penal tendrá que interpretarse restrictivamente[162].

En primer lugar, resulta conveniente referir la parte de *la actuación o la omisión de la obligación de actuar del autor y partícipe* solamente al hecho principal. Los actos preparatorios por sí mismos no tienen

[162] Vid., en el mismo sentido, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 6, n.m. 633.

que estar incluidos en esta regulación[163], pues, de lo contrario, se podría llegar a resultados contradictorios en caso de tratarse de una actuación del autor o una del partícipe. Si, por ejemplo, un autor realiza los actos preparatorios dentro del Perú y luego la acción típica completamente en el extranjero, no podrá ser alcanzado por el principio de ubicuidad, pues en el Perú no ha realizado aún ninguna acción delictiva, en tanto los actos preparatorios como tales no son punibles[164]. Sin embargo, el caso de un partícipe que dentro del territorio nacional contribuye solamente en la fase preparatoria del hecho, podría ser alcanzado por la redacción literal del artículo 5 del Código penal, en tanto se considera que lugar de comisión del hecho es también aquel en el cual el partícipe ha actuado u omitido su obligación (de no favorecer la comisión de un delito). Como puede verse, una misma actuación puede en algunos casos caer dentro y en otros fuera del principio de territorialidad sin una razón material que lo justifique. Por ello, resulta necesaria una interpretación coherente del principio de territorialidad que deje fuera del principio de ubicuidad la fase preparatoria del hecho[165]. Esta propuesta alternativa de interpretación se corresponde más con los ámbitos de libertad ofrecidos por las leyes penales.

El segundo aspecto de la redacción del artículo 5 del Código penal que puede presentar problemas interpretativos está referido a los llamados efectos del delito. Conforme a la redacción legal, también se considera lugar del hecho el sitio donde se producen los efectos del delito, de manera que no sólo importa el resultado típico del delito, sino también todas sus repercusiones inmediatas e incluso mediatas[166].

---

(163) En este sentido, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 8, salvo que constituya la parte de un coautor.

(164) Una situación distinta resulta si el Derecho penal interno considera expresamente esta conducta preparatoria por sí misma como delictiva, pero debe precisarse que no se tratará, en rigor, de un delito a distancia, sino de un delito cometido plenamente dentro del territorio nacional.

(165) Por el contrario, a favor de una interpretación extensiva GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 26.

(166) Reconoce la mayor amplitud de este término frente al de resultado, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 6, n.m. 633. Existe cierta jurisprudencia alemana que

Con una interpretación tal se estaría, sin embargo, incluyendo completamente el principio real o de protección en el principio de territorialidad, pues si como consecuencia del delito se ven afectados intereses nacionales, el efecto perjudicial habrá tenido lugar sin duda dentro del Perú. Por esta razón, conviene que el término "efectos" en la aplicación del principio de territorialidad se interprete restrictivamente, de manera que sólo se haga referencia a los resultados inmediatos de la acción delictiva(167).

b. El lugar del delito en la autoría y la participación

Una cuestión problemática de central importancia en relación con el principio de ubicuidad se suscita respecto de si el Derecho penal interno resulta aplicable a los autores y partícipes que se encuentran en otros países. Para poder proyectar criterios adecuados de solución, habrá que determinar hasta qué punto la actuación de los autores y partícipes puede ser abarcada por el principio de territorialidad determinado con base en el principio de ubicuidad. Antes de entrar en esta cuestión, hay que señalar que no se trata de ofrecer criterios de determinación de la autoría y participación mediante el principio de territorialidad (o el Derecho penal internacional), sino de compatibilizar la autoría y participación con las normas que regulan la vigencia espacial de la ley penal(168).

El principio de ubicuidad no alcanza al autor que realiza el delito completamente fuera del país o que realiza dentro del país sólo la fase preparatoria, pues su proceder no constituye una conducta prohibida en el sistema jurídico interno. La realización del delito que constituye el fundamento de la punición, se verifica en todo caso

---

amplía igualmente el concepto de resultado a las consecuencias mediatas (lugar del hecho por el resultado lesivo es también el domicilio de la sociedad madre por el daño patrimonial de la sociedad hija en caso de una infidelidad patrimonial). Sobre esto, vid., MARTIN, *Strafbarkeit*, p. 10.

(167) Que no debe ser necesariamente de relevancia típica, en este sentido, MARTIN, *Strafbarkeit*, p. 14 y s.

(168) Vid., esta idea en SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 61; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 32.

fuera del territorio nacional, de manera que no hay una defraudación de expectativas en el ordenamiento jurídico interno. Si, por el contrario, el delito es realizado, o su resultado se verifica, dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en estos casos sí existe una infracción relevante del ordenamiento jurídico interno. Del mismo modo, el coautor y autor mediato que se encuentran en el extranjero cuando el delito es ejecutado dentro del país, también son alcanzados por el principio de ubicuidad, pues el hecho que tiene lugar dentro del territorio nacional (ejecución o consumación) se les imputa como propio a pesar de no haberlo ejecutado directamente(169). El hecho realizado dentro del país es también un hecho del coautor y del autor mediato.

El que toma parte en la fase preparatoria realizada dentro del país respecto de un delito ejecutado fuera del país, no puede ser castigado tomando en cuenta el Derecho penal interno, pues se trata de una actuación aún permitida(170). En este caso, el fundamento para

(169) Vid., así, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 10; LEMKE, *NK* § 9, n.m. 8. Ya en este sentido, TAFEL, *Die Geltung*, p. 40; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 42; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 36, aunque desde una perspectiva en cierta medida naturalista. En el Perú, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 6, n.m. 659 y s. De otro parecer, HOYER, *SK* § 9 n.m. 5.

(170) Así LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 35 señala: "La actuación del partícipe es en sí misma un acto impune, jurídico-penalmente indiferente", aunque luego lo vincula por la accesoriedad al hecho del autor y con base en la unidad del hecho, afirma la competencia del Derecho penal interno para ser aplicado a estos casos (p. 43). Esto se corresponde con la actual regulación penal alemana del parágrafo 9 inciso 2 segunda parte StGB, en donde se establece que el Derecho penal alemán se aplica al partícipe en un hecho cometido en el extranjero, aun cuando la ley extranjera no sancione ese hecho. Consideran, en este sentido, que estos supuestos de participación también están abarcados por el Derecho penal interno, BINDING, *Handbuch*, I, p. 425; MEILI, *Lehrbuch*, p. 126 y ss.; WEGNER, *FS-Frank*, I, p. 145; SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), pp. 79, 94; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 45 y ss.; ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 39. Por el contrario, FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 31 consideraba que si el Derecho extranjero no castiga la conducta del autor, no resulta posible castigar al partícipe con el Derecho nacional. En este sentido, NEUMEYER, *ZStW* 23 (1903), p. 440, señaló que el carácter delictivo de la actividad de un

sancionar la conducta del partícipe se ha verificado fuera del país (la realización del delito), de manera que no puede ofrecerse un criterio válido desde el principio de territorialidad para castigar el hecho con el Derecho penal interno(171). Si, por el contrario, el resultado del delito se verifica dentro del país, entonces sí podrá aplicarse el Derecho penal interno, pues en este caso se presentan las condiciones para la utilización del principio de ubicuidad, concretamente, por el lugar del resultado(172). En caso que el partícipe tome parte en la ejecución de un delito realizado dentro del país no habrá mayor inconveniente para incluir este supuesto en el artículo 5 del Código penal, en tanto la acción o el resultado del hecho principal se verifican dentro del país y entran, por tanto, en el concepto de ubicuidad. En estos casos, el partícipe ha infringido su rol al favorecer la realización (o la consumación) de un hecho que se ha llevado a cabo o se ha realizado dentro del país.

Un tanto más complicado es el caso de una instigación o una participación en los actos preparatorios realizados en el extranjero, pues en estos casos la aportación del partícipe ha tenido lugar fuera del país. Si una empresa europea, por ejemplo, que ha fabricado productos defectuosos que no puede poner en el mercado europeo debido a un estricto control de calidad, le ofrece estos productos a una empresa peruana que efectivamente los importa(173), ¿habrá participado en el delito de tráfico de productos nocivos para la salud del artículo 288 cometido en calidad de autores por los admi-

---

inductor o cooperador de un extranjero que ha cometido un hecho en el extranjero sólo puede determinarse por el Derecho extranjero. En la actualidad mantiene este parecer, Jung, *JZ* 1979, p. 326, con mayores referencias, mientras que Gribbohm, *JR* 1998, p. 177, considera adecuada la regulación del StGB.

(171) El propio Lauterbach, *Internationales Strafrecht*, pp. 39, 44, indica que si no se ha infringido ninguna norma penal interna (alemana), no puede aplicarse la ley penal interna.

(172) En el mismos sentido, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 6, n.m. 661.

(173) Este es el conocido caso del "*product dumping*" que sobre todo se discute en la responsabilidad por el producto. Sobre esto vid., con mayores indicaciones, Vogel, *GA* 1990, p. 253 y s.

nistradores de la empresa nacional[174]? El aporte de la empresa europea se ha realizado completamente fuera del país, de manera que podría cuestionarse la legitimidad de aplicar el Derecho penal interno a los administradores de la empresa europea. Sin embargo, hay que tener presente que también el hecho del autor realizado dentro del país es un hecho del partícipe en el sentido de fundamento de la punición[175]. Pero no se trata de que el efecto de la participación esté incluido por sí mismo en el artículo 5 del Código penal, sino que la realización del delito (ejecución y consumación) es también el injusto del partícipe, de manera que si el delito tiene lugar dentro de territorio peruano, la participación también se ha llevado dentro de territorio peruano[176].

B. El principio real o de protección: ¿protección de intereses económicos?

El segundo grupo de supuestos problemáticos relevantes para el Derecho penal económico, lo ofrecen los casos en los que la conducta delictiva se realiza completamente fuera del país, pero afecta de manera mediata intereses económicos generales o particulares. Estos casos no pueden lógicamente ser abarcados por el principio de territorialidad[177], pues ni la ejecución del hecho ni el resultado

---

(174) Obviamente se necesita que los directores de la empresa extranjera tengan una idea general sobre la antijuricidad de su hecho en el Derecho penal peruano, sin requerirse de un conocimiento detallado. Vid., en este sentido, ZIEHER, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 69.

(175) BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 152, consideraba que el delito, en estos casos, era único y único también el tratamiento penal, aunque algunos hayan obrado en el extranjero.

(176) Similarmente, entienden como efecto de la participación la realización del hecho principal, TAFEL, *Die Geltung*, p. 41; SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 66 y ss.; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 43; BERGMANN, *Begehungsort*, p. 44. Igualmente, con base en la teoría de la ubicuidad y la accesoriedad de la participación, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 363.

(177) En relación al Derecho penal económico, destaca esta problemática, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 384.

del mismo tienen lugar dentro del territorio nacional. No obstante, existe otro principio de vinculación distinto al territorial que permitiría aplicar el Derecho penal interno a delitos cometidos fuera del país que afectan intereses nacionales. Se trata del llamado principio real o de protección que nuestro Código penal asume en el artículo 2 incisos 1, 2 y 3. La pregunta central será si dentro de este principio se incluye los intereses económicos[178].

El principio real o de protección permite castigar con el Derecho penal interno actos que se han realizado completamente en el extranjero, pero que afectan intereses nacionales. A diferencia del Código penal alemán[179], nuestro Código penal no recoge como aspectos a proteger los intereses económicos de las empresas peruanas. Solamente se hace una mención general en el artículo 2 inciso 3 a los intereses del Estado y, en especial, al orden monetario[180]. En este sentido, mediante el principio real o de protección asumido por nuestra legislación penal sólo podrá justificarse, en principio, la aplicación del Derecho penal nacional a delitos cometidos en el extranjero que afecten la economía nacional, es decir, que afecten la actividad económica del Estado. Sólo de manera muy limitada podrían sancionarse delitos económicos cometidos en el extranjero contra particulares nacionales mediante el recurso al llamado principio de personalidad pasiva (artículo 2 inciso 4),[181] para lo cual será necesario, por cierto,

---

(178) De manera afirmativa respecto del Derecho penal alemán, Hoyer, *SK* § 5, n.m. 18.

(179) Vid., la regulación del § 5 número 7 StGB, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 384; Oehler, *Internationales Strafrecht*, § 1, n.m. 583; El Mismo, Voz: "Internationales Strafrecht", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; Zieher, *Das sog. internationale Strafrecht*, p. 131 y s.

(180) Vid., Reyna Alfaro, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 2, p. 282 y s. Similarmente en la regulación española, Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 157; Polaino Navarrete, *Derecho penal*, PG, I, p. 495.

(181) Sobre la posibilidad de que el daño a los nacionales incluya los perjuicios económicos, vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 161. En España se consideran expresamente los delitos monetarios.

cumplir con otros requisitos adicionales (hecho susceptible de extradición, doble incriminación y el ingreso del autor en el territorio nacional).

C. El principio de universalidad

El artículo 2 inciso 5 del Código penal señala que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales. En este sentido, el compromiso del Estado de enfrentar delitos de carácter transnacional, como sucede con la Convención de Palermo respecto de la criminalidad organizada, permitiría aplicar la ley penal nacional a delitos cometidos en el extranjero. El fundamento jurídico para la aplicación de la ley penal peruana a delitos cometidos plenamente fuera del país lo ofrecería el principio de universalidad, el cual parte del hecho de que existen delitos que afectan a la humanidad en general con independencia del lugar en el que se han cometido. No obstante, para la operatividad de este principio existen dos interpretaciones. Por un lado, algunos autores sostienen que la ratificación por un país de los tratados internacionales lo convierte en Derecho interno y resulta posible, por tanto, aplicar lo dispuesto en dichos tratados[182]. Una opinión distinta y que goza de mayor consenso señala que resulta necesario que el Perú apruebe una ley interna que asuma los criterios establecidos en los tratados internacionales. Es evidente que este segundo parecer ofrece una mayor garantía frente a la intervención penal del Estado.

IV. LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

1. Cuestiones generales

En la llamada aplicación personal de la ley penal se abordan los diversos privilegios o prerrogativas de Derecho interno o internacional atribuidos a determinadas personas en razón del cargo o actividad que desempeñan (artículo 10 del Código penal). Como primera

[182] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 20.

cuestión, hay que señalar que, como lo hace unánimemente la doctrina penal, estas diferencias en la aplicación de la ley penal no se sustentan en la diferencia de las personas, sino en la naturaleza de las cosas, tal como lo prescribe el artículo 103 de la Constitución Política. Por lo tanto, los privilegios en la aplicación de la ley penal no constituyen una afectación al principio de igualdad ante la ley, sino que buscan, más bien, ajustar las leyes penales a las diversas situaciones que presenta la realidad(183).

La doctrina penal clasifica los privilegios de la aplicación de la ley penal en tres: la inviolabilidad, la inmunidad y el antejuicio político(184). Con el primer privilegio se libera de responsabilidad penal a ciertas personas por los delitos que pudieran haber cometido en la realización de determinadas actividades(185). Por ejemplo: la inviolabilidad de los congresistas por las expresiones que realicen en el ejercicio de sus funciones(186). Otro privilegio o prerrogativa es la inmunidad con la que cuentan determinados funcionarios públicos o representantes diplomáticos de otros países. Este privilegio impide que una persona pueda ser detenida y procesada por la realización de un delito. Hay que precisar que este privilegio no es absoluto, pues la inmunidad puede levantarse bajo determinadas condiciones. Por ejemplo, en el caso de los congresistas, éstos pueden ser detenidos en delito flagrante, en cuyo caso deben ser puestos a disposición del Congreso o de la Comisión permanente para que decida si procede privarles de la libertad y enjuiciarles penalmente. Si no se ha procedido a la detención del congresista por delito flagrante, el Poder Judicial tendrá que solicitar al Congreso que le levante la inmunidad parlamentaria para poder procesarlo y conde-

(183) Vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 241 y ss.

(184) Igualmente, aunque utiliza el término general de prerrogativas en lugar de juicio político, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 243. Crítico frente a esta diferenciación conceptual, Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

(185) Vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 243.

(186) Vid., Castillo Alva, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 361.

narlo en caso de hallarlo culpable. Finalmente, el antejuicio político constituye un privilegio que lleva a que determinados funcionarios públicos no puedan ser procesados penalmente por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo si previamente no se decide el procesamiento en el Congreso(187). Se trata de un privilegio que busca descartar que la persecución penal se encuentre motivada en algún revanchismo político.

2. Los privilegios en el Derecho penal económico

En el ámbito del Derecho penal económico no se conocen en la legislación penal actualmente vigente privilegios personales en la aplicación de la ley penal. No obstante, en otros países se han desarrollado supuestos de inviolabilidad e inmunidad para aquellos funcionarios públicos que deben tomar determinadas decisiones en situaciones de crisis económica o financiera. En efecto, en situaciones en las que se requieren decisiones rápidas para hacer frente a determinadas crisis económicas, no se les puede cargar a los funcionarios encargados de tomar dichas decisiones con los riesgos de posteriormente ser denunciados penalmente si el Estado o determinados particulares resultan afectados. La necesidad de dar un mayor margen de actuación en estas situaciones coyunturales justifica la existencia de un privilegio de inviolabilidad, de manera que se evite juzgar descontextualizadamente una decisión tomada en su momento para solventar una crisis(188). En la legislación nacional no se reconoce este

(187) Por su parte, CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 10, p. 364, considera que el antejuicio está integrado en la inmunidad, pero esto no es siempre así. Puede haber una inmunidad sin que se le vincule a un antejuicio político, como es el caso de las inmunidades displomáticas.

(188) En la crisis bancaria argentina hubo jurisprudencia clara en este sentido: «Las medidas adoptadas por las autoridades de la Superintendencia de Entidades Financieras, quienes optaron por proseguir monitoreando el desenvolvimiento de los negocios del banco inspeccionado, no puede ponerse en tela de juicio por este magistrado en razón de que es deber incuestionable y facultad discrecional de dichas autoridades la elección de las medidas más convenientes a adoptar según la situación del banco inspeccionado; observando la gran crisis

tipo de privilegio, pero debería considerarse en una futura reforma de la normativa de determinados sectores económicamente sensibles como, por ejemplo, el sistema bancario o financiero, la Bolsa de valores, etc. En la actualidad se discute en los tribunales penales la responsabilidad de los funcionarios públicos e integrantes de los grupos económicos implicados que se encargaron de solventar la crisis bancaria del Banco Wiese Ltdo en 1999, lo cual se habría ahorrado de haber seguido nuestra legislación los criterios más modernos para la regulación de las situaciones de crisis en el sector bancario y financiero.

---

en la que se encontraba el Mercado Financiero Internacional, a raíz de los inconvenientes suscitados con el fenómeno denominado "Efecto Tequila", fenómeno económico en el que se basaron los responsables del ente controlador para la elección de las medidas adoptadas» (JNFed.CCorr. N° 1, Secretaria N° 1, en causa N° A-3304198, 6-7-99, caratulada "Banco Central de la Republica argentina s/Delito de acción pública"). Tal es así que el artículo 35 Ter de la actual Ley de Entidades Financiera Argentina, sustrae del examen en sede judicial la reedición del análisis sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de las facultades que se hayan ejercido.



Capítulo VI

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Otro de los aspectos centrales que afectan la aplicación de la ley penal económica es el referido a su interpretación. Ya que de la ley penal no puede extraerse deductivamente la solución para el caso concreto[1], el juez debe siempre realizar un proceso de interpretación[2]. Este proceso no se lleva a cabo mecánicamente[3], sino que requiere de una actividad de comprensión que se alcanza a través de un ir y venir de la ley general al caso concreto[4]. A pesar de que el juez cuenta con cierta autonomía para realizar el mencionado proceso de interpretación, éste no es llevado a cabo de una manera absolutamente discrecional, sino que está sujeto a ciertas reglas lógicas y a un contexto normativo. El establecimiento de tal procedimiento

---

(1) Vid., en este sentido, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

(2) Vid. BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 67 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 5, n.m. 477 y ss.

(3) Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 73.

(4) Vid., así, ENGISCH, *Einführung*, p. 56 y ss.; HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

y los métodos disponibles configura lo que la doctrina llama *teoría de la interpretación*[5].

Al abordar el tema de la interpretación de la ley penal, la doctrina penal menciona usualmente los métodos de interpretación como un conjunto de pasos sucesivos que permiten determinar el contenido y alcance de la ley penal: se parte del tenor literal de la ley en el sentido del uso ordinario del lenguaje; se considera la construcción del dispositivo penal así como su contexto jurídico sistemático; se determina la intención histórica del legislador que aprobó la ley correspondiente (así como las reformas posteriores); y finalmente se establece su finalidad objetiva (*thelos*)[6]. Frente a esta forma usual de entender la interpretación se opone aquella que ve en el proceso interpretativo no una sucesión de los criterios de interpretación, sino una combinación de los mismos. En esta línea puede apreciarse, a su vez, dos orientaciones. Por un lado, se mueve, por ejemplo, el parecer de HASSEMER, quien entiende que debido a la falta de una metateoría de la teoría de la interpretación que nos precise en qué situación de la decisión judicial debe utilizarse un determinado criterio de interpretación, la solución del caso concreto se muestra como una síntesis de los criterios de interpretación explicable más por razones subjetivas[7]. Por otro lado, JAKOBS admite también que en el proceso hermenéutico se presenta una conexidad entre los métodos de interpretación (subjetivo, histórico y objetivo), pero niega que sea

(5) Estos aspectos generales de la interpretación de la ley penal adquieren contornos específicos en la teoría del delito y de las consecuencias jurídicas del delito. Por ello, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 104, diferencia la teoría de la interpretación y la dogmática penal.

(6) Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 28; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 82 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, 2ª ed., p. 181 y ss. (en la 3ª ed., § 5, n.m. 556 y s., niega, sin embargo, que la interpretación sea un procedimiento compuesto por estas etapas diferenciadas). En el Derecho penal económico, igualmente, TIEDEMANN, voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1.

(7) En este sentido, HASSEMER, *NK*, § 1, n.m. 119 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 21; BACIGALUPO ZAPATER, *Técnica de resolución*, p. 143.

el resultado de un proceso subjetivo del juez, sino que se trata, más bien, de determinar el supuesto fin de regulación de la ley penal. Sólo con tal determinación puede llevarse a cabo la interpretación de la ley penal; esto es, la especificación de los elementos generales de la forma de conducta prohibida por el tipo penal[8].

Ante el panorama doctrinal expuesto, nos inclinamos por el parecer que sostiene que el criterio esencial para la interpretación de la ley penal se encuentra en la determinación del fin de la regulación[9]. De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez encargado de utilizarla para la solución de un caso concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley penal[10]. Para poder determinar este fin de regulación debe recurrirse sobre todo a una teoría objetiva (voluntad de la ley), sin dejar de lado obviamente la conexidad o correspondencia con los criterios subjetivo e histórico[11]. Elementos de juicio

---

(8) Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 18 y ss.

(9) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 18, en tanto parte de la necesidad de una representación del fin de regulación para poder llevar a cabo una interpretación (el llamado círculo hermenéutico). Siguiendo una fuerte opinión doctrinal, Arocena, *Interpretación*, p. 30 y s., destaca la importancia primordial de la interpretación teleológica. De una opinión distinta es Hassemer, *NK* § 1, n.m. 114, quien cuestiona la interpretación teleológica como un criterio externo, y lo considera no más que un aspecto que está en la cabeza del juez. En el Derecho penal económico, Tiedemann, Voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1, indica que entre los criterios de interpretación no existe una jerarquía, si bien la doctrina especializada considera que la interpretación teleológica es la decisiva.

(10) Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 18, indica que una incorrecta determinación del fin de la regulación trae soluciones interpretativas inservibles o útiles sólo por casualidad.

(11) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 21, pues si no existe tal conexidad o correspondencia entre los criterios mencionados, la interpretación llegará a resultados correctos sólo por casualidad. Destaca la necesidad de emplear ambos criterios, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 5, n.m. 504.

para esta constatación objetiva de la voluntad de la norma son su denominación legislativa, su tenor literal, y sobre todo su ubicación sistemática. Determinar el fin de la regulación significa establecer la concreta expectativa social garantizada normativamente y cuáles son los elementos constitutivos de las formas de conducta que la defraudan.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

En la determinación del fin de la regulación de la ley penal económica se discute la cuestión de si el Derecho penal económico configura su ámbito de regulación de manera independiente o no de la regulación extrapenal que normalmente existe en los sectores económicos. La doctrina penal se encuentra entre dos perspectivas de análisis, las cuales llevan a soluciones interpretativas diferentes. Por un lado, se encuentra la perspectiva fáctica o económica de análisis, la cual establece el fin de regulación de las leyes penales económicas de manera independiente de la regulación civil, mercantil o administrativa[12]. Frente a esta perspectiva de análisis se opone aquella que entiende que el fin de la regulación del Derecho penal económico es fundamentalmente dar un refuerzo penal a instituciones civiles, comerciales o administrativas, de manera tal que el Derecho penal económico asumiría un carácter esencialmente accesorio[13]. Veamos esto de manera más precisa.

---

(12) Vid., sobre esta perspectiva de análisis utilizada desde hace mucho por la jurisprudencia de los tribunales alemanes, BRUNS, *GA* 1982, p. 22; EL MISMO, *JR* 1984, p. 136; GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 103.

(13) Vid., así, en el Derecho penal patrimonial, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, II, p. 43. En el Perú, en relación con los delitos contra el medio ambiente, CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 120. Es muy importante no confundir la secundariedad del Derecho penal que se expresa en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad con el carácter accesorio del Derecho penal. El hecho de que el Derecho penal debe ser la *última ratio* no significa que sus criterios informadores sean los mismos que los manejados en los ámbitos previos de control. El carácter secundario del Derecho penal puede verse ya en la comprensión de las normas de BINDING, *Normen*, I, p. 45.

1. La perspectiva económica de análisis

A. Consideraciones generales

Tiedemann afirma que la unidad del ordenamiento jurídico, como un todo ideal sin contradicciones, no excluye la formación de ámbitos parciales independientes del Derecho con objetivos y contenidos conceptuales propios[14]. En este sentido, el Derecho penal puede utilizar conceptos en sus tipos penales que no necesariamente tienen que corresponderse con los conceptos del Derecho civil, administrativo, comercial o laboral. Precisamente sobre estas ideas se basa un sector de la doctrina penal para sostener el parecer de que la ley penal debe interpretarse con base en un criterio autónomo respecto del resto del ordenamiento jurídico[15]. Se trata de la llamada perspectiva fáctica de análisis, la cual, desde su formulación para el Derecho penal por Bruns en 1938[16], ha encontrado muchos adeptos sobre todo en la interpretación de las leyes penales económicas[17]. Si bien en el Derecho penal económico se habla de una perspectiva económica de análisis para la interpretación de elementos típicos con una referencia patrimonial[18], hay que indicar que en el fondo constituye no más que una manifestación particular de la perspectiva fáctica de análisis[19].

La perspectiva económica de análisis pretende constituirse en un método autónomo de interpretación de la ley penal económica[20],

---

(14) Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 41.

(15) Vid., la referencia a esto, en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 59.

(16) Bruns, *Befreiung, passim*. Vid., también la referencia en Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 17 y ss.; Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 25.

(17) Esto puede verse claramente en el tema de la responsabilidad penal de los administradores de personas jurídicas. Vid., así, Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 97 y ss.; Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 15; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 140 y ss.

(18) Vid., en este sentido, Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 25.

(19) En este sentido, Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 26 y s.

(20) Vid., así, Bruns, *JR* 1984, p. 135 y ss. Vid. también la referencia de Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 72 y ss. En contra de una consideración

de manera que los elementos típicos sean interpretados en un sentido estrictamente económico, es decir, con independencia de su significación en el Derecho civil o administrativo. Así, por ejemplo, conceptos como administrador o directivo de una persona jurídica, deudor, patrimonio, contratos, no tienen que ser comprendidos o interpretados conforme a su regulación extrapenal, sino conforme a las necesidades penales de prevención[21]. El único límite que podría tener este método hermenéutico sería el tenor literal de los tipos penales, pues, de lo contrario, se daría entrada a la analogía en la fundamentación de las sanciones penales[22].

Pese a la utilidad práctica de la perspectiva económica de análisis para solucionar determinados vacíos de punibilidad del Derecho penal económico[23], debemos señalar que un enfoque absoluto desde esta perspectiva no resulta correcto. No cabe duda que las leyes penales, y por supuesto las de carácter económico, deben interpretarse siempre desde la perspectiva del Derecho penal, esto es, desde la función que cumple el Derecho penal, pues un traslado del sistema de regulación del Derecho civil o administrativo al ámbito penal implicaría confundir ámbitos jurídicos diferenciados a los que corresponden funciones sistemáticas distintas[24]. No obstante, el Derecho penal económico se ocupa, por lo general, de situaciones económicas con una regulación extrapenal que condiciona de alguna

---

de la perspectiva económica de análisis como método de interpretación, TIEDEMANN, *NJW* 1977, p. 779; EL MISMO, Voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

(21) Vid., supuestos en los que puede rendir utilidad la perspectiva fáctica de análisis, BRUNS, *JR* 1984, p. 136 y ss.; CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 74.

(22) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *NJW* 1977, p. 779; EL MISMO, Voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; EL MISMO, *Einführung*, p. 69.

(23) Reconoce la ventaja de este método incluso TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 525.

(24) Vid., WITTECK, *Der Betreiber*, p. 168 y s. Lo que ha ocurrido, por ejemplo, en los delitos contra el sistema crediticio, vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 230 y ss.

manera el objeto de protección penal[25]. Por esta razón, no puede admitirse una interpretación puramente económica que niegue la base jurídica de la realidad penalmente regulada[26]. Si bien las expectativas aseguradas por el Derecho penal económico son independientes de las que establece el Derecho civil o administrativo y, por ello, no puede hablarse de una absoluta accesoriedad, tampoco puede desestimarse la regulación extrapenal para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho penal económico. La autonomía de la interpretación penal se encuentra en las consecuencias jurídicas, no en el objeto de regulación.

Ilustremos nuestras consideraciones con un ejemplo: en el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 del Código penal se establece como autor del delito, entre otros, al administrador de una persona jurídica. Si bien el contexto en el que se configura este delito está sometido a una regulación jurídica extrapenal que no puede dejarse de lado (no podemos calificar de persona jurídica, por ejemplo, a una asociación ilícita), la protección penal adquiere independencia funcional frente a la regulación societaria, de manera que en determinados supuestos podrá incluirse, por ejemplo, dentro del concepto de administrador al administrador de hecho[27]. Administrador para el Derecho penal puede ser no sólo el que administra la persona jurídica provisto de un nombramiento civil eficaz, sino quien ejerce fácticamente las funciones de administración.

Una interpretación basada en una perspectiva puramente económica sólo podría estar justificada en ámbitos económicos en los

---

(25) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Einführung*, pp. 2, 67; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 78; Morales Prats, www.uoc.es/aulajmvalle [consulta: 9 de enero del 2002], referido al problema de los intereses difusos.

(26) Son razones materiales del objeto de protección las que obligan a una consideración de la regulación extrapenal en la regulación penal, y no, más bien, cuestiones de carácter formal, como lo sostiene Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 525 y s., con base en la seguridad jurídica.

(27) Vid., la problemática en García Cavero, *Gaceta Jurídica*, 99-B, p. 34 y s.

que no existe en lo absoluto una regulación extrapenal[28], pero precisamente porque la base material de la regulación es estrictamente económica. Por ejemplo: el delito de comercialización de alcohol metílico para consumo humano debe ser interpretado en un sentido puramente económico.

B. Supuestos especiales

Las consideraciones que hasta ahora hemos hecho sobre la autonomía interpretativa de la ley penal económica adquieren una especial importancia en dos mecanismos de interpretación usuales en el Derecho penal económico. Nos referimos a las llamadas cláusulas generales, especialmente las que sancionan las llamadas conductas de fraude a la ley penal, por un lado, y la doctrina del levantamiento del velo, por el otro. Para establecer si en estos supuestos hay que utilizar siempre una interpretación puramente económica, haremos seguidamente una exposición particularizada.

a) Las cláusulas generales y el fraude a la ley penal

TIEDEMANN señala que mediante cláusulas generales se incluye frecuentemente una perspectiva económica de análisis en las leyes penales económicas[29]. Esta afirmación resulta correcta cuando se trata de conceptos indeterminados que no tienen una regulación extrapenal previa que permita al juez dotar de contenido jurídico al objeto de regulación (por ejemplo, la situación de conmoción y calamidad públicas del artículo 236 del Código penal). Sin embargo, en caso de existir una regulación extrapenal que permita dar contenido al concepto general empleado por el tipo penal, deberá atenderse necesariamente a los criterios desarrollados por la ley extrapenal[30],

---

(28) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 61; EL MISMO, Voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

(29) TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 696.

(30) Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 62.

lo cual, como ya lo dijimos, no significa una identidad en los criterios de decisión de las consecuencias jurídicas[31].

> Por ejemplo: El concepto indeterminado de *"prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios"* que se establece como elemento típico del delito contra la libre competencia del artículo 232 segunda parte del Código penal, no tiene que interpretarse desde una perspectiva exclusivamente económica, sino que se debe tener en cuenta la regulación jurídica de la competencia que lleva a cabo el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias. Pero, como ya se indicó, esto no significa que las consecuencias jurídico-administrativas de la regulación de la competencia puedan condicionar los criterios de asignación de la regulación penal, como sería el caso si, por ejemplo, se utilizase también la cláusula de equivalencia del artículo 6 inciso j del Decreto Legislativo 701 para sancionar penalmente. El Derecho penal económico no puede dar cabida, mediante una cláusula de remisión, a simples criterios de equivalencia sin hacer una descripción mínima de la conducta prohibida. El Derecho penal debe tener en cuenta para la imposición de sus consecuencias jurídicas el mandato de certeza o determinación derivado del principio de legalidad.

En el caso especial de las cláusulas de fraude a la ley penal resulta usual recurrir directamente a una perspectiva económica de análisis[32]. Mediante la interpretación económica se procura dejar de lado las formas jurídicas utilizadas por el autor para evitar caer en el supuesto regulado por la ley penal[33]. En nuestra opinión resulta correcto el parecer de Bruns, quien sostiene que las cláusulas de incriminación del fraude a la ley penal deben interpretarse fácticamente, pues de lo que se trata es precisamente de

---

(31) Vid., así, Engisch, *Einführung*, p. 17, al indicar la relatividad de la regulación jurídica en la conformación de las distintas consecuencias jurídicas con referencia a una misma situación inicial.

(32) Vid., así, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 58; El Mismo, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C53; El Mismo, *Lecciones*, p. 151; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 371.

(33) En este sentido, Bruns, *GA* 1986, p. 12.

sancionar las conductas que mediante el abuso de las posibilidades jurídicas afectan del mismo modo el fin de protección de la norma correspondiente[34]. Pero a pesar de la preeminencia de la interpretación económica en la represión del fraude a la ley penal, debemos afirmar que no siempre resulta correcto recurrir en estos casos a una perspectiva económica de análisis, pues cuando la protección penal apunta a una institución social específica configurada extrapenalmente, la interpretación accesoria desplaza a las consideraciones fácticas.

> Por ejemplo: Para el caso de los delitos tributarios en los que se presenta una protección penal institucional, no cabe, como lo veremos seguidamente, una autonomía interpretativa de las leyes penales, sino que la interpretación (también en el fraude a la ley) debe ajustarse a la regulación tributaria. Sólo si en la legislación tributaria se utiliza conceptos puramente económicos para determinar, por ejemplo, la relación jurídico-tributaria, cabrá recurrir efectivamente a una perspectiva económica de análisis. De existir, por el contrario, una regulación con contenidos propios, no podrá utilizarse una interpretación puramente económica, pues, de lo contrario, se rompería la unidad de regulación con la institución penalmente protegida. La regulación penal terminaría protegiendo así algo distinto a las vinculaciones derivadas de la institución social correspondiente.

b) La doctrina del levantamiento del velo

Otra de las cuestiones que presenta ciertas peculiaridades respecto de la interpretación de las leyes es el caso de la llamada doctrina del levantamiento del velo. Como es sabido, el origen de esta doctrina no es de carácter penal, sino que proviene del Derecho civil, comercial y tributario[35]. La idea central de este mecanismo jurídico consiste en dejar de lado la personalidad jurídica constituida únicamente como una pantalla para ocultar una situación jurídico-

---

(34) BRUNS, *GA* 1986, p. 26. De otra opinión, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 533, en el sentido de una interpretación estricta.

(35) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 40; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 321.

material de otro(s) sujeto(s)[36]. En el Derecho penal, en particular, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo para evitar las dificultades de imputación que presentaban ciertos delitos especiales[37], en tanto el elemento especial solamente está presente en una persona jurídica pantalla, pero no en las personas que se ocultan detrás de ésta[38]. Al prescindirse de la persona jurídica se descubre a los que permanecían ocultos y se les considera como los verdaderos titulares de la posición jurídica ocupada formalmente por la persona jurídica.

Los rasgos mencionados de la doctrina del levantamiento del velo en Derecho penal permiten detectar ciertas similitudes con otros institutos jurídico-penales. En primer lugar, cabe preguntarse si los problemas de imputación que la teoría del levantamiento del velo soluciona, no son solventados ya por la regulación actual del actuar en lugar de otro, en tanto este instituto jurídico-penal permite la sanción de los órganos de representación de la persona jurídica en caso de delitos especiales. Este parecer se haría incluso más evidente con la inclusión de la figura del administrador de hecho dentro del círculo de "representantes"[39]. Sin embargo, a pesar de la innegable vinculación de ambos mecanismos, creemos que no puede sostenerse una identidad de contenido de los problemas esbozados, pues aun cuando se mantenga una concepción lo más amplia posible de administrador (de hecho), en los casos en que la persona jurídica no es más que una pantalla no se puede hablar en sentido estricto

---

(36) Vid., Serrano González de Murillo/Merino Jara, *AJA* 264 (1996), p. 1; Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 41; El Mismo, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 94.

(37) En los delitos comunes, el abuso de las formas jurídicas presentaría solamente problemas de prueba. Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 170. Crítico frente al uso del levantamiento del velo en el Derecho penal, Gonzalez Cussac, *Los delitos de quiebra*, p. 83.

(38) Vid., Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 41; Rodrígues Estéves, *El Derecho penal*, p. 320.

(39) Pone de manifiesto esta aproximación Silva Sánchez, *Fenómenos delictivos complejos*, p. 175, acogiendo una concepción amplia del concepto "administrador de hecho".

de un administrador[40]. Por esta razón, puede concluirse que la doctrina del levantamiento del velo se ocupa de un ámbito de problemas que no se pueden resolver con la fórmula del actuar en lugar de otro[41].

Se ha afirmado, por otro lado, que la doctrina del levantamiento del velo no constituye más que una aplicación particularizada del fraude a la ley, concretamente el uso abusivo de las formas societarias[42]. Conforme a estas ideas, el fraude a la ley penal lo cometerían las personas a las que se dirige una norma y que se ocultan tras una persona con el objeto de sustraerse a la norma. Si se admite esta vinculación de la técnica del levantamiento del velo con el fraude a la ley, la primera tendría que asumir las mismas reglas y limitaciones del segundo. Por nuestra parte, consideramos que si bien ambos supuestos se informan de la perspectiva fáctica o económica de análisis, responden a problemas distintos. La teoría del levantamiento del velo, por ejemplo, se engloba en el tema más general de las conductas o negocios aparentes[43]. En estos casos la simulación es absoluta, pues se trata de un negocio o una persona jurídica pantalla que no existe realmente y que solamente busca generar una situación de error para proceder a una estafa o defraudación especial (defraudación tributaria, por ejemplo). En el caso del fraude a la ley, por el

---

(40) Similarmente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 3. Críticamente, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 197, nota al pie de página 27.

(41) En la sentencia del Tribunal supremo español de 24 de julio de 1989, ponente Bacigalupo Zapater, se pone de manifiesto esto: "En efecto, si la existencia de una persona jurídica es simplemente una forma externa, que no importa una verdadera independencia de patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un único sujeto o sujetos individuales, no cabe ya hablar de un actuar en lugar de otro". Vid., sobre esta línea jurisprudencial, MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 84 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 24 y ss.

(42) Vid., así, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 1. De un parecer discrepante, ZORNOZA PÉREZ, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 226 y s.

(43) Vid, con referencias y ejemplos, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 74.

contrario, la conducta u operación realizada es realmente llevada a cabo, colocándose la simulación en el plano de los efectos económicos de la operación, pues mediante actos posteriores de ejecución o rectificación se consigue obtener los beneficios económicos que no se habrían alcanzado de haber seguido el camino regular.

La doctrina del levantamiento del velo constituye un mecanismo de solución que debe enmarcarse dentro de las llamadas conductas o negocios aparentes y que busca levantar el ropaje ficticio que se le da a una operación oculta para procurar indebidamente determinados beneficios. Pese a las diferencias conceptuales entre el negocio aparente y el fraude a la ley, no puede negarse una cierta similitud en los mecanismos para hacer frente a estos supuestos fraudulentos, pues en ambos casos debe procederse a utilizar un criterio de interpretación fáctica. En efecto, la doctrina del levantamiento de velo debe utilizar un criterio de interpretación de carácter fundamentalmente económico[44], pero siempre dentro del marco de libertad interpretativa que ofrece el tipo penal correspondiente[45]. En consecuencia, el recurso a la técnica del levantamiento del velo no debe dar lugar a una infracción del principio de legalidad[46]. Por último, convendría que así como en los casos más usuales de fraude a la ley el legislador establece cláusulas específicas para sancionar conductas de evasión de la ley penal, se promulguen igualmente normas penales que permitan, conforme a determinados requisitos[47], un levantamiento del velo en el Derecho penal

---

(44) En este sentido, Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 45; El Mismo, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174, considera el levantamiento del velo una manifestación de la perspectiva fáctica de análisis.

(45) Por el contrario, Martínez-Buján Pérez, *Revista penal* 1 (1998), p. 64.

(46) Vid., Silva Sánchez, *Empresa y delito*, p. 47; El Mismo, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174; Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 195.

(47) En los estudios especializados se establece como requisito fundamental del levantamiento del velo, por ejemplo, su carácter subsidiario, es decir, que solamente podrá recurrirse al mismo en casos muy especiales. Vid., así, Serrano González de Murillo/Merino Jara, *AJA* 264 (1996), p. 2; Zornoza Pérez, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 227. Por su parte,

económico. De alguna manera, algunos tipos penales lo hacen cuando incluyen frases como "cualquier otra forma fraudulenta".

Para explicar con un ejemplo sencillo el tratamiento de los negocios aparentes: En los delitos tributarios debe asumirse, en determinados casos, un concepto económico de patrimonio en caso de sociedades vinculadas o pantallas para evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda llevar a una defraudación de tributos en perjuicio del Estado[48]. Sin embargo, la legitimidad de tal recurso interpretativo llega solamente hasta el tenor literal del tipo penal[49], pues ni siquiera una interpretación económica puede superar el límite gramatical del tipo y la prohibición de analogía[50]. Si se llegaran a contemplar cláusulas para solventar los casos de negocios o conductas aparentes, el margen de libertad interpretativa resultaría mayor y se ofrecería, por otra parte, mejores argumentos para rechazar una infracción al tenor de la ley penal.

2. La accesoriedad del Derecho penal económico

A. Consideraciones generales

Un sector importante de la doctrina penal defiende el carácter accesorio de la protección ofrecida por el Derecho penal económico[51], lo que significa sostener una interpretación de la ley penal económica fuertemente vinculada a la regulación extrapenal del orden econó-

---

TIEDEMANN, *Einführung*, p. 79, señala que estas cláusulas especiales deben interpretarse restrictivamente.

(48) Vid., sobre el supuesto de fraude a la ley en un delito fiscal, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172.

(49) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RUDOLPHI, *SK* § 1, n.m. 23; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 323.

(50) Vid., en este sentido, ARROYO ZAPATERO, *Revista penal* 1 (1998), p. 12.

(51) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 530; EL MISMO, *Poder económico*, p. 21; MAZUELOS COELLO, *Derecho penal económico*, p. 32.

mico. Por nuestra parte, como ya lo adelantamos, consideramos que el Derecho penal económico lleva a cabo una interpretación autónoma de las leyes en cuanto a las consecuencias de la regulación. El hecho que el objeto de regulación penal esté configurado por una normativa extrapenal no obliga a realizar una interpretación accesoria de la ley penal[52]. La accesoriedad en la protección penal solamente resulta correcta cuando la vinculación del Derecho penal económico con los ordenamientos extrapenales se deba a una protección institucional, es decir, cuando se trate de asegurar penalmente el funcionamiento o los efectos de regulación de determinadas instituciones sociales reguladas civil o administrativamente[53]. En estos casos, incluso los criterios de imputación penal deben de estar informados por las particularidades de la regulación extrapenal, de manera tal que una interpretación puramente económica no resulta de recibo. Sólo si la regulación extrapenal recurre a criterios puramente económicos para configurar la relación institucional, podrá el Derecho penal económico tener en cuenta también estos criterios en la interpretación de tipos penales referidos a instituciones sociales.

Ilustremos la interpretación accesoria en caso de protección de deberes institucionales con un caso específico. Tal como lo hemos señalado en el capítulo II, determinados delitos de funcionarios públicos sustentados en la institución de los deberes estatales se enmarcan completamente en un ámbito de actuación económico, por lo que adquieren el carácter de delitos económicos. No obstante, esta inclusión en el ámbito penal-económico no altera en lo absoluto los criterios de imputación sobre los que se sustentan, sino que simplemente se particularizan en un contexto económico concreto. En este sentido, la infracción de los deberes funcionariales se mantienen vinculados a los ámbitos de regulación extrapenal, asumiendo el Derecho penal solamente la función de mantener la intangibilidad de los contornos normativos de la institución social específica de la que

(52) Vid., Kölbel, *GA* 2002, p. 403 y ss.

(53) Tiedemann, *Einführung*, p. 3, denomina estos casos como supuestos de "contrariedad al deber". No cabe duda que en estos casos la ley penal hace una remisión concluyente a deberes configurados extrapenalmente.

surgen los deberes especiales del funcionario público. En este contexto de ideas, la interpretación del tipo penal específico adquiere un carácter esencialmente accesorio en relación con la normativa extrapenal.

En nuestro Código penal se puede apreciar la situación descrita en el párrafo precedente en el caso del delito de otorgamiento ilegal de licencia para actividad industrial del artículo 306 del Código penal. En efecto, para poder determinar los casos en los que un funcionario público responderá penalmente por la autorización ilegal de una actividad industrial, resulta necesario recurrir a la normativa administrativa del medio ambiente que establece los requisitos para el otorgamiento de licencias de funcionamiento. Como puede deducirse fácilmente, la interpretación penal es completamente accesoria, pues se trata de reforzar penalmente el cumplimiento de deberes funcionariales dirigidos a la protección administrativa del medio ambiente(54). Tal como lo desarrollaremos de manera más detallada en el capítulo IX, se trata de un delito de infracción de un deber.

B. Supuestos especiales

Hemos reconocido en las líneas precedentes que la interpretación de la ley penal económica es, por lo general, autónoma y sólo excepcionalmente se vincula a la normativa extrapenal mediante instituciones específicas. Esta afirmación general encuentra, sin embargo, casos especiales en los que, fuera de la protección institucional, la interpretación apunta a ser accesoria. Nos referimos concretamente a los casos de las leyes penales en blanco y de los tipos penales que recogen la llamada accesoriedad administrativa de acto. En lo que sigue nos ocuparemos de estos supuestos especiales.

a) Las leyes penales en blanco

El uso de leyes penales en blanco se encuentra muy extendido en el Derecho penal económico precisamente porque las normas jurídicas en este sector necesitan adaptarse al dinamismo de la vida

(54) Amplía este deber institucional a los particulares, WITTECK, *Der Betreiber*, *passim*.

económica[55]. Por esta razón, el tipo penal realiza una descripción muy general de la conducta penalmente prohibida y se remite a normas extrapenales complementarias para especificar su contenido. Este acoplamiento de la ley penal con la regulación extrapenal presenta, sin embargo, serios problemas interpretativos, pues como lo advierte Tiedemann, se produce una identificación de la norma de conducta penal con la norma extrapenal[56], de manera tal que el Derecho penal económico asume una función fundamentalmente accesoria en el sentido de protección de la regulación extrapenal[57]. Ante esta situación, se plantea el dilema de si las normas complementarias deben interpretarse desde una perspectiva exclusivamente penal o mantener su significación extrapenal.

Para poder responder a este interrogante consideramos necesario, en primer lugar, marcar las diferencias entre las leyes penales en blanco y los tipos penales que poseen simplemente elementos normativos de carácter jurídico[58]. El denominador común es que ambas formas de tipificación constituyen tipos penales abiertos, en tanto ofrecen al juez un marco interpretativo amplio que le permite administrar Justicia en ámbitos muy dinámicos. La diferencia entre ambas formas de tipo penal abierto se encuentra, sin embargo, en la forma de concretar los elementos típicos[59]. En la ley penal en blanco

---

(55) Vid., así, Tiedemann, Voz: "Blankettstrafgesetzen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Kühl, *FS-Lackner*, p. 819 y s.

(56) Vid., Tiedemann, *JuS* 1989, p. 695. En nuestro país advierte este peligro respecto del delito de usura, Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 233.

(57) Vid., así, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 530. Vid., en general, Kölbel, *GA* 2002, p. 410

(58) Plantea ya esta distinción, Warda, *Abgrenzung*, pp. 6 y 42 y ss., aunque para delimitar el error de tipo y el error de prohibición.

(59) En la doctrina penal se discute si puede diferenciarse la ley penal en blanco y los elementos normativos jurídicos. Un sector de la doctrina (García Arán, *EPCr* XVI, p. 68 y ss.; Abanto Vásquez, *RPCP* 9, p. 19 y s.; Tiedemann, *Einführung*, p.56 y s.), considera que estos conceptos no se identifican, mientras que otro sector (Silva Sánchez, *La ley penal*, p. 51 y s.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 127; Doval País, *Posibilidades y límites*, p. 124 y s.; Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 235) entiende que se trata de

la especificación de la conducta prohibida se lleva a cabo mediante una remisión a normas extrapenales, tratándose, por tanto, de una especificación que no depende del juez, sino de la ley extrapenal (p.e. los intereses máximos en el delito de usura o los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración)[60]. En el caso de los elementos normativos de carácter jurídico, por el contrario, la especificación del elemento normativo para el caso concreto lo hace propiamente el juez, aunque para ello deba seguir ciertamente criterios de referencia establecidos legalmente[61]. Un ejemplo para ilustrar

conceptos coincidentes. Por nuestra parte, nos inclinamos por una solución intermedia en la medida que entendemos que en la interpretación judicial no conllevan un procedimiento idéntico de determinación, pero que en la imputación subjetiva no presentan mayores diferencias. En la misma dirección se encuentra la interpretación de OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 194 y s. El punto de discusión en el marco de las teorías diferenciadoras se encontrará en el criterio de distinción. Una forma de interpretación considera que si la remisión a otras normas es expresa, se estará ante una ley penal en blanco; mientras que si se trata de una remisión tácita será un elemento normativo. Otra interpretación considera que el criterio de distinción se encuentra en si el tipo de injusto está cerrado (elemento normativo) o abierto (tipo penal en blanco). Una tercera interpretación coloca el punto decisivo en el lugar de procedencia del mandato normativo, en la norma penal (elemento normativo) o en la norma extrapenal (ley penal en blanco). Finalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el tema plantea el criterio de distinción del objeto de protección. Si el tipo penal se remite al ámbito de regulación extrapenal para determinar el objeto de protección, se tratará de un elemento normativo del tipo. Sobre los diversos criterios de distinción brevemente esbozados, vid., con mayores referencias, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 56 y ss.

(60) Similarmente, mediante otro razonamiento, SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, p. 373, al señalar que la remisión de la ley penal en blanco escapa a la decisión del juez.

(61) Desde una perspectiva similar, en el sentido de distinta forma de interpretación, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 15. Un criterio de diferenciación distinto ofrece WULF, *wistra* 2001, p. 43 y s., con base en al diferenciación de norma de conducta y norma de sanción. Para elementos normativos que no están recogidos en normas jurídicas, como las reglas de la técnica, cabe llegar a la misma conclusión: el juez debe determinar con sus propios criterios la relevancia de estas reglas en la determinación de la conducta prohibida (en esta línea, SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, 396 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 24).

esto: el elemento normativo de "ajenidad" de los delitos patrimoniales no es especificado mediante supuestos por el Código civil, sino que éste ofrece simplemente los criterios para que el juez determine si el objeto material del delito es efectivamente ajeno o no. Si el Código civil estableciera qué objetos son ajenos o no, entonces estaríamos ante una ley penal en blanco.

Conclusión de lo anteriormente señalado es el hecho de que el juez se encuentra mucho más vinculado con las normas complementarias o especificadoras de las leyes penales en blanco, lo cual parecería hablar en favor de una interpretación accesoria del Derecho penal[62]. Sin embargo, el acercamiento entre el Derecho penal y las leyes extrapenales no se realiza mediante el abandono por parte de la norma penal de su carácter de tal, sino mediante la utilización penal de criterios de complementación o especificación contenidos en normas extrapenales[63]. El Derecho penal no es accesorio al Derecho civil, comercial o administrativo, sino que el Derecho penal cumple su función mediante el uso de criterios de complementación o especificación extrapenales. En este sentido, las normas extrapenales deben interpretarse conforme a su ámbito de procedencia sólo en tanto permiten configurar los criterios parciales de decisión establecidos por la norma penal o ayuden a especificarlos en supuestos concretos. Los efectos que tales normas producen en el ámbito extrapenal, por el contrario, no interesan al Derecho penal.

b) Accesoriedad administrativa de acto

Otro supuesto especial en el que se discute una interpretación accesoria de la ley penal económica tiene lugar en los casos de accesoriedad administrativa de acto. Como ya lo precisamos en el capítulo III, el fenómeno de la accesoriedad administrativa puede entenderse de tres maneras: como accesoriedad conceptual, como accesoriedad administrativa de leyes y finalmente como accesoriedad administrativa de acto. La forma de interpretación de la ley penal en los

(62) Así, lo entiende también, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 530.

(63) Similarmente, Ransiek, *Gesetz*, p. 107; Alessandri, *Manuale*, p. 48 y s.

casos de accesoriedad administrativa conceptual y de leyes se lleva a cabo conforme a lo antes señalado para los elementos normativos y las leyes penales en blanco, respectivamente, de manera que aquí vamos a centrarnos en la interpretación de la ley penal cuando existe una accesoriedad administrativa de acto.

La cuestión más debatida en estos casos de accesoriedad administrativa es si el juez en la interpretación de la ley penal está vinculado completamente al acto administrativo o no. Para decidir esta cuestión resulta necesario diferenciar los tipos de accesoriedad de acto. Ya en el capítulo III indicamos que la referencia típica a un acto administrativo podía ser entendido de dos formas: como un elemento típico de contextualización de la conducta penalmente relevante o como un criterio de especificación de la conducta prohibida. Mientras la primera forma configura simplemente un elemento más del tipo penal, la segunda forma de accesoriedad administrativa de acto constituye una forma de ley penal en blanco(64).

En el caso de que la remisión al acto administrativo se haga para especificar un elemento típico, el juez penal estará vinculado a este acto como criterio de especificación, sin poder realizar una interpretación que vaya más allá de lo establecido en el acto administrativo. Por ejemplo: en el delito de uso ilegal de divisas del artículo 259 del Código penal, el juez no puede entrar a discutir la conformidad jurídica o no del acto administrativo que especifica los criterios de decisión del legislador, sino que simplemente debe seguir los criterios establecidos en el mismo (la autorización que establece la finalidad del uso de las divisas, por ejemplo)(65). Sólo en caso de tratarse de un acto administrativo nulo(66) o contrario al sentido del elemento típico previsto en el tipo penal, podría el juez

(64) Así, admite la posibilidad de una ley penal en blanco mediante una remisión a actos de la Administración, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 13.

(65) En este sentido, KÖLBEL, *GA* 2002, p. 412. Al parecer de una opinión distinta, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 250.

(66) Vid., TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1266; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

desestimar el acto administrativo como criterio de especificación, pero porque en realidad ese criterio de especificación no existe jurídicamente o excede el marco de decisión general delimitado por el tipo penal. Si bien el juez penal no está vinculado a una decisión administrativa, sí lo está ante una decisión legislativa, la cual está dirigida en este caso a observar el contenido de un acto administrativo como criterio de especificación(67).

En caso que el acto administrativo constituya simplemente un elemento típico de contextualización del delito respectivo, sí cabe, por el contrario, admitir la posibilidad de una apreciación crítica del juez penal, en tanto su actividad interpretadora no se encuentra vinculada al contenido del acto administrativo. En este sentido, el juez penal puede entrar en estos delitos a valorar los actos administrativos típicamente requeridos y admitir o rechazar, según el caso, la configuración de la conducta típica(68). Por ejemplo: en el delito urbanístico del artículo 311 del Código penal, la decisión de la autoridad competente sobre el destino de las tierras puede ser evaluada críticamente por el juez penal. No obstante, hay que indicar que para decidir estas cuestiones es necesario que el juez interprete los elementos típicos, incluido el acto administrativo, desde la finalidad de regulación del tipo penal correspondiente(69). Por ejemplo, en el caso de tipos penales fundamentados en el orden administrativo (como el delito de funcionamiento ilegal de casinos), la presencia o ausencia del acto administrativo no depende de criterios materiales sino de la actuación administrativa. Por lo tanto, no podrá conside-

(67) Kühl, *FS-Lackner*, p. 845 y s., entiende que una vinculación frente al contenido del acto administrativo afecta el principio de efectiva protección, pues se excluye al juez penal de la posibilidad de valorar fáctica y jurídicamente el hecho prohibido. Sin embargo, hay que recordar que la ley penal debe contener los criterios de decisión que le permiten al juez realizar una valoración de la conducta. El acto administrativo solamente sirve al juez en estos casos para concretar la forma de conducta punible.

(68) En este sentido, Kühl, *FS-Lackner*, p. 843 y ss.

(69) Un punto de vista similar mantiene, Ransiek, *Gesetz*, p. 118; Schall, *NJW* 1990, p. 1267 y s.

rarse no realizado, por ejemplo, el delito de funcionamiento ilegal de casinos, si el administrador del casino prueba que cumplía con todos los requisitos administrativos, pues el delito se sustenta en el incumplimiento del deber de solicitar a la Administración la constatación del cumplimiento de estos requisitos.

3. Los límites de la interpretación de la ley penal económica

La autonomía interpretativa del Derecho penal económico no significa, como lo hemos dicho, un desconocimiento de su participación en un sistema jurídico general y su relación con otras ramas o subsistemas jurídicos. En este sentido, la interpretación de la ley penal económica no puede contradecir, por un lado, los principios constitucionales vigentes y, por otro lado, tampoco puede olvidarse que constituye el medio de reacción jurídica más gravoso. De estos condicionamientos resultan los llamados límites a la interpretación de la ley penal (económica).

A. La conformidad con la Constitución

El principio interpretativo de conformidad con la Constitución señala que las leyes penales deben interpretarse en consonancia con la Carta Magna, y en caso de varias posibilidades de interpretación tener como la más adecuada a aquella que se presenta más acorde con la misma[70]. A pesar de que este principio interpretativo goza de reconocimiento en la doctrina penal, se le contraponen ciertas objeciones en cuanto a su empleo por el juez, en tanto le otorgaría a éste no sólo la capacidad de deducir aspectos valorativos de la Constitución en su actividad interpretativa, sino también de realizar un control valorativo de la legislación ordinaria[71]. De esta manera, la seguridad jurídica frente a las leyes penales, incluidas aquellas que

(70) En este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 38. Similarmente, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 156; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30.

(71) TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

se muestran claras en su contenido y alcance[72], se vería afectada en la medida que el juez podría ir más allá de lo contenido en la ley penal misma[73].

Cabría considerar válida la objeción de inseguridad jurídica, si el principio interpretativo de conformidad con la Constitución facultase al juez a ir más allá de lo contenido en la ley penal misma. Sin embargo, hay que partir del hecho de que este principio interpretativo constituye un criterio negativo de interpretación[74] y no concede al juez, por tanto, la facultad de cambiar el sentido o fin de regulación de la ley penal[75]. Por esta razón, la facultad de control sobre la constitucionalidad de las leyes que el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución Política le otorga al juez, debe interpretarse en el Derecho penal en relación estrecha con el principio de legalidad[76], de manera que el juez, pese a su capacidad crítica frente a la legislación penal, no puede castigar una conducta mediante una interpretación que excede lo establecido en la ley penal misma. Si bien el juez puede dejar de utilizar una ley inconstitucional, no está facultado a modificar o sustituir la voluntad de la ley penal.

La repercusión del criterio interpretativo de conformidad con la Constitución no se agota, sin embargo, en el caso de leyes penales inconstitucionales, sino que resulta un criterio a tener en cuenta también en la interpretación de leyes penales acordes con la Constitución. Este principio conduce en estos casos a que la interpretación del tipo penal se lleve a cabo conforme a los valores constitucionales, de manera que, por un lado, se prohíba una interpretación de la ley penal que supere los límites establecidos por la Constitución[77]

---

(72) Por el contrario, Engisch, *Einführung*, p. 83, para quien este principio interpretativo sólo debe utilizarse para el caso de leyes con significado ambiguo.

(73) Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

(74) Así, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 114.

(75) En este sentido, Engisch, *Einführung*, p. 221, nota 81b. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 156.

(76) De la misma opinión, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 39.

(77) En este sentido, Hassemer, *NK* § 1, n.m. 110.

y, por otro, se establezca la regulación constitucional como criterio de interpretación de elementos del tipo generales o indeterminados[78]. Es evidente que este último aspecto no constituye un límite a la interpretación, sino propiamente una forma de interpretación sistemática[79]. Un ejemplo de esta apertura de los criterios de interpretación penales a valores constitucionales es la llamada interpretación "pro homine", sobre el cual el Tribunal Constitucional peruano ha tenido ya oportunidad de pronunciarse respecto de su uso en la interpretación de las leyes penales[80].

B. El tenor literal y la prohibición de analogía

El principio de legalidad tiene relevancia no sólo en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces. Por esta razón, constituye una afirmación compartida en la doctrina penal señalar que el tenor literal no es realmente un método de interpretación, sino, más bien, un límite a la interpretación de la ley penal[81]. Este margen máximo para la interpretación judicial ofrecido por el tenor gramatical de la ley es determinado, según un sector importante de la doctrina penal, por medio del uso ordinario del lenguaje[82]. Si se sobrepasa este margen interpretativo y se sanciona, o agrava, conductas recurriendo únicamente al fin de protección, se cae en una analogía prohibida en el Derecho penal

---

(78) Así, por ejemplo, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 1, n.m. 30. Del mismo modo, respecto del Derecho penal económico, TIEDEMANN, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

(79) En este sentido debería entenderse lo que señalan autores como Spanner, Haak, Bogs, que consideran la conformidad con la Constitución una forma de interpretación sistemática. Vid., la referencia a esto en ENGISCH, *Einführung*, p. 223, nota 82b.

(80) Vid., Exp. N° 1805-2005-HC/TC de 29 de abril de 2005, Fundamento Jurídico 18.

(81) Vid., así, ENGISCH, *Einführung*, pp. 73, 83. La doctrina actualmente dominante, vid., por todos, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55.

(82) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 30; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 20; AROCENA, *Interpretación*, p. 76 y ss.

(artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política y artículo III del Título Preliminar del Código penal)[83]. El juez penal solamente puede realizar una interpretación hasta donde lo permita el tenor literal de la ley penal.

Las afirmaciones arriba expuestas muestran un sistema coherente con conceptos claramente diferenciados (tenor literal, interpretación y analogía). Sin embargo, la perfección de esta construcción teórica ha comenzado a ser cuestionada por una parte de la doctrina penal. En primer lugar, es realmente difícil marcar fronteras precisas entre interpretación y analogía, pues resulta claro que todo proceso interpretativo se lleva a cabo mediante razonamientos analógicos[84]. En este sentido, interpretación y analogía no constituyen dos conceptos diferenciados, sino que finalmente resultan siendo lo mismo[85]. Esto ha tenido repercusión en el tratamiento de la analogía en el Derecho penal, en tanto se habla ahora de analogía permitida y analogía prohibida[86]. Para poder determinar el límite de lo permitido en los procedimientos analógicos en sede penal, todavía se recurre al criterio del tenor literal de la ley penal determinado por el lenguaje cotidiano. Sin embargo, la seguridad que puede ofrecer el lenguaje cotidiano respecto del significado de las palabras resulta también cuestionable[87].

---

(83) Vid., así, Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 23.

(84) En este sentido, Sax, *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*, p. 97 y ss.; Kauffmann, Arthur, *Analogie und "Natur der Sache"*, pp. 37 y ss., 60 y ss.; Hassemer, *NK* § 1, n.m. 95, 98; El Mismo, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 33; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 5, n.m. 567. En contra, en el sentido de que todavía es posible diferenciar interpretación de analogía, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55.

(85) Así, expresamente, Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 29. En la doctrina nacional se ha puesto de manifiesto esta vinculación por Bramont Arias, *La ley penal*, p. 111 y ss., con la llamada intepretación analógica, en la que la analogía se permitiría por la propia ley penal. Anteriormente, Jiménez de Asúa, *Revista de Derecho Público* 1936, p. 50 y ss.

(86) Vid., así, Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 19 y ss.; Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 22; Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 55. Escéptico frente a tal posibilidad, Hassemer, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 31 y ss.

(87) Vid., Arocena, *Interpretación*, p. 37 y ss.

JAKOBS ha indicado con acierto que el límite que ofrece el uso ordinario del lenguaje no constituye, en realidad, un criterio preciso[88], pues existen diversos usos ordinarios que dependen de ámbitos regionales, profesionales, sociales, etc.[89]. Así, el lenguaje cotidiano ofrece un arsenal de significaciones que de ninguna manera establecen un límite externo a la labor de interpretación de la ley penal[90]. En la interpretación de la ley no hay un límite literal definitivo, sino que esto depende de la cultura interpretativa utilizada, esto es, que el límite de la interpretación no es el sentido que los conceptos jurídicos tienen sino el que puede atribuírseles[91]. Por esta razón, la única manera de evitar la arbitrariedad en la atribución de sentido y ofrecer, por tanto, seguridad en la interpretación penal, es formar un sistema en el que las leyes penales se encuentren vinculadas de manera tal que el uso común de elementos (conceptos) de estructuración del sistema tenga, en principio, un significado similar[92]. La atribución de un significado divergente al usual en el sistema jurídico-penal sólo podría justificarse si el resultado interpretativo resulta

(88) ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 37, le objeta a Jakobs que cuestionar la capacidad de determinación del lenguaje significaría negar la posibilidad de comunicación, sin embargo, creo que la argumentación correcta es precisamente la contraria. Es decir, que lo que demuestra que el lenguaje cotidiano no constituye un criterio preciso es el hecho de que siempre entre las personas caben malinterpretaciones.

(89) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 35. Similarmente, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 82 y ss.; EL MISMO, *Strafen im Rechtsstaat*, p. 27 y s. De una opinión distinta, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 30, en tanto sostiene que el tenor literal de la ley debe tener efectos preventivos.

(90) Consideran que la variedad de significaciones del lenguaje ordinario se limitan mediante el contexto, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege*?, p. 19 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 37. Frente a ello, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 35, señala que si bien el contexto puede reducir el arsenal de significaciones, no excluye, sin embargo, la falta de seguridad respecto del contexto relevante para la interpretación.

(91) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 37.

(92) Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 38. Similarmente, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 3/49. Vid., estas ideas también, LUHMANN, *Das Recht*, p. 36.

sistemáticamente posible y su utilización en otro supuesto no rompe el orden del sistema[93]. El significado atribuido a un concepto tiene como límite la conservación del orden del sistema de las normas jurídico-penales.

Con base en estos presupuestos puede construirse los límites que el principio de legalidad establece a la interpretación de la ley penal. La ley, como sabemos, tiene un nivel de generalización y deja al juez la tarea de especificar los elementos del tipo penal. El juez no puede, por tanto, realizar una mayor generalización de los elementos del tipo penal, de manera que amplíe el ámbito de aplicación de la ley penal[94]. Si el juez penal generaliza más los conceptos utilizados por la ley penal con la finalidad de incluir un determinado hecho concreto en el ámbito de regulación de la ley penal, entonces habrá realizado una analogía prohibida por el Derecho penal[95]. La cuestión central será precisar cuándo se produce una generalización más allá de lo permitido.

Para precisar el significado de los elementos del tipo penal el juez recurre al fin de regulación. Esta determinación del sentido sólo podría llegar hasta donde lo permite el tenor literal de la ley, pero, como ya lo hemos dicho, este tenor no se determina conforme al lenguaje cotidiano, sino conforme al sistema normativo jurídico-penal. La analogía prohibida le impide al juez realizar una mayor generalización, es decir, una ampliación tal del significado de los conceptos establecidos en la ley penal, que su uso en otros supuestos interpretativos rompa la unidad del sistema normativo[96]. Aun cuando el juez penal sólo pretenda sancionar conductas igualmente reprochables en la sociedad, no puede llevar a cabo esta mayor generalización

---

(93) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 38, con mayores referencias.

(94) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 33.

(95) En sentido similar, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 5, n.m. 568, señala que "se trata de 'analogía' si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión".

(96) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 33.

del significado y ampliación del ámbito de aplicación[97], pues con ello estaría configurando un nuevo sistema de regulación y usurpando aspectos reservados al legislador penal. Se trataría de una analogía penalmente prohibida.

Precisemos estos aspectos en un delito económico: por ejemplo, el artículo 209 del Código penal que sanciona el fraude a los acreedores en situaciones de insolvencia y establece como elemento típico de la conducta de fraude a los acreedores el que se lleve a cabo en "un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualquiera fuera su denominación". No cabe duda que este último elemento típico ("otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualquiera fuera su denominación") permite la utilización de un razonamiento analógico en la interpretación del tipo penal[98]. Si el juez determina que el fin de la regulación es sancionar los fraudes a los acreedores cometidos en un procedimiento concursal llevado ante el INDECOPI u otro organismo público regulador, entonces no se presentará un problema interpretativo en caso de incluir dentro de este delito los fraudes cometidos en un nuevo procedimiento concursal creado por ley. El tenor literal del artículo 209 no ofrece mayores problemas, pues si trasplantamos esta interpretación al artículo 211 que sanciona el abuso de los procedimientos concursales, no se rompe en lo absoluto la unidad del sistema de normas penales. Si, por el contrario, el juez

(97) JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 34, 40 y s., sin embargo, acepta determinados casos en los que sí puede justificarse una generalización del entendimiento mayor al usualmente establecido, para lo cual exige como presupuestos: una continuidad del desarrollo del concepto, la existencia de una arbitrariedad valorativa, la necesidad de una regulación igualitaria y la idoneidad para resolver la cuestión de fondo. Críticamente frente a Jakobs, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 5, n.m. 39.

(98) Precisamente esta parte de la regulación penal permite salvar la modificación de las denominaciones de los procedimientos concursales operada con la Nueva Ley General de Procedimientos Concursales (Ley 27809), en la que se clasifican los procedimientos en dos: procedimiento concursal preventivo y procedimiento concursal ordinario.

entiende que el fin de regulación es castigar todo tipo de fraude a los acreedores de manera que pueda incluirse dentro del tipo penal procedimientos de reprogramación de obligaciones realizados entre particulares (el deudor y los acreedores directamente), entonces sí se lleva a cabo una analogía penalmente prohibida, pues si se traslada esta interpretación al artículo 211 del Código penal no tendría ningún sentido y rompería el orden del sistema de los delitos contra el sistema crediticio. De esta manera, el juez estaría ofreciendo un nuevo sistema de regulación en el que se incluiría también los fraudes a acreedores fuera de un procedimiento regulado por ley, lo cual obviamente rompe con el principio de legalidad y la distribución del poder. El haber recurrido a un tenor literal como límite máximo, no habría ofrecido un criterio de delimitación seguro, pues lo que se entiende por "procedimiento" puede ser tanto el que se lleva ante instancias públicas, como aquel que tiene lugar en un ámbito privado, como sucesión de pasos [así la expresión cotidiana de "el procedimiento a seguir es (...)"].

C. La interpretación restrictiva

La llamada interpretación restrictiva se presenta también como un límite a la interpretación de la ley penal económica, en el sentido de reducir el significado de los elementos del tipo a su núcleo de significación[99]. Como lo señala Tiedemann, esta forma de interpretación podría resultar exigible sobre todo para los elementos normativos muy frecuentes, por cierto, en los tipos penales del Derecho penal económico[100]. En este punto cobra especial importancia el principio del *in dubio pro reo*[101]. Como es sabido, dentro del tenor de la ley pueden presentarse diversas interpretaciones sobre el sentido

(99) Similarmente, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 5, n.m. 527.

(100) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 186; El Mismo, en *Constitución y Derecho penal*, p. 46 y s.

(101) Por el contrario, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 118, considera inaceptable que el principio del *in dubio pro reo* sea un principio de interpretación.

de la ley, una más amplia de punibilidad y otra más restringida. Para decidir cuál interpretación debe tomarse se ha desarrollado precisamente el principio del *in dubio pro reo*, según el cual el intérprete de la ley tiene que asumir el sentido interpretativo más favorable al reo[102]. La Constitución Política del Perú establece la vigencia del principio del *in dubio pro reo* en su artículo 139 inciso 11. En efecto, en este dispositivo constitucional se recoge el criterio de lo más favorable al reo en dos supuestos: los casos de duda de las leyes penales y los casos de conflicto entre leyes penales. La interpretación del alcance de la ley penal entra en el supuesto de duda de las leyes penales[103].

Hay que precisar, sin embargo, que el principio del *in dubio pro reo* no tiene un carácter absoluto. Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumirla por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación[104]. En este sentido, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra determinada forma de criminalidad (delitos económicos, por ejemplo), resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador. Exigir la observancia absoluta del principio del *in dubio pro reo* sería un contrasentido.

En el Derecho penal económico se recurre a elementos normativos para que el juez tenga instrumentos que le permitan una interpretación ajustable a los cambios de la economía, de forma tal que una interpretación restrictiva podría ir en contra precisamente de la voluntad del legislador[105]. Esta desconsideración del carácter limitador de la interpretación restrictiva en el caso de elementos norma-

(102) Vid., así, ZAFFARONI, *Manual*, PG, I, p. 177 y s.

(103) El artículo VII inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal recoge expresamente este derivado del principio del *in dubio pro reo* al establecer que en caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

(104) En el mismo sentido, ZAFFARONI, *Manual*, PG, I, p. 178.

(105) En este sentido, vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 187.

tivos del tipo de los delitos económicos resulta, sin embargo, nuevamente controvertida cuando se trata de cláusulas generales o de tipos penales abiertos. Tiedemann sostiene, por ejemplo, que en el caso de cláusulas generales[106] y de tipos penales abiertos[107] la única manera de poder hacer compatibles estas técnicas de regulación con el mandato de determinación, es exigir su interpretación restrictiva. Sin embargo, consideramos que también en estos casos el recurso a tipos penales abiertos o con conceptos indeterminados se lleva a cabo precisamente para que el juez realice una Administración de Justicia más acorde con las necesidades reales. Permitir el uso de cláusulas generales o conceptos indeterminados para luego exigir una interpretación restrictiva, significa una clara contradicción. Si lo que se busca es asegurar el mantenimiento del principio de legalidad (mandato de determinación), esto puede alcanzarse mediante otro tipo de exigencias, pero dirigidas no al juez sino al legislador, como, por ejemplo, el uso de conceptos indeterminados que gocen de un reconocimiento general o leyes penales abiertas que establezcan los elementos mínimos para determinar la expectativa penalmente garantizada y la forma de defraudación prohibida.

---

(106) Tiedemann, Voz: "Auslegung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; El Mismo, *Lecciones*, p. 147; El Mismo, *Einführung*, p. 63.

(107) Tiedemann, Voz: "Blankettgesetz", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.



Tercera Parte
LA TEORÍA DEL DELITO ECONÓMICO

Capítulo VII

LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

Para llevar a cabo un estudio sobre el delito económico es necesario precisar primeramente el enfoque de análisis elegido, sobre todo si, como ocurre con la criminalidad económica, se trata de un tema que ha sido abordado no sólo desde la óptica del Derecho penal, sino también desde otras ciencias sociales[1]. En efecto, desde los años cuarenta la criminología ha hecho de la delincuencia económica uno de sus temas favoritos de trabajo, como lo demuestra toda una serie de estudios a partir de las investigaciones de SUTHERLAND[2]. Si bien resulta evidente que no pretendemos realizar aquí un enfoque sociológico de la criminalidad económica[3], ello no impide utilizar los conocimientos alcanzados en la criminología para la configuración del

---

(1) Vid., BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 40 y ss.

(2) Vid., en este sentido, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461; OTTO, *Jura* 1989, p. 25.

(3) Vid., así, la diferencia entre un análisis empírico y uno normativo en el Derecho penal económico, en BOTTKE, *wistra* 1991, p. 2 y s. Por su parte, OTTO, *Jura* 1989, p. 25 y s.; PARIONA ARANA, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 273, centran la diferencia en una orientación al autor de la criminología y una orientación al hecho en la dogmática.

propio Derecho penal[4]. Por esta razón, consideramos conveniente abordar en la primera parte de este capítulo introductorio ciertos aspectos centrales de la investigación criminológica sobre la delincuencia económica y mostrar su relevancia para el Derecho penal.

En la segunda parte de este capítulo abordaremos la perspectiva de análisis propiamente jurídica. Los estudios jurídico-penales que se ocupan del delito económico diferencian, por lo general, dos puntos de partida. Por un lado, se encuentra la visión dogmática, vinculada a un concepto legalista de delito económico[5], mientras que, por otro, aparece una visión político-criminal que plantea una concepción del delito económico no sólo en atención al Derecho positivo, sino también en función de la dañosidad social de ciertas conductas no necesariamente tipificadas[6]. Ante esta situación resulta recomendable establecer desde un primer momento cuál de estos puntos de partida vamos a seguir, o si es más acertado, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal, formular una visión que fusione ambas perspectivas. Una toma de postura frente a estas distintas interpretaciones resulta necesaria para poder entrar de lleno en los problemas dogmáticos de la teoría del delito económico.

II. LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

1. Introducción

Los estudios criminológicos que se ocuparon de la delincuencia económica se remontan a mucho antes de los trabajos realizados en la década de los cuarenta por SUTHERLAND. Ya en 1872 Edwin C. HILL en un discurso sobre la "criminalidad capitalista"[7] y Edward A.

---

(4) Vid., en este sentido, de manera general, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 33 y ss. En concreta referencia al Derecho penal económico, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461.

(5) Sobre esto, vid., BAIGÚN, en *GS-Armin Kaufmann*, p. 652 y ss.

(6) Vid., BAIGÚN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 654 y s.

(7) Vid., la referencia en SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461; OTTO, *MschrKrim* 1980, p. 399; EL MISMO, *ZStW* 96 (1984), p. 340; EL MISMO, *Jura* 1989, p. 25.

Ross en 1907, en su trabajo *The criminaloid*[8], hicieron especial referencia a la criminalidad económica. Una categorización criminológica de este tipo de delincuencia puede encontrarse incluso en el estudio de Albert Morris de 1935, en donde contrasta la criminalidad de las clases bajas –o del también llamado submundo– con una criminalidad de las clases altas (*Upperworld*)[9]. Pese a la importancia de estos trabajos, no cabe duda que la figura central en la investigación criminológica de la delincuencia económica recae sobre Edwin H. Sutherland[10], quien en 1939 llevó a cabo el intento de definir la criminalidad de las clases altas en su trabajo *White-collar Criminality*[11]. A partir de este trabajo tuvo lugar toda una discusión en la criminología orientada a precisar aún más las características de la delincuencia de cuello blanco, lo cual, por otro lado, llevó también a la aparición de críticas contra el enfoque de análisis utilizado por Sutherland[12]. Independientemente de las discrepancias que puedan existir en la criminología en torno al tema de la delincuencia de cuello blanco, lo cierto es que hoy en día nadie discute sobre la existencia de tal criminalidad así como su relevancia social.

En este primer apartado no pretendemos realizar un estudio criminológico de la delincuencia de cuello blanco, pues no nos consideramos competentes para emprender con suficiente solvencia un trabajo de semejante índole. Ello no impide, sin embargo, que hagamos una breve exposición de las orientaciones más importantes en la investigación criminológica de la delincuencia económica y su repercusión en el enfoque jurídico de los delitos económicos. Sin desconocer ciertamente la autonomía científica del Derecho penal,

---

(8) Vid., Schneider, *JZ* 1972, p. 461.

(9) Vid., la referencia, Zirpins/Terstegen, *Wirtschaftskriminalität*, p. 65 y s.; Schneider, *JZ* 1972, p. 461; Otto, *Jura* 1989, p. 25.

(10) En este sentido, Heinz, *ZStW* 96 (1984), p. 417.

(11) Vid., Sutherland, en *White-Collar criminal*, Gilbert Geis (ed.), p. 40 y ss.

(12) Críticas que van desde una imprecisión conceptual hasta aquellas dirigidas desde una perspectiva comunista. Una exposición de esto, vid., en Schneider, *JZ* 1972, p. 461 y s.; Otto, *MschrKrim* 1980, p. 399.

puede decirse que muchas veces la viabilidad de determinadas propuestas dogmáticas depende en gran medida de ciertas consideraciones criminológicas. Para los representantes de la escuela de Frankfurt, por ejemplo, la legitimidad del Derecho penal debe determinarse en función de su eficacia, determinada por las ciencias sociales y, en primer orden, por la criminología.

2. La definición de la criminalidad de cuello blanco

El primer punto de discusión criminológica en los estudios sobre la delincuencia de cuello blanco ha girado en torno a la cuestión de la manera cómo definirla. Puede decirse que en esta cuestión se presentan fundamentalmente dos orientaciones en el estudio de la delincuencia económica. Por un lado, se encuentra la línea de investigación que se centra en la figura del delincuente de cuello blanco (orientación al autor), mientras que, por el otro, aparecen las investigaciones criminológicas orientadas al delito cometido, en las que se resaltan los efectos sociales de este tipo de criminalidad (orientación al hecho)[13]. De los puntos de partida de cada una de estas orientaciones criminológicas se desprenden distintas consideraciones para el Derecho penal.

A. La investigación criminológica orientada al autor

La línea de investigación criminológica orientada al autor fue iniciada por E. H. SUTHERLAND, quien calificó como criminalidad de cuello blanco los delitos cometidos por una persona honorable, con prestigio social y en el marco de su ejercicio profesional[14]. En esta concepción criminológica de la delincuencia económica, la criminalidad de cuello blanco se presenta en estrecha relación con un grupo

---

[13] Vid., esta diferenciación, HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 20; BOERS, *MschrKrim* 2001, p. 339.

[14] Vid., con mayor detalle, SUTHERLAND, en *White-Collar criminal*, Gilbert Geis (ed.), p. 40 y ss. A estos criterios, Cressey, discípulo de Sutherland, incluyó un quinto: mediante el abuso de la confianza que se le otorga (vid., la referencia, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461; TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 11).

de personas que poseen una posición social elevada, lo cual permite explicar no sólo las formas de aparición de esta forma de criminalidad, sino también una reacción social más benigna[15]. Como puede verse, el hecho delictivo cometido por el delincuente de cuello blanco queda relegado a un segundo plano, siendo el objeto de investigación, más bien, las características personales del grupo de autores[16]. Desde esta perspectiva criminológica, la criminalidad económica se explica fundamentalmente a partir del perfil personal del delincuente económico. Como se trata de personas sin carencias materiales, resulta comprensible que la investigación criminológica se incline hacia la psicología para precisar el perfil de conducta de este tipo de delincuente[17].

Hay que reconocer, sin embargo, que en la actualidad la orientación al autor de los estudios criminológicos no se reduce a las características psicológicas de una persona natural, sino que cada vez más se pone la atención en factores sociales. En el mismo planteamiento de Sutherland de la asociación diferencial los criterios de determinación de la criminalidad de cuello blanco no recurrían a factores psicológicos, sino, más bien, sociológicos[18]. En todo caso, una visión psicológica del delincuente económico resulta actualmente insuficiente, pues la persona jurídica se constituye en el sistema económico moderno como autor preponderante del delito

(15) Vid., Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 71 y s.

(16) Vid., así, por ejemplo, el estudio de Schmid, *SchwZStr* 92 (1976), p. 54 y ss. Precisamente esta prioridad de la figura del delincuente ha llevado a que se califique a esta perspectiva como orientada al autor, vid., así, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 340; El Mismo, *Jura* 1989, p. 25; Volk, *MschrKrim* 1977, p. 267; Heinz, *ZStW* 96 (1984), p. 421; Richter, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2, n.m. 32.

(17) Vid., así, Mergen, *Tat und Täter*, p. 45 y s.; El Mismo, en *Probleme im Gespräch* 4, Wirtschaftskriminalität, p. 27 y ss.; Schmid, *SchwZStr* 92 (1976), p. 56. Vid., mayores referencias a los estudios de criminólogos norteamericanos e ingleses, Schneider, *JZ* 1972, p. 464 y s.; Volk, *MschrKrim* 1977, p. 267 y ss.; Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 15 y ss.

(18) Vid., así, Bajo Fernández, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 31.

económico[19]. Como resulta lógico, los estudios criminológicos recurren en estos casos a la sociología de la organización como respaldo teórico para determinar los factores que influyen en la actuación criminal de las corporaciones[20].

La utilidad jurídico-penal que tiene la orientación al autor de los estudios criminológicos en la delincuencia económica, se centra sobre todo en los temas de tipicidad, culpabilidad y el fundamento de la pena. En el primer tema, la delimitación de la delincuencia económica a través del círculo de potenciales delincuentes permite explicar el recurso usual a delitos especiales (p.e. la calidad de productor, fabricante o comerciante en el delito de especulación del artículo 234 del Código penal), así como la contextualización de ciertos delitos económicos en función de determinada actividad económica (p.e. "el que vende bienes o presta servicios" del artículo 239 del Código penal)[21]. En segundo lugar, un análisis de la personalidad o identidad del delincuente de cuello blanco permite obtener criterios a tener en cuenta dentro del proceso de determinación de la culpabilidad, sobre todo, si como algunos penalistas sostienen, la culpabilidad tiene cierta base empírica[22]. Por su parte, en el tema de la fundamentación de la pena, los estudios sobre el delincuente de cuello blanco aportan sin duda elementos de juicio frente a una concepción preventiva de la pena. En la medida que el delincuente de cuello blanco es un sujeto que cuenta con cierto reconocimiento social, se presentan algunas dificultades para la justificación preventivo-especial de la pena, pues en estos casos resultará cuestionable la necesidad de reinsertar socialmente al delincuente[23]. La fundamentación

---

(19) Vid., en este sentido, BOERS, *MschrKrim* 2001, p. 338 y s., quien señala que la comprensión criminológica dirigida al autor de Sutherland se mostraba insuficiente para incluir a las corporaciones.

(20) Vid., por ejemplo, BRAITHWAIRE, *Annual Review of Sociology* 11 (1985), p. 3.

(21) Vid., igualmente, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 21.

(22) Así, ROXIN, *La evolución*, p. 51.

(23) Vid., así, JUNG, *Die Bekämpfung*, p. 5; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p 18 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 61.

de la pena tendrá que encontrar, al menos en la criminalidad económica, otro fundamento dogmático. En todo caso, la falta de una necesidad de resocialización podría ser relevante para decidir la imposición de medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

B. La investigación criminológica orientada al hecho

La otra forma de caracterizar criminológicamente la delincuencia económica se obtiene recurriendo a los criterios de identificación ofrecidos por el hecho cometido. Ya no es la figura del autor la que nos permite hablar de delincuencia de cuello blanco, sino ciertas características empíricas del delito económico. Este enfoque criminológico resulta sin duda mucho más útil para el Derecho penal, en tanto centra su atención en el hecho realizado[24]. Sin embargo, no hay que olvidar que la criminología realiza estudios de carácter empírico, mientras que el Derecho penal se mueve en un plano normativo. En este sentido, los estudios criminológicos recurren a criterios fácticos de determinación dentro de los cuales puede encontrarse ciertamente el Derecho penal, aunque no considerado como un orden normativo sino como cualquier otro dato social. La importancia de esta perspectiva justifica que dediquemos un apartado a desarrollar las tendencias criminológicas más importantes que siguen esta orientación en el estudio de la criminalidad económica.

3. Criterios empíricos de determinación de la criminalidad económica

Dentro de los estudios criminológicos que se centran en el hecho delictivo pueden encontrarse distintas orientaciones. Si bien existe entre todas ellas un común denominador (la orientación al hecho), los criterios empíricos de determinación resultan muy distintos y, por ello, pueden llegar a conclusiones opuestas. Así, mientras unos consideran que la determinación de lo criminal es realizada por los órganos de control, otros resaltan, más bien, el daño que la criminalidad económica produce ya en la propia estructura social.

---

[24] Vid., similarmente, Schneider, *JZ* 1972, p. 467; Volk, *MschrKrim* 1977, p. 273.

A. La configuración de la criminalidad a través de los mecanismos de control social

Ya en los estudios de SUTHERLAND y sus seguidores puede encontrarse una perspectiva criminológica que parte de una calificación de la conducta delictiva dependiente de la legislación penal vigente[25]. Si determinada conducta, aun cuando sea socialmente dañosa, no puede ser juzgada por los tribunales judiciales, no podrá hablarse propiamente de criminalidad. Por esta razón, estos estudios criminológicos no buscan destacar los vacíos de punibilidad del Derecho penal vigente, sino mostrar simplemente los déficits de punibilidad que se presentan en el sistema de persecución existente[26]. En este sentido, la utilidad para el Derecho penal de este enfoque criminológico resulta prácticamente mínima, pues no lleva a cabo un cuestionamiento del Derecho positivo, sino una crítica a los órganos encargados de aplicarlo en el juzgamiento de los casos concretos[27]. En el ámbito de la dogmática penal, esta metodología de análisis criminológica podría recomendar evitar una excesiva complejidad de los criterios de imputación, de la que puede aprovecharse el criminal de cuello blanco para evadir su responsabilidad, más aun si se tiene en cuenta que este tipo de delincuente tiene a su servicio asesores suficientemente preparados para aprovechar todos los defectos del sistema de imputación de responsabilidad penal[28].

---

(25) Así, la concepción de criminalidad económica de Marshall B. Clinard y Frank E. Hartung; vid., con mayor detalle, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 462.

(26) Uno de los aspectos criminológicos más saltantes en la criminalidad de cuello blanco es precisamente la actitud de la policía, la fiscalía e incluso los jueces ante delitos económicos cometidos por personas del mundo de los negocios, en el sentido de ser muy distinta a la que se tiene ante el autor de un delito de hurto o robo. Esta actitud no sólo se explica por las relaciones sociales que el delincuente de cuello blanco tiene con personajes importantes de la política, sino también por una predisposición interna de los operadores jurídicos (vid. SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 462; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 48). Una explicación de este fenómeno desde el punto de vista de la psicología social, ENGELHARDT, *KJ* 1977, p. 29 y ss.

(27) Vid., REYNA ALFARO, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 38 y s.

(28) Similarmente, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 467; REYNA ALFARO, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 40.

La llamada teoría de la anomia, desarrollada por MERTON, ha intentado ofrecer al enfoque criminológico formal de la delincuencia económica un sentido social material[29]. En este planteamiento, la criminalidad se contempla como la discrepancia entre los fines culturales y el acceso de determinados sujetos a medios legítimos para alcanzar esos fines[30]. Las conductas desviadas de los delincuentes económicos se explicarían por la intensidad del fin individual de lucro en el sistema social y la posibilidad de que se acceda a este fin a través de medios ilegítimos. Por su parte, la llamada teoría del *labeling approach* parte también de una criminalidad definida formalmente, en tanto considera que lo criminal se determina por las instancias de control social, dentro de las cuales se encuentra obviamente el Derecho penal[31]. No obstante, este punto de partida criminológico no intenta mejorar los mecanismos de control social[32], sino que los cuestiona completamente por pertenecer a la superestructura de un sistema social injusto: el sistema capitalista[33]. La criminalidad económica resulta de un proceso de criminalización que lleva a cabo la sociedad actual a través del Derecho penal.

B. La configuración de la criminalidad a través de la relevancia social

Frente a la concepción "legalista" de la criminalidad económica, se opone el criterio autónomo de configuración de lo criminal. Así, por ejemplo, ya BURGESS se mostró crítico frente al concepto de de-

---

(29) Vid., así, OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, p. 69 y ss.

(30) Vid., BAJO FERNÁNDEZ, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 33.

(31) Vid., con mayor detalle, con referencia a la criminalidad económica, VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 271 y s.; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 29 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 59 y ss.; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 39 y ss.; REYNA ALFARO, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 34 y ss.

(32) En este sentido, se le critica, por ejemplo, a la teoría del *labeling approach* ser neutral ante cuestiones de Política criminal; vid., así, VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 272; REYNA ALFARO, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 35.

(33) Vid., con mayores referencias, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 29.

lincuencia de cuello blanco de SUTHERLAND, pues consideraba que lo criminal se determinaba por la persona que se ve a sí misma como tal y también por la sociedad (*criminal making process*)[34]. En este sentido, no es la regulación jurídico-positiva la que convierte una determinada conducta en criminal, sino la valoración social que considera una acción como contraria al orden social elemental[35]. Actualmente este criterio de configuración de lo criminal constituye el dominante en los estudios criminológicos de la delincuencia de cuello blanco, por lo que la discusión se centra, más bien, en la precisión de tal criterio social. Así, existe, por un lado, una perspectiva que atiende al daño material o inmaterial que la delincuencia económica produce en la economía y, por otro, la que recurre a la consideración del abuso de confianza del orden económico como elemento empírico determinante.

a. El daño social de la criminalidad económica

Ha sido una constante en los modernos estudios criminológicos sobre la delincuencia económica mostrar los daños materiales e inmateriales que este tipo de criminalidad produce en la economía[36]. La criminalidad económica se ha caracterizado precisamente por los daños que recaen sobre la economía y, por tanto, sobre las condiciones de la vida en común[37]. Puede hablarse de criminalidad en

---

(34) Vid., la referencia, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 462, quien considera la definición de Burgess demasiado estrecha incluso desde la perspectiva criminológica.

(35) Vid., LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 76 y ss., 91.

(36) Vid., en este sentido, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 463; TIEDEMANN, en *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.), p. 12 y s.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 255 y ss.; KAISER, en *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.), p. 27 y s.; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 13 y s.; OTTO, *Jura* 1989, p. 24 y s.; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 2 y s.; KUBE, *FS-Rolinski*, p. 395; BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 50 y ss.; EL MISMO, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 24 y ss. Resalta la dificultad actual para determinar los daños de la criminalidad económica por su constante evolución, ALBRECHT, en *Modernas tendencias*, p. 266 y ss.

(37) Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 20 y ss.; HEINZ, *ZStW* 96 (1984), p. 430 y ss.; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2,

tanto afecta las condiciones esenciales de la vida en sociedad, y puede calificársela, además, de económica, en tanto afecta el orden económico mediante la creación de perjuicios de carácter material e inmaterial.

Los datos criminológicos mencionados son los que se han utilizado casi siempre por la doctrina penal para fundamentar la regulación jurídico-penal de los delitos económicos. Con ayuda de la demostración de los perjuicios en la economía, se ha construido dogmáticamente una afectación a bienes jurídicos (económicos) y cumplido, con ello, la justificación jurídico-penal para imponer una sanción penal(38). Esta acreditación del daño que produce la criminalidad económica ha repercutido no sólo en la creación de nuevos tipos penales, sino que también ha servido para cuestionar tipos penales ya existentes. Al ofrecer la criminología criterios de medición del daño de la criminalidad económica, muestra también que la observancia del principio de proporcionalidad debería llevar necesariamente a una elevación de la pena en los delitos económicos frente a delitos como el hurto, las apropiaciones o la estafa. La criminalidad económica ha cobrado una mayor importancia en la vida social que la delincuencia patrimonial tradicional.

b. El abuso de la confianza

Otro sector de la criminología considera que el simple daño a la economía no basta para caracterizar la criminalidad económica(39), pues un homicidio también podría considerarse un delito económico, en tanto priva al sistema económico de una persona económicamente activa. Para determinar socialmente la criminalidad económica se requiere de otro aspecto adicional que permita diferenciarla de los daños generales a la economía. Este criterio lo ofrece el abuso

---

n.m. 35; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 12 y ss.

(38) Así, por ejemplo, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 50; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2, n.m. 35.

(39) En este sentido, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 342.

de la confianza del orden económico global o de algunas de sus instituciones[40]. En efecto, no basta simplemente que se verifiquen daños al sistema económico, sino que es necesario que la sociedad tenga consciencia respecto del perjuicio al orden económico o sectores particulares del mismo y, por ello, pierda la confianza en el sistema económico[41]. El delito económico consistiría, por tanto, en una conducta dañosa que produce una defraudación de la confianza en el funcionamiento del sistema económico o ciertos sectores económicos.

En cuanto a la repercusión de la perspectiva de la confianza en el Derecho penal, cabe señalar que sobre la base de estas ideas sociológicas se construye la función de restabilización del Derecho penal que nosotros hemos asumido. En tanto la sociedad necesita mantener la confianza en sus estructuras de expectativas (incluidas las vigentes en el sistema económico), se considera como actos delictivos aquellos que producen una defraudación de la confianza en el orden socio-económico. Hay que indicar, sin embargo, que el concepto sociológico de confianza y el que fundamenta el Derecho penal tienen lugar desde enfoques completamente diferentes. En la criminología se trata de un concepto empírico, verificable mediante trabajos de campo que demuestran que este tipo de criminalidad hace que la sociedad pierda efectivamente la confianza en el sistema económico vigente. Por el contrario, en el Derecho penal se trata de un concepto normativo que responde no a consideraciones empíricas, sino que entiende que la realización de un delito constituye una defraudación de la confianza en las expectativas garantizadas normativamente, con independencia de si en el caso concreto ha tenido lugar una tal defraudación de la confianza en los afectados[42]. La reestabilización de la confianza en la norma tampoco requiere, por

(40) Vid., así, BRAUNECK, *Allgemeine Kriminologie*, pp. 33, 120 y ss., 250 y ss.; ZIRPINS/TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, pp. 19, 29, 34; KAISER, *Kriminologie*, p. 294; OTTO, *MschrKrim* 1980, p. 400; EL MISMO, *Jura* 1989, p. 26. Críticamente, VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 273 y s.; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2, n.m. 34.

(41) Vid., así, VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 273.

(42) Similarmente, OTTO, *Jura* 1989, p. 26.

tanto, que la pena impuesta devuelva la confianza fáctica en el sistema económico. Está claro que los conceptos normativos no pueden sostenerse sin una base fáctica mínima (condiciones de existencia), pero debe quedar claro que el análisis jurídico de cada caso concreto no puede llevarse al terreno de lo empírico. Mientras no se demuestre categóricamente que los efectos empíricos supuestos no se producen, las disciplinas normativas están autorizadas a suponerlos.

III. LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

1. La delimitación del concepto dogmático y el concepto político-criminal

Como ya lo hemos indicado, el punto neurálgico de discusión sobre la perspectiva de análisis del delito económico tiene lugar al interior de la propia perspectiva jurídica, donde se encuentran en disputa un concepto dogmático y un concepto político-criminal(43). Un sector importante de la doctrina penal contemporánea considera, sin embargo, que la dogmática penal sólo puede cumplir su función social si tiene en consideración finalidades político-criminales, de manera que resultaría un error intentar marcar un límite estricto entre Dogmática y Política criminal como en su día lo planteara VON LISZT(44). Frente a esta interpretación de la dogmática se presenta aquella que intenta rescatar de alguna manera la mencionada diferencia de planos entre Dogmática penal y Política criminal, en tanto considera innecesario que el dogmático entre en cuestiones de legitimación de las normas penales en razón de su eficacia o garantismo. La labor del dogmático tiene como objeto de análisis el Derecho penal que la sociedad ha configurado y no, por el contrario, un Derecho penal deseable(45).

---

(43) Vid., así, por ejemplo, la exposición de BAIGÚN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 654.

(44) Vid., sobre esta oposición, ROXIN, *Política criminal*, p. 15 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 68; EL MISMO, *La evolución*, p. 58; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 52.

(45) Vid., así, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 40.

La divergencia señalada en las concepciones de Dogmática penal y Política criminal dificulta la definición de la perspectiva jurídica de análisis del delito económico, en tanto debe decidirse previamente si cabe hablar de una perspectiva dogmática independiente de la Política criminal o si toda perspectiva dogmática debe llevar consigo necesariamente finalidades político-criminales. Un pronunciamiento inmediato en favor de una u otra posición resultaría, sin embargo, apresurado, pues ambas líneas de interpretación no operan con los mismos criterios de diferenciación. Mientras en la concepción de ROXIN se mantiene el tradicional criterio *ser/deber ser*, la propuesta de JAKOBS utiliza, más bien, el criterio de diferenciación *vigente/no vigente*[46]. En este sentido, resulta conveniente hacer una breve exposición de cada una de estas comprensiones de lo dogmático y lo político-criminal, antes de precisar la perspectiva jurídica de análisis del delito económico.

Constituye una afirmación muy extendida calificar la concepción dogmática de ROXIN como orientada a finalidades político-criminales[47]. Hay que reconocer, sin embargo, que muy poco se ha profundizado sobre lo que significa una orientación político-criminal[48]. Como muchas veces el mismo ROXIN lo ha señalado, la orientación político-criminal de su propuesta dogmática lleva a la construcción de un sistema abierto a los cambios de otro orden sistemático[49]. Ya que ROXIN se encuentra vinculado a una metodología neokantiana[50], resulta indispensable la existencia de criterios de valoración de la realidad con los cuales pueda construirse

(46) Esta idea se corresponde con la comprensión sociológica del deber (*Sollen*), emprendido por LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 27 y ss., 43 y s.

(47) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 52; EL MISMO, *La evolución*, pp. 44, 58.

(48) Cabe resaltar el estudio de SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 17 y ss.

(49) ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 2, 82.

(50) Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 24; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 31 y ss.,.64; SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 18.

las finalidades que orientan el sistema. La realidad por sí misma no ofrece criterios de valoración jurídica, en todo caso sólo límites ontológicos(51).

Para obtener los criterios valorativos que permitan definir la orientación político-criminal del sistema dogmático, Roxin no recurre a la identidad vigente del sistema social como elemento configurador del Derecho penal (lo que, por cierto, hace Jakobs), sino que recurre, más bien, directamente al sistema político, esto es, a la organización del Estado como social y de Derecho(52). Es concretamente la orientación del sistema político al favorecimiento del libre desarrollo de la personalidad lo que permite considerar la realidad (el ser) desde una perspectiva de "deber ser"(53). Los criterios de construcción del sistema dogmático no dependen de las características dadas del delito, sino de una interpretación conforme a finalidades político-criminales. La valoración de la sociedad a partir del sistema político –una sociedad que requiere mecanismos eficaces para impedir conductas que afectan el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos (eficacia) y que considere, a la vez, al infractor como un ciudadano libre (garantista)–, permite precisar las finalidades político-criminales del sistema dogmático(54). Si la valoración política cambia para adaptarse a la realidad social, igualmente el sistema dogmático deberá adaptarse mediante una reformulación de sus categorías en función de las nuevas finalidades político-criminales. Hay que señalar, sin embargo, que si bien el sistema dogmático puede reformularse en función de las nuevas valoraciones políticas, Roxin admite que existen ciertos límites ontológicos que impiden una modificación arbitraria de las finalidades político-criminales y, por tanto, también de las categorías dogmáticas(55).

---

(51) Vid., con mayores referencias, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 83.

(52) Vid., así, expresamente, Roxin, *La evolución*, p. 31.

(53) Vid., así, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 69; Schünemann, *FS-Roxin*, p. 23.

(54) Vid., Roxin, *La evolución*, p. 32.

(55) Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 25 y ss.

La comprensión de JAKOBS sobre el Derecho penal, por su parte, coincide con la de ROXIN sólo en la necesidad de una normativización de las categorías dogmáticas[56]. El criterio informador utilizado por JAKOBS para precisar el contenido de las categorías dogmáticas resulta completamente distinto, en tanto no parte de la idea de finalidad sino de la identidad normativa de la sociedad actual[57]. Para la configuración del Derecho penal no se recurre a criterios políticos, esto es, a valoraciones de cómo debería ser la sociedad, sino a criterios funcionales en el sentido de cómo funciona la sociedad actual. Las valoraciones dejan de ser consideradas como finalidades para ser entendidas funcionalmente, es decir, como elementos configuradores de la identidad actual de la sociedad[58]. De esta manera, el Derecho penal reproduce la identidad de la sociedad con base en la cual se forma el contenido de las categorías dogmáticas. Las valoraciones político-criminales, entendidas como propuestas para un mejor Derecho penal, se dejan fuera de lado mientras no formen parte de la actual identidad de la sociedad, esto es, mientras no tengan vigencia en la sociedad[59].

Con esta breve exposición acerca de la comprensión de la Dogmática penal y la Política criminal, podemos ahora pronunciarnos sobre la forma de enfocar jurídicamente el delito económico. Ni la orientación político-criminal de ROXIN ni el funcionalismo de JAKOBS analizan el delito como un suceso dado sino en un contexto nor-

(56) En el sentido de una quiebra con los sistemas ontológicos; vid., así, ROXIN, *La evolución*, p. 65. Vid., igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21.

(57) Vid., así, JAKOBS, *Norma, persona y sociedad*, p. 18; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 57. Frente a esta concepción, ROXIN, *La evolución*, p. 63, considera que una visión teleológica es más creativa en tanto no se reduce a describir el *status quo*.

(58) Vid., en este sentido, las apreciaciones de SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 21 al hablar de los valores desde las perspectivas funcionalistas.

(59) Así, ROXIN, *La evolución*, p. 76, señala que aquí se presenta el punto central de divergencia entre su pensamiento y el de Jakobs.

mativo, esto es, en función de un modelo de orden. Ese modelo de orden lo ofrecen, para Roxin, las finalidades político-criminales, mientras que para Jakobs se trata de la constitución normativa de la sociedad. Esta diferencia de perspectivas pone de manifiesto por qué ambos autores manejan no sólo criterios de determinación del modelo de orden social diferentes, sino también conceptos de Política criminal distintos. Si con Política criminal quiere hacerse mención al modelo normativo que informa las categorías dogmáticas del delito, resulta correcto exigir una integración entre Dogmática y Política criminal. Si, por el contrario, se entiende por Política criminal la propuesta de un nuevo modelo de orden distinto al vigente (más eficaz o más garantista), entonces hay que considerarlo necesariamente como separado de la Dogmática penal construida sobre el modelo de orden vigente.

2. El enfoque dogmático del delito económico

A. El modelo de construcción dogmática

Como lo sostiene Frister a propósito de un concepto preventivo general de culpabilidad, resulta usual entender que existen dos modelos posibles de construcción dogmática: o se utiliza un modelo ontológico encargado de precisar los requisitos para el quebrantamiento de una norma, o se recurre a un modelo que apunta a determinar si es necesario compensar tal quebrantamiento actuando sobre el autor(60). Se trata, pues, de dos perspectivas contrapuestas en tanto la primera constituye una cuestión del ser que no requiere ser imputada, mientras que la segunda implica una relación teleológica, esto es, una imputación. A esta comprensión de los posibles modelos dogmáticos puede, sin embargo, objetársele llevar a cabo una cuestionable equiparación entre lo ontológico y lo empírico. La ontología no se encarga del ser de las cosas entendido como existencia(61),

(60) Vid., con mayor detalle, Frister, *Die Struktur*, p. 46 y ss.

(61) Vid., así, la diferencia entre ser y existencia, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 99 y ss.

sino en un sentido trascendente, lo cual incluye, por tanto, cómo deben de manifestarse. De ello puede inferirse que lo ontológico resulta, más bien, un criterio normativo, de manera que puede formar parte igualmente de un modelo dogmático de imputación.

A partir de las precisiones realizadas, puede señalarse que efectivamente existen dos modelos de enfoque de los sucesos: o se hace una verificación de lo empíricamente sucedido, o se lleva a cabo una imputación con criterios normativos a partir de un determinado suceso. Dado que el Derecho penal no constituye una ciencia descriptiva, la construcción dogmática de la teoría de delito debe seguir el segundo modelo de enfoque(62). Pero con esta precisión no se agota la discusión, sino que ésta se sitúa más bien en los criterios normativos para realizar la imputación. Si bien coincidimos con el método funcionalista en una construcción de la dogmática con criterios normativos, no aceptamos que la valoración política o la identidad eventual de la sociedad suministren suficientemente tales criterios normativos. Como lo hemos remarcado en el capítulo II, el concepto de persona constituye el criterio normativo central en la configuración de la sociedad y de los distintos sistemas sociales –incluido el Derecho penal(63). No se trata, por tanto, de un aspecto que determine el sistema político con sus diversos procedimientos formales de legitimación, ni tampoco que se encuentre absolutamente condicionado por las reglas de configuración de la sociedad. Se trata de una realidad portadora de una finalidad en sí misma y que sólo puede determinarse racionalmente en un concreto momento histórico(64).

Desde nuestra comprensión dogmática de la teoría del delito, resulta evidente que su fundamentación supera los aspectos regulados expresamente por el Derecho positivo, por lo que debe admitirse

(62) Vid., así, la imputación como opuesta a la verificación, GÜNTHER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 319 y ss. En este sentido, sostiene HASSEMER en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 352, que la imputación no puede derivarse de simples sucesos empíricos.

(63) La persona como concepto normativo, SPAEMANN, *Personen*, p. 26.

(64) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50.

la posibilidad de eventuales contradicciones entre la identidad normativa de la sociedad y la regulación jurídico-positiva. Ya que partimos de un predominio de la verdadera identidad normativa de la sociedad sobre la regulación positiva en la construcción del sistema dogmático, resulta también posible y obligado hacer una crítica a la legislación penal que se oponga al sistema dogmático orientado realmente a la sociedad. Si bien puede hablarse en estos casos de consideraciones político-criminales, esto no se debe al hecho de que la dogmática penal se encuentre limitada por el Derecho positivo, sino a que se recomienda al legislador modificar una regulación jurídico-positiva opuesta al sistema dogmático válido en el Derecho penal de la sociedad actual. En el caso de los jueces hay que reconocer ciertamente que existe un límite político a su actuación, en tanto su actividad no puede ir contra la regulación jurídico-positiva(65). Sin embargo, los jueces cuentan también con una autorización constitucional que les permite un juicio crítico en caso de leyes penales contrarias a la Constitución Política.

B. El concepto de norma en la teoría del delito económico

Precisados los puntos de partida de la construcción dogmática, resulta necesario entrar a determinar las estructuras del sistema. La teoría del delito económico debe estructurarse como un modelo de imputación de responsabilidad penal en tanto no constituye un constructo racional para la satisfacción intelectual de los penalistas, sino un instrumento fundamental para la conservación del sistema social. El sistema penal debe mantener la vigencia de una expectativa normativa de conducta defraudada mediante la imposición de una sanción penal, para lo cual debe haber afirmado previamente la defraudación culpable de tal expectativa con base precisamente en los criterios de imputación de responsabilidad que ofrece el sistema dogmático(66).

---

(65) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 70.

(66) Por ello, no podemos estar de acuerdo con Sgubbi, *El delito*, p. 97 y ss., que afirma que el delito en sectores económicos deja de ser un reproche a un sujeto por la elección de su comportamiento, para convertirse en una simple sanción por la transgresión objetiva de las prescripciones normativas. Las reglas de

Las normas jurídico-penales constituyen, en este sentido, el principal instrumento para determinar tales criterios de imputación, de manera que resulta decisivo para la configuración de la teoría del delito precisar la naturaleza que les corresponde.

Desde hace mucho se han manejado en la discusión dogmática dos formas de comprensión de las normas penales. Por un lado, se encuentran las posturas imperativas que definen las normas como normas de determinación para realizar o dejar de realizar una determinada conducta(67). A esta línea de interpretación se oponen los que consideran que la norma constituye esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio sobre el carácter desvalorado del hecho en cuestión(68). Por otra parte, la doctrina penal ha utilizado también otro binomio en la clasificación de las normas: la norma de conducta dirigida a los ciudadanos y la norma de sanción dirigida a los jueces(69). Una primera comparación de ambas clasificaciones nos llevaría a relacionar la norma de determinación con la norma de conducta y, por otra parte, la norma de valoración con la norma de sanción. Sin embargo, consideramos que tal vinculación constituiría un juicio apresurado, pues tanto la norma de conducta como la norma de sanción pueden ser entendidas, a su vez, como norma de determinación y como norma de valoración.

---

imputación han cambiado, pero mantienen, aunque ciertamente en un contexto dogmático distinto, la imputación culpable.

(67) Entre las teorías imperativas de la norma, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 265 y ss., 289 y ss., diferencia entre las impropias y las propias, siendo la nota distintiva que las teorías imperativas propias llevan el planteamiento hasta las últimas consecuencias.

(68) En este sentido, MEZGER, *Gerichtsaal* 89 (1924), p. 243 y s.; RADBRUCH, *SJZ* 1947, p. 633 y s., quien destaca como forma original del Derecho la norma de valoración, de manera que el injusto es tal no porque esté prohibido, sino que está prohibido porque es un injusto.

(69) La distinción entre norma de conducta y norma de sanción, KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 200 y ss.; HAFFKE, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 129 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 614 y ss. Bajo la denominación de normas primarias y secundarias, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 2/5 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 311 y ss.

No cabe duda que las formulaciones originales de la norma de determinación y de la norma de valoración estuvieron más vinculadas a la idea de una norma de conducta, pero nada impide llevar esta perspectiva también a la norma de sanción. Una norma puede perfectamente configurarse como norma de determinación dirigida a los jueces y como norma de valoración que permite a éstos realizar un juicio sobre la conducta del infractor. Frente a esta diversidad de posibilidades de comprender las normas, surge la necesidad de precisar sobre cuál de ellas finalmente se construye la teoría del delito(70). En la doctrina penal contemporánea domina, desde la teoría de las normas de Armin Kaufmann(71), un sistema del delito construido sobre la base de la norma de conducta como determinación y como valoración(72). En las distintas categorías del delito puede apreciarse con facilidad el predominio de una determinada comprensión de la norma según las necesidades de explicación. Este juego conjunto no resulta, sin embargo, completamente armónico, como lo muestra, por ejemplo, el tema del contenido del dolo y el tratamiento del error. Por otra parte, si bien las construcciones dogmáticas de la norma de determinación se han mantenido en la norma de conducta, en la norma de valoración se ha pasado con gran facilidad al ámbito de la norma de sanción, como lo demuestra con claridad la asunción del llamado juicio del espectador objetivo(73). La teoría del delito se ha convertido de esta manera en una construcción un tanto arbitraria que recurre, según las circunstancias, a distintas comprensiones de la norma(74).

---

(70) Lógicamente cabe la posibilidad de partir de una comprensión de la norma como hecho y explicar la teoría del delito como ejercicio de coerción [Hoyer, *Strafrechtsdogmatik*, p. 46 y ss. Críticamente sobre esta comprensión de la norma como hecho, Silva Sánchez, *RPDJP* 3 (2002), p. 395 y s.].

(71) Vid., Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, passim.

(72) Vid., Mir Puig, *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p.64 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 58, aunque prefiere hablar de una función de protección y motivación de la norma penal.

(73) Vid., esta apreciación Lesch, *Injusto y culpabilidad*, p. 12 y s.

(74) Esta situación puede explicar las propuestas de cambio que precisamente a través de la norma de conducta y norma de sanción están teniendo lugar en la

Para determinar la comprensión de la norma sobre la cual debe construirse la teoría del delito, es necesario tener en consideración la función atribuida al Derecho penal. Una comprensión del Derecho penal como mecanismo de dirección de los ciudadanos para evitar la lesión de bienes jurídicos, deberá construir la teoría del delito sobre la norma de conducta(75). Por el contrario, si se asigna al Derecho penal la función social de mantener la identidad normativa de la sociedad, como lo hemos hecho en el capítulo II, entonces la teoría del delito no podrá construirse sobre la base del efecto que las normas penales producen directamente en los individuos(76). Por esta razón, debemos renunciar a construir la teoría del delito con base en normas o reglas de conducta, siendo lo más coherente asumir una perspectiva que atienda directamente a las necesidades de restabilización. Estas necesidades del sistema social solamente pueden ser asumidas por una teoría del delito que se exprese como reglas de imputación(77). Pero esta orientación a las reglas de imputación no significa una desconsideración del sujeto individual(78). En la medida en que la sociedad solamente puede tener lugar a partir de personas, la teoría de la imputación penal debe construirse sobre

doctrina penal contemporánea. Sobre esto informa con una fina percepción PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP* 2 (2001), p. 402 y ss.

(75) Vid., así, en el sentido más radical, la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 626 y ss.

(76) Hace este reproche JAKOBS, en *Estudios*, p. 226 precisamente a la concepción de Armin Kaufmann. Por ello puede comprenderse la rotunda afirmación de HAFFKE, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 134: "Consiguientemente, son desde el principio erróneas todas las posturas que construyen el sistema del delito únicamente desde la perspectiva de la infracción de la norma de conducta". Destaca también este aspecto SILVA SÁNCHEZ, *RPDJP* 3 (2002), p. 409.

(77) Sobre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación, HRUSCHKA, *ADPCP* 1994, p. 343 y ss.

(78) Precisamente esta consideración de los sujetos individuales permite un juicio de la estructura social y otorga contenido a la identidad normativa de la sociedad, de manera que se evita así la certera crítica de SILVA SÁNCHEZ, *RPDJP* 3 (2002), p. 403 al pensamiento sociológico de Jakobs de que una obligación semánticamente no puede fundamentarse sin un "deber" (*Sollen*).

el concepto de persona determinado desde nuestra sociedad. Para el Derecho penal actual, la persona constituye un sujeto responsable capaz de evitar cuestionar la identidad esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, las condiciones sociales esenciales para el desarrollo de las personas. Por esta razón, las reglas de comportamiento deben tenerse también en cuenta en la teoría del delito, aunque solamente con fines de imputación, esto es, como baremo de medición[79].

C. La dogmática del delito económico

Si la pena devuelve la vigencia a la norma defraudada por el delito económico, resultará lógico que el delito económico constituya una comunicación social en este sentido. No perder de vista esta unidad de sentido es muy importante para la coherencia de la dogmática penal-económica. Sin embargo, la linealidad del pensamiento y los procesos de justificación nos obligan a una exposición diferenciada de la dogmática del delito económico. A partir de esta idea es necesario diferenciar, en primer lugar, entre la teoría del delito económico y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico, así como hacer una diferenciación, en segundo lugar, al interior de la teoría del delito económico entre el injusto penal (imputación jurídico-penal del hecho) y la culpabilidad penal (imputación personal). En la medida que el juzgador normal no puede ejecutar en un solo momento todo el complejo proceso de imputación, la exposición de la teoría del delito económico tendrá que dividir la imputación en los aspectos mencionados. Veamos esto de manera más detenida.

a. La teoría del delito económico como injusto culpable

La partición del concepto de delito en las categorías de injusto y culpabilidad parece constituir un primer paso necesario en la teoría

---

(79) Vid., Hruschka, *ADPCP* 1994, p. 345. Por ello, no puede afirmarse que un sistema basado en la norma de imputación o sanción deje de lado la función directiva de la norma [vid., Silva Sánchez, *RPDJP* 3 (2002), p. 401], sino que reconocemos tal situación pero no la elevamos a la categoría de función del Derecho penal.

del delito actual[80] y, por tanto, también en la teoría del delito económico. El segundo paso sería la colocación del injusto en primer lugar (juicio sobre el hecho) y la culpabilidad en el último lugar (juicio sobre el autor) dentro de la estructura analítica del delito. El tratamiento en primer término del injusto se justifica dogmáticamente en el dato de que siempre cabe hacer un juicio sobre lo antijurídico de un hecho sin referencia a una persona específica[81]. Sin embargo, en la perspectiva moderna de la teoría del delito, como lo fue ciertamente también hace mucho tiempo, resulta cada vez más claro que la imputación penal no es simplemente un juicio objetivo sobre un hecho, sino que el hecho se considera desde un principio en relación con una persona[82]. Si el hecho se valora en un sentido jurídico es únicamente para imputar, de ser el caso, ese hecho a una persona concreta. En este sentido, lo que realmente interesa en la imputación penal es la culpabilidad, siendo el injusto no más que un concepto auxiliar con fines fundamentalmente expositivos[83]. Lo que la doctrina tradicional llama injusto constituye una apariencia de injusto, pues sólo un injusto culpable constituye un injusto de verdad[84].

---

(80) Sobre la importancia de esta diferenciación, WELZEL, *JuS* 1966, p. 421; ROXIN, *FS-Henkel*, p. 171; SCHÜNEMANN, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 205; FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 171; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 7; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 5/8; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 199; SANZ MORÁN, *Revista penal*, 5 (2000), p. 75. Pone de manifiesto la debilidad de las bases de esta distinción, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 489 y s.

(81) Vid., así, la comprensión de KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, p. 163 y ss. A partir de esto, reconoce también JAKOBS, en *Estudios*, p. 123 que la posibilidad de una falta de culpabilidad por el desconocimiento de la norma implica que la norma exista con independencia de su conocimiento, lo cual significa aceptar un injusto independiente. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 225. Una exposición exhaustiva del origen del injusto no culpable en el Derecho penal, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 87 y ss.

(82) Vid., LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 30.

(83) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

(84) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 123; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 63; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 29 y s.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 121 y s.

El descubrimiento de la vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no excluye, sin embargo, un proceso de determinación sucesivo en el que se diferencien ciertos niveles, aunque debe reconocerse que se tratará solamente de conceptos provisionales que sólo adquieren sentido en conjunto[85]. El punto de distinción de carácter fundamentalmente didáctico se encuentra en la conformación del sentido del hecho. En un primer momento, se tiene que imputar el hecho al autor como infracción individualmente evitable de un rol, mientras que en un segundo momento tendrá que determinarse si puede imputarse a la persona en concreto la titularidad del rol con el que se ha llevado a cabo la imputación del hecho en un primer momento. De esta manera, tenemos, por un lado, el injusto o imputación jurídico-penal del hecho y, por el otro, la culpabilidad o imputación personal. Si bien puede verse que mantenemos con fines didácticos la partición entre injusto y culpabilidad, debemos advertir, como se verá con mayor claridad más adelante, que los contenidos usuales de estas categorías no resultan siendo los mismos sino que adquieren nuevos contornos normativos.

El primer escalón del proceso de imputación penal se encuentra en la imputación penal del hecho, la cual, a su vez, se compone de una imputación objetiva y una imputación subjetiva. Si bien cabe hacer tal distinción en la imputación penal del hecho, no debe perderse de vista su visión unitaria, ya que la imputación objetiva no podría llevarse a cabo si no se da por supuesto el conocimiento por parte del autor de los aspectos relevantes de la imputación, del mismo modo que una imputación subjetiva tendría muy poco sentido si no supone la relevancia jurídico-penal de los aspectos objetivos abarcados por el conocimiento[86]. En el mismo nivel de la imputación del hecho debe tenerse en cuenta también las llamadas estructuras de descargo de la imputación penal. Esta distinción tiene igualmente una finalidad meramente expositiva, pues el hecho a imputar se presenta siempre como una sola realidad. La presencia

---

[85] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 123; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

[86] En sentido similar, Berner, *Grundlinien*, p. 40 y ss.

de estructuras de descargo de la imputación hacen que decaiga la imputación del mismo modo que la falta de las estructuras de la imputación objetiva o subjetiva[87]. No obstante, estas estructuras de descargo se encuentran ya sistematizadas por la doctrina penal en la forma de causas de justificación, de manera que resulta muy provechosa utilizarlas en el proceso de imputación como un paso diferenciado. Las estructuras de descargo llevan a cabo no más que un mayor grado de concreción de la imputación con ayuda de la cual se excluye la imputación afirmada en un nivel más general. En principio, toda imputación puede concretar mucho más las circunstancias del hecho (el autor era objeto de ofensas continuas por parte de la víctima, el autor aseguraba con el delito su futuro profesional, etc.), pero solamente determinadas estructuras socialmente reconocidas permiten un descargo de la imputación. En este nivel de mayor concreción entra en consideración nuevamente la separación didáctica entre lo objetivo y lo subjetivo.

En un segundo nivel se encuentra la culpabilidad o también llamada imputación personal, donde se determina si puede reprochársele a la persona concreta que aparece como titular del estatus de ciudadano y, por tanto, como portadora de un rol penalmente relevante (general o especiales), un déficit de fidelidad al Derecho. Si a la persona incursa en un proceso de imputación penal no puede atribuírsele el estatus de ciudadano, la imputación penal deberá decaer completamente, pues tal persona no puede expresar un hecho con sentido jurídico-penal. Los roles atribuidos a un ciudadano solamente pueden exigirse a personas responsables, es decir, a aquellas que pueden expresar socialmente libertad y ser pasibles, por tanto, de un reproche penal de falta de fidelidad al Derecho. Como veremos también más adelante, esta capacidad de imputación de la

(87) En este sentido, puede admitirse completamente la fundamentación de la teoría de los elementos negativos del tipo. Vid., así las primeras fundamentaciones de MERKEL, A., *Lehrbuch*, p. 82; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 139; BAUMGARTEN, *Der Aufbau*, p. 211 y ss. Sobre los defensores en la doctrina penal actual de la teoría de los elementos negativos del tipo, vid., GÜNTHER, H-L, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 119, nota 5.

persona no se encuentra determinado exclusivamente por las necesidades de imputación del sistema.

b. La teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico

Para que el Derecho penal cumpla su función restabilizadora no basta la imputación de un hecho a un sujeto imputable, sino que es necesario comunicar socialmente mediante la imposición de una pena convencional el carácter erróneo de la actuación del autor. La determinación de un hecho como delito le permite al Derecho penal vincular sus comunicaciones específicas (penas) a la conducta del autor. No se trata de una aplicación automática al estilo de las leyes causales, sino que también aquí entran en consideración cuestiones valorativas. En primer lugar, el sistema penal debe evaluar si no hay otras condiciones, hechos o circunstancias ajenos al injusto culpable que levanten la necesidad de pena. Sólo en caso que persista la punibilidad de la conducta podrá imponerse la sanción penal. Sin embargo, la imposición de la pena no es un proceso arbitrario, sino que requiere también de una justificación racional. Esta justificación se expone ordenadamente bajo el título de teoría de la determinación de la pena, en donde se destacan fundamentalmente tres momentos diferenciados: la determinación legal de la clase de pena y el marco penal abstracto, la concreción abstracto-concreta del marco penal y la individualización judicial de la pena. La pena concreta que se le impone al autor del delito constituye el resultado de este proceso valorativo de concreción.

Para concluir esta exposición general, debemos indicar que un proceso de imputación no concluye únicamente, o al menos no de forma exclusiva, con la imposición de una pena, sino que se prevé otras consecuencias que, si bien no son propias del Derecho penal, han sido confiadas a éste. No cabe duda que se trata de prestaciones realizadas por el Derecho penal, pero la precisión de estas consecuencias no se hace con las estructuras propias del sistema punitivo, sino con una reproducción en el sistema penal de los criterios de decisión del Derecho civil o administrativo. La llamada unidad del ordenamiento jurídico permite precisamente este traslado de decisiones de un subsistema jurídico a otro, pero no debe entenderse como una unicidad de todas las consecuencias jurídicas.

D. La exclusión de una teoría de la imputación de las infracciones administrativas

La teoría del delito económico que vamos a emprender en los siguientes capítulos no incluye las infracciones administrativas en ámbitos de regulación económica[88]. Como ya lo señalamos en el capítulo II, pese a las posibles coincidencias de regulación, el Derecho penal cumple una función distinta a la del Derecho administrativo sancionador. Si los criterios de imputación de los delitos económicos pueden ser trasladados al ámbito de las infracciones administrativas, será sólo porque se trata de una misma realidad, esto es, una infracción normativa, pero no porque exista una equivalencia funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. No tener en cuenta esta diferencia funcional llevaría finalmente a convertir el Derecho administrativo sancionador en parte del Derecho penal y dejar de ser propiamente parte del Derecho administrativo.

3. El enfoque político-criminal del delito económico

En lo que respecta al enfoque político-criminal del delito económico, cabe señalar que en este trabajo no vamos a ocuparnos del mismo, en el sentido de presentar cómo deberían estar regulados positivamente los delitos económicos o algunos de sus aspectos. Nuestra exposición se hará a partir de la regulación jurídico-penal positiva, lo cual ciertamente no impide mostrar los vacíos o contradicciones de la legislación penal. No vamos a ofrecer propuestas de reforma legislativa en el marco de los delitos económicos, pues este trabajo sobre los principios generales de los delitos económicos está dirigido más a una actividad judicial que legislativa. Un enfoque político-criminal requiere, además, la consideración de ciertos criterios de prudencia política que en lo absoluto forman parte de la metodología que sigue nuestra exposición[89].

---

(88) De otro parecer, ACHENBACH, en *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 593, quien considera que el Derecho penal económico incluye también el Derecho administrativo sancionador.

(89) Una visión político-criminal del delito económico, en este sentido, ofrece TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 62 y ss.

Capítulo VIII

LA UNIDAD DE SENTIDO DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL ECONÓMICA: EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Una visión unitaria o común de la imputación jurídico-penal ha pretendido ser ofrecida por el concepto de acción. No obstante, la acción ha sido interpretada de tantas maneras a lo largo de la historia de la dogmática penal que ha llegado a convertirse en una categoría con una utilidad dogmática un tanto reducida. Esta situación no puede llevarnos, sin embargo, a renunciar a un concepto jurídico-penal de acción que nos ahorre el trabajo de su limpieza ideológica, sino que lo más adecuado resultará mantener este concepto, aunque para ello haya que hacer constantemente precisiones y matizaciones[1]. En este sentido, vamos a llevar a cabo, en primer lugar, una breve exposición de los modelos conceptuales que se han utilizado para definir la acción en el Derecho penal y luego, a partir de uno de esos modelos, asumir un determinado concepto jurídico-penal de acción. Una vez perfilada nuestra comprensión procederemos a mostrar sus particularidades en el delito económico.

---

(1) Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *FS-Hellmuth Mayer*, p. 81, quien señala que aunque no se hable explícitamente de acción, este tema no pierde nada de importancia.

II. LOS MODELOS CONCEPTUALES DE LA ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL

El concepto de acción no es sólo tan antiguo como la propia dogmática jurídica, sino que se maneja igualmente en las distintas ciencias humanas y naturales[2]. Por esta razón, nuestra referencia a los modelos conceptuales tendrá que circunscribirse necesariamente al desarrollo que ha tenido en la dogmática jurídico-penal[3]. A lo largo de la historia de la discusión dogmática, la configuración jurídico-penal de la acción ha girado fundamentalmente en torno a dos modelos de interpretación[4]. Por un lado, la acción ha sido entendida como la base material sobre la cual se van precisando los predicados que configuran el hecho punible, de manera tal que un delito sólo puede ser una determinada forma de acción. La otra línea de interpretación ha procurado, por el contrario, exigir en la definición misma de la acción una referencia a los criterios jurídico-penales. Al interior de estos modelos de interpretación se ha discutido, a su vez, sobre las particularidades del punto de partida asumido, lo cual conviene exponer brevemente antes de presentar la postura que asumimos.

1. La acción como concepto previo al Derecho penal

El modelo conceptual de la acción previa fue formulado originalmente por el causalismo mediante la reducción de la acción a la base empírica del hecho[5]. Los autores neocausalistas mantuvieron

---

(2) Vid., en este sentido, DEDES, *FS-Roxin*, p. 187.

(3) Una exposición del desarrollo de la teoría de la imputación en general desde Aristóteles, pasando por San Agustín, Santo Tomás, Pufendorf, Amselm von Feuerbach hasta Hegel, HOHMANN, *Personalität*, p. 213 y ss.

(4) Vid., la referencia a estas dos formas de comprender la acción, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 980.

(5) En un primer momento VON LISZT, *Lehrbuch*, p. 128, define la acción como "la producción, reconducible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior". Debido a que este concepto fracasaba en la omisión, VON LISZT, *Lehrbuch*, 22. Aufl., p. 116, lo modificó en el siguiente sentido: "acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente: modificación, es decir causación o no evitación de una modificación (de un resultado)

en esencia esta visión empírica de la acción, en tanto la voluntad natural del autor de hacer o no hacer continuó siendo el elemento determinante del concepto de acción[6]. Si bien Radbruch cuestionó ya la reconducción de las distintas manifestaciones del delito a una misma base naturalista en tanto dos conceptos antagónicos como acción y omisión (a y no a) no podían tener un elemento empírico común[7], la comprensión causalista de la acción no fue superada sino hasta la formulación del concepto final de acción. Sin embargo, pese a que el finalismo recuperó una visión supraempírica de la acción[8], tampoco renunció a una comprensión previa de la acción sobre la cual habrían de precisarse posteriormente las categorías jurídico-penales. En efecto, para Welzel la acción humana dependía de estructuras ontológicas que la configuraban como ejercicio de una actividad final[9], lo cual, por otra parte, significó la incorporación de lo subjetivo en el concepto de acción. Precisamente esta nueva concepción de la acción trajo consigo críticas en el sentido de un

---

del mundo exterior mediante una conducta voluntaria". Antecedentes de una concepción naturalista se encuentran en Luden, *Abhandlungen*, p. 215, que exige la corporalidad y la voluntariedad de la puesta de la causa.

(6) En este sentido, Mezger, *Moderne Wege*, p. 12, define la acción como "hacer o dejar de hacer querido".

(7) Vid., Radbruch, *Handlungsbegriff*, p. 140 y ss.

(8) En este sentido, Welzel, en *Abhandlungen*, p. 18, señala que la acción constituye, a diferencia de los simples procesos causales, una expresión de sentido del ser humano orientada a la consecución de determinados objetivos propuestos y critica, por ello, la explicación causalista de la acción como acto voluntario de contenido indiferente, en la medida en que la causalidad no puede expresar sentido por sí misma. Resalta lo mismo la exposición de Jakobs, en *Estudios*, p. 108.

(9) Para Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 33 y ss., el hombre gracias a su saber causal puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse, por ello, objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo. Vid., con mayor profundidad, Welzel, *Um die finale Handlungslehre*, p. 3 y ss. El concepto ontológico de acción formulado por Welzel ha sido criticado incluso en el propio plano ontológico; vid., así, Katsantonis, *ZStW* 72 (1960), p. 351 y ss.

concepto previo referido únicamente al dolo directo o, cuando menos, ajeno a la culpa[10]. Sin embargo, WELZEL dejó en claro que la denominación "final" no debía entenderse como intención dirigida a la producción de un resultado delictivo, sino que a partir de esta estructura ontológica del actuar humano debían establecerse el dolo y la culpa al interior del Derecho penal. Esta situación llevó a que en sus últimos años recomendara sustituir la denominación "final" por la de "cibernética", en la medida en que lo que importaba en la acción era su control y dirección[11]. Pero a pesar de esta reformulación de su concepto de acción para poder dar entrada también a las otras formas de manifestación del delito, lo cierto es que esta comprensión de la acción ha sido considerada incompleta en la medida en que se centra en las capacidades individuales de control y deja de lado la vertiente social de la cuestión[12].

El déficit social de la comprensión finalista de la acción ha pretendido ser cubierto por la llamada teoría social de la acción. Los orígenes de esta teoría son ciertamente anteriores a la teoría final de la acción, pero sólo en las últimas décadas ha adquirido una mayor significación. Eberhardt SCHMIDT, reelaborando el tratado de von LISZT, definió la acción como conducta voluntaria hacia el mundo social externo, lo que significaba que la acción no interesaba en términos fisiológicos, perspectiva propia de las ciencias naturales, sino como fenómeno social[13]. En la misma dirección discurren las concepciones de la acción de ENGISCH, como producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes[14], de MAIHOFER,

(10) Vid., así, MEZGER, *FS-Rittler*, p. 123. Vid., igualmente la referencia de JAKOBS, en *Estudios*, p. 110 y s., a esta crítica dirigida a la teoría final de la acción.

(11) Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 37 y s.

(12) Vid. JAKOBS, en *Estudios*, p. 112. No obstante, destaca en Welzel la consideración de lo social a través de la llamada adecuación social, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 22, aunque reconoce que finalmente no desarrolló esta idea completamente.

(13) Vid., con mayores referencias, VON LISZT/EB. SCHMIDT, *Lehrbuch*, 26. Aufl., p. 153 y s. Luego, también, SCHMIDT, E., *FS-Engisch*, p. 339 y ss.

(14) Vid., ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 38.

como conducta dirigida a la lesión de bienes sociales[15], y actualmente de Jescheck, como conducta socialmente relevante[16]. Si bien resulta difícil encontrar en los autores mencionados una unidad de pensamiento[17], parece posible, por el contrario, someterlos a una crítica común: el diferenciar apenas entre la relevancia social del hecho y la jurídica[18]. En este sentido, aun cuando pueda decirse que el concepto social de acción se mantiene todavía dentro del modelo conceptual de una acción previa al Derecho penal, no ofrece contornos suficientes que permitan una diferenciación con las categorías jurídico-penales. Es más, las fronteras entre lo social y lo jurídico desaparecen en los supuestos en los que es la propia regulación penal la que otorga la relevancia social a los hechos[19].

2. La acción como concepto jurídico-penal

El modelo conceptual de una acción propiamente jurídico-penal se remonta al llamado concepto preclásico de acción desarrollado por los penalistas hegelianos, según el cual la acción se entendía como culpabilidad de la voluntad, es decir, como manifestación de la voluntad moral o acto de voluntad dirigido contra el ordenamiento moral o jurídico[20]. Como puede apreciarse, se trataba de una unidad conceptual no sólo de la manifestación de voluntad con la culpabilidad, sino sobre todo con el ordenamiento jurídico, de manera

---

(15) Vid., con mayor detalle, Maihofer, *FS-Eb. Schmidt*, p. 178.

(16) Vid., Jescheck, *FS-Eb. Schmidt*, p. 152; El Mismo/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 223.

(17) En este sentido, Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 189.

(18) Vid., así, la crítica de Roxin, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 29 y s.; Silva Sánchez, *El delito de omisión*, p. 113 y s.

(19) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 30.

(20) Se considera como fundador de este concepto de acción a Berner, *Lehrbuch*, p. 108, quien indicó que el delito es acción y que el delito debía dividirse en acción y punibilidad. Se destaca también la concepción de Abegg, *Lehrbuch*, p. 104 y s. Una exposición detallada del concepto de acción de los penalistas hegelianos y sus variantes, Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, p. 85 y ss.

que una definición de la acción sin tener en cuenta este último aspecto no resultaría en principio posible. El método analítico del causalismo acabó, sin embargo, con las bases de esta comprensión de la acción jurídico-penal y la sustituyó por una orientación descriptiva a partir de datos empíricos. No obstante, como ya se refirió, la insuficiencia del naturalismo para explicar la variedad de las manifestaciones delictivas llevó a que RADBRUCH negase un concepto jurídico-penal de acción previo al delito e iniciase su sistemática del delito a partir del tipo penal(21). Esta exposición de la teoría del delito constituye, con diferentes matices, la línea de interpretación aún hoy predominante en la doctrina penal(22). Incluso el llamado concepto negativo de acción, de mucha difusión en la actualidad, no es ajeno a esta lógica, pues aun cuando pretenda definir la acción jurídico-penal desde el punto de vista del delito omisivo (la no evitación evitable en posición de garantía o en la situación típica(23)), lo cierto es que también esta interpretación de la acción recurre finalmente al tipo penal para determinar lo que es evitable(24). El concepto negativo de acción no se construye sobre la omisión en sí, sino sobre la configuración típica del delito omisivo.

La vinculación del concepto jurídico-penal de acción con el tipo penal ha comenzado, sin embargo, también a cuestionarse en la doctrina penal, en tanto una referencia normativa sólo a la tipicidad resultaría demasiado limitada para la comprensión completa de la acción jurídico-penal. En esta línea, JAKOBS pretende definir la

(21) Vid., RADBRUCH, *FS-Frank*, I, p. 160. En el mismo sentido, aunque desde la teoría de la imputación objetiva, HONIG, *FS-Frank*, I, p. 195.

(22) Vid., así, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 8, n.m. 42 y s.; GALLAS, en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, p. 52 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 31; SCHMIDHÄUSER, *GS-Radbruch*, p. 276 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 10, n.m. 1045. Considera, por el contrario, que debe mantenerse el concepto de acción como algo común de las manifestaciones del delito, MAIWALD, *ZStW* 86 (1974), p. 655.

(23) Sobre esto, vid., ampliamente, HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 172 y ss.; BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 132; EL MISMO, *FS-Jescheck*, I, p. 308.

(24) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 8, n.m. 36.

acción jurídico-penal en atención al sentido global del hecho[25], lo cual, como él mismo lo reconoce, constituye una especie de retorno al punto de partida de los penalistas hegelianos[26]. La acción jurídico-penal se presenta, en este sentido, como un concepto que otorga unidad a la imputación jurídico-penal, pudiendo incluso afirmarse que el concepto jurídico-penal de acción no es más que una teoría del hecho delictivo[27].

III. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN

Nuestra comprensión de la acción jurídico-penal parte de la idea de que la acción no constituye algo ya determinado empírica u ontológicamente[28], sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal[29]. Esto quiere decir que tal comprensión depende fundamentalmente de la función atribuida al Derecho penal. Si se concibe el Derecho penal como un sistema de

---

(25) Vid., con mayor detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 124 y s. En la misma línea, Schild, *GA* 1995, p. 115; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 213 y ss.; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 134 y ss.; La Misma, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 267. Hay que reconocer, sin embargo, que la unidad del delito en la acción ha sido también reconocida por Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 183; Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 212; Wolff, M.E., *Der Handlungsbegriff*, p. 15 y ss.; 39 y ss.; El Mismo, *GS-Radbruch*, p. 301, quien si bien en un principio habla de dos conceptos de acción, uno individual para la culpabilidad (acción culpable) y otro para la antijuricidad (acción antijurídica), entiende que debe haber una unidad en el concepto de acción que solamente suministra el concepto de delito (p. 39). Críticamente, ante el planteamiento de Jakobs, Schünemann, *FS-Roxin*, p. 18 y s.; Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 988 y s.

(26) Así, por ejemplo, Berner, *Grundlinien*, p. 41: "El concepto de acción agota la esencia completa de la imputación".

(27) Vid., así las apreciaciones de Schild, *GA* 1991, p. 116 y s.

(28) Vid., en este sentido, Koriath, *Grundlagen*, p. 402 y s.; Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

(29) Vid., esta línea de interpretación ya en Mezger, *Moderne Wege*, p. 12 y ss.; Lang-Hinrichsen, *JR* 1952, p. 189. Actualmente ha puesto esto de manifiesto, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

directivas de conducta, entonces resulta lógico englobar en el concepto de acción no sólo las conductas delictivas, sino también aquellas que respetan tales normas[30]. El concepto de acción no estará dado por las distintas categorías del delito, sino por la susceptibilidad de tener un sentido de carácter jurídico-penal[31]. Por el contrario, si la función del Derecho penal se encuentra en la restabilización de una defraudación de la norma, entonces la acción jurídico-penal estará definida como la comunicación de un ciudadano defraudatoria de una expectativa normativa de conducta esencial[32]. En este contexto, el sentido de la comunicación no está determinado por los pensamientos o propósitos personales del sujeto individual[33], sino que resulta de un proceso complejo de atribución de sentido a partir de determinados criterios normativos[34].

Como ya lo pusimos de manifiesto en el capítulo II, consideramos que la función del Derecho penal se encuentra en la restabilización de las expectativas normativas defraudadas. El punto central de un concepto jurídico-penal de acción se encontrará, por tanto, en precisar los criterios específicos de determinación de la defraudación de expectativas penalmente relevante. La doctrina actualmente dominante reduce este criterio jurídico-penal a la descripción típica, en tanto incluye la acción dentro de la categoría de

---

(30) Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990 y ss.

(31) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990.

(32) Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 116 y s.

(33) Ya MAYER, Hellmuth, *FS-von Weber*, p. 160 y s., cuestionó una reducción de la voluntad de la persona a una cuestión puramente subjetiva, en la medida que la unidad de la persona incluye también su participación en el espíritu objetivo. Actualmente, en esta línea, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 211.

(34) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 116; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 69 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 211; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 116. En una radicalización de esta perspectiva, LUHMANN, en *Lebende Systeme*, Simon (Hrsg.), p. 10, entiende finalmente que sólo la comunicación comunica y no la acción como portadora de subjetividad. Crítico ante esta comprensión KARGL, *Rechtstheorie* 21 (1990), p. 352 y ss.

la tipicidad[35]. Por nuestra parte, consideramos que la sola tipicidad representa una referencia limitada que no recoge todas las particularidades de la acción. En este sentido, nos inclinamos por la propuesta de interpretación formulada por Jakobs, quien entiende que el concepto jurídico-penal de acción solamente puede configurarse si se tiene en cuenta el significado global del delito[36]. Si bien podría objetársele a esta comprensión de la acción el reducir su utilidad dogmática a una especie de exposición general del delito y dejar de lado funciones importantes como la función de delimitación[37], consideramos que el ofrecimiento de una visión global del hecho delictivo mediante el concepto jurídico-penal de acción llega a tener incluso una mayor utilidad dogmática, puesto que sólo de esta manera puede percibirse el sentido unitario que tiene la imputación objetiva y subjetiva del hecho al autor, así como también, de ser el caso, la existencia de estructuras de descargo de la imputación. La falta de simetría que muchas veces muestra el desarrollo separado de la imputación objetiva y subjetiva se debe en gran medida a la pérdida de vista precisamente de la unidad que constituye el delito, esto es, la acción jurídico-penal.

De lo expuesto puede concluirse que el proceso de determinación de sentido jurídico-penal de la acción se lleva a cabo mediante un trabajo conjunto de todas las estructuras de cargo y descargo de la imputación penalmente relevante. La imputación objetiva y subjetiva, así como las estructuras de descargo de la imputación, no son más que elementos de este proceso global de determinación de sentido atribuible a una persona capaz de expresar tal sentido (imputación personal). En tanto se trata de partes de un mismo proceso, deben existir, para el mantenimiento precisamente de esa unidad, criterios generales de ordenación de este proceso de atribución de

---

(35) Actualmente, Gallas, en *Studien zum Unterlassungsdelikyte*, p. 52 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 42 y s.; Schünemann, *Grund und Grenzen*, p. 31; Schmidhäuser, *GS-Radbruch*, p. 276 y ss.

(36) Vid., con mayor detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 121 y ss.

(37) En este sentido, Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 989. Sobre la función de delimitación del concepto de acción, vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 57 y ss.

sentido. Estos criterios de ordenación se derivan de los aspectos que en nuestra sociedad permiten afirmar una defraudación culpable de las expectativas normativas de conducta.

IV. CRITERIOS GENERALES DE ORDENACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. El estatus de ciudadano

La atribución de sentido a un hecho como defraudación de expectativas normativas de conducta requiere un ciudadano capaz de poder negar el orden normativo de la sociedad, lo cual quiere decir que solamente una persona responsable podrá vulnerar una norma[38]. Las consecuencias que este criterio de ordenación produce en la imputación jurídico-penal dependen del concepto de persona que se maneje. Si se parte de un concepto formal de persona definido por el sistema social[39], resulta lógico que el sentido de la comunicación se determine autorreferencialmente por el propio sistema social y lo que interese únicamente sea la capacidad de conexión entre las comunicaciones[40]. La defraudación de los roles atribuidos al ciudadano tendría lugar, por tanto, en atención únicamente a las necesidades de mantenimiento del sistema social.

Si se parte, por el contrario, de un concepto realista de persona, entonces la expresión social de sentido tendrá que contener necesariamente también la individualidad de la persona. Un hecho puede imputarse a una persona en tanto se considera una acción suya, esto es, expresión de su libertad[41]. De la libertad de la persona se deriva

---

(38) Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 123.

(39) Vid., así JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 117.

(40) Vid., así, GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 119.

(41) En similar sentido, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 60 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *FS-Helmuth Mayer*, p. 101; WOLFF, E.A., *Der Handlungsbegriff*, p. 17, para lo que llama acción individual; LAMPE, *ZStW* 79 (1967), p. 496 y ss. A las mismas consecuencias llega ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 44, cuando define

una voluntad normativamente atribuible al ciudadano y dirigida a negar la vigencia de determinadas expectativas normativas de conducta esenciales[42]. No obstante, hay que recordar que no se trata de una voluntad subjetiva o psicológica, sino de una voluntad determinada con criterios normativos a partir ciertamente de la libertad de la persona[43]. Si se imputa al autor el conocimiento de la realidad y la norma, podrá exigírsele luego una voluntad suficiente de cumplimiento de la norma, de manera tal que la infracción de la norma se mostrará como un acto de voluntad dirigido a negar su vigencia o, lo que es lo mismo, como una falta de fidelidad al Derecho. Por esta razón, puede decirse que la voluntad no forma parte específicamente de la imputación dolosa del hecho, como lo sostiene todavía hoy parte de la doctrina penal, sino que constituye el resultado de la imputación jurídico-penal del hecho al autor[44].

2. El rol general de ciudadano y los roles especiales

Si la fidelidad al Derecho exigida al ciudadano tuviese que construirse sobre las capacidades individuales del individuo, entonces resultaría correcta una estructuración de los criterios de responsabi-

---

la acción jurídico-penal como expresión de la personalidad, pero sin reconocer la libertad de la persona como punto de partida. De una opinión distinta, Kargl, *Handlung*, p. 517 y ss., mediante lo que denomina determinismo estructural.

(42) Resalta este aspecto en la construcción del concepto de acción a partir precisamente de la intención de no obedecer la norma, Kindhäuser, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 94. Sobre la importancia de la voluntad para una acción penalmente relevante, la sentencia de la Sala penal N° 3019-98 Puno de 18 de septiembre de 1998 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 111).

(43) Similarmente, Hruschka, *Strukturen*, p. 13, en tanto considera que la voluntad está determinada con la imputación de conocimiento de la aplicación de una regla (una acción). Por su parte, Koriath, *Grundlagen*, p. 402, coincide con esta comprensión, pero entiende que las reglas de interpretación no forman parte de la teoría de la acción.

(44) Vid., así como la "acción intencional" incluye también la realización culposa, Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 209 y ss. Recientemente Silva Sánchez, en *LH-Cerezo Mir*, p. 984, manifiesta que la intención se le imputa al agente a partir de un sistema de reglas.

lidad penal a partir de una acción directa e individual que lesiona un bien jurídico. De esta manera, tanto la omisión como las formas de autoría no inmediatas necesitarían una fundamentación adicional para poder equipararse (normativamente) a la acción individual que directamente lesiona un bien jurídico, del mismo modo que la tipificación de una conducta sin una lesión a tal bien jurídico tendría que ofrecer especiales razones para su incriminación.

La situación cambia de forma radical si lo objetivamente imputable en el caso concreto se determina con base en los roles atribuidos jurídicamente al ciudadano(45). En esta comprensión de la responsabilidad penal, un ciudadano realiza un comportamiento objetivamente imputable si en razón de su rol ha debido evitar la realización de un suceso con determinado sentido social(46). Por el contrario, si el ciudadano no resulta competente por la aparición del suceso en función de lo exigible conforme a roles, entonces este suceso tendrá que atribuirse a otro ciudadano o a la situación misma, y no requerir, en principio, un restablecimiento normativo(47).

Los roles atribuidos al ciudadano pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar se encuentra el rol general de ciudadano, el cual se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y la autonomía organizativa dentro de las mismas(48). Como contrapartida a esta libertad de organización, se le atribuye el deber negativo de evitar organizaciones en su propia

(45) Fundamental, en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7. Críticamente, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 19 y s.

(46) Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 115 y s.

(47) Vid. similarmente, GÜNTHER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 323 y s.

(48) JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7 y s., Apdo 29, n.m. 29 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 350. Una esfera de organización que no se reduce al propio cuerpo, sino que incluye una organización ampliada mediante animales, máquinas e incluso personas; vid., sobre esta ampliación de la esfera, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, p. 16; JAKOBS, en *Estudios*, p. 348 y s. En el ámbito de las situaciones de necesidad pone de manifiesto las consecuencias de la separación de esferas, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 20 y s., 47 y s.

esfera que afecten a otras personas[49]. En la medida en que se trata de separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado principio de autorresponsabilidad[50], entendido como responsabilidad por el dominio de la propia esfera de organización. En el proceso de imputación del hecho deberá precisarse el rol de ciudadano en el marco de determinadas actividades, esto es, cuál es el rol general de ciudadano del médico, mecánico, camarero, etc[51]. La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio[52].

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales. Los contactos sociales no se reducen, pues, a una separación de esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre estas esferas con base en instituciones sociales elementales[53]. Debido a que el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere relaciones estables con otras personas, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales[54] que vinculan

---

(49) Vid., así, sobre la fundamentación de este deber Jakobs, *La imputación penal*, p. 15, nota 15; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 35; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 11; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 133; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 65; Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt*, p. 67 y ss.; El Mismo, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 274. Similarmente, Kindhäuser, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 92; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 48.

(50) Vid., en este sentido, Jakobs, en *Modernas tendencias*, p. 624 y s.

(51) Le asiste razón a Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 140 y s., al señalar que no puede entenderse el rol en un sentido sociológico sino jurídico (recogido de manera expresa o tácita en la norma penal). Por esta razón, no se trata de fijar el rol social de un ingeniero, camarero, estudiante, etc., sino del rol jurídico (rol general de ciudadano) de cada uno de estas personas.

(52) Vid., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 275.

(53) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7 y s.; Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt*, pp. 31 y s., 76 y ss. Sobre la vinculación de esferas mediante la solidaridad intersubjetiva en las situaciones de necesidad, Baldó Lavilla, *Estado de necesidad*, p. 21.

(54) Vid. Jakobs, *La imputación objetiva*, 71 y ss.; El Mismo, en *Estudios*, p. 347 y s.; Kindhäuser, en *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.), p. 92. Vid., el concepto de

de una manera concreta una esfera de organización con otras[55]. Esta vinculación puede presentarse de forma intensa, como el caso de la relación paterno-filial[56], o manifestarse solamente en un ámbito parcial de la vida como el caso de la confianza especial que se establece entre un médico y un paciente (salud). Si el titular de un rol especial no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, cabrá entonces imputarle jurídico-penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva. En estos casos estamos ante los delitos de deber o de infracción de un deber[57].

3. La evitabilidad

La imputación penal no se limita a una imputación objetiva del comportamiento a una persona, sino que en la sociedad actual resulta necesario que el ciudadano haya podido evitar dicho comportamiento[58]. La razón por la que se erige a la evitabilidad como el

---

institución en JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 58, nota 114: "Institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación, duradera y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición del sujeto individual y que contribuye, más bien, a constituirlo".

(55) Las instituciones se encuentran ya preformadas y son disponibles dentro de estrechos límites, vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 70 y s.

(56) Vid., así en los primeros años de vida de los hijos, JAKOBS, en *LH-Jakobs* (Perú), p. 176.

(57) Debe reconocerse que JAKOBS, *La imputación penal*, p. 48, admite que la competencia por la organización es también una institución, pero al ser la más general no adquiere un contenido específico frente a las otras instituciones sociales. Por esta razón, los delitos de dominio son también delitos de infracción de un deber, pero de la institución social más general.

(58) Vid., así la afirmación de JAKOBS, en *Estudios*, p. 154, que todo comportamiento contrario a la norma sólo puede ser un comportamiento evitable. La evitabilidad es un criterio que se encontraba presente ya en BINDING, *Normen*, IV, p. 339 y ss., en tanto consideraba que toda norma prohíbe todas sus infracciones *evitables*. Este criterio ha sido utilizado también como correctivo de la causalidad (así, KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, p. 33 y ss.), así como en la

criterio informador de la atribución penal del hecho, se debe a que en la sociedad actual el mundo se encuentra desmitificado y puede, por tanto, explicarse racionalmente. En este sentido, las consecuencias de los sucesos resultan en gran medida calculables, lo que significa que las personas manejan en su actuación una capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Esta capacidad de evitación individual del resultado lesivo, que se presenta tanto en la actuación dolosa como culposa, permite imputar subjetivamente un determinado suceso lesivo a una persona. Por el contrario, al ser lo fortuito imprevisible y por tanto inevitable, no podrá configurar un hecho penalmente desvalorado por ausencia de la imputación subjetiva necesaria.

Con base en la idea de la evitabilidad puede decirse que una expectativa normativa de conducta se defrauda comunicativamente cuando el ciudadano ha estado en la situación de evitar esa defraudación y eso le era exigido[59]. Pero debe precisarse que no se trata de una evitabilidad individual en un sentido empírico[60], sino de una evitabilidad determinada normativamente[61]. De lo contrario, situaciones como la indiferencia y la culpa inconsciente apenas tendrían razones para su relevancia penal. Para precisar lo evitable por una persona no basta tener en cuenta los conocimientos que los roles jurídicamente atribuidos imputan de manera general, sino que

---

fundamentación del concepto negativo de acción (vid., Herzberg, *Die Unterlassung*, p. 170 y ss.; Behrendt, *FS-Jescheck*, I, p. 303 y ss.).

(59) Como lo señala Jakobs, *PJ* 59, p. 132, un Derecho penal que se orienta no en el destino sino en el rendimiento, debe recurrir al criterio de la evitabilidad.

(60) Hay que señalar, sin embargo, que los criterios de imputación deben tener en cuenta que la persona no se mueve en un plano ideal, sino que actúa en un mundo real, de manera que la normatividad de la imputación no puede situarse en el ámbito de lo imposible: *ultra posse nemo obligatur* (vid., así, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 139; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 42a; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 18).

(61) En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 121. Por el contrario, Dedes, *FS-Roxin*, p. 197, considera que existen casos en los que lo subjetivo del autor es simplemente verificado, por lo que no tendría lugar una determinación normativa.

resulta necesario considerar la situación específica de la persona, es decir, una imputación subjetiva.

Una cuestión central en la configuración normativa de la evitabilidad que quisiéramos abordar brevemente, la constituye la determinación del momento a partir del cual debe utilizarse el criterio de la evitabilidad. Ante esta cuestión, algunos consideran que la evitabilidad individual tiene que determinarse al momento de la realización del hecho(62), mientras que otros entienden que no interesa si el sujeto pudo evitar o no la infracción de la norma al momento del hecho, sino que constituye propiamente un ámbito de su responsabilidad(63). Por nuestra parte, consideramos más adecuada esta segunda configuración de la evitabilidad, en tanto el único defecto real que se admite normativamente para restabilizar la norma es la concreta defraudación de la norma, pero no cualquier otro defecto de organización del ciudadano atribuible al mismo. No obstante, debemos señalar que la evitabilidad al momento del hecho ha de recibir un tratamiento distinto a la evitabilidad como ámbito de responsabilidad, pues en el primer caso podrá realizarse una imputación actual, mientras que en el segundo se tratará solamente de una exigencia normativa que por sí misma no amerita todavía una imputación penal.

V. LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO ECONÓMICO

La imputación jurídico-penal en el delito económico sigue, en líneas generales, los criterios tradicionales del Derecho penal liberal que se centran en la realización culpable de un resultado de lesión

(62) En este sentido, en concreto para el conocimiento de la norma, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 18 requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho*. Por su parte, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 36, requiere al momento del hecho cuando menos un conocimiento latente de la norma.

(63) En este sentido, KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 46 y s.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 156 y ss., con base en el concepto de competencia. Similarmente para el caso concreto del error de prohibición, LESCH, *JA* 1996, p. 611; y para el caso concreto de la omisión impropia MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 907.

de un bien jurídico. Esta forma de atribución de responsabilidad se sustenta en criterios empíricos e individuales que resultan inadecuados por la mayor complejidad de los contactos sociales propios del sistema económico. Por esta razón, el Derecho penal económico recurre a elaboradas figuras dogmáticas que buscan justificar la imputación jurídico-penal más allá de un hecho que lesiona de manera directa un bien jurídico penalmente protegido(64). Esto puede apreciarse fácilmente no sólo en la técnica legislativa utilizada en el Derecho penal económico, sino también en las construcciones dogmáticas desarrollas por los tribunales para fundamentar la atribución de responsabilidad. Esta nueva orientación de los mecanismos de imputación jurídico-penal ha despertado ciertos problemas de adaptación al modelo tradicional de interpretación del delito como lesión individualizada de un bien jurídico, por lo que surge la duda acerca de la conveniencia de seguir anclados en esta comprensión del delito.

1. La imputación penal orientada a la lesión del bien jurídico

La imputación penal orientada a la lesión del bien jurídico ha intentado superar las dificultades que presenta la criminalidad económica mediante la flexibilización de sus criterios de imputación. Esta flexibilización se puede apreciar claramente por el recurso cada vez más usual a la figura de los delitos de peligro abstracto, la mayor incriminación de la culpa, la utilización de los delitos de omisión y las diversas formas de autoría y participación. En lo que sigue, vamos a señalar brevemente cómo se utilizan estos mecanismos de imputación penal y determinar si, aun con todo, resulta conveniente que la imputación penal económica siga anclada a esta comprensión del delito.

A. El principio de lesividad y los delitos de peligro abstracto

La comprensión del injusto como la lesión de un bien jurídico concreto realizada por una acción individual, ha llevado a exigir que

(64) Vid., en este sentido, Kuhlen, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 238, respecto de la responsabilidad por el producto; Mendoza Buergo, *El Derecho penal*, p. 49, como un rasgo de la sociedad de riesgo.

la redacción de los tipos penales se ajuste al llamado principio de lesividad u ofensividad, esto es, que la acción prohibida debe lesionar o, cuando menos, poner en peligro un bien jurídico (artículo IV del Título Preliminar del Código penal)[65]. Desde este punto de partida, los llamados delitos de peligro abstracto, en tanto constituyen conductas que no representan (aún) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico[66], muy difícilmente encontrarían una justificación dogmática[67]. No obstante, la innegable necesidad de esta técnica legislativa debido al aumento de complejidad de la sociedad moderna[68], ha obligado a la doctrina penal a ensayar algunas pro-

---

(65) Vid., sobre el principio de lesividad ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 2; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, p. 315 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, PG, I, p. 270 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *PJ* 28, p. 7 y ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 1; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 41 y s. El reconocimiento jurisprudencial de este principio en las sentencias de la Corte Suprema Exp. N° 4229-98 Lima de 20 de abril de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia*, 1 (1999), p. 315 y s.] y Exp. N° 3588-99 Lima de 29 de octubre de 1999 (CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 66 y s.).

(66) En este sentido, precisa BOHNERT, *JuS* 1984, p. 183, que la calificación de delito de peligro se ofrece sólo cuando el resultado se determina en relación con un bien jurídico protegido.

(67) Así, BINDING, *Lehrbuch*, BT, II, 1, p. 3 y ss., en tanto calificaba estos delitos como simple infracciones del Derecho de policía; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 190, 196; EL MISMO, *JZ* 1963, p. 432 y s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 168; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 380 y ss. (espec. p. 391); MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, pp. 5 y s., 54; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 694; HUERTA TOCILDO, *Revista penal* 8 (2001), p. 42; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal*, p. 81; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 26; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Actualidad penal*, 91 (2001), p. 52; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 470; EL MISMO, *Thémis* 39, p. 468 y s. Por el contrario, admiten desde el principio de lesividad también los delitos de peligro abstracto, SCHMIDT, J., *Untersuchungen*, p. 198 y s.; STRATENWERTH, *FS-Lüderssen*, p. 374; CEREZO MIR, *RDPC* 10 (2002), p. 63; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 298; MANTOVANI, *RPCP* 12, p. 94.

(68) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss. La doctrina penal mayoritaria en el Derecho penal económico observa este problema desde

puestas de fundamentación[69]. En un primer momento, estas propuestas se movieron en la línea de admitir excepcionalmente la sanción de conductas en el ámbito previo a la lesión de un bien jurídico[70]. Concretamente, en el ámbito del Derecho penal económico esta tendencia se materializó en el castigo de conductas que si bien no ponían aún en peligro el patrimonio, eran normalmente idóneas para hacerlo[71]. No obstante, los problemas para encontrar un

---

la lógica de una lesión individualizada y reconoce, por ello, que se recurre a los delitos de peligro abstracto para evitar la dificultad de demostrar empíricamente el daño producido. Así lo reconocen Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 81 y ss.; El Mismo, *JuS* 1989, p. 696; El Mismo, *Poder económico*, p. 36; Baumann, *JZ* 1983, p. 938; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 362 y ss.; Hassemer, *ZRP* 1992, p. 381; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 187; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 154 y ss.; Alessandri, *Manuale*, p. 42; Sánchez García de Paz, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 694; Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 46 y s.; Terradillos Basoco, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 793; Mendoza Buergo, *El Derecho penal*, p. 85.

(69) Estos intentos van desde una fundamentación general [vid., Bohnert, *JuS* 1984, pp. 185, 187; Meyer, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, p. 213 (a todos los delitos de peligro); Schmidt, J., *Untersuchungen*, p. 202 y s.] hasta una fundamentación en función de distintos grupos de delitos de peligro abstracto [Schröder, *ZStW* 81 (1969), p. 17; Schünemann, *JA* 1975, p. 798; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 127; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 306; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro*, p. 299 y ss.].

(70) Así, Cramer, *Der Vollrauschtatbestand*, p. 67 y ss., mediante la probabilidad de un peligro concreto; Schröder, *ZStW* 81 (1969), p. 16, quien se apoya en la protección de bienes jurídicos ante peligros típicos. Recurren al criterio de las acciones objetivamente descuidadas (culpa sin resultado), con diferentes matices, Volz, *Unrecht*, p. 143 y ss.; Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 28, 94 y s.; Brehm, *Zur Dogmatik*, p. 126 y ss. Se centran en la idea de la peligrosidad o riesgo, Meyer, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, p. 213 y s.; Koriath, *GA* 2001, pp. 67 y s., 74; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 306; Mendoza Buergo, *RDPC* 9 (2002), p. 72 y ss.

(71) Vid., en este sentido, Mata y Martín, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 29; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 35 y s.; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 365 y s., en referencia a los delitos concursales. Por el contrario, considera que los delitos de peligro abstracto en el Derecho penal económico no pueden

referente individual en los llamados bienes jurídicos de "nueva generación"[72], hizo que la doctrina penal abandonase la fundamentación a partir del mencionado referente individual y recurriese, más bien, a la construcción dogmática de los llamados bienes jurídicos supraindividuales o abstractos[73]. Así ha sido el proceder de la doctrina mayoritaria en el Derecho penal económico[74]. Sin embargo, y en la medida que se parte de una comprensión estática del bien jurídico, la crítica al carácter nebuloso y poco preciso de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos resulta plenamente justificada[75].

Un sector importante de la doctrina penal ha intentado mantener la comprensión tradicional del delito y corregir la criticada

---

legitimarse desde el *topos* del patrimonio, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 163 y s. Admite una legitimación de los delitos de peligro abstracto en sectores económicos solamente en los que se necesita una estandarización de comportamientos, PÉREZ DEL VALLE, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 45.

(72) Vid., sobre esto, DOVAL PAIS, en *Intereses difusos y Derecho penal*, p. 34 y ss.

(73) Vid., así la referencia de JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 2, n.m. 25b; EL MISMO, en *Estudios*, p. 313 y ss.; KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 270 y s.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 195; HIRSCH, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 131; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en *memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 706; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal*, p. 70; DE LA MATA, N./DE LA MATA, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 486.

(74) Vid., en esta línea TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 81 y ss.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 697; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 112; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 235 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 123; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 363, mediante la protección de la confianza. Referido a la estafa de subvenciones, HEINZ, *GA* 1977, p. 225 y s. En relación con el medio ambiente RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 188; ALCÁCER GUIRAO, *RECPC* 04-08 (2002), punto II. Referido a la responsabilidad por el producto HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 68.

(75) Vid., la mencionada crítica HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 110; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53. En España, en el mismo sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 79 y s.; GÓMEZ TOMILLO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 475.

indeterminación de los bienes jurídicos colectivos mediante dos mecanismos. Por un lado, se ha desarrollado la categoría de los bienes jurídicos intermedios espiritualizados o con función representativa, cuya vulneración requiere la lesión individualizable sobre un objeto que representa el bien jurídico colectivo más abstracto[76]. Por otra parte, se ha procedido a reconfigurar el principio de lesividad, en tanto ya no se entiende como lesión apreciable de un bien jurídico individual, sino como lesión normativa de un bien jurídico (colectivo)[77]. Pese a estos esfuerzos, resulta evidente que las mencionadas reformulaciones constituyen cuerpos extraños en la concepción tradicional del delito[78]. En este sentido, el único camino dogmáticamente correcto se encontraría sólo en un cambio del punto de partida, esto es, en el abandono de una comprensión individualista del hecho y su sustitución por una comprensión normativa del delito[79].

---

(76) Vid., Schünemann, *JA* 1975, p. 798; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 88; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro*, p. 303 y ss.; Caro Coria, *Derecho penal*, p. 510 y ss.; El Mismo, en *Contexto socio-económico*, p. 24.

(77) Una comprensión valorativa o jurídica de la lesividad proponen, en este sentido, Méndez Rodríguez, *Los delitos de peligro*, p. 39 y ss.; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 213 y ss.; Doval Pais, en *Intereses difusos y Derecho penal*, p. 47 y s.; El Mismo, *Delitos de fraude alimentario*, p. 260 y s.; Hormazábal Malarée, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 1421; Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 108 y ss.; Gallego Soler, *La responsabilidad penal*, p. 101; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, pp. 52 y s., 74; Caro Coria, *Derecho penal*, p. 509. Admiten, por ello, la necesidad de proteger bienes jurídicos supraindividuales y reconocen como los tipos penales más adecuados los delitos de peligro abstracto (respecto de intereses individuales) Tiedemann, *Poder económico*, p. 36; Bustos Ramírez, *LH-Del Rosal Fernández*, p. 217; Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1997), p. 8; Corcoy Bidasolo, *op. cit.*, pp. 144, 155; Terradillos Basoco, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 808; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 170 y ss. Por su parte, Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 95 y s., fundamenta los delitos de peligro abstracto sobre todo para la protección de bienes jurídicos intermedios en el Derecho penal económico.

(78) Vid., así, Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 309.

(79) En este sentido, Kindhäuser, *Gefährdung*, p. 277; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 292.

B. El tipo subjetivo como vinculación subjetiva con el hecho y el recurso cada vez mayor a la figura de la culpa

El modelo de configuración de la imputación subjetiva actualmente dominante parte también de la idea de que la norma penal busca motivar a los individuos a evitar la lesión de bienes jurídicos. Esto significa, por un lado, que la atribución de responsabilidad penal se encuentra justificada en las facultades psicológicas del autor frente al mandato de la norma[80], pero, por otra parte, también que el lado subjetivo del autor se vincula con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos[81]. De esta manera, la voluntad del autor se convierte en un objeto de valoración, compaginando de forma asistemática criterios subjetivos y teleológico-objetivos[82]. Esta situación de incoherencia se aprecia no sólo al interior del propio injusto subjetivo con la penalización de la culpa inconsciente[83], sino también con el tratamiento diferente del error de prohibición en sede de culpabilidad[84].

Fuera de las incoherencias internas antes mencionadas en la comprensión de la parte subjetiva del delito, debe señalarse además la tendencia cada vez mayor en el Derecho penal económico de recurrir a la imputación culposa[85], ya que en la comprensión tradicional del delito la atribución de responsabilidad penal a título de dolo

---

(80) Vid., en este sentido, KAUFMANN, Armin, *Lebendiges*, p. 3 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 121 y ss. Críticamente frente a un planteamiento basado en la norma de determinación, RADBRUCH, *SJZ* 1947, p. 633; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 50; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 41 y ss.

(81) Así es, por ejemplo, la consideración de las circunstancias del hecho reducidas teleológicamente de SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 79 y ss.

(82) Vid., en este sentido las apreciaciones de KÖHLER, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 78 y s.

(83) Destaca esta contradicción, KÖHLER, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 79.

(84) Así, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 55 y s., en concreto frente al concepto normativo de culpabilidad.

(85) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 1; DE LA CUESTA AGUADO, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 172. En contra de esta tendencia, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 94.

obligaría a verificar la mencionada vinculación subjetiva entre el autor y la lesión del bien jurídico[86]. A la inversa de lo que sucede en los delitos sobre bienes jurídicos personales en donde se penaliza primero el delito doloso y luego, en determinados casos graves, la figura culposa, en los delitos económicos parece ser que la incriminación viene dada sobre todo por la realización culposa[87]. Este proceder ha llevado a una cierta inflación de los tipos penales culposos en el Derecho penal económico que acerca el ilícito penal a una simple infracción objetiva de la norma[88], sobre todo cuando se protegen los llamados bienes jurídicos supraindividuales[89]. Pero lo problemático no se encuentra en la necesaria criminalización de la culpa para cubrir los vacíos de punibilidad de la delincuencia económica, sino en el castigo como culposos de hechos que deberían castigarse a título de dolo. Esta situación hace comprensible, desde perspectivas ciertamente político-criminales, que determinados casos graves de culpa se intenten castigar como delitos dolosos[90]. No obstante, creemos que la solución no se encuentra en seguir parchando los agujeros del sistema de imputación, sino en confeccionar uno nuevo.

---

(86) En este sentido, Vogel, Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2 y s., reconoce que muchas veces se recurre a una incriminación de la culpa para evitar tener que comprobar el dolo. Similarmente, Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 79; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 38.

(87) Vid., en este sentido, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 389; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 88; Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1998), p. 7. No obstante, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 160 y s.; Arroyo Zapatero, *RPCP* 7-8, p. 625 y s.; Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 96; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 5, reconocen que en la reforma española de 1995 también en el Derecho penal económico existe una excepcionalidad de la incriminación culposa.

(88) Vid., así, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 389.

(89) Vid., en este sentido, Vogel, Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

(90) Vid., así, Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 41; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 88.

C. La ampliación de la figura de la omisión

El tratamiento hasta hoy usual de la acción y la omisión en el Derecho penal está también dominado, en mayor o en menor medida, por la idea de una norma jurídica que en la forma de mandato o prohibición se dirige a un sujeto individual con la finalidad de motivarle a realizar un comportamiento que preserve determinados bienes jurídicos(91). En este contexto de ideas, resulta plenamente comprensible que la dogmática jurídico-penal diferencie la comisión activa y la omisiva no sólo en su redacción típica, sino también en lo referente a sus presupuestos normativos(92). El punto de mayor fricción en una teoría de la imputación jurídico-penal así configurada se encontrará sin duda en los llamados delitos de omisión impropia, en los que la ausencia de una base naturalista de la acción obliga a buscar criterios (normativos) que permitan equipararla a la acción(93). Esta situación se refleja no sólo en la especial regulación legal que ha recibido la omisión impropia en los códigos penales, sino también en los numerosos trabajos doctrinales que se han encargado de resolver los presupuestos para la mencionada equiparación. Una teoría única del delito no puede alcanzarse de ninguna forma desde estos puntos de partida(94).

En lo que atañe concretamente al Derecho penal económico, debe reconocerse la especial importancia que ha adquirido la figura de la omisión(95). Resulta fácilmente constatable, por un lado, una clara tendencia a afinar los presupuestos dogmáticos necesarios para la configuración de una omisión impropia en los delitos económicos, de manera que pueda ampliarse la responsabilidad penal a sujetos

(91) Vid., así, KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik*, p. 3 y ss.; GÜNTGE, *Begehen*, p. 27 y s.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 51 y ss.

(92) Vid., recientemente, BRAMMSEN, *GA* 2002, p. 193 y ss.

(93) Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 44 y ss., 229 y ss.

(94) Vid. JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 152.

(95) Vid., así, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 385 y ss. Referido en concreto a la criminalidad de empresa SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 575; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 33; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 35 y ss.

cuya participación en el hecho no resulta al menos tan evidente[96]. Por otra parte, puede verse también con suma claridad el uso cada vez mayor de tipos penales económicos que recurren a la configuración de delitos de omisión propia, en la medida que se exige de los actores económicos una mayor participación en el mantenimiento del orden de la economía[97]. La penalización del incumplimiento de deberes de vigilancia[98] y de deberes de denuncia[99] en el ámbito económico es la muestra más clara de esta tendencia legislativa. No obstante, surge en este contexto la pregunta de si resulta necesario esforzarse tanto en buscar criterios de equivalencia (y acreditarlos en un proceso penal) o tener que tipificar expresamente delitos de omisión, cuando una comprensión normativa de los tipos penales con base en competencias permitiría no sólo incluir conductas omisivas, sino también encontrar un criterio de imputación común a la conducta activa y omisiva. Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de los tipos penales debe seguir necesariamente este segundo camino.

D. Las posibilidades de imputación mediante las figuras de la autoría y la participación

Una comprensión naturalista del delito se aprecia también en la configuración actualmente dominante de la autoría y partici-

---

(96) Vid., en este sentido, en referencia a la criminalidad de empresa, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 84 y ss.; El Mismo, *ZStW* 96 (1984), p. 317 y ss.; El Mismo, en *Hacia un Derecho penal*, p. 575 y s.; Seelmann, *FS-Niklas Schmid*, p. 173. En referencia a los delitos de responsabilidad por el producto, Bock, *Produktkriminalität*, p. 73 y ss., 84 y ss.; Puppe, *La imputación objetiva*, pp. 32 y ss., 52 y ss.; Schmucker, *Die "Dogmatik"*, p. 153 y ss.

(97) Vid., similarmente, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 387 y s.; Alessandri, *Manuale*, p. 37.

(98) Vid., en este sentido, para la criminalidad en la empresa, Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 578; Seelmann, *FS-Niklas Schmid*, p. 173.

(99) Vid., una visión general sobre la omisión de los deberes de denuncia, Schwarz, *Die unterlassene Verbrechensanzeige*, p. 23 y ss. Una referencia específica a la intensificación de estos deberes en el Derecho penal económico, Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 42.

pación[100]. Cada interviniente en el delito realiza una acción antijurídica propia, de manera que para poder diferenciar entre el injusto del autor y el del partícipe se recurre a un criterio cualitativo. Este criterio cualitativo se ha intentado encontrar tanto en estructuras prejurídicas (el dominio final del hecho[101] o las estructuras sociales previas del actuar humano[102]) como en puntos de referencia jurídicos (la norma de comportamiento[103], la tipicidad[104] o el dominio del hecho típico[105]). No obstante, en todos estos intentos puede apreciarse con facilidad una construcción de la autoría que se sustenta en la idea de un sujeto individual y una acción individual, lo cual explica, por otra parte, el trabajo especial de la doctrina penal por fundamentar la pena para los sujetos que no participan directamente, o apenas lo hacen, en un hecho lesivo de bienes jurídicos[106]. En este sentido, puede decirse que los esfuerzos por normativizar la autoría y participación en el Derecho penal no han conseguido desprenderse completamente de la idea de la acción individual y del dominio fáctico del hecho.

En el Derecho penal económico se lleva a cabo un uso extremo de las distintas formas de autoría y participación. En el ámbito de la

(100) Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *FS-Jescheck*, I, p. 569 y s.

(101) Vid., así, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 100 y s.

(102) En este sentido, HARDWIG, *GA* 1954, p. 353 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1965, p. 667 y ss. Críticamente, BLOY, *Die Beteiligungsform*, p. 300 y s.

(103) Vid., así, RUDOLPHI, *FS-Jescheck*, I, p. 570 y ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, p. 221 y ss.

(104) Vid., el especial acento en la tipicidad o el tipo, HERZBERG, *Täterschaft*, p. 8; BLOY, *Die Beteiligungsform*, p. 303; FREUND, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 51.

(105) Con diferentes matices, ROXIN, *Täterschaft*, p. 107 y ss.; BOTTKE, *Täterschaft*, p. 35 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 651 y ss.

(106) La teoría del dominio del hecho busca precisamente cubrir los defectos de delimitación en la autoría y la participación derivados del concepto restrictivo de autor; vid., en este sentido, con mayor detalle, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 58 y ss. Pero la formulación de esta teoría a partir de una conducta activa trae consigo problemas en los delitos de omisión (vid., sobre esto, con referencias críticas, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 38 y ss.).

participación en sentido estricto, por ejemplo, puede apreciarse una tendencia a ampliar la responsabilidad penal de aquellos sujetos que no son autores, lo cual se hace patente mediante la posibilidad, por un lado, de sancionar supuestos de participación imprudente[107] y, por el otro, de castigar a un partícipe en un hecho no doloso a pesar del llamado principio de accesoriedad limitada[108]. Por otra parte, y concretamente en el ámbito de la empresa, se ha hecho necesario desarrollar al máximo la potencia represiva de la autoría mediata[109] y el actuar en lugar de otro con la finalidad de hacer frente a los vacíos de punibilidad que se derivan de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas[110]. No menos importante se muestra el uso cada vez mayor de los delitos de infracción de un deber en el

(107) Vid., por ejemplo, Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425, en el ámbito de la responsabilidad por el producto.

(108) Vid., esta referencia, Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C52. Sobre los tipos penales especiales en el alzamiento de bienes que sancionaban en el Derecho penal español directamente los actos de cooperación, Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 91.

(109) Vid., la discusión sobre la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder en el ámbito de la empresa, Roxin, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 56; Hilgers, *Verantwortlichkeit*, p. 110; Heine, *SchwZStrR* 119 (2001), p. 29; Schulz, *JuS* 1997, p. 113; Ambos, *GA* 1998, p. 239; Murmann, *GA* 1996, p. 275 y ss.; Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 134 y ss.; Bottke, *Revista penal* 4 (1999), p. 27; Silva Sánchez, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 369 y s.; Bolea Bardon, *Autoría mediata*, p. 400; Muñoz Conde, *Revista penal*, 9 (2002), p. 80 y s.; El Mismo, *FS-Roxin*, p. 609 y ss. (espec. p. 624); Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 200; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 412 y s.; La misma, *Revista penal* 9 (2002), p. 115; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 185 y ss.; Lascano, en *Nuevas formulaciones*, p. 388 y s.; Cesano, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 4, www.unifr.ch/derechopenal/articulos/Cesano2.4 [consulta: 20 de diciembre 2002], p. 4 y s.; Meini Méndez, *Ius et veritas* 13, p. 209 y s.; El Mismo, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 889.

(110) Vid., Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 31. Con dudas sobre su capacidad de resolver los problemas de déficit de prevención, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 32 y s.; Seelmann, *FS-Niklas Schmid*, p. 173.

ámbito del Derecho penal económico que permitan sancionar penalmente a determinados intervinientes en un hecho sin requerir de éstos un dominio del riesgo penalmente prohibido. Todas estas modificaciones en la teoría de la autoría y participación suscitan la pregunta de si no se está lejos ya de la concepción tradicional del delito como un injusto individual[111].

E. Conclusión

La situación brevemente expuesta sobre el uso extendido en el Derecho penal económico de delitos de peligro abstracto, culposos, omisivos y las distintas formas de autoría y participación, tiene como correlato lógico la elaboración de construcciones dogmáticas complejas para justificar la incriminación de sujetos que no han tomado parte objetiva y subjetivamente de forma directa en la lesión de un bien jurídico. En estas circunstancias, resulta plenamente comprensible que muchos de los supuestos legalmente tipificados se muestren cuestionables, así como también que a los tribunales judiciales les resulte difícil el manejo de estos instrumentos dogmáticos y procedan a una absolución, cuando no a una condena sin fundamentación suficiente y, por tanto, fácilmente revocable en una instancia superior de revisión. La imputación de responsabilidad penal, por ejemplo, a los socios o administradores de una empresa por un delito cometido directamente por trabajadores se muestra sumamente complicada si se parte de una reconstrucción naturalista del hecho, pues la complejidad de las estructuras descentralizadas de la empresa moderna no permite un seguimiento causal de los factores desencadenantes de un suceso lesivo[112]. En este sentido, mientras la dogmática penal siga anclada en criterios de imputación de responsabilidad de base naturalista, la cifra negra de criminalidad económica se mantendrá siempre en niveles elevados.

---

(111) Así, sobre el cambio de paradigma del "autor único" al de "autor sistémico", WITTECK, *Der Betreiber*, p. 24 y s.

(112) Vid., así, SCHÜNEMANN, *ZStW* 96 (1984), p. 318; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 35 y ss.; OTTO, *Jura* 1998, p. 410; EL MISMO, *Strafbarkeit*, p. 7 y ss.; SEELMANN, *FS-Niklas Schmid*, p. 170 y ss.

Pero, por otra parte, una teoría de la imputación jurídico-penal económica que abandone el paradigma individualista permitirá impedir los lógicos excesos a los que se llega por las demandas sociales de punición que no se racionalizan en un sistema dogmático ordenado y acorde con la configuración actual de la sociedad. No todos son competentes por todo, de manera tal que aun cuando pueda vincularse individualmente a una persona con un resultado socialmente perturbador, no debe procederse sin más a realizar una imputación penal. Por ejemplo, el trabajador de la empresa no debe responder por el solo hecho de haber realizado directamente una lesión evitable de un bien jurídico, ni tampoco los accionistas por el solo hecho de haber constituido una empresa desde la cual luego los directivos cometen un hecho delictivo. La imputación jurídico-penal en el Derecho penal económico requiere adoptar criterios de ordenación que respondan a las necesidades sociales de punición, pero atendiendo a las competencias jurídicamente atribuidas a las personas en la organización social. De otro modo, se corre el peligro de volver a un irracionalismo penal.

2. La imputación penal con base en roles en el Derecho penal económico

Si la imputación penal no se sustenta en la lesión individual de un objeto, sino en la defraudación de expectativas, resultará necesario tener en cuenta la actual complejidad de los contactos sociales en la economía[113]. Un sujeto económico se relaciona diariamente con un número indeterminado de personas que supera a todas luces el ámbito estrictamente personal y familiar. Por esta razón, surge la necesidad en la economía moderna de reducir los niveles de información entre los sujetos económicos a datos de índole estrictamente económico (solvencia, capacidad de cumplimiento, calidad del servicio, costos, etc.), lo que, por otra parte, explica el recurso extendido a la constitución de sociedades mercantiles en este ámbito. La exigencia

(113) Vid. en este sentido, Luhmann, *Rechtssoziologie*, p. 31. Sobre el aumento de la complejidad como problema social vid. El Mismo, *Confianza*, p. 5 y ss. En el Derecho penal, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 22.

de un conocimiento individualizado entre los sujetos afectaría de forma considerable la capacidad de orientación de los agentes económicos, pues un sujeto no sería capaz de administrar tantos aspectos personales para la toma de decisiones. La interrelación entre los sujetos sociales sólo puede llevarse a cabo de manera anónima[114]. En consecuencia, la determinación del contenido de las expectativas normativas no podrá recurrir a criterios individualizados, sino a criterios de identificación más estables y que cuenten con un conocimiento generalizado.

La complejidad del sistema económico produce además otro fenómeno en la configuración de los contactos sociales. Actualmente las interrelaciones entre sujetos no se reducen a contactos directos y únicos, sino que éstos se presentan mediatizados por el uso de nuevas tecnologías, formas de actuación en el mercado, distribución de funciones en estructuras complejas, etc.[115]. Mantener una visión naturalista de los actuales contactos sociales no se correspondería con la realidad económica, pues una actuación personal puede formar parte de una actuación global mucho más compleja (*many person actions*[116]). Por esta razón, es necesario construir las competencias de los sujetos económicos con base en estándares generales que permitan simplificar el sentido comunicativo de su actuación[117]. La actuación de un sujeto dentro de un marco general necesita de la precisión de competencias en su ámbito concreto de acción, independientemente de su posterior corrección o no por parte del sistema global al que pertenece.

---

(114) Vid., la actual característica de la anonimidad en los contactos sociales en JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 51 y ss.; SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 32; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 19, destacando los efectos en el bajo índice de denuncias ante la realización de estos delitos.

(115) Vid., en este sentido, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 30 y ss.; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 1; WITTECK, *Der Betreiber*, p. 18 y s.; CARMONA, *Premesse*, p. 61 y s.

(116) Vid., así, SEELMANN, *FS-Niklaus Schmid*, p. 173.

(117) JAKOBS, *La ciencia*, p. 129: "(..) sin estandarización se perdería la orientación".

Las dos manifestaciones mencionadas de la actual complejidad de los contactos sociales (anonimato y participación en estructuras complejas) traen como consecuencia necesaria el recurso al criterio del *rol* para configurar las expectativas normativas de conducta en los contactos sociales[118]. Y esto, a su vez, repercute directamente en los mecanismos de imputación de responsabilidad penal. La idea de una infracción normativa como la lesión directa de un bien jurídico individual de la víctima mediante una acción individual vinculada causalmente con el resultado, no puede mantenerse si se quiere un Derecho penal mínimamente eficaz en el ámbito de la economía[119]. La función de reestabilización de las expectativas normativas de conductas defraudadas en el sector económico sólo podrá llevarse a cabo satisfactoriamente si se tiene en cuenta infracciones a *roles* –ciertamente con un contenido jurídico-penal. Una imputación de responsabilidad penal con base en criterios individualizados no favorece, por un lado, al desarrollo de la economía y, por el otro, puede traer consigo intolerables vacíos de punibilidad.

La imputación jurídico-penal basada en la evitabilidad conforme a roles produce una simplificación de los problemas de imputación en el ámbito de la economía. Respecto del rol general de ciudadano, resulta evidente que el grado de organización que requiere un sujeto económico para desarrollar su actividad es claramente superior al que necesitaría un ciudadano común y corriente para organizar su vida ordinaria. Y esto se debe no sólo al uso de maquinarias y nuevas tecnologías en el ámbito económico, sino también a la propia distribución del trabajo mediante la contratación de servicios

---

(118) Vid., en este sentido, Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 59 y ss.; El Mismo, *La ciencia*, p. 126. Sobre el concepto sociológico de rol Giménez Alcover, *El Derecho*, p. 217: el rol es un «haz de expectativas cuya extensión se delimita por el hecho de que, aun siendo actuadas por una persona, no están coligadas establemente a determinados hombres, sino que pueden ser asumidas por diversos sujetos intercambiables y ocupan siempre sólo una parcela del actuar de una persona concreta».

(119) Vid., en este sentido, Lampe, J., *ZStW* 106 (1994), p. 685 y s.; Witteck, *Der Betreiber*, p. 21.

civiles o laborales típica de la economía moderna[120]. Un agente económico posee en la economía actual una esfera de organización ampliada, lo cual trae consigo también una mayor carga de competencias negativas en el sentido de no lesionar a otras personas. La imputación de responsabilidad penal no requiere, por tanto, reconstruir el hecho delictivo desde un sujeto natural y determinar una posición de garantía o las distintas conexiones naturales con los distintos participantes del hecho[121]. El proceso de imputación jurídico-penal con base en competencias por organización necesita solamente determinar la esfera de organización del sujeto económico y calificar el hecho como la infracción de las competencias negativas derivadas de la libertad de organización sobre dicha esfera[122]. No pretendemos decir que este proceso de imputación se muestre con semejante nivel de simplicidad, sino únicamente que la imputación

(120) Ya LUHMANN, *Funktionen*, p. 185, puso de manifiesto que los principios clásicos de responsabilidad fracasan en la división del trabajo. Sobre la división de trabajo y la distribución de funciones en la economía moderna, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C55; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 54; SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 570 y s.; EL MISMO, *GS-Meurer*, p. 47 y s.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 31; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 75. En referencia a la empresa moderna, SEELMANN, *FS-Niklas Schmid*, p. 170 y s.

(121) Vid., por el contrario, este proceder en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 177 y ss.; VOGEL, *Revista penal* 8 (2001), p. 99; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 198; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 315. Sobre la necesidad de invertir la perspectiva de análisis en los delitos cometidos desde la empresa, MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 77.

(122) Vid., así expresamente respecto de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 632 y s. En el ámbito de la responsabilidad por el producto, similarmente, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 267 y ss. Una comprensión naturalista explica precisamente la crítica de SCHUMANN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 203, a la sentencia del Lederspray por no haber encontrado un movimiento corporal de los directivos al que se recondujera la puesta en el mercado del pulverizador para cuero después de la sesión en la que no se dispuso la llamada de retirada exigida.

de responsabilidad penal a través de competencias por organización permite una mejor comprensión del suceso en los delitos económicos, y una represión de la criminalidad económica más efectiva y ordenada por parte de los tribunales judiciales.

En cuanto a las llamadas competencias institucionales, su importancia en la economía de la sociedad moderna resulta cada vez más evidente[123]. La configuración de nuevas instituciones de origen económico o la conversión de las ya existentes en el ámbito de la economía, trae consigo la atribución de deberes especiales a los sujetos económicos por encima del simple "organiza tu explotación económica sin hacer daño al resto". En una sociedad postindustrial que ha alcanzado niveles satisfactorios de comodidad, al menos en parte de la población, resulta evidente un cambio social en el sentido de comprometer a los sujetos económicos en ámbitos que sobrepasan la simple contribución al desarrollo económico[124]. Los empresarios, por ejemplo, son cargados cada vez más con deberes de contribuir a la formación de situaciones socialmente deseables en el ámbito de la economía, de manera que su responsabilidad penal puede tener lugar también por el incumplimiento de deberes de origen institucional[125]. El delito de negación de la información requerida por organismos de supervisión de nuestro Código penal constituye un claro ejemplo de la vinculación institucional penalmente relevante de los sujetos económicos.

Con base en los puntos de partida brevemente esbozados, los problemas de legitimación de las figuras dogmáticas de raíz natura-

---

(123) Sobre la importancia de la economía en la sociedad moderna, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 54. Resalta la existencia cada vez mayor de delitos de infracción de un deber en el Derecho penal económico, Zúniga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 219. Con ciertas dudas sobre las instituciones en el ámbito de la economía, Alcácer Guirao, *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

(124) Vid., similarmente, Heine, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 92 y ss.; Jakobs, *Acción y omisión*, p. 25.

(125) Vid., Witteck, *Der Betreiber*, p. 165. En Derecho penal italiano se habla del modelo de imposición, vid., Alessandri, *Manuale*, p. 50 y ss.

lista antes mencionadas no sólo se superan, sino que incluso adquieren nuevos contornos que las hacen más útiles. En una dogmática jurídico-penal basada en roles, por ejemplo, el fenómeno de los delitos de peligro abstracto puede perfectamente encontrar explicación e incluso también limitaciones[126]. Ya que en una sociedad de libertades el Estado no puede establecer legalmente todas las competencias atribuidas al ciudadano, debe limitarse solamente a indicar algunos objetivos generales y dejar su concreción en manos de los ciudadanos[127]. Sin embargo, hoy en día cada ciudadano puede tener una idea muy diferente de cuál es el contenido específico de su rol con base en los objetivos generales establecidos por el Estado[128]. Por esta razón, el legislador debe establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales (estándares) para todos, especialmente en ámbitos de actuación peligrosos[129]. En este sentido, las normas penales estarían referidas no a un bien jurídico considerado estáticamente, sino a condiciones sociales idóneas para el desarrollo de la persona[130]. El Estado asumiría, de esta manera, una administración centralizada y precisaría cuándo se afectan estas condiciones sociales, aun cuando un objeto valorado positivamente no haya sido todavía lesionado[131].

---

(126) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 86a; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 49, cuestiona los supuestos en los que se penaliza un ámbito interno (separación de esfera) que no se corresponde con el principio del hecho.

(127) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 301.

(128) Vid., sobre la dificultad de precisar en determinados ámbitos el límite entre lo prohibido y lo aún permitido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y s.

(129) Vid., SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), p. 16; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 25b, 86a; EL MISMO, en *Estudios*, p. 307; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 198 y s.

(130) Vid., en esta línea la fundamentación de los delitos de peligro abstracto con base en las condiciones de seguridad de KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 277 y ss., 287; EL MISMO, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 275 y ss.

(131) Vid., JAKOBS, *La ciencia*, p. 124.

La afectación de las condiciones sociales idóneas para el desarrollo de las personas da lugar, en estos casos, a una infracción del rol correspondiente[132].

En cuanto a la construcción normativa de la faceta interna del hecho, cabe señalar que el hecho lesivo del bien jurídico ya tuvo lugar, de manera tal que resulta imposible conocer el estado psicológico que el autor tuvo al momento de lesionar el bien jurídico[133]. Esta dificultad se debe no sólo a la imposibilidad de acceso a la interioridad de una persona[134], sino también a que aun cuando pudiese llevarse a cabo esta intromisión en la subjetividad, lo más seguro es que la mencionada interioridad muestre una mezcla de propósitos, sentimientos y emociones que difícilmente pueden ordenarse con fines de imputación jurídico-penal. En este sentido, hay que partir de la idea de que la determinación de la faceta subjetiva solamente puede llevarse a cabo mediante datos objetivos socialmente comprensibles[135]; y más aún, que no se trata de una verificación de la interioridad mediante datos objetivos, sino de una imputación realizada con base en criterios jurídico-penales[136].

---

[132] Para determinar la medida de la anticipación debe diferenciarse –siguiendo a Jakobs, en *Estudios*, p. 308 y ss.– al interior de los delitos de peligro abstracto, aquellos que realizan un comportamiento externo perturbador de aquellos que son definidos como perturbadores porque generalmente son adecuados para producir esas perturbaciones.

[133] Sobre la poca importancia de lo psíquico para el Derecho penal, vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 14.

[134] En este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 51.

[135] Vid., Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 52. Esto es reconocido de alguna manera por la jurisprudencia española que, aun cuando se esfuerce por mantener la idea de verificación de lo subjetivo mediante datos exteriorizados, recurre a criterios objetivos de determinación del dolo (vid., la referencia, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 300 y ss.).

[136] En este sentido, González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 119. Sobre la distinción entre verificación e imputación o atribución, vid., Günther, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 319 y ss.

Estos criterios jurídico-penales deben determinarse a partir de una evitabilidad individual exigida por los roles atribuidos al ciudadano. La imputación subjetiva no se construye, por tanto, a partir del conocimiento actual del sujeto al momento de cometer el hecho[137], sino del conocimiento que le es exigible al autor por el rol que cumple al momento del hecho. Tanto el dolo como la culpa deben responder a esta configuración normativa, siendo la diferencia entre ambas formas de imputación subjetiva una cuestión puramente cuantitativa. Que al momento del hecho el autor sea consciente o no de que lesiona un objeto socialmente valioso tiene muy poca importancia para la imputación subjetiva. La imputación subjetiva se determina, más bien, mediante las competencias de conocimiento derivadas del rol, atendiendo, claro está, a las circunstancias personales del autor. No se trata de una evitabilidad general, sino de una evitabilidad individual.

La construcción doctrinal de la teoría del delito con base en la distinción entre acción y omisión deja también de tener sentido, en tanto parte de una cuestión casual que depende de la situación del sujeto y la descripción del tipo penal[138]. Por esta razón, se propone dejar de considerar al sujeto de imputación como un sistema psicofísico y observarlo, más bien, como un ciudadano al que le son atribuidos jurídicamente determinados roles sociales[139]. La imputación de responsabilidad debe estructurarse, en este sentido, sobre la infracción de los roles atribuidos, siendo absolutamente irrelevante si tal infracción tuvo lugar fácticamente por una acción o por una omi-

(137) Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 55.

(138) Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 347 y ss.; EL MISMO, *Acción y omisión*, p. 13; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 34 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 134. Anteriormente también hizo mención a esta equivalencia funcional de la acción y la omisión, PHILLIPS, *Handlungsspielraum*, p. 95 y ss.

(139) Vid., con mayores referencias, JAKOBS, en *Estudios*, pp. 114 y s.; 347 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 36.; EL MISMO, *Acción y omisión*, p. 8 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 131 y ss.

sión del titular[140]. Lo normativamente relevante constituye sólo la infracción de deberes de aseguramiento y salvamento derivados del rol general de ciudadano o de los roles especiales[141].

Por último, el cambio de configuración de la autoría y la participación motivada por la imputación con base en roles, permite una mayor utilidad de las formas de intervención delictiva. No se necesita hablar de varios injustos individuales sino de un solo injusto penal en el que han tomado parte varios sujetos[142]. En este sentido, debe determinarse primeramente si el injusto común ha entrado en un estadio punible para poder hacer responsables a los distintos partícipes[143]. No obstante, no basta una simple participación en el hecho previo o en la ejecución para responder penalmente, sino que es necesario que normativamente se considere a los intervinientes competentes por la realización del injusto común. Esta determinación normativa se lleva a cabo mediante criterios cualitativos[144]. Una vez que se ha determinado si una persona resulta competente por la defraudación de una expectativa normativa de conducta, debe precisarse, con base en criterios puramente cuantitativos, si debe responder como autor o como partícipe[145]. Una especial vincula-

---

(140) Vid., Jakobs, en *Estudios*, pp. 114 y s., 350, 363; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 20 y s. En general sigue esta comprensión, Vogel, *Norm und Pflicht*, p. 354 y ss.

(141) Vid., con mayor detalle, Jakobs, en *Estudios*, p. 347 y ss.; El Mismo, *Acción y omisión*, p. 13 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y ss.

(142) Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 150 y s.; El Mismo, *PJ* 59, p. 134.

(143) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 154; El Mismo, en *Modernas tendencias*, p. 630 y s.

(144) Vid., así, Jakobs, en *Modernas tendencias*, p. 640.

(145) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 3; El Mismo, *PJ* 59, p. 130 y ss.; El Mismo, en *Modernas tendencias*, p. 623; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 70 y ss. Anteriormente también, Kohler, *GA* 1911, p. 15, aunque con la afirmación cuestionable de una causalidad más débil del partícipe.

ción subjetiva entre éstos no es necesaria[146]. Tanto el autor como el partícipe han infringido el rol que se les ha atribuido, encontrándose la diferencia dogmática solamente en una mayor o menor gravedad de la infracción del rol. Por el contrario, en caso de roles especiales todos los que han infringido su rol responden como autores[147], pues se trata de la infracción del mismo deber especial.

[146] Vid., con mayores indicaciones, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164 y ss.

[147] Vid., así, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 148.

Capítulo IX
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL HECHO

La imputación jurídico-penal del hecho abarca lo que usualmente son los elementos o categorías que configuran el injusto penal. En tanto se trata de un proceso complejo, resulta posible distinguir determinadas partes al interior del mismo. En un primer nivel se encuentra la llamada imputación objetiva del comportamiento y del resultado. Afirmada la imputación objetiva se pasa a un segundo nivel de imputación constituido por la llamada imputación subjetiva. Finalmente, en el tercer nivel se procede a determinar si no hay estructuras relevantes que lleven al descargo de la imputación y, por tanto, nieguen la imputación jurídico-penal del hecho afirmada previamente de forma general. Nuestra exposición va a seguir esta exposición progresiva del proceso de imputación del hecho, ocupándonos en este capítulo de la llamada imputación objetiva. Los capítulos siguientes estarán referidos a la imputación subjetiva y a las estructuras de descargo de la imputación.

La distinción entre una imputación objetiva y una subjetiva constituye el primer paso analítico en el proceso de imputación. No obstante, este reconocimiento no puede llevarnos a la conclusión de que se trata de niveles autónomos con criterios propios de

determinación orientados únicamente a permitir imputar un hecho a una persona[1]. La imputación objetiva y la subjetiva se encuentran mutuamente condicionadas, como lo pone de manifiesto ciertos temas como, por ejemplo, el tratamiento de los llamados conocimientos especiales[2]. Por esta razón, tendría muy poco sentido hablar de una imputación objetiva sin presuponer el conocimiento del autor de los datos relevantes o llevar a cabo la imputación subjetiva sin reunir los requisitos mínimos para afirmar la relevancia objetiva del hecho. Ambos aspectos de la imputación sólo adquieren un sentido completo cuando son contemplados de manera conjunta[3].

El desarrollo actual de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal no parte, sin embargo, de una compresión unitaria de la imputación penal. Cuando HONIG formuló por primera vez la teoría de la imputación objetiva del resultado a partir de la llamada "susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin" (*objetive Bezweckbarkeit*), lo hizo como una idea complementaria a la causalidad en los delitos de resultado[4]. Si bien los estudios posteriores sobre la

---

(1) Por ello señala correctamente JAKOBS, *PJ* 56, p. 120, nota 3, que el tipo objetivo no constituye un escalón de valoración propio. Vid., en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 69.

(2) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 235 y ss.; MIR PUIG, *GS-Armin Kaufmann*, p. 266 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 59 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 492 y ss.; ROBLES PLANAS, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 392 y ss. Muy esclarecedoras se muestran las explicaciones de FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 182 y ss., al señalar que el conocimiento especial del autor permite seleccionar la parte de la realidad sobre la que recae el juicio objetivo. En el mismo sentido, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 298 y s.

(3) Vid., esta comprensión ya en BERNER, *Grundlinien*, p. 40 y ss. En el mismo sentido, pero referido no a la imputación sino a la acción típica, MIR PUIG, *GS-Armin Kaufmann*, p. 257; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 53.

(4) Vid., HONIG, *FS-Frank*, I, p. 174 y ss., quien se refirió también a los delitos de omisión y la utilización también aquí de la imputación del resultado (p. 189 y ss.). En la misma línea se encuentra también la formulación de la teoría de la adecuación de ENGISCH, *Die Kausalität*, passim (espec. p. 59 nota 1). Actualmente se mantienen en el modelo de interpretación de la imputación objetiva

teoría de la imputación objetiva han ido ampliando su ámbito de aplicación a los delitos culposos[5] y a los delitos de mera actividad[6], la doctrina penal mayoritaria no ha reconocido aún una teoría global de la imputación jurídico-penal que enmarque la imputación objetiva. En el mejor de los casos, se ha procedido a una reformulación normativa de la tipicidad (objetiva)[7], la cual se ha materializado a través de una argumentación inductiva a partir de grupos de casos[8] o deductivamente mediante ciertos criterios generales de regulación[9]. Apenas una línea de pensamiento minoritaria se ha mantenido en la idea de una teoría general de la imputación penal[10], en la

---

de Honig, Maiwald, *FS-Miyazawa*, p. 465 y ss.; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 143 y ss., con el criterio de dominabilidad.

(5) En donde se contaba ciertamente ya con un conjunto de conceptos objetivos para delimitar la conducta prohibida (deber de cuidado, nexo de contrariedad del deber, fin de protección de la norma), pero que ahora se equiparan con los desarrollados en los delitos dolosos (vid., en este sentido, Lesch, *JR* 2001, p. 384). Vid., sobre la igualdad de criterios en la imputación objetiva de los delitos dolosos y culposos, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 10; Puppe, *La imputación objetiva*, p. 1.

(6) Vid., así, Reyes, *ZStW* 105 (1993), p. 132. En este sentido, resulta esclarecedor la referencia de Frisch, *Verhalten*, p. 23 y ss., al traslado de la importancia del injusto del resultado al injusto del comportamiento.

(7) Vid., así la indicación de Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 25 y ss.

(8) Vid., así, Roxin, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 126 y ss., que lo lleva a su llamado principio del riesgo. Críticamente, precisamente por ausencia de principios rectores precisos, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 117 y s.

(9) Vid., así, la teoría de la conducta típica de Frisch, *Verhalten*, p. 70, con base en una ponderación de la limitación de la libertad de acción (prohibición de una determinada forma de comportamiento) y la protección de determinados bienes, condiciones de existencia y desarrollo. Anteriormente ya Welzel, *ZStW* 58 (1939), p. 491 y ss., había propuesto con su concepto de adecuación social, que luego redujo en importancia, una formulación normativo-social del tipo. Vid., sobre esto último, Cancio Meliá, *GA* 1995, pp. 183 y ss., 190 y s.

(10) Vid., Hardwig, *Zurechnung*, passim (espec. p. 111 y ss.); Hruschka, *Strukturen*, passim (espec. p. 3 y ss.); Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 18 y ss.; Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y ss.; Koriath, *Grundlagen*,

que, por cierto, sólo algunos autores han reconocido que la imputación objetiva constituye una parte de este proceso global[11]. Desde ya conviene dejar precisado que nuestra comprensión de la imputación objetiva se corresponde metodológicamente con esta última interpretación.

II. LA FUNCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Antes de entrar en las distintas funciones dogmáticas atribuidas a la teoría de la imputación objetiva, resulta conveniente que hagamos una breve referencia al sector de la doctrina penal que le niega utilidad, en tanto la función que se le atribuye en la teoría del delito puede ser perfectamente cubierta por otras categorías dogmáticas[12]. Por ejemplo, los aún defensores de una comprensión causalista del delito sostienen que los problemas que aparentemente soluciona la teoría de la imputación objetiva pueden resolverse con los correctivos que ofrece la causalidad[13], la antijuricidad o la culpabilidad (dolo y culpa)[14]. Por su parte, los representantes de la escuela finalista muestran también su disconformidad con la creación de esta nueva categoría, en tanto, según su parecer, se trata de cuestiones que pueden solucionarse sin mayores complicaciones en la categoría de la acción[15],

---

passim (espec. p. 236 y ss.). En España se presenta así el planteamiento actual de MIR PUIG, *RPDJP* 3 (2002), p. 257, que divide la imputación en imputación objetiva, subjetiva y personal, aunque a ello suma el principio de lesividad.

(11) Vid., en este sentido, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 358; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 54; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 94 y s.; REYES, *ZStW* 105 (1993), p. 128 y ss. Por el contrario, rechaza, al menos para los delitos dolosos, la necesidad de una teoría de la imputación objetiva, KORIATH, *Grundlagen*, p. 536.

(12) Vid., en este sentido, la exposición que hace FRISCH, *FS-Roxin*, p. 219 y ss.

(13) Vid., así, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, p. 371 y ss.

(14) Vid., así, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 100.

(15) En este sentido, HIRSCH, *FS-Lenckner*, p. 133 y ss.

en el dolo[16] o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuricidad[17]. Incluso para los delitos culposos, en donde existe una clara similitud entre los criterios de la imputación objetiva y la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado, se considera también superflua su utilización[18].

Si a cada una de las referidas objeciones contra la imputación objetiva les asiste algo de razón, no vamos a develarlo aquí[19]. Para responder a este sector doctrinal crítico nos remitimos básicamente a las razones que justifican la normativización de las categorías jurídico-penales y, dentro de ello, el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva[20]. No obstante, la idea de la normativización del Derecho penal no goza de una unidad de pensamiento, puesto que existen en la doctrina penal actual distintos pareceres sobre cómo debe emprenderse tal normativización y, por tanto, cómo debe configurarse la teoría de la imputación objetiva. Por esta razón, vamos a hacer a continuación una breve exposición de las propuestas más importantes de normativización de la imputación objetiva en el Derecho penal, lo que nos permitirá poner de manifiesto nuestro parecer sobre esta cuestión central del Derecho penal.

1. La función de prevención general de la norma penal

Conforme a la línea de pensamiento desarrollada por Roxin, a las normas penales (como amenaza penal) se les atribuye la función

---

(16) Vid., en este sentido, Kaufmann, Armin, *FS-Jescheck*, I, p. 251; Morselli, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 402.

(17) Vid., así Bustos Ramírez, *EPCr* XII, 1989, p. 105 y ss.

(18) Vid., en este sentido, Küpper, *Grenzen*, p. 91 y ss.; Struensee, *GA* 1987, p. 97 y ss.

(19) Vid., las razones para un abandono de la comprensión finalista de la tipicidad, así como las respuestas a las críticas procedentes del finalismo, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 81 y ss.; Cancio Meliá, *LH-Jakobs* (Perú), p. 252 y ss.

(20) Vid., en este sentido, Frisch, *FS-Roxin*, pp. 221 y s., 226 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 43 y ss.

de prevención general para impedir la lesión de bienes jurídicos[21]. En este sentido, la norma penal se configura como una norma de determinación que se dirige a la voluntad humana con la finalidad de decirle qué debe hacer o no hacer para evitar lesionar bienes jurídicos[22]. Aquellas lesiones a bienes jurídicos que no pueden ser evitadas por la norma de determinación, no podrán sancionarse penalmente debido a la ausencia de un desvalor de la acción (infracción de una norma de determinación). No obstante, para ROXIN la norma penal constituye también una norma de valoración informada por consideraciones político-criminales, esto es, que la realización de un comportamiento prohibido debe producir además un resultado contrario al ordenamiento jurídico[23]. Por esta razón, para determinar la conducta típica no basta un desvalor de la acción, sino que es necesario además un desvalor del resultado, pues si no existe una afectación de la paz jurídica no habrá necesidad de reaccionar penalmente[24].

En la concepción de ROXIN, la teoría de la imputación objetiva se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo[25]. Su función consistirá, por tanto, en filtrar solamente aquellas conductas en las que la norma penal ha podido ejercer una función de prevención general[26]. En este sentido, la imputación objetiva debe, comprender, en un primer momento, todas las acciones que desde una perspectiva previa al hecho hubiesen podido evitarse de haberse observado la norma de conducta (como norma de determinación)[27]. Pero la imputación

---

(21) Vid. así, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 3, n.m. 37 y ss.

(22) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 93.

(23) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 93.

(24) Vid. ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 100.

(25) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 55.

(26) Vid., así, la fundamentación de SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 423. Similarmente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 292.

(27) Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 424 y s., quien señala que por tratarse de normas de determinación o comportamiento, deben ser abarcados por el dolo y valer todos los conocimientos que posee el autor. En sentido similar, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 46 y ss.,

objetiva debe además limitar la imputación a los casos en los que desde una perspectiva posterior al hecho siga siendo apropiada la norma de conducta para evitar la lesión del bien jurídico[28], de manera que se excluyan los casos en los que el peligro jurídicamente desvalorado no se ha realizado en el resultado. Pese a la posibilidad de diferenciar estos dos planos en la explicación de la imputación objetiva, lo cierto es que para esta línea de interpretación se trata de dos aspectos que se encuentran necesariamente vinculados[29].

2. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva

Otro sector de la doctrina penal, representado sobre todo por Frisch, parte de un concepto material de delito según el cual delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena. La condición mínima del merecimiento y necesidad de pena es la realización de un injusto del que alguien resulte responsable, entendiéndose por injusto el desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento, es decir, la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos[30]. Sin embargo, la realización de un injusto no es sucifiente para justificar la pena. No todo injusto culpable resulta merecedor y necesitado de pena, sino que debe tratarse de un injusto cualificado. La cualificación del injusto depende de consideraciones de racionalidad y de justicia, e incluso, en algunos casos, de fórmulas de consenso[31]. De

---

aunque habla más bien aquí de una imputación personal que incluye también una norma de valoración (del injusto del resultado primario).

(28) Vid., Schünemann, *RPDJP* 1 (2000), p. 426 y ss., que no se reduce a una simple vinculación causal, sino que debe determinarse conforme a finalidades político-criminales. Similarmente, Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 48 y ss., en relación con lo que llama el injusto de resultado secundario y para el que exige un juicio de adecuación.

(29) Vid. Roxin, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 42; Schünemann, *RPDJP* 1 (2000), p. 423 y s. Críticamente, Frisch, *FS-Roxin*, p. 234 y s.

(30) Vid., Frisch, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 145 y s.

(31) Vid., con detalle, Frisch, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 141 y ss.

esta manera, los criterios de merecimiento y necesidad de pena de un injusto culpable se constituyen como una categoría adicional de adecuación de la pena a la que será necesario recurrir solamente si no puede ser alojada ya en el tipo[32].

Las ideas anteriores se sitúan, sin duda, lejos de la teoría de la imputación penal, pero son aspectos previos necesarios para una comprensión integral del fenómeno penal[33]. En el plano de la imputación propiamente, FRISCH comienza el análisis del tipo penal como el resultado de una ponderación general entre la restricción de la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos que permite determinar las conductas penalmente desaprobadas[34]. Los elementos de esa ponderación general no forman parte de la tipicidad[35], por lo que pueden presentarse casos concretos que pueden subsumirse en el tenor del tipo penal, pero que se mantienen dentro del ámbito de libertad general. Cuando esto sucede, la determinación del injusto típico no puede limitarse a la constatación de los elementos del tipo penal, sino que debe procederse a determinar si existe una conducta merecedora y necesitada de pena. A este proceder valorativo FRISCH denomina teoría de la "conducta típica"[36], colocándola en el centro de su comprensión de la tipicidad[37]. La determinación de la conducta típica se corresponde, de alguna manera, con el nivel de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de la teoría de la imputación objetiva defendida por la doctrina dominante, pero para FRISCH se trata de un aspecto independiente que no

(32) Vid., FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 162 y s.

(33) Vid., así, ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, p. 81.

(34) Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 70; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 222 y s..

(35) Vid., así, FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 65: "Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución jurídica (...) con cuestiones relativas a la auténtica imputación".

(36) Vid. FRISCH, *Verhalten*, p. 67; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 102 y s.

(37) Vid., FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

constituye un presupuesto de la imputación[38]. La imputación objetiva se limita solamente a comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado creado por el autor[39], siendo la causa de la inflación de los problemas enmarcados en esta teoría un planteamiento insuficiente de la teoría de la conducta típica[40]. Las perspectivas de análisis en cada uno de estos aspectos del tipo de los delitos de resultado son distintas: mientras en la conducta típica se realiza una determinación *ex ante*, en la realización del resultado tiene lugar una determinación *ex post*[41].

3. La infracción de un rol como defraudación de la norma

La teoría de la imputación objetiva adquiere una configuración distinta en el planteamiento de Jakobs. Para este autor, el Derecho penal se encarga de devolver la vigencia a las expectativas sociales defraudadas[42]. Estas expectativas garantizadas jurídicamente sólo pueden ser defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta los distintos aspectos individuales del autor[43]. La teoría de la imputación objetiva ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, esto es, cuándo se ha defraudado

---

(38) Vid., Frisch, *FS-Roxin*, p. 232; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

(39) Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 526 y s.

(40) Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 518; El Mismo, *FS-Roxin*, p. 225; El Mismo, *Tipo penal*, p. 54 y ss.

(41) Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 71 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 62.

(42) Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 11; El Mismo, *PJ* 49, p. 298; El Mismo, en *Estudios*, p. 385; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; Derksen, *Handeln*, p. 175 y s.; Pawlick, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s.; Müssig, *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

(43) Vid., en este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 54.

de manera objetiva una expectativa social institucionalizada: una norma[44]. Como puede apreciarse, la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS se deriva de la misión atribuida a la imputación jurídico-penal[45].

El criterio que permite determinar objetivamente que se ha infringido una norma se encuentra en el desempeño de un rol social jurídicamente relevante[46]. En este sentido un hecho sólo podrá imputarse objetivamente a un ciudadano si constituye una infracción de su rol. Aquellos aspectos de la realidad que no forman parte del rol atribuido al ciudadano no podrán serle imputados, aun cuando éste haya podido fácticamente realizar estos aspectos o evitar su producción[47]. Si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una paralización inmediata de la vida social[48]. La imputación jurídico-penal requiere, por tanto, de una base social objetiva que permita descartar los hechos o resultados que no se pueden atribuir.

III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO ECONÓMICO

De las distintas líneas de interpretación de la imputación objetiva que hemos expuesto, consideramos que sólo la que se basa en la infracción de roles responde mejor a las necesidades punitivas del Derecho penal económico. Un hecho puede imputarse a un sujeto económico sólo si constituye la infracción de un rol social jurídica-

---

(44) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 97 y ss.

(45) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 94.

(46) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 97. Un aspecto importante en este punto es determinar si el término rol social se asume directamente del ámbito sociológico o si, por el contrario, se trata de roles jurídicamente definidos. El pensamiento de Jakobs parece apuntar actualmente a la segunda forma de percepción. Por el contrario, MÜSSIG, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 209 y s., se muestra más vinculado al sentido sociológico del rol como esquema de orientación de las personas.

(47) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 102.

(48) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

mente atribuido. Para precisar cuáles son las exigencias que se derivan del desempeño de un rol en la economía, debe recurrirse a las distintas normas formales e informales que regulan el sector económico correspondiente[49]. En este sentido, lo determinante en la imputación es lo que el sujeto económico debe objetivamente evitar o, lo que es lo mismo, su competencia por el hecho. Lo subjetivo tiene importancia solamente como conocimiento de lo objetivamente relevante. El conocimiento subjetivo que va más allá de lo requerido, en principio, no debería tener efecto alguno en la imputación penal[50].

Los criterios objetivos de determinación de las competencias de los sujetos económicos dependen de los distintos roles asumidos[51]. Como ya lo vimos de manera general, por un lado se encuentra el rol general de ciudadano concretado en las actividades económicas específicas[52] y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes especiales en virtud de una concreta institución social[53]. La infracción de los roles no se produce del mismo modo en ambos casos. La imputación objetiva en los delitos de dominio (infracción del rol de ciudadano) sigue criterios de regulación distintos a los que rigen en los delitos de infracción de un deber (infracción de roles especiales). En lo que sigue, nos ocuparemos de mostrar las particularidades que cada una de estas formas de defraudación del rol adquiere en el Derecho penal económico.

1. La imputación objetiva en los delitos económicos de dominio

El sujeto económico se mantiene durante su actividad en el rol general de ciudadano y, por tanto, ante la obligación originaria[54] de

---

(49) Vid., Jakobs, *PJ* 56, p. 136.

(50) Vid., Jakobs, *PJ* 56, p. 136.

(51) Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 211.

(52) Vid., de manera general, Jakobs, en *Estudios*, p. 211 y s.

(53) Vid., la referencia, Jakobs, en *Estudios*, p. 212 y s.

(54) Sobre el origen filosófico de la obligación originaria, vid., la interesante exposición de Jakobs, *La imputación penal*, p. 7 y ss.

hacer uso de su libertad sin perjudicar al resto[55]. A la libertad de organización de su propia esfera, orientada en estos casos a la obtención de beneficios en el ámbito de la economía, le corresponde también una responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de esa organización[56]. No obstante, el hecho de que de la actuación de un sujeto económico se deriven causalmente daños económicos para otros, no da lugar aún a su responsabilidad penal[57]. Solamente en caso que el sujeto económico haya infringido a la vez su rol de ciudadano, podrá atribuírsele objetivamente el hecho y, dado el caso, una responsabilidad penal. Este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

A. La imputación del comportamiento o creación de un riesgo prohibido

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento riesgoso pueda imputarse al sujeto económico como infracción del rol general de ciudadano. Para llegar a establecer esto, debemos precisar (a) cuándo una organización personal riesgosa se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico y (b) cómo tienen lugar las organizaciones defectuosas del sujeto económico. Una vez precisados estos aspectos, estaremos en situación de mostrar (c) los institutos dogmáticos que permiten decidir a quién se le imputa el comportamiento defectuoso en el caso de la intervención de varios. En el último punto de este apartado (d), nos ocuparemos de las distintas figuras típicas que pueden fundamentarse ya con la sola imputación del comportamiento.

---

(55) Vid., en este sentido, de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211. De manera específica para el Derecho penal económico, aunque desde un modelo preventivo, BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 85 y s.

(56) Vid., BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 86.

(57) Vid., de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 212.

a. La creación de un riesgo prohibido

aa) Origen del concepto riesgo prohibido

Como puede derivarse de la propia denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido. En consecuencia, existen riesgos socialmente permitidos que no pueden dar lugar a responsabilidad penal. El origen histórico del concepto de riesgo permitido se remonta a la época industrial en la que fue necesario, para no parar el progreso, permitir ciertas actividades a pesar de su peligrosidad[58]. Así, pueden encontrarse ya en la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XIX referencias doctrinales a la problemática de acciones peligrosas pero necesarias para el desarrollo (económico) de la sociedad. Sin entrar en las distintas soluciones dogmáticas que desde entonces se han ofrecido para resolver esta problemática[59], la doctrina penal actualmente dominante vincula el concepto de riesgo permitido con la teoría de la imputación objetiva como la faceta negativa de la imputación de comportamiento (o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado)[60]. Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina se muestra crítico frente a la posible utilidad dogmática de este concepto[61], o lo

---

(58) Vid., con mayor detalle, Rehberg, *Zur Lehre*, p. 17; Preuß, *Untersuchungen*, pp. 15, 32. Referencias a situaciones anteriores en las que también se utilizaba la misma lógica del riesgo necesario, Jakobs, en *Estudios*, p. 172; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 268 y ss.; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 29 y s.

(59) Vid., sobre esto, vid. la exposición de Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 30 y ss.

(60) Vid., así, la indicación de Prittwitz, *Strafrecht*, p. 277; Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 126. Vid., en este sentido la sentencia de la Corte Suprema N° 1767-97 de 12 de enero de 1998 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 120 y s.). Sobre este requisito de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana, vid., Reyna Alfaro, *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

(61) Vid., Kienapfel, *Das erlaubte Risiko*, p. 28 y ss.; Roeder, *Die Einhaltung*, p. 40; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 267 y ss.

considera simplemente un concepto formal que sólo permite agrupar los distintos casos en los que se excluye el desvalor de acción[62]. Otro sector, ubicado en una posición intermedia, limita la relevancia dogmática del riesgo permitido al ámbito de los delitos culposos[63]. Pese a los argumentos esgrimidos por los detractores de la idea del riesgo permitido, consideramos que existen razones de fondo para aceptar su relevancia en la configuración de la imputación objetiva.

En nuestra comprensión de la imputación objetiva del comportamiento, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido[64]. No obstante, no basta hacer la afirmación general de que no puede imputarse objetivamente riesgos permitidos, sino que se requiere concretar lo que califica un riesgo como prohibido, para lo cual resulta determinante tener en cuenta la actual configuración de nuestra sociedad[65]. En lo que atañe al Derecho penal económico, esta labor de concreción requiere individualizar no sólo el sistema económico vigente, sino también los distintos

(62) Vid., en este sentido, MAIWALD, *FS-Jescheck*, I, p. 405 y ss.

(63) Vid., así; KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 215 y ss.; BURKHARDT, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 120, nota 95; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 211.

(64) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 103. Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones: los que entienden que se trata del resultado de un proceso de decisión determinado por la inevitabilidad de la positividad del Derecho [así, LÜBBE, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 373 y ss.], los que lo consideran como resultado de un juicio de ponderación de intereses (FRISCH, *Verhalten*, p. 71 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 201 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 87 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 137; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 91, 101 y ss.), los que parten de los intereses de los miembros de la comunidad jurídica en la norma (SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 86), y aquellos que consideran que se trata de una cuestión que depende de la configuración de la sociedad [JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 121 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 230; MARAVER GÓMEZ, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 209 y ss., espec. p. 235].

(65) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 173; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 118 y s.

sectores de actuación económica[66]. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en el sector económico correspondiente[67].

bb) Criterios de determinación del riesgo prohibido

Para concretar el riesgo prohibido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico considera prohibidas[68]. Estas conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad abstracta o concreta. En el ámbito de la economía tal exclusión se lleva a cabo mediante las normas jurídicas que sancionan con penas o multas determinadas formas de actuación consideradas peligrosas[69]. En este sentido, no son solamente los delitos de peligrosidad los que permiten excluir una determinada forma de actuación del ámbito del riesgo permitido, sino también las reglamentaciones administrativas que regulan determinadas actividades de explotación económica y prohíben expresamente bajo amenaza de sanción administrativa la realización de determinadas conductas[70]. No obstante, en el caso de simples contravenciones administrativas se requiere, además, que estén presentes los restantes presupuestos exigidos por el delito económico correspondiente[71].

---

(66) Como lo indica Volk, *JZ* 1993, p. 432, los riesgos no son generales sino que se determinan por el ramo de actuación económica.

(67) Vid., con mayor detalle, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 124 y ss.

(68) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 173; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 124; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 238; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 178.

(69) Vid., la consideración también de las prohibiciones administrativas en estos casos, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 125.

(70) Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 139.

(71) En este sentido, pueden tenerse en cuenta las apreciaciones realizadas por Paredes Castañón, *El riesgo permitido*, p. 505 y ss., en el sentido de que el nivel de riesgo permitido penalmente no debe coincidir necesariamente con el establecido administrativamente, sino que pueden establecerse niveles máximos de riesgo permitido mayores a los determinados administrativamente. Del

El siguiente paso consiste en tener en consideración las normas jurídicas y extrajurídicas que regulan la actividad económica correspondiente. Un primer referente lo ofrecen los criterios de ordenación establecidos por la regulación jurídico-administrativa (regulación primaria o normas especiales) sobre la correcta explotación económica del sector correspondiente[72]. En caso de no existir una regulación jurídica concreta o que ésta resulte insuficiente, deberá recurrirse a los estándares técnicos establecidos en el sector económico específico[73], los cuales incluyen no sólo los métodos desarrollados por la técnica y la ciencia en la explotación de determinados recursos, sino también las diversas directivas al interior de una empresa (por ejemplo, las indicaciones a los instaladores en caso de empresas de gas)[74]. Es incluso posible que la propia regulación jurídica se remita expresamente a las normas técnicas del sector respectivo[75].

Un tema discutido sobre las reglas técnicas como criterios de determinación del riesgo prohibido se suscita respecto de aquellas que no son adecuadas para el control de la actividad riesgosa. Si la inadecuación consiste en una exigencia excesiva sobre el agente económico para controlar el riesgo, el incumplimiento de las reglas en su parte de exceso no constituye un incremento del riesgo penal-

---

mismo parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 135 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 91.

[72] Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 103; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 180; BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz*, p. 98 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 226 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 104, con base en un carácter indiciario.

[73] Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 104. En general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 126; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 104 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 258 y ss. Crítica frente a esta regulación (reglas especiales) para determinar el riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 105.

[74] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 271.

[75] Vid., sobre esto, SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 187 y ss. Esta remisión resulta recomendable dado el carácter esencialmente técnico y dinámico de las reglas técnicas en sectores económicos. Vid., sobre esto, de manera general, FRISCH, *Verhalten*, p. 106 y ss.

mente relevante[76]. Más discutible se presenta el caso cuando el agente observa las reglas técnicas, pero éstas resultan inadecuadas para controlar el riesgo. No se habrá creado un riesgo prohibido si las reglas técnicas se muestran al momento de actuar como reglas adecuadas para el control de los riesgos[77]. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su adecuación estaba ya cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un criterio que autorice la creación de un riesgo y, por tanto, puede dar a pie a una imputación del comportamiento.

Si bien los sectores de actuación económica tienen, por lo general, reglas jurídicas que permiten diferenciar el riesgo permitido del riesgo prohibido, no se excluye la posibilidad, ciertamente muy escasa, de que determinado sector económico carezca de una regulación jurídica o técnica en este sentido. En estos casos, el estándar de actuación tendrá que determinarse mediante el criterio general del ciudadano prudente desarrollado sobre todo en el ámbito del Derecho civil[78]. Un ámbito económico en el que cabe desarrollar el criterio de ciudadano prudente para determinar el riesgo prohibido es, por ejemplo, la correcta actuación de los administradores de un patrimonio ajeno[79]. En estos casos, la administración defectuosa alcanzará el carácter penalmente relevante cuando supere los niveles permitidos de riesgo e implique un peligro de afectación de los intereses económicos de los titulares del patrimonio administrado.

Con base en los criterios desarrollados resulta posible determinar si una forma de conducta se encuentra en general desaprobada en un sector específico de la economía[80]. Por esta razón, no es necesario

(76) Vid., así, Frisch, *Verhalten*, p. 110.

(77) Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 110 y s.

(78) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 126 y ss.; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 181.

(79) Vid., igualmente, Frisch, *Verhalten*, p. 129.

(80) Vid., en general, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 123; Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 75 y s.

comprobar si en el caso concreto ha existido un interés preponderante sobre el riesgo generado por la conducta[81]. No obstante, para la imputación del comportamiento no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar, además, la competencia del autor por este riesgo no permitido[82]. Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor[83]. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano)[84]. Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento.

cc) Las compensaciones del riesgo prohibido

Un tema de especial importancia para el Derecho penal económico en el contexto de la determinación del riesgo prohibido es el tratamiento de las compensaciones de riesgo. Como se sabe, en la explotación económica se permite la realización de determinadas actividades de explotación peligrosas bajo la observancia de determinadas condiciones dirigidas a reducir el riesgo[85]. La discusión se presenta cuando estas condiciones no se cumplen, pero se utilizan

---

(81) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 123 y s.; LÜBBE, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 381 y s. De otra opinión parece ser MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 139 y s.

(82) Como lo ha puesto de manifiesto, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 86: el riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos.

(83) Vid., en este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 249, 251; EL MISMO, *JR* 2001, p. 385.

(84) Similarmente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 251 y ss. (espec. nota 139).

(85) Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 102; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 231, con amplias referencias bibliográficas.

ciertas compensaciones que permiten reducir igualmente la peligrosidad de la conducta de explotación. Para decidir si en estos casos procede igualmente una imputación, debe considerarse si las condiciones de explotación están impuestas por normas jurídicas o solamente por normas técnicas. En el primer caso, las compensaciones del riesgo no tienen ninguna relevancia para excluir la responsabilidad, mientras que si se trata sólo de normas técnicas las condiciones de explotación podrán reemplazarse sin problemas por otras nuevas igualmente o más efectivas[86]. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia también frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores económicos correspondientes. Considerar que una determinada reglamentación está desfasada y por ello no cumplirla, significa colocarnos en el papel de legisladores, lo cual en un sistema democrático no puede determinarse de manera individual.

dd) La determinación cuantitativa del riesgo prohibido

Otro de los aspectos discutidos en la doctrina penal de especial relevancia para el Derecho penal económico constituye el tratamiento dogmático de los llamados riesgos prohibidos con criterios cuantitativos[87]. Como lo reconocen los estudios especializados, el riesgo prohibido puede determinarse de manera cualitativa o cuantitativa[88]. En el caso de los riesgos prohibidos cuantitativamente, se recurre, como se desprende de su propia denominación, a criterios de cantidad para delimitar el riesgo permitido, el riesgo sancionado sólo administrativamente y el riesgo penalmente prohibido. Así, por ejemplo, está regulado el delito de contrabando en la Ley 28008, en el cual se establece una cuantía superior a dos unidades impositivas

(86) Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 128 y s. De una opinión distinta, Frisch, *Verhalten*, p. 93, nota al pie de página 8; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 178; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 247 y s.

(87) Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 141.

(88) Vid., esta diferencia en referencia a la responsabilidad por el producto, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, pp.121 y ss., 197 y ss.

tributarias para configurar el delito[89]. Una gran discusión se ha levantado en la doctrina penal para precisar la naturaleza dogmática de estos criterios cuantitativos. Por un lado, se encuentran los autores que consideran que esta referencia cuantitativa constituye un elemento del tipo de injusto y que debe, por tanto, ser considerado como tal no sólo en la imputación subjetiva, sino también en la determinación de las formas de participación[90]. Otro sector de la doctrina considera, por el contrario, que se trata de condiciones objetivas de punibilidad, de manera que no formarían parte del injusto, con todas las consecuencias sistemáticas que esta solución implica[91]. En la doctrina penal se defiende también una posición intermedia, según la cual habrá que determinar en los concretos tipos penales si el criterio cuantitativo incorporado tiene un papel meramente funcional o si se refiere, por el contrario, a la lesividad material de las conductas[92]. Por nuestra parte, consideramos que a esta posición intermedia le asiste la razón. En efecto, la incorporación de límites cuantitativos en los tipos penales puede deberse fundamentalmente a dos razones: puede, por un lado, que el límite cuantitativo busque solamente evitar una bagatelización del Derecho penal, de

(89) Vid., así la decisión de la Corte Suprema del exp. N° 2354-97 Lima (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 482) antes de la modificación de las cuantías en estos delitos. En España se discute, especialmente respecto de los delitos tributarios, la conveniencia de determinar mejor el riesgo cuantitativamente prohibido en atención a porcentajes de la deuda tributaria, de manera que se tenga en cuenta criterios de igualdad y proporcionalidad (GRACIA MARTÍN, *AP* 1994, p. 214; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, p. 635; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 321, quien precisa que se pasaría así de un criterio cuantitativo a uno cualitativo).

(90) Este parecer es defendido por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, pp. 149 y ss., 153; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 321 y s.

(91) Así el parecer de BACIGALUPO ZAPATER, *AP* 45 (1995), p. 890, respecto del delito fiscal español que asume un criterio cuantitativo. No obstante, debe señalarse que Bacigalupo, en contra de la doctrina dominante, considera que el error sobre la punibilidad es relevante (vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 204).

(92) Vid., en este sentido, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, p. 180 y ss.

manera que solamente se autorice a sancionar los casos a partir de una cierta gravedad; o puede también que, por el otro, se establezca un límite cuantitativo como parte de la propia conducta prohibida. En el primer caso, la cuantía del daño será una condición objetiva de punibilidad, mientras que en el segundo caso se tratará de un elemento constitutivo del tipo de injusto.

b. Formas de infracción del rol de ciudadano atribuido al sujeto económico

Hasta ahora resulta fácilmente apreciable que la creación de un riesgo prohibido por parte del sujeto económico fundamenta la imputación del comportamiento, pero poca claridad existe sobre cómo tiene lugar esta infracción. El punto de partida para responder a este interrogante no se encuentra en considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idóneo para producir un resultado lesivo (acción u omisión), sino en su expresión normativa de infracción de las competencias penalmente atribuidas. Para el Derecho penal económico esto significa que en los delitos de dominio el sujeto económico ha organizado defectuosamente su esfera personal, lesionando el deber negativo que le corresponde por el hecho de poseer el estatus de ciudadano. Esta incorrecta organización puede tener lugar concretamente por el incumplimiento de deberes de aseguramiento, de deberes de salvamento por asunción o por riesgos especiales.

aa) Los deberes de aseguramiento: los deberes del tráfico

Los deberes de aseguramiento consisten, valga la redundancia, en "asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido"[93]. Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva[94], dependiendo esta cuestión del casual estado de la esfera de organi-

(93) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 349; El Mismo, *La imputación penal*, p. 30 y s.

(94) Vid., en este sentido, Jakobs, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y s.

zación del ciudadano[95]. En este sentido, el fundamento de la imputación no se encuentra en el plano natural sino en un plano normativo: el rol de ciudadano[96]. Si el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serle imputado objetivamente a su esfera de organización[97]. Si la organización se hace conforme al rol, el comportamiento no podrá imputársele objetivamente con fines jurídico-penales, aun cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello[98].

> Ejemplo: El gerente publicitario de una empresa responderá penalmente por delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código penal, tanto si él mismo lleva a los medios de comunicación un anuncio que contiene afirmaciones falsas sobre las cualidades de los servicios ofrecidos por su empresa, como si no evita que la compañía publicitaria previamente contratada haga igualmente afirmaciones en el mismo sentido. Se trata de deberes de aseguramiento en el sentido de evitar organizar la campaña publicitaria de la empresa de una manera tal que afecte la libre decisión de los consumidores. La libertad de organización económica de la empresa no puede justificar generar en los consumidores falsas expectativas sobre los servicios que la empresa ofrece al mercado.

bb) Los deberes de salvamento por asunción

Una imputación del comportamiento puede tener lugar también como consecuencia de la infracción de deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ámbito de

---

(95) Vid. así, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, p. 149 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 350; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 34 y ss.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 166 y s.

(96) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

(97) Vid., así, lo que JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, denomina deber de aseguramiento del tráfico.

(98) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

organización personal[99]. En este apartado vamos a referirnos concretamente a los deberes de salvamento que surgen por la *asunción* de riesgos ubicados ya en otras esferas de organización. En estos casos, el ciudadano realiza una conducta peligrosa pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos[100]. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión[101]. En caso de producirse tal infracción, el comportamiento podrá imputársele objetivamente al ciudadano.

Los deberes de salvamento por asunción tienen una gran importancia en el ámbito de la empresa, sobre todo en los casos en los que se crean ciertas condiciones laborales peligrosas para los trabajadores, pero se asume a la vez mantener controlados los posibles perjuicios[102].

> Ejemplo: El propietario de una empresa que trabaja con productos que deben mantenerse en bajas temperaturas, puede asumir el apartamiento y el tratamiento médico inmediato ante la aparición de cualquier síntoma de enfermedad respiratoria de sus trabajadores y evitar de esta manera una lesión a la salud. Si el empleador no cumple con estos deberes de salvamento, entonces podrá imputársele objetivamente un comportamiento riesgoso frente al trabajador. Debe reconocerse, sin embargo, que esta posibilidad de organización solamente podrá tener lugar en tanto la regulación administrativa no especifique concretas medidas de seguridad laboral e imponga al empleador velar por la seguridad de los trabajadores. En cualquier caso, tal como está nuestra regulación penal, una responsabilidad penal por delito

---

(99) Y en este sentido afirma Jakobs, *La imputación penal*, p. 31, con referencias bibliográficas, que frente a ese riesgo pueden concurrir la competencia de varias personas.

(100) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 351 y s.; El Mismo, *La imputación penal*, p. 33 y s.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 136.

(101) Sobre estas posibilidades, vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

(102) Vid., igualmente Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

contra la seguridad de los trabajadores no podrá tener lugar sino únicamente en caso de existir violencia e intimidación o si se materializa una lesión en el trabajador.

cc) Los deberes de salvamento por riesgos especiales

Los deberes de salvamento pueden tener su fundamento también en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos[103]. En estos casos, no existe una asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica[104], pero como acertadamente lo ha puesto de relieve JAKOBS, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento[105]. Precisamente se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento[106]. En este sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.

Los supuestos de riesgo especial tienen cierta importancia en la responsabilidad por el producto en relación con las llamadas de devolución del producto (*Rückrufpflicht*). Si bien la fabricación y venta de productos peligrosos se encuentran jurídicamente permitidas mientras se cumpla con determinados estándares, se impone a los fabricantes el deber de solicitar la devolución de los productos

(103) Sobre esto, vid., con detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 354; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 31 y s.

(104) Vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 625, nota 53.

(105) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 355; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139. Similarmente, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 181 y ss.; BOCK, *Produktkriminalität*, p. 133 y ss.; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 894.

(106) Vid., FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 182. Estos deberes de salvamento pueden, sin embargo, decaer si la víctima contribuye mediante una actuación a propio riesgo. Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139.

cuando se detectan en los mismos ciertos defectos de fabricación o efectos secundarios perjudiciales antes desconocidos[107] (en el Perú, este deber está contemplado en el artículo 10 del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al consumidor). Un sector de la doctrina penal niega, sin embargo, la existencia de este deber, pues considera que si el defecto del producto se reconoce luego de que éste ha sido distribuido, el fabricante carece de dominio material sobre el hecho[108]. A esta argumentación cabe hacerle el reproche de limitarse a determinar la responsabilidad penal con base únicamente en la infracción de deberes de aseguramiento[109], lo cual no resulta

(107) Vid., en este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 23; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 140; Bock, *Produktkriminalität*, p. 141 y ss.; Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 115; Vogel, *Revista penal* 8 (2001), p. 97 y ss.; Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión*, p. 177 y ss

(108) Vid., en este sentido, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 99 y ss.; El Mismo, *wistra* 1982, p. 45 y s. En el mismo sentido, Brammsen, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 275; El Mismo, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 116; Schmucker, *Die "Dogmatik"*, p. 154; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 173, nota 349; Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 285. Críticamente, Bock, *Produktkriminalität*, p. 143; Hilgendorf, *Produzentenhaftung*, p. 144; Freund, *Erfolgsdelikt*, p. 218; Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión*, p. 156. Hace poco, sin embargo, el propio Schünemann, *Festgabe aus der Wissenchaft*, IV, p. 640 y s.; El Mismo, *GS-Meurer*, p. 63, ha modificado su parecer en el sentido de admitir un deber de advertencia para los casos en los cuales los clientes confían en que el productor le advertirá de posibles defectos en el futuro. En el mismo sentido, Schmucker, *op. cit.*, p. 166 y s. Por su parte, Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 163 y s., consideran que fundamentar la omisión simplemente en un incremento del riesgo afecta el principio de certeza.

(109) Vid., así la fundamentación de Hilgendorf, *Produzentenhaftung*, p. 141. Por ello, puede también explicarse por qué Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 117 y ss., niega una injerencia como fundamento de un deber de llamada, pero luego acepta que ciertos deberes de aseguramiento del empresario (sin existencia de dominio) pueden fundamentar deberes de vigilancia sobre fuentes de peligro y permitir, por tanto, el castigo de una omisión de llamada de retirada.

correcto, como ya lo hemos puesto de manifiesto. Una infracción del rol de ciudadano puede tener lugar también mediante la infracción de deberes de salvamento, los cuales en el caso de responsabilidad por el producto imponen la obligación de hacer llamadas de devolución. La doctrina penal discute sobre si este deber de salvamento se origina en una asunción del productor de vigilar por la no peligrosidad del producto[110] o en una injerencia derivada de la creación de riesgos especiales[111]. En el supuesto concreto de las llamadas de retirada, nos parece que la determinación de los elementos de una asunción voluntaria difícilmente podría encontrarse, de manera tal que preferimos seguir la idea de la injerencia. Hay que precisar, sin embargo, que con la afirmación de este deber de salvamento no se está fundamentando una responsabilidad por todo riesgo permitido, sino solamente por aquellos que se permiten precisamente porque existen deberes de salvamento[112]. Por otra parte, el productor no es competente frente a todos los peligros que naturalísticamente provengan de la entrega de productos al consumidor, pues en los casos en los que los peligros se derivan del deterioro normal del producto (por ejemplo, bienes de consumo que caducan o se pudren) la competencia por los mismos recaerá sobre el consumidor[113].

La injerencia por riesgos especiales tiene otro ámbito importante de aplicación en la realización de actividades económicas o profesionales, pues en la actualidad resultan patentes los riesgos que generan estas actividades frente a terceras personas. El ejercicio de una profesión o de una actividad económica permitida no puede liberar de todo tipo de responsabilidad, pues siempre resulta posible que los riesgos especiales que se desprenden de esta actividad fundamenten deberes de salvamento, cuyo incumplimiento podría generar responsabilidad penal.

---

(110) Vid., SCHUMANN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 209.

(111) Vid., JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 140.

(112) En este sentido, KUHLEN, *NStZ* 1990, p. 568 y s.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 218.

(113) Vid., en este sentido, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 219 y s.

Ejemplo 1: El periodista que realiza una investigación sobre la situación financiera de determinada institución bancaria y propaga información no verificada plenamente, deberá evitar el pánico financiero que generan sus declaraciones aclarando las razones de sus conclusiones investigatorias y la fidelidad de sus fuentes de información. El deber de salvamento que le corresponde al periodista respecto del riesgo financiero de sus reportajes, puede infringirse mediante una omisión (no hacer nada) o mediante una acción (sacar una segunda parte del reportaje con el cual se reafirma en sus afirmaciones sin ninguna seguridad al respecto). Una cuestión central para determinar los deberes de salvamento en este ejemplo será precisar cuándo tiene lugar la alarma en la población a la que se refiere el artículo 249 del Código penal.

Ejemplo 2: Una asociación celebra un contrato de prestaciones financieras con un banco por el cual sus asociaciados en situación de exclusividad solicitarían préstamos con el banco contratante. A cambio de esta exclusividad recibiría un sustancioso pago anual, pagos mensuales en función del número de asociados que realizan pagos de préstamos al banco, así como la concesión de créditos en condiciones preferentes. La asociación celebra un convenio con otro banco y omite comunicarlo al primer banco, solicitando, antes bien, el pago anual y los pagos mensuales puntualmente al primer banco, el cual cumple con sus obligaciones. En este caso, los representantes de la asociación responderán penalmente por el delito de estafa en la medida que estaban obligados a informar sobre las transacciones financieras que afectaban los intereses del banco contratante[114].

c. La imputación del comportamiento en caso de varios intervinientes

Hasta ahora la exposición sobre la imputación del comportamiento se ha realizado pensando en la actuación de un autor único. En consecuencia, cuando el hecho riesgoso se presenta en un contexto interactivo –lo cual constituye más bien lo usual–, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación

(114) Sobre este deber de información en las transacciones económicas, López Barja de Quiroga, *LH-Bacigalupo* (España), p. 405 y s.

de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente que nos aboquemos a resolver los problemas de delimitación de los ámbitos de competencia en caso de intervención de varios sujetos en el hecho delictivo. La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderle no sólo al titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido, sino que puede plantearse también frente a terceros (autoría y participación o principio de confianza y prohibición de regreso) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio[115].

aa) Autoría y participación

Cuando en la generación de un riesgo prohibido intervienen varias personas, resulta necesario responder dos cuestiones. En primer lugar, si resultan penalmente responsables por el riesgo y, en segundo lugar, si los que actuaron de forma penalmente relevante deben responder de la misma forma o no[116]. Sobre estos dos aspectos se erige la llamada teoría de la autoría y participación. No es pretensión de este trabajo general entrar en las distintas teorías que sobre la autoría y participación se han desarrollado, sino hacer simplemente un breve esbozo que permita ubicar las distintas alternativas dogmáticas y, sobre esta base, presentar la intepretación que mejor se ajusta a nuestra comprensión de la imputación penal.

Para poder hablar de una intervención punible en el hecho, es necesario primeramente que la imputación de responsabilidad penal se base en un hecho en el que se pueda intervenir[117]. Parece no haber mayor problema para aceptar en los delitos de dominio –a los que nos limitaremos en esta parte de la exposición– la existencia de un hecho en el que cabe la intervención, pues la creación de un riesgo

(115) Vid., JAKOBS, *FS-Rudolphi*, p. 116 y s.

(116) Vid., similarmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 219.

(117) Vid., en este sentido, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 145.

prohibido puede tener lugar por aportes de diversas personas. Si varios intervienen en la creación del riesgo, habrá que precisar cuándo esta intervención adquiere relevancia penal. La sola intervención causal en el hecho solamente podría sustentar la punición si es que se asumiese una teoría de la pura causación, en donde el interviniente en el hecho resulte responsable solamente por conocer que su conducta es causal de un resultado lesivo. La teoría de la imputación objetiva se ha encargado de cuestionar la simpleza de esta afirmación, en tanto que la intervención punible solamente podrá sustentarse en la medida en que se pueda imputar objetivamente el comportamiento riesgoso, es decir, que los intervinientes sean competentes por el riesgo[118].

La adecuada comprensión de la competencia por el riesgo prohibido de los intervinientes en el hecho requiere establecer si la actuación de cada interviniente adquiere significación penal por si misma o no. La solución dominante es ambigua, pues mientras en el caso de la autoría (coautoría y autoría mediata) se admite cierta unidad del hecho, la participación se considera, por lo general, un injusto accesorio al hecho del autor. Esta distinción resulta seriamente cuestionable, en tanto no se aprecia el fundamento para enfocar de forma distinta la intervención en el delito. En nuestra opinión, la intervención en el delito tendría que ser analizada jurídico-penalmente desde una perspectiva unitaria[119] y no proceder a diferenciaciones superficiales que, en supuestos como la cooperación necesaria, resultan incluso arbitrarias. Para decidir bajo qué perspectiva de análisis debe determinarse la intervención punible en el delito, resulta necesario comprender el sentido jurídico-penal del delito.

Si el delito es visto simplemente como la infracción de una norma primaria que le dice al ciudadano lo que tiene que hacer u omitir para no lesionar un bien jurídico, entonces cada interviniente habrá infringido una norma primaria. Desde esta perspectiva es lógico que

---

[118] Vid., Van Weezel, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 303.

[119] En este sentido, Lesch, *Das Problem*, p. 274 y s., señala que el modelo de imputación de la coautoría debería aplicarse también a la participación.

cada interviniente tenga un injusto propio[120]. Distinta se muestra, por el contrario, la interpretación si el delito se entiende como negación de la vigencia de la norma. En efecto, desde esta perspectiva de análisis el delito solamente alcanza tal significación en la medida que exprese el sentido comunicativo de defraudación de la norma[121]. Por lo tanto, si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no podrá hablarse de varios injustos penales sino de uno solo. En estos casos, se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común[122]. Esta intervención no debe reducirse a los actos de ejecución, sino que debe incluir los actos de preparación; de manera que no debe caerse en el error naturalista de la doctrina penal dominante de considerar que el partícipe en la fase de preparación realiza un injusto propio que se vincula al injusto principal de los autores[123]. El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho.

La segunda cuestión que la teoría de la autoría y participación debe absolver es la medida en la que responden los intervinientes punibles. Salvo los defensores de una teoría unitaria de autor, la doctrina dominante considera que es posible diferenciar típicamente entre los diversos intervinientes en el hecho[124]. Para llevar a cabo esta distinción se recurre al criterio del dominio del hecho, el cual solamente estaría en posesión de los autores y no de los partícipes en sentido estricto (inductor o cómplices)[125]. Mientras los autores

(120) Vid., así, SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, passim. Críticamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 173, 178.

(121) Vid., así, JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 227.

(122) Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 627; LESCH, *Das Problem*, p. 272 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 157, 165.

(123) En este sentido la crítica de JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 151 y s.; JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 230; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 161 y ss.

(124) Nuestra legislación penal sigue esta línea de interpretación, tal como lo pone de manifiesto PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 749.

(125) Vid., PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 750.

intervienen en el hecho principal por el dominio del riesgo, los partícipes realizan un injusto accesorio que se castiga solamente por el favorecimiento del hecho principal de los autores. La discusión doctrinal se centra en precisar qué se entiende por dominio y cómo se manifiesta en las distintas formas de autoría[126]. En nuestra opinión, el hecho típico constituye, por el contrario, una obra común de los distintos intervinientes en el hecho, de manera que el análisis de la tipicidad de la conducta se agota en la determinación de la competencia por el hecho común. El criterio del dominio del hecho no puede proclamarse solamente de los autores, sino que todos los intervinientes punibles han sido competentes por el dominio del riesgo[127]. Si bien puede diferenciarse un mayor o menor dominio cuantitativo, esta diferencia solamente repercute en el ámbito de la determinación de la pena[128].

bb) Principio de confianza

En sociedades organizadas en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás, el principio de confianza adquiere una especial relevancia[129]. El fundamento de este principio parte de la idea de que

---

(126) Vid., las referencias bilbiográficas, Jakobs, *RPDJP* 5 (2004), p. 224, nota al pie de página 8.

(127) Críticamente frente a la competencia del autor como criterio de determinación de la autoría y participación, Schünemann, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 986, al que critica no aportar nada. Si se entiende adecuadamente que la competencia del autor significa la posibilidad de imputarle objetivamente el hecho, esta crítica no resultaría del todo fundada. No creemos que la teoría de la imputación objetiva no aporte nada.

(128) Vid., Jakobs, *RPDJP* 5 (2004), p. 235 y s.; Van Weezel, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 302. En contra de este parecer, Schünemann, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 983 y ss., achacándole sin mayores argumentos volver a la teoría subjetiva de delimitación entre autor y partícipe en sentido estricto.

(129) Vid., Stratenwerth, *FS-Eb. Schmidt*, p. 387 y s.; Kirschbaum, *Der Vertrauensschutz*, p. 221 y s.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 25; Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 105; El Mismo, en *Estudios*, p. 219; Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 19; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 329; Corcoy Bidasolo, *Delito*

los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de aquellos[130]. Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido[131] se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas[132]. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias[133], de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae[134]. Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde plenamente con la que tiene lugar en el uso de prestaciones ajenas en la división del trabajo[135]. Por esta razón, vamos a limitarnos, en lo que sigue, a determinar las formas de manifestación de la

---

imprudente, p. 327. Crítica ante el principio de confianza en el ámbito de la producción de la empresa IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 260.

(130) Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 6, 11; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 105; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 290. Una exposición detallada de las distintas teorías para fundamentar el principio de confianza, KUHLEN, *Fragen*, p. 130 y ss.; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 117 y ss. Críticamente frente a la relevancia y función del principio de confianza, CLAUß, *JR* 1964, p. 207 y ss.

(131) Consideran el principio de confianza una forma de riesgo permitido, KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz*, p. 182 y ss; KRÜMPELMANN, *FS-Lackner*, p. 298; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 77 y ss. En contra de este parecer, BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 112 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 294.

(132) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 51; EL MISMO, en *Estudios*, p. 218. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 294.

(133) Por el contrario, PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 117, considera que el principio de confianza no forma parte de la imputación objetiva, sino que sirve solamente para determinar y delimitar los deberes de cuidado no establecidos positivamente.

(134) En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 219.

(135) Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 21.

confianza en el uso de prestaciones ajenas, propio de la división del trabajo en la economía moderna.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes[136]. Así, por ejemplo, el productor de determinados bienes que necesitan mantenerse refrigerados no responderá por el delito de tráfico de productos nocivos si la empresa distribuidora no observa, de manera dolosa o culposa, las reglas especiales de transporte y convierte el producto en peligroso para la salud de los consumidores[137]. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida[138]. En estos casos solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo la necesidad de cumplir con ciertas condiciones especiales en la transportación, lo cual, por otra parte, no será necesario en caso de productos que evidentemente requieren de tales condiciones (por ejemplo, el transporte refrigerado de productos marítimos o lácteos).

La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta[139]. Así, por ejemplo, si el funcionario público encargado de dar las autorizaciones administrativas para realizar actividades propias de la actividad de

---

(136) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 105. Por su parte, Brinkmann, *Vertrauensgrundsatz*, p. 116, no considera estos casos dentro del principio de confianza, sino que los remite a la prohibición de regreso.

(137) Vid., Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 235.

(138) Vid., en concreto la relevancia del principio de confianza entre productores y comerciantes, Kuhlen, *Fragen*, p. 135; Beulke/Bachmann, *JuS* 1992, p. 741; Hilgendorf, *Produzentenhaftung*, p. 160; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 330; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 162 y s.

(139) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 106.

intermediación bursátil lo hace de manera incorrecta o defectuosa, el autorizado no podrá ser responsable por el delito de intermediación bursátil no autorizada, aun cuando pueda subjetivamente dudar de la regularidad de la autorización. El principio de confianza le autoriza a confiar en la legalidad de la actuación del funcionario público. La necesidad de confianza frente a la corrección de la conducta de terceros se exige de manera especialmente determinante en el seno de la organización empresarial(140), pues de lo contrario no sería posible la mayor efectividad y la calidad de las prestaciones empresariales. Cada quien debe limitarse a cumplir con sus prestaciones al interior del proceso de producción empresarial, bajo la confianza de que el resto hará igualmente bien su trabajo.

El principio de confianza, como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres(141): a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa(142); y c) la confianza cesa cuando resulta

(140) Vid. SCHUMANN, *Handlunsunrecht*, p. 29; FRISCH, *Verhalten*, p. 210; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 303 y ss.; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 330; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 314; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 208.

(141) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 54 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 219 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 307 y ss. De manera similar, referido a la responsabilidad por el producto, KUHLEN, *Fragen*, p. 140 y ss.; referido al tráfico rodado, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 12 y ss.; FRISCH, *Verhalten*, p. 189 y s.; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 110 y s.

(142) Vid., SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 24, que reconoce estos supuestos como propios de los casos de uso de prestaciones de terceros que lo diferencian precisamente de la confianza en el tráfico rodado. En el ámbito específico de la seguridad e higiene en el trabajo, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 327 y s., afirma que tiene vigencia igualmente un principio de confianza, aunque ciertamente limitado.

evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes[143]. Este último supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues se sustentaría en un conocimiento subjetivo. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a Derecho del comportamiento del otro.

cc) Prohibición de regreso

Dejando de lado la discusión sobre si resulta correcto o no utilizar el término prohibición de regreso en estos casos, se trata de determinar aquí la responsabilidad de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro[144]. La doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho distintos criterios para sustentar la irresponsabilidad penal del autor del aporte. En un primer momento se discutió esta cuestión en atención al supuesto de una contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable[145]. Las razones que se ofrecieron en ese entonces para justificar la irresponsabilidad del contribuyente culposo fueron muy diversas: la negación de una relación de causalidad[146], la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador)[147] o la ausencia de una mediación de la voluntad[148]. En la

---

(143) Vid., Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 330. De otro parecer, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 114 y ss.

(144) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 107; Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 82.

(145) Vid., en este sentido, la referencia de Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 21; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 355 y s.

(146) Vid., así, von Liszt, *Lehrbuch*, 9. Aufl., p. 123.

(147) Vid., en este sentido, Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1, p. 444 y s.; Exner, *FS-Frank*, I, p. 569 y ss.

(148) Vid., en este sentido, Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 15 y s.

actual discusión sobre la prohibición de regreso se ha ubicado esta cuestión en el terreno de la imputación objetiva[149], lo que ha motivado no sólo que se amplíen los supuestos comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución de este antiguo problema jurídico-penal.

En el panorama doctrinal actual pueden aprecisarse distintas fundamentaciones de la prohibición de regreso. Un sector de la doctrina considera que se trata de comportamientos socialmente adecuados y, por ello, no pueden dar lugar a una imputación objetiva[150]. Otros autores recurren al viejo criterio de la previsibilidad objetiva utilizado por los defensores de la "teoría de la adecuación" y excluyen la responsabilidad en caso de intervenciones imprevisibles de terceros[151]. Una referencia más objetiva ofrecen aquellos que sostienen que en los casos de prohibición de regreso no tiene lugar una "dominabilidad" o "controlabilidad" del hecho[152]. Una parte de la doctrina penal justifica, con base en el principio de confianza, la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva[153]. Finalmente, un sector cada vez mayor de la

(149) Vid., así, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 179, 185; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 128; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 114; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 368 y ss. Por el contrario, se mueven en el plano de las causas de justificación, MÜLLER-DIETZ, *Jura* 1979, p. 253; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 97.

(150) Vid., GALLAS, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 92. Considera también que la influencia no dolosa de la libertad ajena es socialmente adecuada, WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 285 y s. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, pp. 237, 296 y ss.

(151) Vid., así, BURGSTALLER, *FS-Jescheck*, I, p. 363 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 574; SCHMOLLER, *FS-Triffterer*, p. 244, 255 y s. En España: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 532 y ss. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, p. 231 y ss.

(152) Vid., así, NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 428; OTTO, *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 52 y ss.; DIEL, *Das Regreßverbot*, p. 339. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, p. 233 y ss.

(153) Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 347. Cercano a esta posición se muestra ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 187, al admitir una ausencia de pena en los casos de dolo eventual invocando el principio de confianza. En España: CEREZO

doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad, según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación(154).

De los distintos criterios que se barajan actualmente en la doctrina penal, consideramos que el más adecuado para justificar la prohibición de regreso es el criterio de los ámbitos de responsabilidad. Como ya lo hemos precisado en el capítulo anterior, en los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta(155), como ya tuvimos oportunidad de destacar. No obstante, para afirmar una organización conjunta no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas(156). Ese sentido objetivo lo suministra la infracción del rol general de ciudadano(157). Por el contrario, una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no podrá constituir una infracción del rol de ciudadano(158).

Mir, *Curso*, PG, II, p. 162; Martínez Escamilla, *Imputación objetiva*, p. 350. Críticamente, Jakobs, en *Estudios*, p. 251 y ss.; Frisch, *Verhalten*, p. 237 y s.

(154) Vid., con particularidades propias, Jakobs, en *Estudios*, p. 261; Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 62; Wehrle, *Regreßvebot*, p. 61; Lesch, *Das Problem*, p. 165; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 116 y s.; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 331. En España: Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 389 y s. Esta línea de interpretación puede encontrarse ya en el planteamiento de Welp, *Vorangegangenes Tun*, p. 274 y ss. Críticamente frente al criterio de las esferas de competencia o responsabilidad, Amelung, *FS-Grünwald*, p. 16. Critica el planteamiento de los ámbitos de responsabilidad aunque no niega la utilidad de sus criterios, pero los cuestiona por ser demasiado difusos, Frisch, *Verhalten*, p. 240 y ss.

(155) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 148; Lesch, *Das Problem*, p. 271 y s.

(156) Vid., así, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 152 y s.; Frisch, *Verhalten*, p. 280 y ss.

(157) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 15, en relación con la necesidad de una competencia del interviniente.

(158) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 107.

El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un eventual contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación[159]. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable[160], sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano[161]. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso[162].

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización[163].

> Ejemplo: No puede considerarse a los acreedores de una empresa responsables del delito de atentado contra el sistema crediticio cometido por el gerente debido a que no tuvieron suficiente comprensión con la situación de la empresa y pidieron judicialmente la ejecución de sus créditos. A los acreedores les asiste el derecho de realizar el cobro judicial de sus créditos una vez que éstos estén vencidos, lo cual no puede considerarse objetivamente una inducción en el posterior inicio de un procedimiento concursal y la defraudación del órgano de

(159) Vid., en este sentido, JAKOBS, *PJ* 59, p. 140 y ss. Por el contrario, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 434, parte en estos casos de una distinción entre actuación culposa y dolosa.

(160) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 243.

(161) Vid., en este sentido, LESCH, *Das Problem*, p. 283.

(162) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 165.

(163) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 59, Apdo 24, n.m. 16; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 156; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216; EL MISMO, *PJ* 59, p. 135. En el mismo sentido, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 191; RANSIEK, *wistra* 1997, p. 45 y s. Admite, sin embargo, excepciones en caso de manifestarse objetivamente una voluntad delictiva, KÜPPER, *GA* 1987, p. 402. Justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor, RUEDA MARTÍN, *La teoría*, p. 264 y ss.; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 126, nota 38.

administración de la empresa. Aun cuando el gerente les haya advertido a los acreedores sobre sus planes de realizar un fraude concursal en caso de no retardar el cobro de sus acreencias, la conducta de los acreedores no puede dar pie a una responsabilidad penal. La ejecución delictiva no les es propia a los acreedores(164).

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito(165). En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que el beneficiario no puede ampliar unilateralmente(166). La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor(167), ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder(168).

Ejemplo: El asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, no podrá responder penalmente en el delito de defraudación tributaria de su cliente, si se ha limitado a dar a conocer las deficiencias de la regulación tributaria. Aun cuando el asesor conociese o sospechase de las intenciones de su cliente, no

(164) Vid. de manera general, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 156.

(165) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 17; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 156 y s.; El Mismo, en *Estudios*, p. 217; El Mismo, *PJ* 59, p. 136. Similarmente, aunque con propios matices, Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 68 y s.; Wehrle, *Regreßverbot*, p. 70. En el ámbito del Derecho penal económico, Ransiek, *wistra* 1997, p. 46 y s.

(166) Vid. Jakobs, en *Estudios*, p. 217.

(167) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 157; Frisch, *Verhalten*, p. 285. De una opinión contraria, Roxin, *FS-Tröndle*, p. 197; Otto, *JZ* 2001, p. 444; Ransiek, *wistra* 1997, p. 44.

(168) Vid. Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 157 y s.

puede fundamentarse su responsabilidad en el hecho, pues su actuación se ha limitado a la de un asesor consultado[169].

Conviene remarcar en esta exposición general de la prohibición de regreso que la afirmación del carácter socialmente adecuado de una aportación no anula otros deberes existentes que puedan generar una responsabilidad penal. En este sentido, si al sujeto que presta una actuación socialmente aceptada le asiste alguna posición de garantía[170] o, mejor dicho, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial, por ejemplo[171]) o institucional (confianza especial, por ejemplo) o deberes de solidaridad mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia)[172], entonces una responsabilidad penal podrá tener lugar en caso que esas competencias o deberes se infrinjan[173]. El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante[174].

---

(169) Respecto del caso similar de un funcionario bancario que informa al cliente del banco, KNIFFKA, *wistra* 1983, p. 310, considera que el funcionario bancario responderá penalmente si da consejos al cliente de conductas elusivas que se mantienen dentro del manejo permitido de las cuentas.

(170) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 19; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 159 y s.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216 y s.; EL MISMO, *PJ* 59, p. 137; FRISCH, *Verhalten*, p. pp. 247 y ss., 352 y ss.; WEHRLE, *Regreßverbot*, p. 100 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 407 y ss.

(171) Así se solucionarían los casos de un favorecimiento posterior al inicio del hecho delictivo. Vid. sobre estos casos, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164; WOHLERS, *NStZ* 2000, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 400 y s.

(172) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 20; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 217; EL MISMO, *PJ* 59, p. 138; FRISCH, *Verhalten*, p. 257 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 402 y ss.

(173) Hace mención a la inducción como otro límite de la prohibición de regreso, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 393 y ss. Anteriormente, sobre las conductas que entrañan el peligro de motivar a terceros a delinquir, FRISCH, *Verhalten*, p. 333 y s.

(174) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216.

dd) Ámbito de competencia de la víctima

La figura de la víctima ha estado presente en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales del Derecho penal desde hace mucho tiempo[175]. Si bien actualmente se habla de un "redescubrimiento de la víctima"[176], lo cierto es que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse, más bien, como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima[177]. En este sentido, son cada vez menos las fundamentaciones dogmáticas que ubican esta cuestión fuera del ámbito de la teoría de la imputación objetiva, como, por ejemplo, las que la solucionan en el ámbito subjetivo como supuesto de falta de previsibilidad de la lesión por parte del autor[178], las que se ubican en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la "media causación"[179] o la teoría de la concurrencia de culpas[180]; o las que consideran que se trata de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber objetivo de cuidado[181]. No obstante, el consenso

---

(175) Vid., Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 109.

(176) Se trata de un redescubrimiento de la víctima que se refleja en diversos sectores (Criminología, Política criminal, Derecho procesal penal, Derecho penal material). Sobre esto vid., Neumann, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 225 y ss.; Derksen, *Handeln*, p. 14 y ss.; Cancio Meliá, *RPDJP* 1 (2000), p. 19 y ss.

(177) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 109; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 325 y ss.

(178) Vid., sobre esto, la completa exposición de Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 156 y ss. Vid., referencias jurisprudenciales en Derksen, *Handeln*, p. 22, nota 63. En la jurisprudencia peruana acude al criterio de la previsibilidad la sentencia de la Sala Superior penal, expediente N° 550-98 de 24 de abril de 1998 (Bramont-Arias Torres, *Jurisprudencia en materia penal*, p. 59).

(179) Vid., esta teoría en Binding, *Normen* IV, p. 587 y ss.

(180) Vid., Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa*, p. 321 y ss. Vid., con detalle, la exposición de Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 118 y ss.

(181) Vid., sobre esto, Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 21 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 166 y ss., con referencias.

de la doctrina dominante alcanza sólo a la ubicación del problema de la conducta de la víctima al interior de la teoría de la imputación objetiva, pues sobre su configuración dogmática reina todavía cierta polémica[182]. Nuestro objetivo en este apartado no apunta a exponer las diversas configuraciones de la conducta de la víctima en la imputación objetiva, sino a seguir desarrollando la comprensión de la teoría de la imputación objetiva basada en roles también en este ámbito y resaltar las consecuencias que tal instituto dogmático tiene en los delitos económicos.

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha "actuado a propio riesgo" al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad[183]. De estas dos posibles razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima[184], ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a alguien. Una competencia de la víctima que se sustente en el principio de autorresponsabilidad[185] solamente podrá

---

(182) Vid., en este sentido, WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 40 y ss.; DERKSEN, *Handeln*, p. 30 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 349 y ss.

(183) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 109 y s. En la misma línea, NEUMANN, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 240 y s.

(184) Utilizan el término competencia de la víctima, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 104; EL MISMO, en *Estudios*, p. 359; FRISCH, *NStZ* 1992, p. 5. Prefiere hablar de imputación a la víctima, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 327 y s.

(185) Vid., sobre el principio de autorresponsabilidad vid., con diferentes matices, FRISCH, *NStZ* 1992, p. 3; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 79 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 19 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 200; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 486 y ss. Sobre las distintas líneas de interpretación del principio de autorresponsabilidad y su personal interpretación vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 299 y ss. Crítico ante la fundamentación de la responsabilidad de la víctima con base en el principio de autorresponsabilidad, SCHÜNEMANN, *LH-Cerezo Mir*, p. 170 y ss.

existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo. Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida[186], sino que, por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección[187], estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella[188]. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotegerse[189]. Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo mayores beneficios para el progreso de la sociedad sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico

---

(186) Utilizan esta diferenciación Roxin, *FS-Gallas*, p. 249 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 90 y ss.; Dölling, *GA* 1984, p. 75 y ss.; Hellmann, *FS-Roxin*, p. 271 y ss.; García Álvarez, *La puesta en peligro*, p. 36. Críticamente, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 238 y ss.; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 471 y ss., quien señala acertadamente que los casos relevantes de heterolesión consentida son normativamente casos de autolesión.

(187) Preferimos utilizar el término incumbencia (*Obliegenheit*) debido a que no se trata propiamente de deberes de la víctima, sino de criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia [Donatsch, *SchwZStr* 105 (1888), p. 379]. Vid. sobre la inexistencia de deberes propiamente de la víctima, Silva Sánchez, *LH-Beristain*, p. 641; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 348; Donatsch, *SchwZStr* 105 (1888), p. 365 y s., respecto de la protección de los bienes personales.

(188) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 111. Está claro que solamente podrá hablarse de incumbencias de autoprotección en la medida que la víctima sea un sujeto responsable (vid., así, Frisch, *Verhalten*, p. 154 y ss.).

(189) En este sentido, admitimos la indicación de Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 111, que la infracción de las incumbencias es el reverso del quebrantamiento culposo del rol por parte del autor.

atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas[190]. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que le han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo. De este modo, por ejemplo, si una empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usa según las instrucciones anexadas[191], los miembros de la empresa no responderán por el peligro generado del uso incorrecto del producto[192]. Si el producto se muestra peligroso para los consumidores, se deberá a la infracción de incumbencias de autoprotección atribuidas a éstos, pero no a una infracción de competencias de los fabricantes. Una falta de claridad en las instrucciones del producto mantendría, por el contrario, las competencias del fabricante.

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima[193]. No obstante, actualmente se intenta dejar de lado este instituto jurídico-penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee[194]. Por nuestra parte,

---

(190) De lo contrario el Estado tendría que imputar esos nuevos riesgos a otras personas, lo que desde un punto de vista económico (de la pena) resulta impracticable.

(191) Sobre los deberes de información de los fabricantes sobre los potenciales peligros en el uso de los productos, FRISCH, *Verhalten*, p. 200 y ss.; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, p. 56.

(192) Vid., en el mismo sentido, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 105; VOGEL, J., Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 147. Como una expresión del principio de confianza ve este supuesto, KUHLEN, *Fragen*, p. 137 y ss. Diferencia el principio de confianza de los supuestos de imputación a la víctima, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 372.

(193) Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 203; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 475.

(194) Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 190; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 28 y s.

consideramos que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entendérsele como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad[195]. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal[196], de manera que en caso de realizarse el peligro, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima. Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que éste constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa. Ante esta afirmación cabe responder que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo sino también objetivo, pues mientras la primera se refiere a conductas peligrosas potencialmente lesivas, el segundo está en relación directamente con conductas lesivas. Resulta lógico que a partir de esta distinción las consecuencias penales no necesariamente coincidan. Por ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquel que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso[197].

---

[195] Se trata, por tanto, del dato objetivo de aceptación de una conducta peligrosa. Vid., así, Jakobs, en *Estudios*, p. 221. En el mismo sentido, aunque en un contexto más general, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 331.

[196] Similarmente, Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 98 y s. Sobre el objeto y la intensidad del consentimiento, de lo que no vamos a ocuparnos, vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 125 y ss.

[197] Vid., en este sentido, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 155 y s.

La relevancia eximente del consentimiento de la víctima no debe entenderse, sin embargo, en un sentido absoluto, pues la competencia de la víctima decae en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que la víctima no es o ya no es una persona responsable(198). Conviene dejar precisado, además, que existen ciertos recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor(199). Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima(200) derivados de un rol especial del autor que mantiene su competencia por el hecho, aun cuando la víctima actúe a propio riesgo. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad en el trabajo(201), aunque debe reconocerse que nuestra no muy feliz redacción del delito contra la libertad de los trabajadores (artículo 168 del Código penal) deja fuera del ámbito de conductas típicas los casos de voluntaria realización del trabajo sin las condiciones de higiene y seguridad exigidas administrativamente.

En el ámbito del Derecho penal económico se discute si los aspectos configuradores de la llamada conducta de la víctima en la imputación objetiva resultan irrelevantes o no(202). En efecto, ya que

(198) Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 170 y s.; ARMAZA GALDÓS, *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss. Considera que incluso situaciones de déficit relativo fundamentan la autorresponsabilidad, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 487.

(199) Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 347 y ss. Como lo señala FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 456, existe en estos casos una orientación a los supuestos de autoría mediata.

(200) Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 177 y ss.; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 141 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 355; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 51 y s.

(201) Vid., en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, p. 114 y s.; EL MISMO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 587; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, en *LH-Cerezo Mir*, p. 1514.

(202) WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 395, niega en general relevancia eximente al consentimiento en el Derecho penal económico, en tanto los bienes jurídicos en

se trata de delitos que afectan estructuras económicas y no, en principio, a sujetos particulares, resultará realmente difícil encontrar como víctima a una persona individual(203). Por otra parte, la tipificación de conductas en la forma de delitos de peligrosidad hace que tales conductas se consideren prohibidas sin que necesariamente exista aún una organización conjunta del autor con posibles víctimas individualizadas(204). No obstante, si bien puede reducirse el ámbito de aplicación de la competencia de la víctima en los delitos económicos, no debe olvidarse que existen delitos de este tipo cuyo resultado típico se configura como lesión individualizada, tal como sucede, por ejemplo, en los delitos concursales, en la responsabilidad por el producto, en los delitos contra la propiedad industrial o en el delitos de administración fraudulenta(205). Por lo tanto, las consideraciones sobre el ámbito de responsabilidad de la víctima resultarán plenamente aplicables en estos delitos económicos.

---

juego son de carácter supraindividual. En el mismo sentido, Maiwald, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 342; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 121 y s.; Faraldo Cabana, en *Sistema penal*, Ruiz Rodríguez (ed.), p. 170; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 140.

(203) En la doctrina penal se discute, ante la imposibilidad de individualizar a la víctima, si basta una determinación alternativa de la víctima, es decir, que existen estadísticamente diversos afectados aunque no se puede saber quiénes concretamente. Algunos consideran que solamente debe probarse que se ha afectado a alguna persona, sin necesidad de individualizarla. Esta solución presenta dificultades de orden procesal. Vid., sobre esta problemática, Tiedemann, *Einführung*, p. 90 y s.

(204) Resulta llamativo precisamente que Frisch, *Verhalten*, p. 150, limite sus observaciones sobre la conducta de la víctima a los delitos de resultado.

(205) Sobre el consentimiento en delitos en los que concurren intereses públicos y privados, Maiwald, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 342 y s. La relevancia del consentimiento en delitos de responsabilidad por el producto, Tiedemann, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 114 y s. En el terreno de los delitos contra la propiedad industrial, vid., Paredes Castañón, *La protección penal*, p. 251 y ss. En el delito de infidelidad patrimonial o, conforme a nuestra legislación, de administración fraudulenta, Tiedemann, *Einführung*, p. 106.

d. Figuras típicas cuya punibilidad se fundamenta únicamente en la imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar por sí sola la realización objetiva de determinadas figuras típicas, concretamente los delitos de mera conducta, los delitos de peligrosidad, la tentativa en los delitos de resultado y los delitos de emprendimiento. No se requiere, por tanto, una imputación objetiva del resultado para fundamentar la imposición de una pena en estos delitos, aunque su verificación puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal, o sea, que el delito de peligro cede ante un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado.

aa) Los delitos de mera conducta

Los delitos de mera conducta se oponen a los delitos de resultado, en tanto no exigen para la consumación del delito un resultado diferenciable de la conducta(206). En este sentido, para caracterizar los delitos de mera conducta se pone la atención en la ausencia de un resultado típico. Se ha precisado, sin embargo, que en estos delitos no falta realmente un resultado típico, sino la producción de un estado separado de la acción, por lo que no puede excluirse que posean igualmente un desvalor de resultado(207). Con base en estas ideas, se han diferenciado los delitos de mera conducta de peligro (concreto o abstracto) y los delitos de mera conducta de lesión(208). No obstante, pese a esta precisión dogmática, creemos que el resultado que nos permite ordenar la imputación objetiva no hace referencia a una valoración general sino a un hecho concreto(209).

(206) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 103.

(207) En esta línea, ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 26 y s. Desde esta perspectiva puede comprenderse por qué MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 134, sostiene que también en los delitos de mera actividad debe acreditarse un resultado.

(208) Vid., MIR PUIG, *RPDJP* 3 (2002), p. 263; ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 27.

(209) Vid., así, la diferencia entre resultado y daño en la doctrina penal italiana, ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, p. 117 y ss.

Normativamente todos los delitos (incluida la tentativa) son de resultado, pues producen una defraudación de expectativas normativas de conducta esenciales. Pero desde el punto de vista del proceso de imputación los hechos delictivos presentan ciertas diferencias estructurales. Los delitos de mera conducta se caracterizan por no tener un resultado físico diferenciable, de manera que el juicio de imputación objetiva tiene que centrarse en la conducta realizada[210]. El comportamiento se imputa en estos casos con la sola ejecución de un comportamiento típico, sin que sea necesario un juicio sobre la realización de un resultado diferenciable[211]. Un delito económico de mera conducta constituye, por ejemplo, el artículo 243 A del Código penal, el cual sanciona el simple hecho de organizar o conducir un casino de juego sin haber cumplido los requisitos legales.

bb) Los delitos de peligrosidad (o delitos de peligro abstracto)[212]

Los delitos de peligrosidad se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente[213]. Para

---

(210) En el mismo sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 103. De un parecer contrario, Laurenzo Copello, *El resultado*, p. 1777. Partidario de extender la teoría de la imputación objetiva también a los delitos de mera actividad, Mir Puig, *RPDJP* 3 (2002), p. 262 y s.

(211) Esta falta de necesidad no implica inexistencia de castigo por tentativa, pues en estos delitos podría fundamentarse una sanción en grado de tentativa inacabada [vid., así, Tamarit Sumalla, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 861, respecto del delito de trato degradante del derecho penal español; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 124 y s.; Meini Méndez, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002), respecto de delitos que se configuran por la sola decisión de órganos colegiados].

(212) Preferimos utilizar la denominación delitos de peligrosidad a la de delitos de peligro abstracto porque no se trata de delitos de resultado que requieran una puesta en peligro (general o abstracta), sino solamente la peligrosidad de la forma de comportamiento (vid., en esta línea, Hirsch, *FS-Arthur Kaufmann*, p. 548 y ss.; Wohlers, Deliktstypen, p. 297).

(213) Vid., Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 24 y ss. Sobre la distinción entre peligro, peligrosidad y puesta en peligro, Meyer, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, p. 183 y ss.

poder decidir cuándo tiene lugar esta peligrosidad que fundamenta la imputación del comportamiento, debe precisarse primeramente qué se entiende por peligro. La discusión doctrinal inicial sobre el concepto de peligro se centró en su naturaleza. Mientras que la tesis objetiva definió el peligro como un hecho real, la tesis subjetivista lo consideró una representación del observador(214). En la discusión actual, KINDHÄUSER se ha encargado de mostrar lo incorrecto de los primeros planteamientos al señalar que el peligro no es un juicio teórico, sino un juicio práctico, es decir, que no se trata de un juicio sobre un hecho puro, sino de un juicio normativo sobre las posibilidades de existencia de un bien(215). En este sentido, la tarea principal en el ámbito de la imputación objetiva consiste en precisar los criterios normativos para poder afirmar la peligrosidad de la conducta.

La peligrosidad de una conducta que fundamenta el injusto penal en los delitos de peligrosidad consiste en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. En el delito de peligrosidad no interesa precisar si existe un peligro de lesión respecto de un bien jurídico, sino que esta conducta *per se* constituye una perturbación social por la peligrosidad ordinaria de tal conducta, o más exactamente, por el cuestionamiento de la identidad normativa

(214) Vid., sobre estos dos criterios de definición del peligro, con referencias bibliográficas, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 198; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 267 y s.

(215) Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268. Sobre la diferencia entre juicio teórico y juicio práctico, KINDHÄUSER, *Jura* 1984, p. 468. Resalta, sin embargo, la importancia de la discusión entre la teoría objetiva y la subjetiva, KORIATH, *GA* 2001, p. 53. Un concepto normativo (valorativo) de peligro defienden, ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro*, pp. 34, 104 y ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, p. 46; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 306; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 37 y s.; PAIS DOVAL, *Delitos de fraude alimentario*, p. 280 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 45 y ss.; CEREZO MIR, *RDPC* 10 (2002), p. 52; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 465; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 18, n.m. 2003. Defiende, por el contrario, el concepto de peligro como un concepto teórico, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 163, nota 22.

de la sociedad[216]. Este cuestionamiento al orden normativo de la sociedad se produce cuando el autor se organiza objetivamente de forma insegura, sin interesar si se ha afectado o no un objeto material. De lo que se trata es de enjuiciar de forma objetiva si la conducta del autor implica una falta de control o dominio de la propia esfera de organización que configura socialmente una situación de inseguridad[217]. Con base en estas ideas, puede concluirse que la fundamentación de la imputación objetiva en los delitos de peligrosidad requiere solamente una imputación del comportamiento en el sentido de organización peligrosa insegura[218].

Hay que reconocer que en el análisis de los diversos delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta puede alcanzar un mayor grado de abstracción o concreción[219]. En este sentido, la configuración de la imputación objetiva en los delitos de peligrosidad puede asumir ciertas particularidades y dar lugar a formas especiales. En lo que sigue vamos a ocuparnos brevemente de estas formas especiales.

aaa) Delitos de peligrosidad concreta

Los delitos de peligrosidad concreta son aquellos que sancionan conductas en las que falta una lesión o una puesta en peligro porque ningún objeto de ataque se encuentra en el ámbito de actuación del autor[220]. La peligrosidad en estos delitos se manifiesta en

---

(216) Vid., en el mismo sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 308 y s. En el ámbito concreto del Derecho penal económico, Tiedemann, *Einführung*, p. 29 y s., habla de un daño de la vigencia (*Geltungsschaden*).

(217) Vid., en este sentido, la propuesta de Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 335 y s.

(218) Del mismo parecer en la estructura pero no en los contenidos, Mendoza Buergo, *RDPC* 9 (2002), p. 72 y ss.; Caro Coria, *Derecho penal*, p. 469.

(219) Vid., así, Feijoo Sánchez, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 315.

(220) Vid., Wohlers, *Deliktstypen*, p. 311. Vid., sobre esta forma delictiva, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 52; Koriath, *GA* 2001, p. 61. Categorías similares, aunque con propios matices, son el delito de peligro abstracto-concreto

la falta de dominio o incontrolabilidad del autor sobre el peligro de la acción, así como en la falta de competencia de otra persona por el dominio de los posibles riesgos derivados[221]. No obstante, la imputación objetiva en estos delitos requiere solamente una imputación del comportamiento peligroso, pero no un resultado concreto de peligro o daño[222]. Se necesita únicamente que la conducta haya sido capaz de producir en las circunstancias específicas un resultado de lesión o de peligro penalmente desvalorado, sin determinar si en el caso específico realmente existió. En el Derecho penal económico constituye un delito de peligrosidad concreta, por ejemplo, el delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código penal, en tanto sanciona las afirmaciones falsas sobre un producto capaces por sí mismas de inducir a error al consumidor[223].

bbb) Delitos de preparación

En principio, los actos preparatorios no se encuentran dentro del ámbito de lo punible, en tanto se les considera socialmente irrelevantes (vid., *infra*, capítulo XIV, punto III). No obstante, puede que en determinados casos la preparación de un hecho delictivo se muestre ya como una arrogación de un ámbito ajeno de organización y, por tanto, como penalmente relevante[224]. Un sector de la doctrina penal recurre a la idea del peligro de bienes jurídicos para justificar

---

(SCHRÖDER, *JZ* 1967, p. 522 y ss.), el delito de aptitud (HOYER, *Die Eignungsdelikte*, passim; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 182; EL MISMO, *Einführung*, p. 85), el delito de peligro hipotético o aptitud abstracta (TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1981, p. 826 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 467 y ss.) y el delito de peligro abstracto cualificado [BOTTKE, *Revista penal* 2 (1998), p. 10].

(221) Vid., WOHLERS, *Deliktsytypen*, p. 314.

(222) De un parecer distinto es MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 134, respecto de los denominados delitos de aptitud o idoneidad.

(223) Lo consideran, por el contrario, un delito de mera conducta REYNA ALFARO/VERA LORET DE MOLA, *Revista jurídica del Perú*, 30 (2002), p. 110.

(224) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 305. Similarmente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 336 y s.n.

la penalización de ciertas conductas de preparación[225]. Por nuestra parte, consideramos que el recurso a esta idea no resulta plenamente convincente, ya que supondría fundamentar la punibilidad en un comportamiento sucesivo de carácter delictivo. Tal proceder implicaría entrar en la esfera interna del ciudadano y abandonar el principio del hecho[226]. En este sentido, la fundamentación de los delitos de preparación no se sustenta en una especial peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico, sino en el significado social de estas acciones como en sí peligrosas[227]. El delito de preparación castiga determinadas acciones por la incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que pueden derivarse de los mismos[228] y la importancia social de la expectativa en cuestión. Un ejemplo de delito económico de preparación constituye el artículo 255 del Código penal en el que se castiga a quien fabrica o introduce al país máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas. La imputación objetiva de este delito necesita solamente de una imputación del comportamiento (de fabricación o introducción) al autor, sin que sea necesaria una relación objetiva de imputación con un resultado específico (monedas falsas).

ccc) Delitos de acumulación

Una especial discusión ha despertado en el ámbito de los delitos medioambientales la formulación de Kuhlen sobre los delitos de acumulación. Este autor parte de la imposibilidad de calificar algunos ilícitos medioambientales como delitos de peligro o como delitos de resultado, pues su lógica no se encuentra en un daño directo al medio ambiente, sino en un daño configurado cumulativamente.

---

(225) Así, por ejemplo, Meinecke, *Gesetzgebungssystematik*, p. 152; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 283; Sánchez García de Paz, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 702 y s.

(226) Vid., en este sentido, la crítica de Jakobs, en *Estudios*, p. 310 y ss.

(227) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 311.

(228) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 312.

Estos delitos de acumulación sancionan acciones individuales que por sí mismas no pueden lesionar ni poner en peligro el medio ambiente, pero que vistas en conjunto con otras posibles infracciones sí pueden generar tal peligro o lesión[229]. El recurso a esta forma de tipificación estaría justificado en la necesidad de prohibir acciones de desprecio al medio ambiente que dejan su cuidado al comportamiento de los otros ciudadanos. El desvalor de estos delitos no se encontraría en la contribución cumulativa, sino en el fenómeno colectivo de destrucción del medio ambiente.

La legitimidad de los delitos de acumulación ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad[230]. Para evitar este reproche WOHLERS recurre a la idea de FEINBERG del rechazo a la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), lo que permitiría fundamentar el castigo de la afectación no consentida de concretos intereses personales de otros[231]. A partir de esta fundamentación de los delitos de acumulación, la discusión se trasladaría a la selección de las normas de conducta que pretenden concretamente penalizarse. Para decidir esta cuestión resulta necesario que se cumpla con dos requisitos: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico

(229) Vid., KUHLEN, *GA* 1986, p. 399 y ss.; EL MISMO, ZStW 105 (1993), p. 716.

(230) Vid., así, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319. En el mismo sentido, HEFENDEHL, *RECPC*, 04-14 (2002), p. 10 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *RECPC* 04-08 (2002), punto IV, resaltando que en la actual configuración del sistema de imputación jurídico-penal la fundamentación de los delitos de acumulación no resulta posible.

(231) Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319 y ss. De acuerdo con la legitimidad de los delitos de acumulación, GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 387; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 412 y s. En contra de los delitos de acumulación HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 144 y ss., por tratarse de una insoportable instrumentalización del Derecho penal para fines socio-pedagógicos; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 134 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 68, nota 62.

mínimo[232]. Si estos aspectos se encuentran presentes, podrá admitirse legítimamente la tipificación como un delito de acumulación.

En cuanto a la configuración de la imputación objetiva de los delitos de acumulación, debe señalarse que éstos siguen la regla general establecida para los delitos de peligrosidad[233], es decir, que no es necesario un resultado de peligro o de lesión, sino solamente la imputación del comportamiento. Un delito económico de acumulación en nuestra legislación constituye, por ejemplo, el delito urbanístico tipificado en el artículo 311 del Código penal[234], en donde se sanciona el simple uso con fines urbanísticos de terrenos agrícolas sin requerir una puesta en peligro o una lesión al medio ambiente[235]. La razón de la imputación se encontraría en la representación hipotética de muchas infracciones a las normas urbanísticas.

cc) La tentativa en los delitos de resultado

En los delitos económicos dolosos de resultado[236], la punición de la tentativa requiere poder atribuir al ciudadano la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de su libertad de organización[237]. Sin esa infracción

---

(232) Vid., detenidamente, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 322 y ss.

(233) Vid., en este sentido, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 309 y s. Por su parte, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 243 y s., considera que estos delitos son delitos de peligro potencial. Como un delito en el marco de bienes jurídicos institucionales, Alcácer Guirao, *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

(234) Contrario a considerar los delitos de ordenación del territorio como delitos económicos, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 80.

(235) Vid., la sentencia de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, Exp. N° 2987-97 de 3 de abril de 1998 (Academia de la Magistratura, *Serie de jurisprudencia* 4, p. 385 y s.). Por el contrario, la sentencia de la Corte Superior del Callao Exp. 19-95 de 31 de marzo de 1995 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 51 y s.], requiere la puesta en peligro.

(236) Sobre la improcedencia de una tentativa en los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto, vid., *infra*, capítulo XIII.

(237) Vid., en este sentido, Vehling, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.

objetiva de deberes, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa[238]. La tentativa se fundamenta en una imputación del comportamiento y en la ausencia de la realización del riesgo prohibido en el resultado considerado por el tipo penal correspondiente[239]. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será consumido por el castigo del delito consumado. No obstante, parece también posible que la tentativa haya generado sólo un resultado de peligro en un delito de lesión, de manera que podrá tenerse en cuenta este aspecto en la individualización de la pena por tentativa, pero no podrá hablarse propiamente de un delito consumado.

El castigo de la tentativa adquiere ciertos rasgos particulares en los delitos económicos de puesta en peligro (delitos de peligro concreto), pues no basta una simple infracción de deberes reglamentarios para fundamentar la imputación del comportamiento y la posibilidad de un castigo por tentativa, sino que es necesario que esa infracción se muestre en el caso concreto como idónea para crear el peligro previsto como resultado por el tipo penal correspondiente. Si no se acepta este criterio limitador en el castigo de la tentativa, podría darse cabida subrepticiamente a la temida administrativización del Derecho penal.

dd) Los delitos de emprendimiento

Una imputación del comportamiento resulta igualmente suficiente para los delitos de emprendimiento, en los que el tipo penal

---

(238) Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 304; FRISCH, *Verhalten*, p. 46.

(239) En el mismo sentido, pero con referencia a la llamada teoría del comportamiento típico, equivalente a la imputación del comportamiento, FRISCH, *Verhalten*, p. 45 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 10; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 13; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 496. Ya en 1984, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1984, p. 368 y s., expresaba esta misma idea con la creación de un riesgo típicamente relevante.

equipara la tentativa con la consumación[240]. En este sentido, no se requiere para afirmar la imputación objetiva de una vinculación normativa con un resultado, sino de la sola infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. Un ejemplo de delito económico de emprendimiento en nuestra legislación constituye el artículo 241, inciso 2 del Código penal que sanciona por fraude en remates, licitaciones y concursos públicos al que intente alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio[241]. El efectivo alejamiento del resto de postores del concurso no constituye un elemento del tipo, por lo que el delito se consumará con la simple realización de acciones dirigidas a ello[242]. Recientemente también la modalidad de contrabando tipificada en el artículo 2 inciso e de la Ley 28008 se configura como delito de emprendimiento, pues sanciona con la misma pena tanto el intentar introducir como el introducir al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero.

B. La imputación objetiva del resultado

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento[243]. Sin embargo, no basta que tenga lugar una su-

---

(240) Vid., sobre las particularidades de los delitos de emprendimiento, Burkhardt, *JZ* 1971, p. 353; Berz, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 125 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 5; Meinecke, *Gesetzgebungssystematik*, p. 67; Sánchez García de Paz, *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 697 y s., como una clase de los delitos de tentativa; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 123 y s.

(241) Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 124.

(242) Hay que precisar que en la doctrina penal se califica a estos supuestos como delitos de emprendimiento impropios debido a que la acción típica requiere solamente una acción dirigida a un resultado, pero no la obtención del mismo. Vid., sobre los delitos de emprendimiento impropios, Berz, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 132 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 7; Sánchez García de Paz, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 700.

(243) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 173 y s.

cesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos[244]. Ya que la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa)[245], la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios causales, sino que deberá asentarse igualmente en criterios normativos[246]. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al autor[247]. En lo que sigue, vamos a encargarnos de (a) precisar cómo se establece este vínculo objetivo entre comportamiento prohibido y resultado. Posteriormente, (b) nos ocuparemos de los supuestos problemáticos en los que el resultado puede ser explicado por diversos riesgos. Finalmente, (c) haremos una indicación de las figuras delictivas cuya realización típica requieren necesariamente de la imputación objetiva del resultado y las particularidades que adquieren cada una de ellas.

a. El comportamiento prohibido como explicación del resultado

Para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, éste debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido[248]. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho penal considera como factor determinante el

---

(244) Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 511.

(245) Vid., en este sentido, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 519. Similarmente, FRISCH, *Verhalten*, p. 513 y ss., habla de un aumento del injusto por la producción del resultado. Sobre la irrelevancia jurídico penal del resultado, SANCINETTI, *LH-Jakobs* (Perú), p. 269 y ss.

(246) En este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 524 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 97 y s. En nuestro tribunales ya se empieza a aceptar esta idea [vid., ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.]

(247) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 174.

(248) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 78. En similar sentido, REYES ALVARADO, *Imputación*, p. 278 y s.; EL MISMO, *LH-Rodriguez Mourullo*, p. 896.

comportamiento prohibido del autor[249]. No se trata, por tanto, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado[250]; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en ámbitos complejos como el medio ambiente[251] o la responsabilidad por el producto[252]. En nuestra sociedad –que se rige no por el destino sino por la planificación–, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado[253]. Una explicación del resultado no tendrá lugar, por el contrario, si los daños producidos por el comportamiento prohibido

---

[249] Crítico, sin embargo, ante la fórmula de la explicación, Frisch, *Verhalten*, p. 528, a la que califica como una fórmula heurística que plantea cuestiones propias del primer nivel de la imputación (creación de un riesgo desaprobado).

[250] La vinculación causal la exige, sin embargo, Frisch, *Verhalten*, p. 524 y s., como condición necesaria. Igualmente, Corcoy Bisadolo, en *LH-Peña Cabrera*, p. 182 y ss.; López Barja de Quiroga, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 487. Por el contrario, Reyes Alvarado, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 896, entiende que cambia la comprensión de la causalidad ligada a la noción de certeza por una explicación del resultado en términos de probabilidades. Un planteamiento asentado solamente en un juicio de imputación, Cerletti, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 259 y ss.

[251] Vid., sobre esto, Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 89 y ss.; Schünemann, *GS-Meurer*, p. 45; Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 25 y s.; Witteck, *Der Betreiber*, p. 31.

[252] Vid., sobre esto, Bock, *Produktkriminalität*, p. 59 y ss.; Schmucker, *Die "Dogmatik"*, p. 63 y ss.; Niemeyer, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 17, n.m. 13; Schumann, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 202 y s.; Puppe, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 215 y ss.; Kuhlen, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 239 y ss.; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, pp. 87 y ss., 124 y ss.; Tiedemann, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 110 y ss.; El Mismo, *Einführung*, p. 86 y ss.; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 57 y ss.; El Mismo, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 411 y ss.; Zúniga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 206 y s.

[253] Vid., este desarrollo argumental, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 180 y ss. Vid., igualmente, Frisch, *Verhalten*, p. 96.

no pueden evitarse planificadamente. En estos casos, el resultado sólo podrá encontrar explicación en otro comportamiento prohibido, en la infracción de incumbencias de protección de la víctima o simplemente en un infortunio(254).

Los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando el resultado puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos(255). Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida(256). En lo que sigue, vamos a ocuparnos de resolver los problemas que esta pluralidad de riesgos suscita en la imputación del resultado. No obstante, antes de entrar en los problemas de imputación del resultado en caso de presencia de varios riesgos, resulta conveniente que nos ocupemos de precisar los criterios normativos que permiten vincular objetivamente un resultado con una conducta prohibida, pues solamente con esta claridad de criterios podrán resolverse satisfactoriamente los casos mencionados. El punto central de referencia para exponer las teorías que buscan establecer la vinculación normativa entre el comportamiento y el resultado es, sin duda, las explicaciones alternativas del resultado, pues si un comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría impedido el resultado, la doctrina mayoritaria considera entonces que se habrá realizado un riesgo tolerado por la norma(257).

aa) La teoría de la evitabilidad

La teoría de la evitabilidad tiene su origen en las llamadas consideraciones hipotéticas. Una revisión de la historia del pensamiento dogmático nos muestra que las consideraciones hipotéticas se discuten en la doctrina penal desde antes de la aparición de la teoría de

(254) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 79 y s.; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 185 y s.

(255) Vid., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 98.

(256) Sobre esta concurrencia, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 177 y ss.

(257) Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 534 y s.

la imputación objetiva del resultado[258]. Así, ya en la llamada causalidad hipotética se cuestionó la capacidad explicativa del método de la supresión mental para determinar la causalidad, en la medida que la supresión mental de la conducta del autor no evitaba la aparición del resultado debido al comportamiento hipotético de otra persona[259]. En la actual discusión doctrinal, en donde la causalidad ha cedido su posición de privilegio a la relación de imputación, las consideraciones hipotéticas siguen, sin embargo, siendo supuestos controvertidos. No obstante, el problema ha adquirido unos contornos distintos, pues la pregunta se centra ahora en el llamado comportamiento alternativo conforme a Derecho, es decir, en el hecho de si un comportamiento conforme a Derecho del autor hubiese podido evitar la producción del resultado[260]. La teoría de la evitabilidad excluye, en estos casos, la imputación objetiva del resultado.

> Ejemplo: El usuario de una institución bancaria solicita un crédito con documentación falsa. Si hubiese solicitado el crédito con los documentos que expresan su verdadera situación patrimonial, habría obtenido igualmente el crédito deseado conforme a los criterios internos que, por escrito, tienen los trabajadores del banco para otorgar créditos a los clientes.

Dentro de la teoría de la evitabilidad se agrupan distintos puntos de vista que, pese a sus diferencias, atribuyen efectos exoneradores al hecho de que el resultado lesivo resulte inevitable porque igualmente habría tenido lugar con un comportamiento arreglado a Derecho del autor[261]. Una de las primeras formulaciones en este sentido fue la llamada teoría de la probabilidad rayana en la certeza

---

(258) Vid., Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 100.

(259) Sobre esto, vid., Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, p. 6 y s., 69 y ss.; Samson, *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 37 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 12 y s.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch* AT, p. 281 y ss.

(260) Vid., Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 101. Por su parte, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 326, considera que estos supuestos son casos de creación de riesgos no prohibidos.

(261) Vid., en este sentido, Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 72.

esbozada por el *Reichgericht* alemán en su famosa sentencia sobre el caso de los pelos de cabra (RGSt, 63, p. 211 y ss.). Según esta teoría "la causalidad del comportamiento del autor solamente podría excluirse si existe la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado lesivo habría aparecido también si el comportamiento culpable no le hubiese precedido"(262). Esto significaría, en el caso que hemos utilizado, que si el comportamiento alternativo conforme a Derecho (declarar la verdadera situación económica) hubiese permitido con seguridad o con una alta probabilidad igualmente la obtención del crédito, entonces la conducta desaprobada del autor no habría sido causal del resultado.

Esta primera formulación de la teoría de la evitabilidad, limitada en un principio a los delitos culposos, fue criticada por llevar a cabo una inversión infundada de la carga de la prueba, pues obligaba al inculpado a tener que demostrar que con seguridad el resultado lesivo también habría tenido lugar sin su actuación(263). Es por ello que la jurisprudencia alemana ha empezado a exigir cada vez menos nivel de probabilidad para negar el vínculo de antijuridicidad(264), aunque debe señalarse que este cambio ha traído consigo aún mayores problemas. Este relajamiento de los requisitos para negar el nexo de contrariedad del deber, unido a cierta indeterminación del comportamiento alternativo, ha llevado a que los tribunales tengan la posibilidad de manipular el principio de evitabilidad para sacarse de encima dificultades probatorias(265). La teoría de la evitabilidad en su actual configuración se ha convertido así en un método que facilita la argumentación de la decisión deseada por parte de los tribunales, en la medida que no señala la razón por la cual se niega la vinculación con el resultado si un comportamiento al-

(262) RGSt, 63, p. 124. Vid., referencias a este criterio jurisprudencial, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB* § 15, n.m. 178.

(263) Vid., así, ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, pp. 74, 96; ROXIN, *Strafrecht* AT § 11, n.m. 85.

(264) Vid., sobre esta evolución, ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 97; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB* § 15, n.m. 177 y s.

(265) Vid., PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 61 y ss.

ternativo adecuado a Derecho no hubiese evitado la producción del resultado[266].

bb) La causa individual y el comportamiento alternativo diligente

En el marco también de la causalidad, pero en contra del amplio margen discrecional de la teoría de la evitabilidad, se mueve la teoría de *la causa individual* de Puppe, quien se esfuerza en dejar de lado consideraciones hipotéticas para determinar la causalidad. Esta autora señala que en la verificación de la causalidad de una infracción del deber no debe sustituirse el comportamiento descuidado por algún otro comportamiento alternativo diligente, sino solamente la característica individual del comportamiento que fundamenta su prohibición[267]. En lugar de la causa individual del resultado no debe colocarse otros posibles comportamientos alternativos, sino el mismo comportamiento tal como debió haber sido realizado[268]. El rechazo de consideraciones hipotéticas es reafirmado por Puppe en los casos en los que el nexo de causalidad no se encuentra plenamente determinado, pues aquí requiere para la causalidad solamente leyes de probabilidad[269]. En este sentido, una conducta desaprobada es causal en ámbitos no determinados solamente si la producción del resultado aparece como probable. Si un comportamiento alternativo ajustado a Derecho hubiese producido probablemente el mismo resultado, no impide la afirmación de la causalidad en estos casos.

cc) La teoría del incremento del riesgo

En la misma línea de rechazo al amplio margen de la teoría de la evitabilidad se mueve la teoría del incremento del riesgo, aunque debe señalarse que se mueve en otro nivel de argumentación al

---

[266] Vid., sobre esto, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 35.

[267] Vid., Puppe, *ZStW* 92 (1980), p. 879. En la misma línea, Namias, *Die Zurechnung*, p. 44 y ss. Críticamente frente al planteamiento de Puppe, Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 39 y ss.

[268] Vid., Namias, *Die Zurechnung*, p. 52 y s.

[269] Vid., Puppe, *La imputación objetiva*, p. 27 y ss.; La Misma, *FS-Roxin*, p. 305.

resolver el problema en el marco de la teoría de la imputación objetiva. La teoría del incremento del riesgo, desarrollada inicialmente por ROXIN[270] y que goza actualmente de amplio reconocimiento en la doctrina penal[271], señala que el resultado debe imputarse como realización del riesgo típico si la conducta generó un riesgo desaprobado, aunque no sea seguro que su ausencia no hubiese evitado el resultado[272]. En este sentido, la imputación del resultado solamente podría excluirse en caso que un comportamiento alternativo adecuado a Derecho hubiese producido con seguridad el mismo resultado[273]. No obstante, si la conducta alternativa hubiese evitado el resultado sólo con un cierto grado de probabilidad, entonces la imputación del mismo tendría aún que mantenerse.

Pese a los argumentos esgrimidos en favor de la teoría del incremento del riesgo[274], un sector importante de la doctrina le ha dirigido certeras críticas[275], las cuales en mayor o en menor medida pueden sintetizarse en el reproche de llevar a cabo una configuración excesivamente incriminadora de la imputación del resultado[276]. La teoría del incremento del riesgo, al centrarse únicamente en la probabilidad generada por la conducta del autor y renunciar a una verificación de la relación de imputación con el resultado, no sólo

---

(270) Vid., ROXIN, *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss. (espec. p. 431 y s.); EL MISMO, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 76 y ss.

(271) Vid., la propia referencia de ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 78, nota 144.

(272) En el caso de los delitos omisivos se ha formulado la teoría del incremento del riesgo como la omisión de emprender una acción con probabilidades de salvamento (vid., la referencia, SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 46 y s.).

(273) Vid, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 68, 76; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 334.

(274) Vid., ROXIN, *Strafrecht* AT § 11, n.m. 79 y ss.; PUPPE, *FS-Roxin*, p. 302 y s.

(275) Vid., con mayor detalle, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, p. 132 y ss.; SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe*, p. 46 y ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 587 y ss.; ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 129 y ss.; KORIATH, *Grundlagen*, p. 490 y ss.; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 192 y ss.

(276) Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 561 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 62 y ss.

permite una infracción al principio del *in dubio pro reo* en la determinación de la vinculación de la conducta con el resultado[277], sino que convierte también el resultado en una condición objetiva de punibilidad y, de esta manera, los delitos de lesión en delitos de peligro[278]. Las ventajas de la teoría del incremento del riesgo frente a la discrecionalidad de la teoría de la evitabilidad, se pierden por un excesivo aligeramiento de los requisitos de imputación del resultado.

dd) La correspondencia normativa entre comportamiento y resultado

Para salir al frente ante los defectos de la teoría de evitabilidad y la teoría del incremento del riesgo, se ha formulado la teoría de la correspondencia normativa entre el comportamiento y el resultado. Según esta teoría defendida por Krümpelmann y su discípulo Erb, la vinculación entre acción y resultado solamente decae por ausencia de una pretensión de protección por parte de la víctima[279]. El injusto no sólo debe considerarse desde la perspectiva del autor, sino también desde la perspectiva de la víctima, de modo tal que en los casos en los que existe una conducta peligrosa desde la perspectiva del autor, pero desde la perspectiva de la víctima no existe una mejora respecto de su pretensión de protección, la correspondencia normativa entre la conducta contraria al deber y el resultado no tiene lugar[280]. De esta manera, se supera el peligro de la manipulación de las figuras alternativas de la teoría de la evitabilidad, pues la determinación se centra en la situación de peligro de la víctima[281]. No es la consideración de un comportamiento alternativo adecuado a Derecho lo que decide si existe o no una relación de imputación del resultado, sino la situación de peligro de la víctima o, mejor dicho,

(277) Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 195 y s.

(278) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 99.

(279) Vid., Krümpelmann, *FS-Jescheck*, I, p. 313 y ss.; Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 146 y s.

(280) Vid., así, Erb, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 169 y s.

(281) Vid., Erb, *JuS* 1994, p. 455 y s.

su pretensión de protección[282]. Por otra parte, esta teoría mantiene a salvo el reproche achacado a la teoría del incremento del riesgo, de una infracción al principio del *in dubio pro reo*, en tanto el vínculo no se determina mediante juicios de probabilidad, sino mediante un juicio de prognosis respecto de la situación de la víctima[283].

A pesar de las ventajas que la teoría de la correspondencia normativa tiene frente a las anteriormente esbozadas, debe reconocerse que sus criterios de determinación resultan también problemáticos, sobre todo para el Derecho penal económico. Ya en general parece difícil precisar la situación de la víctima y, más aún, la subsidiariedad de los riesgos aportados por ésta[284]. En el Derecho penal económico, en concreto, la situación se torna todavía más complicada, pues los delitos, incluidos los de resultado, no tienen por lo general una víctima individualizable. La determinación de la pretensión de protección en estos casos resultará muy difícil o, en todo caso, sólo podrá realizarse de una forma tan general que se identifique con el fin de protección de la norma[285]. Ante esta situación surge la pregunta de si no será mejor, entonces, acudir al criterio del fin de protección de la norma al menos para el Derecho penal económico. La respuesta a este interrogante requiere que nos ocupemos de las particularidades del llamado fin de protección de la norma.

ee) La teoría del fin de protección de la norma

La teoría del fin de protección de la norma fue desarrollada en el Derecho penal por el Prof. español Enrique GIMBERNAT precisamente para solucionar la problemática de las conductas alternativas

(282) Vid., ERB, *JuS* 1994, p. 455.

(283) Vid., ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, pp. 173 y ss., 204 y s.

(284) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 272 y s., nota 4.

(285) El propio ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*, p. 213 y ss. (espec. p. 214), reconoce que la teoría de la correspondencia normativa se sustenta en la misma idea del fin de protección de la norma.

adecuadas a Derecho[286]. La idea central de esta teoría era que la norma penal no pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente de algunos de ellos[287]. La relación de imputación del resultado no se determina, por tanto, con base en el hecho de si un comportamiento alternativo conforme a Derecho no hubiese podido evitar la producción del resultado, sino con base en el ámbito de protección de la norma[288]. Si el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca impedir, entonces deberá afirmarse la relación de imputación, aunque cualquier otro comportamiento alternativo tampoco hubiese podido evitar su producción. Por el contrario, si el resultado no forma parte de los resultados que la norma busca evitar, entonces se tratará de un reflejo de la protección y, por tanto, de una casual capacidad de evitar el resultado lesivo que no puede fundamentar la relación de imputación objetiva.

> Aplicado al ejemplo hasta ahora utilizado: El fin de protección del delito de fraude crediticio del artículo del artículo 247 del Código penal consiste en evitar el otorgamiento de un crédito bancario sin una base suficiente de conocimiento sobre la situación financiera real del cliente. Por esta razón, el supuesto hipotético de que con su situación financiera real también hubiese recibido el crédito deseado, no puede afectar de ninguna manera la relación de imputación, pues esa circunstancia no cambia en nada el hecho de que el resultado producido pertenece a la clase de resultados que el delito de fraude crediticio busca evitar.

El rechazo de los comportamientos alternativos adecuados a Derecho para determinar la imputación del resultado con base en el fin de protección de la norma, no excluye, sin embargo, que en algunos

---

(286) Gimbernat Ordeig, *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.; El Mismo, *Delitos cualificados*, p. 140 y ss.

(287) Críticamente frente a la teoría del fin de protección de la norma por difusa, inadecuada e incluso innecesaria, Frisch, *Verhalten*, p. 81 y ss.

(288) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 81; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 184 y s.; Martínez Escamilla, en *Omisión e imputación objetiva*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), p. 106 y s. Por el contrario, mantiene la necesidad de consideraciones hipotéticas, Frisch, *Verhalten*, p. 530 y s., nota 89.

casos ciertas consideraciones hipotéticas se tengan en cuenta. Concretamente: el curso hipotético sirve para eximir de responsabilidad cuando se presentan simples variaciones del curso de un mismo riesgo[289]. En estos supuestos, la responsabilidad penal decae cuando sin la variación producida se hubiese desarrollado un curso equivalente del mismo riesgo[290]. La explicación del resultado seguirá siendo la misma. Debe quedar claro que no se trata de una explicación hipotética de varios riesgos, sino de un mismo riesgo.

> Ejemplo: El encargado de efectuar los pagos de una empresa en procedimiento concursal recibe la orden ilegal de pagar determinada deuda a un acreedor. En lugar de ello, el encargado paga otra deuda similar al acreedor. En estos casos, se trata de una variación del curso del riesgo creado por los administradores que no modifica la explicación del resultado. El perjuicio a las expectativas económicas de los acreedores se explica por la decisión de los administradores de hacer un pago que no se corresponde con la reprogramación de obligaciones, pero no por la decisión del encargado de los pagos de cancelar otra deuda del acreedor.

b. Las explicaciones alternativas del resultado

Las explicaciones alternativas del resultado se presentan cuando el resultado acaecido puede ser reconducido a varios riesgos. La discusión normativa se centra en establecer concretamente a qué conducta creadora de un riesgo prohibido debe atribuirse el resultado. Para responder a esta cuestión conviene que diferenciemos nuestra exposición en función de las formas de aparición de los supuestos de explicaciones alternativas del resultado: como concurrencia de riesgos o como riesgos derivados.

aa) La concurrencia de riesgos

La concurrencia de riesgos tiene lugar cuando el resultado puede explicarse con base en varios riesgos aparecidos en el mismo

(289) Vid., con mayor detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 274.

(290) JAKOBS, *Strafrecht* AT, Apdo 7, n.m. 82; EL MISMO, en *Estudios*, p. 274.

momento. Esta concurrencia de riesgos puede manifestarse de dos maneras: como riesgos concurrentes producidos por una conducta o como riesgos concurrentes producidos por varias conductas (incluida la de la víctima)[291].

aaa) Riesgos concurrentes de un sola conducta: la aberratio ictus

El caso de riesgos concurrentes provenientes de una sola conducta presenta como supuesto problemático la llamada *aberratio ictus* o error en el golpe. Se trata de los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra determinado objeto pero no consigue lesionarlo, realizándose el efecto lesivo en otro objeto[292]. Se ha intentado solucionar doctrinalmente estos supuestos como un problema de objeto del dolo, pero se desconoce que primero resulta necesario decidir si puede imputarse objetivamente a la conducta del autor los resultados del fallo en el golpe[293]. Si el riesgo concurrente que lesiona al otro objeto resulta imprevisible no podrá afirmarse una relación de imputación objetiva, pues el resultado no habría podido evitarse planificadamente[294]. Si, por el contrario, se afirma la relación de imputación objetiva por existir una previsibilidad objetiva, habrá que precisar recién si cabe una imputación subjetiva a título de dolo o culpa. La *aberratio ictus* se presenta cuando el resultado realizado puede imputarse subjetivamente a título de culpa, existiendo en este caso una tentativa del delito doloso de lesión en concurso con un delito culposo consumado. En otras palabras: en la *aberratio ictus* se produce una imputación del comportamiento sin realización del resultado en el caso del objeto proyectado y una realización del riesgo en el resultado de lesión del otro objeto.

---

(291) En el caso de un solo riesgo creado por varias personas, estaremos ante supuestos de autoría y participación.

(292) Vid., por todos, Silva Sánchez, *ADPCP*, 1984, p. 347.

(293) En el mismo sentido, Bacigalupo Zapater, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 67, destaca que el tema de la *aberratio ictus*, tratado tradicionalmente como supuesto de error, se trata actualmente en el marco de la imputación objetiva.

(294) Vid., Silva Sánchez, *ADPCP*, 1984, p. 375. Similarmente, López Barja de Quiroga, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 500.

Conviene que para dejar claro el panorama general nos ocupemos brevemente del caso en el que la lesión del objeto no proyectado puede imputarse a título de dolo. En estos casos pueden presentarse dos supuestos distintos que resulta pertinente diferenciar para efectos concursales. Por un lado, puede presentarse un caso de dolo alternativo, en donde el autor realiza un solo riesgo que puede realizarse en un objeto o en otro(295). Como puede verse, no se trata, en sentido estricto, de un supuesto de concurrencia de riesgos, sino de la creación de un solo riesgo que puede realizarse en la lesión de un objeto o de otro. En estos casos no habrá propiamente un concurso de delitos, sino un solo delito consumado(296). La situación es distinta en el caso de un dolo cumulativo, es decir, en el caso que la conducta genere varios riesgos (p.e. lanzar una granada a dos centinelas de un puesto de vigilancia). En estos casos, sí existe un concurso de delitos en caso ambos riesgos o uno solo de ellos se realice en un resultado lesivo.

Pese a que la doctrina penal nunca ha enfocado estos problemas dogmáticos en el ámbito del Derecho penal económico, no hay razones para negar esta posibilidad. Los supuestos de *aberratio ictus* o dolo cumulativo pueden presentarse sin ninguna limitación, siendo el único requisito para ello que los tipos penales en juego sean de resultado. En este sentido, resulta perfectamente posible que estos supuestos de concurrencia de riesgos aparezcan en relación con delitos económicos, como los delitos medioambientales o delitos de responsabilidad por el producto.

bbb) Riesgos concurrentes de varias conductas

El supuesto de riesgos concurrentes de varias conductas tiene lugar cuando el resultado puede explicarse por diversos riesgos creados por varias personas (incluida la víctima). En estos casos las explicaciones hipotéticas aparecen como perjudiciales, pues no sólo se abandona el curso real, sino que se recurre a un curso hipotético que, por ser irreal, no tendría que ser considerado para fundamentar

(295) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 33.

(296) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1984, p. 376 y s.

la imputación[297]. Para poder salir al paso frente a este dilema, debe partirse de la idea de que la explicación no está referida a los factores del riesgo, sino a los efectos del mismo[298]. Como efecto del riesgo debe entenderse la realización de un resultado lesivo y no la disminución de las posibilidades de supervivencia del bien jurídico[299]. Para determinar la imputación del resultado en caso de riesgos concurrentes debe diferenciarse los siguientes supuestos.

aaaa) Riesgos concurrentes separables

Una concurrencia de riesgos separables tiene lugar cuando, además del riesgo prohibido creado por el autor, se presenta un riesgo general de la vida, un comportamiento arriesgado de la víctima o el comportamiento de un tercero cuya incidencia en el resultado puede diferenciarse claramente[300]. Si el riesgo concurrente con el del autor es el que se realiza en el resultado, entonces deberá decaer la imputación del resultado al comportamiento del autor. En caso que el riesgo concurrente provenga de un tercero, una imputación del resultado podrá tener lugar frente al tercero, pero se tratará de un proceso de imputación distinto al inicialmente considerado.

Ejemplo: Una persona gira un cheque sabiendo que no cuenta con fondos suficientes. El beneficiario no puede cobrar el cheque debido a que deja pasar el plazo legalmente establecido para su cobro ante el banco. La imposibilidad de pago del cheque se debe no al riesgo creado por el girador, sino al comportamiento negligente del beneficiario.

bbbb) Riesgos concurrentes inseparables: la confluencia en el riesgo

En estos supuestos de concurrencia el riesgo resulta configurado por la confluencia de ámbitos de responsabilidad distintos. Los

(297) Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 275.

(298) Vid., con amplias referencias bibliográficas, Jakobs, en *Estudios*, p. 275.

(299) Vid., así, la crítica contundente de Jakobs, en *Estudios*, p. 277 y ss., a la teoría del saldo de posibilidades de supervivencia.

(300) Vid., Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 105.

problemas de explicación del resultado se presentan en la medida que no resulta posible separar el aporte de cada interviniente, de manera que pueda precisarse cuál aporte ha sido eficiente y cuál no[301]. Una absolución completa de los intervinientes se mostraría, sin embargo, como injusta, pues el resultado lesivo se ha producido por una conducta contraria a deber de ambos intervinientes. Por esta razón, la solución más salomónica sería imputarle el resultado a cada interviniente[302], aunque admitiendo una necesaria disminución del injusto[303]. Si bien el injusto pertenece a ambos, no es posible una imputación completa de dicho injusto.

> Ejemplo: Dos empresas contaminan de manera prohibida las aguas de un río y producen la muerte de un pescador por inhalación de ciertos desechos industriales (artículo 305, segundo párrafo, supuesto b del Código penal). En caso que no sea posible determinar cuál de los factores confluyentes ha sido el eficiente, cabrá una imputación objetiva del resultado a la conducta de ambas empresas. Otra cuestión será si puede afirmarse también en estos casos la imputación subjetiva propia de los delitos cualificados por el resultado.

Un supuesto especial constituye los supuestos conocidos como riesgos sobrecondicionados, en los que los intervinientes realizan una aportación suficiente para producir el resultado[304]. Para poder decidir la imputación del resultado en estos casos debe precisarse si se ha presentado ya una infracción perfecta de la norma por parte de alguno de los intervinientes. En caso que no exista aún una infracción de la norma, es decir, en caso de riesgos simultáneos, cabrá afirmar una responsabilidad penal de todos los intervinientes, pues cada uno debe partir de la idea de un comportamiento adecuado

---

(301) Vid., sobre esto, JAKOBS, en *Estudios*, p. 282 y s.

(302) En el mismo sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 83. Por su parte IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 330 y s., sostiene que el resultado no se imputa, sino solamente el riesgo que cada sujeto ha creado.

(303) Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 130.

(304) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 281 y s.

del resto[305]. En caso que exista ya una infracción de la norma perfecta, el aporte posterior será solamente una modificación de las circunstancias que no podrá fundamentar una imputación del resultado[306].

Ejemplo: En el caso de una votación en el órgano de administración de una empresa, cada uno de los votantes debe partir de una votación adecuada a la norma del resto de intervinientes[307]. La argumentación de que su voto no hubiese afectado la mayoría ya alcanzada, no puede hacer decaer su responsabilidad penal. Por el contrario, el apoyo informal a una decisión ya tomada no puede fundamentar una responsabilidad penal si es que la toma de decisión constituye ya una infracción de la norma (delitos de preparación).

bb) Los riesgos derivados

Los casos de riesgos derivados comprenden los supuestos en los que el comportamiento del autor genera una situación que permite u ocasiona posteriormente una lesión por el comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención de la propia naturaleza[308]. Para decidir si el segundo daño puede imputarse objetivamente al autor del primer riesgo o daño, habrá que determinar si el segundo daño puede incluirse en el fin de protección de la norma que prohíbe el primer riesgo. Para responder a esta cuestión resulta conveniente diferenciar los daños derivados en los siguientes grupos:

aaa) Creación de una situación de indefensión

En estos casos, el comportamiento del autor coloca a la víctima en una situación de indefensión frente a otros riesgos que van, por ejemplo, desde los casos de infección en las heridas provocadas hasta

(305) Vid., Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 424 y s. Igualmente el parecer de Puppe, *Die Erfolgszurechnung*, p. 25 y s., aunque en el ámbito del resultado típico.

(306) Vid., Jakobs, *Strafrecht* AT, Apdo 7, n.m. 83a; El Mismo, en *Estudios*, p. 285.

(307) Vid., esto con mayor detalle, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 421 y ss.

(308) Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 186.

la realización de un incendio en el hospital en el que la víctima está internada. Para determinar si procede aquí una imputación de los daños derivados de la situación de indefensión, es necesario seguir dos pasos. En primer lugar, deben excluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida a los que una persona razonable se expone(309), pues lo contrario significaría permitir la entrada de supuestos de *versare in re illicita*(310). Una vez calificado el resultado como ajeno a los riesgos generales de la vida, deberá precisarse si existe una relación planificable entre el comportamiento del autor y la lesión derivada de la situación de indefensión(311). El autor no puede ser competente por todos los daños inusuales derivados de la situación de indefensión de la víctima, sino solamente por aquellos que puedan esperarse de la situación en la que ha puesto a la víctima y que, por lo tanto, resultan abarcados por el fin de protección de la norma.

> En el Derecho penal económico, los daños derivados normalmente están considerados como una situación que agrava la penalidad. Así, por ejemplo, el artículo 247 segundo párrafo sanciona con mayor pena si la obtención fraudulenta de un crédito trae como consecuencia que la Superintendencia de Banca y Seguros decida intervenir o liquidar la institución financiera. En este sentido, la conducta del defraudador pone a la institución financiera en una situación de indefensión ante las facultades de intervención o liquidación de la SBS. Una imputación del resultado derivado de su débil situación patrimonial resulta plenamente justificada.

bbb) Riesgos derivados para terceros

La creación de un riesgo prohibido para un bien jurídico puede originar además riesgos derivados que pueden afectar a terceras personas.

---

(309) Vid., así, sobre la determinación de los riesgos de la vida cotidianos con base en un sujeto razonable, FRISCH, *Verhalten*, p. 388 y ss.

(310) Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *SK* preliminares al § 1, n.m. 75; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

(311) Vid., similarmente, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 186 y s.

En la doctrina penal se manejan fundamentalmente dos supuestos: los daños por conmoción y los accidentes por alcance. En los primeros, se discute si cabe imputar objetivamente al que realiza ilícitamente un daño a una persona el daño por conmoción que produce a los parientes y allegados al conocer la realización del primer daño. La doctrina dominante rechaza en estos casos la imputación, pues las normas que prohíben el primer riesgo no tienen como fin proteger a personas distintas al afectado ante el peligro de una conmoción anímica(312).

Los accidentes por alcance, por su parte, se presentan cuando un accidente de tránsito ocasiona otros accidentes de los conductores que vienen detrás, lo cual puede afectar no sólo a la misma víctima, sino también a terceros. En caso sea la misma víctima la afectada, el caso tendría que resolverse con las reglas de la creación de una situación de indefensión, pues el primer accidente expone a la víctima a ser nuevamente afectada por otro interviniente en el tráfico. Si el afectado por los accidentes posteriores es un tercero, entonces tendrá que discutirse si el resultado de este riesgo derivado puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente. La doctrina penal sostiene, al igual que los casos de conmoción, que el accidente posterior no puede imputarse objetivamente al autor del primer accidente, pues el fin de protección de la norma no alcanza a los accidentes posteriores. La responsabilidad penal por el segundo daño debe recaer sobre el conductor que provoca el segundo accidente, pues si hubiese manejado reglamentariamente habría podido frenar a tiempo(313). Frisch disiente de este parecer, pues entiende que en el tráfico rodado resulta normal que un accidente traiga consigo otros accidentes por alcance(314). En nuestra opinión, sólo los accidentes que no se deben a una imprudencia del segundo conductor podrían imputarse objetivamente al primer conductor, pues los riesgos que se generan por una actuación antirreglamentaria del

(312) Vid., así, Roxin, *FS-Gallas*, p. 256 y s. Coincide en la solución, pero no en la fundamentación, Frisch, *Verhalten*, p. 397 y ss.

(313) Vid., Roxin, *FS-Gallas*, p. 257 y s.

(314) Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 411.

segundo conductor no están abarcados por el fin de la norma que prohíbe los riesgos del primer accidente.

Para el Derecho penal económico, los supuestos problemáticos brevemente expuestos tienen poca relevancia, aunque su estructura podría presentarse igualmente en ciertos delitos económicos. Por ejemplo, en el caso de un producto defectuoso que, además de afectar la salud del consumidor, le resta aptitud para realizar determinada actividad (tráfico rodado) o trabajo (manejo de maquinarias), en cuyo ejercicio se produce un accidente para terceros.

ccc) Riesgos derivados de cursos salvadores

Un supuesto especialmente problemático se presenta en la imputación de los daños que se derivan, para la víctima o un tercero, del emprendimiento o no de cursos salvadores riesgosos. La determinación de los criterios de imputación requiere diferenciar los casos en los que el daño recae sobre la víctima y los casos en los que es un tercero salvador el que resulta perjudicado(315).

aaaa) Identidad entre el objeto afectado por el riesgo inicial y el objeto lesionado

En estos supuestos es la víctima la que padece un daño derivado de la omisión o del emprendimiento defectuoso de cursos salvadores realizados por la propia víctima o un tercero. En primer lugar, cabe señalar que si la víctima o un tercero obligado dejan de lado medidas esenciales para neutralizar el resultado inicial, no podrá imputarse al autor una lesión más grave(316). Por el contrario, si el

(315) Recurre también a una diferenciación, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 106.

(316) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 187 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 111. Utilizan el criterio del error leve, sobre todo para el caso de errores médicos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 346 y s.; OTTO, *NJW* 1980, p. 422; RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 161 y ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 169. Por el contrario, decide esta cuestión con base en el principio de confianza, RUDOLPHI, *SK* preliminares

segundo actuante comete errores incidentales en su actividad salvadora que se corresponden con los riesgos usuales, la relación de imputación objetiva del resultado respecto del daño derivado no quedará excluida(317). El primer actuante responde igualmente por el daño derivado.

Ejemplo: Si una actividad contaminante produce efectos catastróficos debido a que la administración no cumple medidas mínimas para evitar los efectos contaminantes, una imputación objetiva de ese resultado no será posible, de modo que al autor no podrá hacérsele penalmente responsable con base en el artículo 305 inciso 2 del Código penal. Si, por el contrario, las medidas que se tomaron para evitar el daño no fueron las más adecuadas, la relación de imputación con el daño derivado de la contaminación no se rompe.

bbbb) Diversidad entre el objeto afectado por el riesgo inicial y el objeto lesionado

Los supuestos de diversidad entre los objetos se producen cuando el daño no recae sobre la víctima, sino sobre aquel que emprende la acción de salvamento. Si procede una imputación objetiva de estos daños al autor de la situación requerida de salvación, es una cuestión discutida en la doctrina penal. Un sector de la doctrina entiende que si el salvador es un sujeto libre y, por tanto, plenamente responsable

---

al § 1, n.m. 73 y s.: si el principio de confianza, según las circunstancias especiales del caso concreto, no está vigente, el primer interviniente es también responsable del comportamiento contrario a deber del segundo interviniente; si, por el contrario, rige el principio de confianza, habrá que diferenciar si el segundo interviniente actúa activamente o solamente omite evitar el resultado. En el primer caso, la imputación del segundo daño recaerá sobre el segundo actuante, mientras que en caso de simplemente omitir el resultado realizado será el del primer actuante. Una interpretación diferenciada para el caso de errores médicos, asumen Frisch, *Verhalten*, p. 441 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 116 y ss., aunque ciertamente con distintos criterios de decisión. La solución de estos casos con base en el requisito de continuidad, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 118 y s.

(317) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 55; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 188 y s.

de las consecuencias de su acto de salvamento, la relación de imputación no alcanza los daños producidos por su actuación[318]. En este sentido, adquiere una especial importancia determinar las condiciones de un comportamiento libre y responsable[319], de manera que pueda excluirse tal consideración si el salvador no se encuentra en situación de valorar el riesgo o la acción adecuada a los hechos (por ejemplo, por embriaguez)[320]. No obstante, el núcleo de la discusión no se ubica propiamente en las condiciones de una actuación libre y responsable, sino en los casos en los que el salvador se encuentra obligado a actuar. En este contexto de ideas, la imputación del resultado no se establece para los obligados al salvamento con las reglas de la libre voluntad, sino en función de criterios que permitan reconducir objetivamente el resultado al autor.

Algunos autores determinan la imputación del resultado en función de los ámbitos de responsabilidad, es decir, si al salvador le corresponde un deber de salvamento[321], mientras que otros sólo admiten la relación de imputación en caso de acciones de salvamento debidas si el peligro generado y dirigido por el primer actuante es causal en un sentido objetivo[322]. Respecto de los daños producidos

---

(318) Vid., así, ROXIN, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 142 y s.; EL MISMO, *FS-Gallas*, p. 246 y ss.; OTTO, *NJW* 1980, p. 422.

(319) Sobre la discusión de los criterios de determinación de un comportamiento libre y responsable, SOWADA, *JZ* 1994, p. 663.

(320) Vid., RUDOLPHI, *JuS* 1969, p. 557; OTTO, *FS-Maurach*, p. 99 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168.

(321) Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 101, quien excluye a los salvadores jurídicamente obligados del juicio basado en la libertad de voluntad y los remite a los criterios de determinación de los ámbitos de responsabilidad, donde ciertamente niega la responsabilidad del autor de la situación necesitada de salvación (n.m. 113). Por el contrario, fundamentan la imputación con base en los ámbitos de la responsabilidad, JAKOBS, en *Estudios*, p. 267 y s.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 344 y s.

(322) Vid., SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 721 y s.; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 433 y s. Una posición diferenciadora mantiene también SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, 70 y s., nota 2, con base en el dolo o la intención del autor.

a los salvadores no obligados, un sector de la doctrina rechaza que puedan imputarse al causante de la situación necesitada de salvación. Se dice que en estos casos el salvador emprende una "satisfacción personal" que no puede trasladársele al causante de la situación de riesgo(323). Cargarle los riesgos de salvamento al autor de la situación necesitada de salvación llevaría a un "cálculo indigno" sobre la conveniencia para el autor de solicitar ayuda(324). Este planteamiento desconoce que la acción de salvamento constituye también la materialización de un deber de solidaridad, por lo que el salvamento debido no podrá ser una actuación arbitraria completamente irracional. En este sentido, una imputación del resultado se podrá excluir solamente en los casos en los que la conducta de salvamento se muestre como irrazonable o claramente desproporcionada(325). Finalmente, un sector de la doctrina penal entiende que la diferencia entre salvadores jurídicamente obligados y moralmente obligados no tiene ningún sentido, pues la fuerza de motivación es la misma en ambos casos(326).

Por nuestra parte, consideramos que la solución de la responsabilidad penal por los daños en cursos salvadores depende de si la conducta salvadora puede imputarse a la libre organización del salvador. No obstante, esta libertad de organización no debe determinarse en sentido psicológico sino normativo, lo cual significa que debe precisarse el ámbito de competencia del salvador. En caso de existir un deber de salvamento, la libre organización (autorresponsabilidad) alcanza solamente a aquello que va más allá de lo jurídi-

(323) Vid., Schünemann, *JA* 1975, p. 722.

(324) Vid., Roxin, *FS-Gallas*, p. 246 y s.

(325) En este sentido, Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 345; Frisch, *Verhalten*, p. 485 y s.; Puppe, *La imputación objetiva*, p. 146; Derksen, *NJW* 1995, p. 241; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168. Determina la racionalidad conforme al mayor valor del fin de protección perseguido frente a la puesta en peligro del salvador, Rudolphi, *JuS* 1969, p. 557; El Mismo, *SK* preliminares al § 1, n.m. 81.

(326) Vid., en este sentido, Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 168.

camente exigible[327]. Por el contrario, si se trata de salvadores voluntarios, la arbitrariedad del salvador se manifestará únicamente en caso que se produzca un daño excesivo o se utilice medios desproporcionados para el salvamento[328]. En este sentido, sólo el daño producido por la acción salvadora voluntaria dentro de lo razonable podrá imputarse objetivamente al creador de la situación original de peligro, pues esta acción se enmarca dentro del deber de solidaridad general que existe entre las personas.

> Ejemplo: Si con la finalidad de evitar un daño ecológico catastrófico, los miembros de la institución estatal de protección medioambiental padecen enfermedades respiratorias en los trabajos de limpieza del río contaminado, este resultado podrá imputarse a los autores de la contaminación ambiental con base en el artículo 305 segundo párrafo literal a). Si se trata, por el contrario, de miembros de una asociación privada ecologista, la imputación del resultado de lesiones solamente podrá decaer en caso que emprendan acciones de limpieza sumamente arriesgadas y sin contar con los mecanismos de protección adecuados.

ddd) Transformación por otros del riesgo inicial

Como ya lo hemos visto, en la llamada prohibición de regreso una persona realiza una aportación que favorece la conducta delictiva de un tercero, pero que no da lugar a una imputación del comportamiento debido a que no se ha infringido aún el rol general de ciudadano. Por el contrario, en los supuestos de transformación del riesgo inicial una persona realiza una conducta contraria a deber que luego es utilizada por otro para realizar un resultado penalmente prohibido. La cuestión discutida será si cabe en estos casos imputar también al primer actuante el resultado realizado por el segundo actuante.

Para solucionar la imputación del resultado en estos supuestos puede recurrirse, al igual que en la prohibición de regreso, al principio de autorresponsabilidad[329]. Una persona solamente podrá res-

---

(327) Sobre estos aspectos, con profundidad, FRISCH, *Verhalten*, p. 487 y ss.

(328) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 269; SOWODA, *JZ* 1994, p. 666.

(329) Vid., CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 171.

ponder por las consecuencias derivadas de su hecho. En el caso de los partícipes, hay que recordar que el hecho principal es también su hecho y, por tanto, deben responder también por las consecuencias del mismo(330). En este sentido, si la conducta del tercero no constituye un hecho del autor, sino que éste es simplemente utilizado para la realización de otro delito, la transformación del riesgo no puede ser imputado al primer autor.

> Ejemplo: Una empresa contamina gravemente los caudales del río mediante el vertido de desechos industriales. Un trabajador que conoce el carácter nocivo del río, invita a su esposa a bañarse cerca del foco de contaminación, lo cual le produce graves lesiones o incluso la muerte. En este caso, la responsabilidad por la contaminación del río no puede alcanzar también los resultados lesivos en la esposa del trabajador.

Solamente si el fin de protección de la norma infringida por el autor incluye la evitación de una transformación posterior del riesgo por parte de un tercero, podrá fundamentarse la imputación al autor del resultado de la conducta del tercero. Los delitos cualificados por el resultado constituyen, por lo general, supuestos en los que procede esa ampliación de la imputación por la transformación del riesgo(331).

eee) Daños tardíos

Los daños tardíos son aquellos que tienen lugar como consecuencia de un daño permanente producido con anterioridad(332). La

---

(330) Lo considera, más bien, una excepción del principio de responsabilidad, Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 171.

(331) Vid., estos supuestos, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 36.

(332) Utiliza una tripartición de los supuestos de resultados no inmediatos, Silva Sánchez, *GA* 1990, p. 208 y s.: Supuestos en los que una primera lesión produce un daño permanente sobre el que luego se basa el resultado posteriormente acaecido, supuestos en los que el primer suceso condiciona la entrada del segundo suceso, y supuestos en los que la lesión (de muerte) aparece después de mucho tiempo. Daños tardíos solamente son el primer y el tercer grupo de casos.

opinión más extendida frente a estos supuestos señala que si la primera lesión se encuentra ya curada, no hay responsabilidad por las lesiones posteriores[333]. No obstante, como lo resalta acertadamente JAKOBS, esta argumentación resulta cuando menos mal formulada, pues los casos analizados están definidos como daños residuales permanentes[334]. En este sentido, lo que debe hacerse es determinar, más bien, si el daño tardío encuentra explicación preferente en otros ámbitos de competencia. Si se trata de riesgos generales de la vida que afectan a las personas disminuidas o es la propia víctima la que ha omitido incumbencias de autoprotección al no compensar su nueva situación de deficiencia o enfermedad, el resultado obtendrá explicación en estas circunstancias y no en el causante del daño permanente[335]. Si, por el contrario, el daño permanente muestra un riesgo suficientemente fuerte de aparición de consecuencias lesivas posteriores frente a las cuales no puede adoptarse medidas de autoprotección, la imputación del resultado al causante del daño permanente se encontrará justificada[336]. El espacio de tiempo que existe entre el daño permanente y el daño tardío resultará penalmente irrelevante[337]. No obstante, hay que reconocer ciertos límites prácticos a esta solución: la dificultad probatoria del vínculo entre el daño permanente y el daño tardío, los plazos de prescripción de los delitos

(333) Vid., RUDOLPHI, *SK* preliminares al § 1, n.m. 77; OTTO, *JuS* 1974, p. 709; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 720; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 15, n.m. 162.

(334) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81. En el mismo sentido, también, FRISCH, *Verhalten*, p. 496.

(335) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81; ROXIN, *FS-Gallas*, p. 255; FRISCH, *Verhalten*, p. 499 y s.

(336) JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81; FRISCH, *Verhalten*, p. 497 y s. Admiten excepciones a esto, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 44, en caso que la enfermedad haya llegado a un estado controlado; SCHÜNEMANN, en *Aids und Strafrecht*, Szwarc (ed.), p. 18 y ss., en caso de enfermedades que se desarrollan de manera lenta y continua.

(337) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 44. En el mismo sentido, pero reconociendo una disminución del injusto, SILVA SÁNCHEZ, *GA* 1990, p. 213; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 104.

y, todavía más importante, el carácter de cosa juzgada de un primer pronunciamiento judicial[338]. Por esta razón, si el daño tardío no puede ser imputado al autor en casos judicialmente cerrados, esta imposibilidad de imputación se deberá más a cuestiones procesales que a materiales[339].

c. Figuras típicas que requieren la imputación del resultado

A diferencia de los delitos de mera actividad y los delitos de peligrosidad, en los llamados delitos de resultado una imputación del resultado aparece como necesaria para poder imponer la pena por delito consumado[340]. Los delitos de resultado agrupan a los delitos de puesta en peligro, los delitos de lesión y los delitos cualificados por el resultado, siendo lo común en todos estos delitos la exigencia típica de un resultado[341]. Sin embargo, las propias particularidades de cada uno de estos delitos hacen que el requisito de la realización del resultado se exprese de manera distinta.

aa) Los delitos de puesta en peligro (o delitos de peligro concreto)

Los delitos de puesta en peligro o de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Como lo señala Jakobs, "el peligro concreto es un resultado, ya que es algo más que la realización de una acción en determinadas circunstancias subjetivas, esto es, la producción de una situación de peligro para determinado objeto de ataque existente en

---

(338) Vid., en este sentido, Roxin, *FS-Gallas*, p. 253 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81; Frisch, *Verhalten*, p. 501; Silva Sánchez, *GA* 1990, p. 217 y s.; Puppe, *La imputación objetiva*, p. 155.

(339) Vid., en este sentido, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 155.

(340) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 78; Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 54. Resaltaba ya la importancia del resultado en los delitos de resultado, Zimmerl, *Zur Lehre*, p. 14.

(341) Hay que precisar, siguiendo a Wolf, E., *Die Typen*, p. 35, que no debe entenderse resultado como una simple modificación en el mundo exterior, sino como un resultado jurídico, esto es, una modificación de la situación jurídica.

la realidad"[342]. En este sentido, para la configuración de los delitos de puesta en peligro no basta sólo con una conducta peligrosa, sino que es necesario que se genere un peligro concreto para un objeto de ataque[343]. Si tiene lugar únicamente una imputación del comportamiento, pero no un peligro concreto, esta conducta sólo podrá sancionarse en grado de tentativa[344]. La imputación objetiva en estos delitos requiere la imputación del comportamiento y la realización del riesgo en el resultado.

La imputación del comportamiento en los delitos de puesta en peligro se determina conforme a las reglas generales del riesgo prohibido que ya hemos tenido oportunidad de exponer. La particularidad de los delitos de puesta en peligro se encuentra, más bien, en el segundo aspecto de la imputación objetiva, esto es, el resultado de peligro concreto. Un sector de la doctrina penal cuestiona la necesidad de este segundo nivel de imputación[345] y, con ello, la consideración de estos delitos como delitos de resultado. No obstante, si se sigue esta interpretación de los delitos de puesta en peligro (delitos

---

(342) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 6, n.m. 79; EL MISMO, en *Estudios*, p. 195. En el mismo sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 121; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 142; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 145; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 53; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 130 y s. Por el contrario, KORIATH, *GA* 2001, p. 60, no considera los delitos de peligro concreto como delitos de resultado.

(343) Por ello, señala ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 121, que entre los delitos de peligro concreto y los delitos de lesión no existe una diferencia respecto de las estructuras de imputación. Similarmente, MENDOZA BUERGO, *RDPC* 9 (2002), p. 76.

(344) Vid., MEINECKE, *Gesetzgebungssystemtik*, p. 73 y s.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 56, n.m. 890. En la misma línea, admite BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 98 y ss., de *lege ferenda* respecto del Derecho penal alemán, la posibilidad de aplicar las normas del desistimiento también a los delitos de peligro concreto. Opuesta al castigo de la tentativa en los delitos de peligro (referidos a bienes supraindividuales), CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 271 y ss, aunque está dispuesta a aceptar determinados casos similares al desistimiento en estos delitos (p. 277 y ss.).

(345) Vid., BREHM, *Zur Dogmatik*, p. 15 y ss.; KORIATH, *GA* 2001, p. 64.

de peligro concreto), entonces no tendría ningún sentido diferenciar los delitos de peligrosidad de los delitos de puesta en peligro. En la medida que consideramos que existe una diferencia estructural entre ambos grupos de delitos, un resultado de peligro concreto es indispensable en la configuración de la imputación objetiva de los delitos de puesta en peligro(346).

Debido a que en los delitos de puesta en peligro no existe un resultado de lesión, en estos delitos no podrá exigirse propiamente una relación de causalidad(347). Por esta razón, entre la peligrosidad de la conducta y el resultado de peligro concreto sólo podrá establecerse una relación de imputación. La jurisprudencia alemana recurrió, en un primer momento, al criterio de la probabilidad de producción de un daño(348), centrándose la discusión en los criterios para establecer tal probabilidad: una exacta descripción científica, una experiencia general de la vida en el caso concreto(349), el criterio del mejor observador posible(350) o solamente la perspectiva del autor(351). El criterio de la probabilidad se mostró, sin embargo, insuficiente, pues descuidaba la determinación *ex post* en el caso concreto de un resultado de peligro generado por la conducta peligrosa. Por esta razón, la doctrina penal parte en la actualidad de la idea de que un delito de puesta en peligro requiere la entrada del objeto positivamente valorado en el ámbito de peligro del autor (probabilidad), pero además que el daño efectivo no haya tenido lugar únicamente

(346) En el mismo sentido, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 35 y s.

(347) Por el contrario, Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 104, afirmaba un nexo causal entre la acción y el peligro. De una opinión distinta, con razón, Koriath, *GA* 2001, p. 59.

(348) Vid., sobre esto de manera detallada, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 40 y ss.

(349) Criterio desarrollado en la jurisprudencia alemana mencionado por Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 79.

(350) Vid., Schröder, *ZStW* 81 (1969), p. 8 y s.

(351) Vid., Cramer, en Schönke/Schröder *StGB*, preliminares al § 306 y ss., n.m. 5; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 162 y ss.

por casualidad[352]. Las diferencias de la doctrina surgen en los criterios de determinación de esa casualidad: la imposibilidad de explicación científica[353], lo que no puede esperarse[354], la ausencia de mecanismos normales de salvamento[355], la ausencia de la posibilidad seria de salvamento[356], la ausencia de dominio del curso de peligro[357] o la imposibilidad de impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta[358]. Si bien las diferencias de detalle no afectan la similar orientación de los criterios señalados, nos inclinamos por asumir la última propuesta mencionada, ya que se ajusta más a nuestra comprensión de la imputación del resultado basada en el criterio de la planificación.

Ejemplo: El gerente de la empresa que vierte al río residuos industriales en cantidades por encima de las autorizadas (peligrosidad de la conducta) que no ha perjudicado los recursos hidrobiológicos simplemente por el mayor caudal que en ese momento traía el río (resultado de peligro), responderá por delito de contaminación ambiental del artículo 304 del Código penal.

bb) Los delitos de lesión

En los delitos de lesión debe tener lugar también un perjuicio efectivo en el objeto de ataque de la acción[359]. Este resultado debe

---

(352) Vid., ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 44; SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 57; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 37; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 11, n.m. 1165.

(353) Vid., HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 155, 187 y ss. Críticamente sobre el planteamiento de Horn, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 192 y ss.; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268 y s.

(354) Vid., SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 793 y ss.; EL MISMO, *GS-Meurer*, p. 57.

(355) Vid., DEMUTH, *Der normative Begriff*, p. 200 y ss.; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 473 y ss.

(356) Vid., WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 223 y ss.; EL MISMO, *JuS* 1978,p. 753 y s.

(357) Vid., OSTENDORF, *JuS* 1982, p. 430; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 122.

(358) Vid., KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 201 y ss., 210 y ss., 277.

(359) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 122; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 264.

poder imputarse al comportamiento del autor, en la medida que la lesión de un objeto valorado positivamente habría podido evitarse si no se hubiesen llevado a cabo las formas de conducta penalmente prohibidas(360). Para poder sancionar por un delito consumado de lesión es necesario no solamente una imputación del comportamiento (realización de una conducta infractora del rol de ciudadano), sino que a este comportamiento, a su vez, se le pueda imputar objetivamente el resultado de lesión contemplado en el tipo penal correspondiente. Esta imputación objetiva no se cubre con una relación de causalidad, sino con la vinculación normativa del fin de protección de la norma.

cc) Los delitos cualificados por el resultado

Una modalidad muy controvertida de delitos de resultado son los llamados delitos cualificados por el resultado. Estos delitos se estructuran sobre la base de un delito básico normalmente doloso al cual se le impone un marco penal especial para el caso que su realización traiga consigo un resultado adicional más grave subjetivamente atribuible al autor(361). La doctrina penal alemana dominante considera que el resultado cualificante del delito debe ser una lesión(362). Sin embargo, no apreciamos una razón contundente para excluir los supuestos de cualificación por un resultado de peligro concreto, pues una situación de peligro adicional puede perfectamente aumentar también el injusto del hecho(363). En este sentido, puede hablarse de un delito cualificado por el resultado tanto para

(360) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 78.

(361) Vid., en este sentido, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240; Schubarth, *ZStW* 85 (1973), p. 754; Lorenzen, *Zur Rechtsnatur*, p. 24; Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 108; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 261.

(362) Vid., así, Küper, *NJW* 1976, p. 546; Backmann, *MDR* 1976, p. 973; Schroeder, *LK* § 18, n.m. 8; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 261, nota 28; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 30; Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 118; Díez Ripollés, *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.; Cardenal Murillo, *ADPCP* 1989, p. 595.

(363) En el mismo sentido, Lorenzen, *Zur Rechtsnatur*, p. 22 y s.; Gössel, *FS-Lange*, p. 221.

los casos en los que la consecuencia cualificadora sea una lesión, como cuando se trate de un peligro[364]. Ejemplo de este segundo supuesto es el delito de contaminación ambiental agravado del artículo 305 inciso 1 del Código penal.

Si se pone la atención en el origen histórico de los delitos cualificados por el resultado, surge inmediatamente la impresión de estar ante una forma de responsabilidad objetiva[365]. Esta carga histórica explica por qué aún hoy existe un sector doctrinal todavía crítico frente a estos delitos, a los que se les reprocha tener un carácter inconstitucional por afectar el principio de culpabilidad y el principio de igualdad[366]. Estas críticas, justificadas ciertamente en algunos supuestos específicos[367], no deben llevar, sin embargo, a un rechazo general de los delitos cualificados por el resultado. Si en estos delitos se exige una imputación subjetiva mínima, el reproche de una responsabilidad objetiva quedaría descartado. Para cumplir con el requisito de una imputación subjetiva bastará con exigir cuando menos una producción culposa del resultado cualificado[368].

Solucionado el aspecto subjetivo de los delitos cualificados por el resultado, los problemas de legitimación se trasladan a la cuestión de si puede justificarse el establecimiento de una penalidad distinta a la derivada del concurso entre el delito básico y el correspondiente al resultado[369]. Por nuestra parte, consideramos

---

(364) Vid., igualmente, RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 94.

(365) Vid., en este sentido, SCHUBARTH, *ZStW* 85 (1973), pp. 755, 757 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 261; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 121

(366) Vid., así las críticas de LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, pp. 130 y s., 164 y ss.; SCHUBARTH, *ZStW* 85 (1973), pp. 756, 776 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *ADPCP* 1983, p. 112 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 81; HORMAZÁBAL MALAREÉ, *RPCP* 11, p. 21 y s.; MAQUEDA ABREU, en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 196, en relación con el principio del "ne bis in idem".

(367) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 110.

(368) Vid., KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240.

(369) SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 255, señala que en estos casos bastaría con incluir una cláusula en las normas del concurso ideal que permita ponderar la

que la necesidad de restabilización de las expectativas sociales puede justificar que en determinados casos graves (por ejemplo, en los que está en juego la vida de personas) se recurra a una pena por encima del delito básico y que no podría procurarse con las reglas ordinarias del concurso de delitos[370]. En estos supuestos, el autor comete un delito doloso al que normalmente están unidas consecuencias desfavorables para otras personas[371], lo que hace que el injusto en los delitos cualificados por el resultado sea considerablemente mayor al concurso de los tipos penales individuales que el tipo penal combina[372].

La imputación jurídico-penal del hecho presenta ciertas particularidades en los delitos cualificados por el resultado. De los aspectos específicos de la imputación subjetiva nos ocuparemos en el capítulo siguiente, por lo que aquí vamos a centrarnos únicamente en la manera cómo se manifiesta la imputación objetiva. Para evitar una responsabilidad por la simple producción causal del resultado,

---

incidencia de la escala penal más leve (desplazada) sobre la más grave. Críticamente sobre los intentos de fundamentación de una pena mayor a la del concurso, Hirsch, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 139.

[370] Similarmente, Hirsch, *GA* 1972, p. 69; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 109. De un parecer contrario, Schubarth, *ZStW* 85 (1973), p. 775.

[371] Vid., esta idea, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 243; Boldt, *ZStW* 68 (1956), p. 356; Oehler, *ZStW* 69 (1957), pp. 513 y s., 517; Hardwig, *GA* 1965, p. 99 y s.; Hruschka, *GA* 1967, p. 43. Esto no significa, sin embargo, que sigamos la calificación del delito cualificado por el resultado como delito de peligro concreto (Gössel, *FS-Lange*, p. 234 y s.) o como delito de peligro abstracto [Küpper, *Der "unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 41 y s.; Oehler, *ZStW* 69 (1959), p. 518 y s.]. Por su parte, Ferschl, *Das Problem*, p. 41, ha puesto de relieve recientemente que los delitos cualificados son delitos de lesión, pues lo importante no está en el peligro del delito básico, sino en la cualificación del resultado. Consideramos que esta interpretación va por la línea correcta, aunque debemos acotar que si el resultado cualificante es una puesta en peligro, entonces estaremos antes un delito de puesta en peligro.

[372] Vid., en este sentido, Boldt, *ZStW* 68 (1956), p. 356; Oehler, *ZStW* 69 (1957), p. 508 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 108.

la jurisprudencia alemana ha exigido en los delitos cualificados por el resultado una "relación directa" entre el delito básico y el resultado cualificante[373], aunque también en algunos casos la ha negado[374]. Este requisito pone de manifiesto, aunque con una denominación no muy feliz, que no basta una simple vinculación causal para imputar el resultado cualificante, sino que debe existir además una relación directa entre el delito básico y el resultado cualificante[375]. Esta formulación se muestra, sin embargo, tan general[376] que apenas ofrece criterios claros para determinar cómo se constituye el mencionado vínculo objetivo.

Con la finalidad de precisar el criterio de vinculación objetiva se han ensayado en la doctrina penal otras fórmulas de descripción. En el plano de la causalidad se ha recurrido, por un lado, a la idea de un "nexo adecuado"[377] y, por otro, al llamado "principio de continuidad", según el cual sólo podrá afirmarse el vínculo específico entre el delito básico y el resultado más grave si el delito básico consumado es parte necesaria de la explicación causal del resultado más grave[378]. Otros autores consideran más adecuado restringir la simple vinculación causal en el ámbito del tipo penal, para lo cual han ofrecido distintas formulaciones: "nexo típico"[379], "nexo de conse-

---

(373) Vid., sobre esta interpretación de la jurisprudencia alemana, SCHLAPP, *StV* 1983, p. 62; HIRSCH, *JR* 1983, p. 78 y ss.; MAIWALD, *JuS* 1984, p. 443 y s.; RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 155 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 112; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 34; DENCKER, *NStZ* 1992, p. 312 y s.; FERSCHL, *Das Problem*, pp. 49, 84.

(374) Vid., así las referencias en ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 113.

(375) Vid., así, MAIWALD, *JuS* 1984, p. 443.

(376) En todo caso, parece indicar solamente que la imputación se negaría en caso de intervención de la propia víctima o de un tercero (vid., HIRSCH, *JR* 1983, p. 78).

(377) KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 244; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 172.

(378) Vid., PUPPE, *NStZ* 1983, p. 22 y ss.; LA MISMA, *La imputación objetiva*, p. 121 y ss.; ALTENHAIN, *GA* 1996, p. 34.

(379) Vid., KÜPPER, *Der "unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 80.

cuencia específico del tipo"[380], "las consecuencias típicas del delito básico"[381] o "los resultados pronosticables con base en el tipo sin atender a circunstancias anormales"[382]. Por nuestra parte, creemos que lo más conveniente es buscar los criterios objetivos de restricción en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva[383]; concretamente: el vínculo entre el delito básico y el resultado cualificante debe establecerse con base en el fin de protección de la norma, es decir, con base en los resultados que el tipo penal concreto busca evitar planificadamente[384]. La determinación precisa del fin de protección de la norma requiere, por ello, tener en consideración el concreto tipo penal del delito cualificado por el resultado.

> Por ejemplo, el artículo 305 primer párrafo inciso 1 y segundo párrafo, literales a) y b), del Código penal regula supuestos cualificados por el resultado. Concretamente: los casos en los que de las conductas contaminantes se deriva un peligro (cualificación por el peligro) o una lesión (cualificación por la lesión) para los bienes, salud o vida de las personas. Para que la calificación tenga lugar no basta con una vinculación causal entre la acción contaminante y el resultado de peligro o de lesión para la vida, salud o bienes de las personas, sino que debe tratarse de un resultado que las acciones contaminantes normalmente producen. Los criterios generales que hemos desarrollado para la imputación del resultado deben aplicarse completamente en estos delitos.

---

(380) Vid., en este sentido, Hirsch, *FS-Oehler*, p. 132.

(381) Vid., Gössel, *FS- Lange*, p. 235.

(382) Vid., Geilen, *FS-Welzel*, p. 681 y s.

(383) Vid., en este sentido, Rudolphi, *SK* § 18, n.m. 3; Paeffgen, *NK* § 18, n.m. 54 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 114; Schünemann, *JA* 1980, p. 396; Wolter, *JuS* 1981, p. 174 y ss.; Maiwald, *JuS* 1984, p. 440 y ss.; Ferschl, *Das Problem*, p. 88 y ss.

(384) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 114 y s.; Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 156; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB* § 18, n.m. 4; Schünemann, *JA* 1980, p. 396; Wolter, *JuS* 1981, p. 177; El Mismo, *GA* 1984, p. 448; Maiwald, *JuS* 1984, p. 440 y ss.; Ferschl, *Das Problem*, p. 110 y ss. En contra de este parecer, Küpper, *Der "unmittelbaren" Zusammenhang*, p. 68; Hirsch, *FS-Oehler*, p. 120 nota 37, p. 128, nota 55.

C. La imputación objetiva en los delitos de dominio culposos[385]

En la doctrina penal contemporánea es casi unánime la consideración de la culpa como una cuestión de la tipicidad[386]. Este entendimiento constituye el resultado de un proceso que comenzó a plantearse en autores como EXNER[387] y ENGISCH[388], quienes, ciertamente desde perspectivas distintas, percibieron que la culpa más que una forma de culpabilidad, como se le entendía en el causalismo[389], constituía una cuestión del injusto penal. El traslado de la culpa del ámbito de la culpabilidad al del injusto se terminó de consolidar con el finalismo y, sobre todo, con la teoría del injusto personal[390]. Este cambio de ubicación de la culpa en la construcción dogmática de la teoría del delito significó, por otra parte, un progresivo abandono de las concepciones psicologicistas y su sustitución por criterios normativos[391]. El delito culposo comenzó a ser caracterizado como infracción de un deber de cuidado, definido de manera objetiva y con base

(385) A lo largo de la exposición hemos venido utilizando el término "culpa" y "culposo" para referirnos a lo que en Derecho penal alemán es *Fahrlässigkeit* y en Derecho penal español es *imprudencia*. Por nuestra parte, consideramos que resulta más preciso hablar de imprudencia que de culpa, pues este último término parece englobar las diversas formas de vinculación subjetiva con un hecho. La única razón por la que nos hemos mantenido en el término culpa es la utilización expresa del término "culpa" en los artículos 11 y 12 del Código penal, así como en los distintos tipos penales de la parte especial.

(386) Vid., así, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 26; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 435 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 3; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 497; CHOCLÁN MONTALVO, *AP* 48 (1998/99), p. 983.

(387) Vid., EXNER, *Das Wesen*, p. 193; EL MISMO, *FS-Frank*, I, p. 569 y ss.

(388) Vid., ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 277 y ss.

(389) Vid., sobre las concepciones psicologistas, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 19, n.m. 10; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 420; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 17, n.m. 5; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, PG, p. 229 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 492 y ss.

(390) Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 129 y s.

(391) Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 492 y ss.

en criterios normativos[392]. Un punto de especial discusión fue determinar el carácter dogmático del resultado, es decir, si se trataba de una simple condición objetiva de punibilidad[393] o se requería un nexo de contrariedad del deber entre la acción descuidada y el resultado[394]. Este último parecer es el que ha terminado por imponerse.

La estructura dogmática adquirida por la configuración típica del delito culposo llevó a que en los manuales de Derecho penal se procediera a un análisis diferenciado frente a los tipos penales dolosos[395]. Sin embargo, el desarrollo actual de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal ha producido en los últimos años un importante acercamiento entre la estructura objetiva de los delitos dolosos y los culposos. Cada vez más autores reconocen que la teoría de la imputación objetiva en los delitos dolosos no es sustancialmente distinta a la de la infracción del deber de cuidado de los delitos culposos[396]. Ante esta situación se plantea como una cuestión fundamental de la dogmática penal moderna precisar si la culpa es solamente una forma de imputación subjetiva distinta al dolo, o si, además de estas diferencias en el plano subjetivo, contiene un ámbito objetivo propio y opera, por tanto, con criterios de imputación específicos.

---

(392) Vid., Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 131 y s.; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 31 y ss.

(393) Vid., en este sentido, Kaufmann, Armin, *FS-Welzel*, p. 410 y s.; Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 78 y ss.; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunrecht*, p. 128 y ss.; Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 291 y ss.

(394) En este sentido, de manera amplia, Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 69 y ss.

(395) Vid., en este sentido, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 127 y ss.; Schroeder, *JZ* 1989, p. 780; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 561 y ss.

(396) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 44; § 24, n.m. 8; Jescheck, *Aufbau*, p. 16 y s.; Triffterer, *FS-Klug*, II, p. 420; Frisch, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 37; Schünemann, *RPDJP* 1 (2000), p. 429; Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 214 y ss.; Silva Sánchez, en *Cinco cuestiones fundamentales*, p. 138 y s.; Reátegui Sánchez, *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 74; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 51, n.m. 824.

Consideramos que el camino correcto para entender la estructura típica de los delitos culposos es partir de la idea de que la imputación objetiva se determina en los delitos dolosos y culposos con los mismos criterios[397], esto es, mediante la imputación del comportamiento y la realización del resultado. Este punto de partida significa que la teoría de la imputación objetiva desarrollada en los delitos dolosos no es distinta en los delitos culposos. No obstante, existe una cuestión particular de la imputación objetiva de los delitos culposos que merece la pena resaltar sobre todo por su importancia en el Derecho penal económico. Se trata de la cuestión de la determinación del nivel de riesgo permitido en los delitos culposos o, más concretamente, si el riesgo prohibido resulta en estos delitos el mismo que se exige para la imputación objetiva en los delitos dolosos. En nuestra opinión, la entidad del riesgo prohibido necesario para la imputación del comportamiento en los delitos culposos puede ser objetivamente menor que el requerido para configurar un delito doloso[398]. Para poder explicar esta conclusión debemos hacer

(397) Vid., en general, aunque con matices propios, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 10 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 210 y s.; FRISCH, *Verhalten*, pp. 58 y ss., 631 y ss.; EL MISMO, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 197; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 37 s.; SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 429, aunque con restricciones; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 134; PAREDES CASTAÑÓN, *El caso colza*, p. 135; GARCÍA CAVERO, *REDUP* 1 (2000), p. 197 y ss. De la opinión contraria, STRUENSEE, *GA* 1987, p. 97 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1987, p. 53 y ss.; KÜPPER, *Grenzen*, p. 91 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht*, AT II, § 42, n.m. 31 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios*, p. 217; LUZÓN PEÑA, *Curso*, PG, p. 499 y s.

(398) Vid. HERZBERG, *JuS* 1986, p. 249 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1988, p. 635 y ss. (respecto de los llamados riesgos cubiertos); PUPPE, *Vorsatz*, p. 72; LA MISMA, *NK* § 15, n.m. 92; LA MISMA, *La imputación objetiva*, p. 151; GARCÍA CAVERO, *REDUP* 1 (2000), p. 197. Por el contrario, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 430, afirma que el riesgo permitido deber ser determinado al menos de un modo considerablemente más restringido en los casos en los que el autor actúa con el propósito de lesionar, pues aquí el autor no posee ningún fundamento digno de consideración para su actuar, y la provocación dolosa del riesgo, por más pequeña que sea, debe ser impedida. En la misma línea, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* 1986, p. 42; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 10/52; MUÑOZ CONDE/GARCÍA

nuevamente algunas indicaciones sobre el riesgo prohibido de la imputación del comportamiento.

No cabe duda que el límite entre el riesgo prohibido y el riesgo permitido no puede establecerse de una manera definitiva con base en porcentajes(399). Si bien resulta posible determinar el riesgo permitido de manera general en función de la utilidad social de ciertas actividades, la imputación del comportamiento no puede tener lugar con el solo riesgo abstracto de la actividad, sino solamente con el riesgo de la conducta concreta. Este riesgo requiere niveles de probabilidad cuantitativamente distintos para la realización dolosa y culposa(400), determinándose la línea divisoria entre ambas formas de realización según los intereses protegidos, cada sector de actuación e incluso la propia percepción social del riesgo. En este sentido, el nivel de probabilidad exigido para configurar una responsabilidad penal dolosa será menor cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos como la vida, el cuerpo y la salud, mientras que para delitos contra el patrimonio el nivel de exigencia tendrá que ser mayor. Por otra parte, debe considerarse también el ámbito de actuación en el que se realiza la conducta típica, pues, por ejemplo, en ámbitos con cierta habituación al riesgo, el nivel de probabilidad exigido para configurar un delito doloso tendrá que ser mucho mayor (tráfico rodado, por ejemplo). Asímismo, habrá que precisar si se trata de un ámbito de actuación con riesgos cubiertos o no, pues en el caso de riesgos cubiertos la imputación dolosa requerirá niveles de probabilidad elevados como para hacer inidóneos los mecanismos de protección ya establecidos. En pocas palabras:

Arán, *Derecho penal*, PG, p. 268; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, p. 31; Castaldo, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 241. Críticamente ante este parecer, Alcácer Guirao, *ADPCP* 1996, p. 490 y ss.

(399) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 174; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 204.

(400) Puppe, *La imputación objetiva*, p. 151. Entiende, por el contrario, que el riesgo típicamente relevante debe concurrir en igual grado en el delito doloso y culposo, Alcácer Guirao, *ADPCP* 1996, p. 492; Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, p. 269.

En la realización dolosa no basta cierto grado de probabilidad de aparición de un resultado lesivo, sino que esta probabilidad debe considerarse socialmente como suficiente para dar lugar a un deber de no emprender la acción riesgosa o interrumpir un proceso peligroso iniciado.

La discusión sobre los requerimientos de un riesgo mayor en el delito doloso se ha planteado especialmente en supuestos en los que el autor crea intencionalmente un riesgo prohibido de reducida probabilidad que termina produciendo efectivamente un resultado lesivo; por ejemplo, el clásico supuesto del sujeto que dispara con intención de matar a otro a una distancia tal que es casi imposible acertar y le acierta, o el más reciente del contagio, tomado por el autor como seguro, con el virus del sida que tiene poco más de un 1% de posibilidad de contagio(401). En el ámbito del Derecho penal económico esta problemática puede suscitarse en los casos de responsabilidad por el producto en los que la probabilidad de lesiones por defectos en la producción resulta mínima, o en supuestos de contaminación con escasa capacidad de repercutir en el medio ambiente. Consideramos que, en estos casos, la escasa posibilidad de aparición del resultado conduce a negar la base objetiva para fundamentar la imputación del comportamiento para un delito doloso. La renuncia a una imputación del comportamiento doloso se debe no sólo a cuestiones procesales que impiden constatar la eventual intención oculta del autor, sino también a razones de orden normativo: la imposibilidad objetiva de un conocimiento suficiente del riesgo para fundamentar un dominio sobre el mismo(402). En casos como los mencionados sólo cabrá afirmar objetivamente una imputación a título de culpa(403).

---

(401) Vid., sobre esto, con apreciaciones críticas, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 206 y ss.

(402) Vid., PUPPE, *Vorsatz*, p. 74; GARCÍA CAVERO, *REDUP* 1 (2000), p. 197.

(403) Similarmente, en el sentido de atipicidad parcial de la magnitud de un riesgo basado en circunstancias comunicativamente irrelevantes, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 65a.

2. La imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber

Los criterios de la imputación objetiva presentan ciertos rasgos particulares en los delitos de infracción de un deber. Como ya lo indicamos en el Capítulo VIII, las competencias institucionales adquieren cada vez mayor importancia en la economía de la sociedad moderna[404], sea por la configuración de nuevas instituciones específicas de origen económico[405], sea por la conversión de las ya existentes en el ámbito de la economía. Esta situación ha provocado que a los sujetos económicos se les atribuya deberes especiales por encima del simple "organiza tu explotación económica sin hacer daño al resto". Su intervención en la configuración de la sociedad moderna sobrepasa la simple contribución al desarrollo económico[406]. En efecto, a los agentes económicos se les asignan ahora deberes de contribuir a la formación de situaciones socialmente deseables en el ámbito de la economía, de manera tal que el incumplimiento de tales deberes institucionales puede traer consigo una responsabilidad penal. En este apartado nos ocuparemos de precisar las particularidades que presenta la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber.

Como primera cuestión cabe señalar que en los delitos de infracción de un deber los elementos de la imputación objetiva son ciertamente los mismos: se requiere de una imputación del comportamiento y de una realización del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad

---

(404) Vid, la importancia de la economía en la sociedad moderna Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 54. Con ciertas dudas sobre las instituciones en el ámbito de la economía, Alcácer Guirao, *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

(405) Vid., Witteck, *Der Betreiber*, p. 165.

(406) Vid., similarmente, Heine, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 92 y ss.; Jakobs, *Acción y omisión*, p. 25.

que el vinculado institucional debió haber evitado. Sin pretender entrar de lleno en un ámbito escasamente explorado por la dogmática penal, vamos a ocuparnos de mostrar algunas líneas generales de la configuración de la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber.

A. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber está constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional. En este primer nivel de la imputación objetiva debe responderse fundamentalmente a tres cuestiones: quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y los límites de la competencia institucional.

En cuanto a la primera cuestión, hay que decir que autor de un delito de infracción del deber no puede serlo cualquiera, sino solamente el obligado institucionalmente(407). Para determinar la calidad de obligado institucional se recurre, por lo general, a un proceso formal de atribución con ciertos procedimientos preestablecidos. La sola asunción fáctica de una posición institucional no permite afirmar el surgimiento de una vinculación institucional. Únicamente en los casos en los que la institución está configurada sólo socialmente y no responda, por tanto, a una acuñación previa de otra rama jurídica(408), podría admitirse la entrada excepcional de criterios fácticos para determinar la titularidad del deber. Pero la regla general es que solamente aquellos que están formalmente vinculados a una institución social específica son titulares de los deberes especiales que surgen de esa relación institucional. Los *extranei* a la vinculación institucional específica no podrían responder ni siquiera como partícipes del delito de infracción de un deber, pues el delito se sustenta sobre la base de una competencia institucional que no admite una graduación cuantitativa. Por otra parte, no hay manera que la

(407) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363.

(408) Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad*, p. 156.

infracción de competencias por organización, por muy grave que sea, configure una competencia institucional secundaria[409]. En este sentido, sólo el institucionalmente obligado podrá responder penalmente por un delito de infracción de un deber.

Determinada la titularidad de un rol especial, debe precisarse el contenido de los deberes institucionales correspondientes mediante las normas formales o excepcionalmente informales que configuran la institución social en cuestión. El sujeto especialmente obligado está inmediatamente sometido a los deberes institucionales[410], de manera que no interesa el *quantum* organizativo en el hecho, sino simplemente que no haya cumplido con los deberes especiales impuestos por la institución[411]. Por esta razón, a los obligados institucionales les corresponde un deber de salvamento frente a un ataque a la institución protegida penalmente, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención[412]. La imputación del comportamiento tiene lugar solamente con la posibilidad de cumplimiento del deber especial que se ha incumplido. Si bien la vinculación institucional puede ser en algunos casos más amplia que en otros, la infracción del deber se configura con independencia del dominio organizativo del institucionalmente obligado.

---

(409) Por el contrario, admiten la posibilidad de sancionar como partícipes a los no obligados institucionalmente, Roxin, *LK* § 26, n.m. 101; Sánchez-Vera, *Pflichtsdelikt*, p. 167 y ss.; Reaño Peschiera, *Formas de intervención*, p. 40.

(410) Por ello, Robles Planas, *La participación en el delito*, p. 144 y s., sostiene que se trata de un sistema de responsabilidad por la infracción de la propia norma y, por tanto, no existe un hecho en el que quepa la participación. Con la consecuencia de esta afirmación estamos de acuerdo, pero no compartimos la idea de que este sistema de responsabilidad renuncie a la idea de hecho, pues siempre es necesario un hecho, aunque propio, que infringe el deber. A lo que se renuncia, en todo caso, es a un hecho que lesiona directamente un bien jurídico, pero a esto se ha renunciado desde hace mucho con la tipificación de los delitos de omisión.

(411) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 70; El Mismo, en *Estudios*, p. 363; Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt*, p. 147 y ss.

(412) Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 363.

Como tercera cuestión, resulta pertinente precisar si la competencia institucional resulta absoluta o si los contextos de actuación establecen ciertas limitaciones. Si bien resulta viable para responder a esta cuestión, recurrir a los institutos delimitadores de la imputación objetiva del comportamiento en caso de varios intervinientes desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse que éstos sufren ciertos recortes(413). La posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio(414). En primer lugar, debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas(415): los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una incompetencia. No obstante, las instituciones sociales conocen también ciertos casos de desvinculación temporal, pues una competencia activada en todo momento implicaría la reducción de las posibilidades de desarrollo personal. En este sentido, resulta posible que los padres dejen a su hijo con una niñera, que los funcionarios no cumplan su función fuera del horario de trabajo o que el administrador nombre delegados para la realización de algunos negocios de la empresa(416). Hay que señalar, sin embargo, que estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional(417).

(413) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 363; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 143.

(414) Vid., SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 145.

(415) Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 142 y s.; EL MISMO, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

(416) Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

(417) Vid., en este sentido, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 143 y s.

Como cuestión final de este apartado resulta conveniente destacar que muchos delitos de infracción de un deber están configurados estructuralmente como delitos de mera conducta, por lo que la imputación objetiva en estos casos tendrá lugar únicamente con base en la imputación del comportamiento, sin necesidad de un resultado en el que se materialice el comportamiento. Así, por ejemplo, en el delito de rehusamiento de información financiera a instituciones de control la imputación objetiva se fundamenta solamente con la infracción del deber especial de contribuir en las labores de supervisión. La producción de un resultado jurídicamente desvalorado mediante este comportamiento no resulta relevante para la imputación penal del delito.

B. La realización del resultado

En el caso de delitos de infracción de un deber que requieren un resultado no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá verificarse además una imputación del resultado. Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta como la realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no se corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión. Por esta razón, una vinculación puramente fáctica entre la infracción del deber especial y el resultado no tiene ningún sentido. Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un suceso contrario al orden impuesto por una institución social existe solamente una relación normativa: la falta de vigencia real de la institución social se explica en el incumplimiento del deber especial del obligado institucional.

C. Los contornos específicos de las instituciones en el Derecho penal económico

Una mayor particularización de los criterios de imputación en los delitos de infracción de un deber sólo podrá alcanzarse si se atiende a las distintas instituciones sociales positivas[418]. Por esta razón,

---

[418] Vid., Jakobs, *La imputación penal*, p. 49; Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt*, p. 76 y ss.

resulta conveniente, en aras de una mejor comprensión de la imputación objetiva de los delitos de infracción de un deber en el Derecho penal económico, que hagamos una breve exposición de aquellas instituciones sociales que han adquirido una especial importancia en este sector. No obstante, debemos dejar señalado que esta exposición no pretende en lo absoluto agotar las posibilidades de fundamentación institucional en el ámbito de la economía, más aún si se trata de aspectos sujetos a cambio en función del desarrollo de la sociedad[419].

a. Los deberes estatales

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes frente a los miembros de la sociedad[420]. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan por él[421]. Siguiendo la clasificación de JAKOBS, puede diferenciarse dentro de los deberes estatales los que se derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales[422]. En los primeros se establecen competencias institucionales cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes[423]. En el segundo grupo de deberes del Estado se encuentran los deberes para cuyo cumplimiento existe el Estado: asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respeto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc.[424]. La infracción de

---

(419) Vid., así sobre la dependencia cultural de las instituciones, JAKOBS, *LH-Jakobs* (Perú), p. 173 y s.

(420) JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73, nota 149, diferencia los deberes estatales que cumplen los funcionarios de los deberes que le corresponde al Estado como tal.

(421) Vid., en este sentido, JAKOBS, *La imputación penal*, p. 50.

(422) JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 74 y ss.

(423) Vid., de manera más detallada, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 74 y s.

(424) Vid., JAKOBS *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 76; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 52; MÜSSIG, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 212 y s.

estos deberes puede dar lugar a la configuración de un delito de infracción de un deber.

Las competencias institucionales derivadas de los deberes estatales señalados importan al Derecho penal económico en los dos pilares sobre los que se construye. En cuanto a las reglas del libre mercado, cabe mencionar, en primer lugar, los deberes derivados de las relaciones estatales de poder como las competencias de los funcionarios en el funcionamiento del sistema monetario, sobre el cual ejercen un monopolio en la emisión de la moneda de curso oficial. Para castigar la infracción de estas competencias se han tipificado como delitos de infracción de un deber la emisión ilegal de billetes en el artículo 258, así como también el uso ilegal de divisas en el artículo 259 segundo párrafo del Código penal. Como deberes vinculados a los fines estatales en el ámbito del libre mercado pueden entrar en consideración los deberes de los funcionarios públicos de velar por la estabilidad del sistema financiero. En este sentido, se configura como delito de infracción de un deber el delito de pánico financiero perpetrado por funcionario público conforme al artículo 249 segundo párrafo del Código penal.

En el ámbito de la intervención del Estado en la economía las competencias institucionales de los funcionarios son claramente mayores. Esto puede apreciarse, por ejemplo, en los delitos medioambientales, en donde los funcionarios públicos responderían no sólo por las conductas expresamente tipificadas (otorgamiento ilegal de licencia de funcionamiento del artículo 306, depósito de desechos industriales en contra de las normas sanitarias del artículo 307 segundo párrafo y autorización ilegal de habilitación urbana del artículo 312 del Código penal), sino también por los tipos generales en la medida que infrinjan deberes especiales de protección del medio ambiente[425]. En el marco de la actividad social del Estado se

[425] Esta responsabilidad de los funcionarios se ha discutido mucho en Alemania sobre todo respecto del delito de contaminación de aguas. Así, afirman una responsabilidad de los funcionarios desde competencias por organización (dominio), Horn, *NJW* 1981, p. 5 y s.; Trifterer, *Umweltstrafrecht*, p. 137 y s.; Meinberg, *NJW* 1986, p. 2223; Winkelbauer, *NStZ* 1986, p. 151; Schall,

presenta la misma situación, sobre todo con la tipificación del delito de venta ilegal de mercancías realizado por funcionario público en el artículo 237, segundo párrafo del Código penal. Finalmente, puede encontrarse también en el ámbito del comercio exterior la regulación expresa de la responsabilidad penal del funcionario público en los delitos de contrabando (artículo 10 literal b y c de la Ley 28008).

Hay que tener en cuenta, como última cuestión, que el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce a la actividad de los funcionarios, ya que la participación de los ciudadanos en algunos casos puede ser tan relevante como la de los funcionarios[426]. Concretamente en el ámbito de la organización de la economía, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados sujetos económicos ciertas competencias institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado[427]. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno en el desarrollo de la economía, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a las empresas o administradores con determinados

---

NJW 1990, p. 1269; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, p. 197 y s.; NAPPERT, *Die strafrechtliche Haftung*, pp. 80 y s., 261 y s.; GÜRBÜZ, *Zur Strafbarkeit*, p. 228, quien admite solamente una injerencia en caso de haber otorgado una autorización defectuosa. Por su parte, SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, pp. 638 y s., 668 y s., abandona el criterio del dominio y se apoya en una posición de custodia secundaria derivada de la necesariedad social y jurídica para fundamentar una posición de garantía de los funcionarios (similarmente la fundamentación de ROGALL, *Die Strafbarkeit*, p. 223 y ss.). Afirma también una responsabilidad penal de los funcionarios en los delitos contra el medio ambiente, pero desde competencias institucionales, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 77c, nota 156; HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug*, pp. 182 y ss., 203 y ss. En contra de esta responsabilidad desde la perspectiva de competencias por organización, RUDOLPHI, *FS-Dünnebier*, p. 571 y ss. (espec. p. 581); GEISLER, *NJW* 1982, p. 13 y s., TIEDEMANN, *Die Neuordnung*, p. 45; SCHÜNEMANN, *wistra* 1986, p. 244; IMMEL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 211 y ss.; KÜHN, *wistra* 2002, p. 43 y ss.

(426) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 183.

(427) Vid., así, sobre el deber de colaborar con la administración como un deber quasi-institucional, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 110.

organismos públicos[428]. Esta vinculación se muestra con facilidad en las relaciones con la Hacienda Pública (delitos tributarios[429]), con la institución encargada de los procedimientos concursales (aprovechamiento fraudulento de procedimientos concursales) y con ciertos organismos fiscalizadores (rehusamiento o entrega de información inexacta ante órganos de supervisión económica[430]). El cumplimiento de los deberes estatales se amplía a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo por la infracción de estos deberes.

b. La confianza especial

Otra de las instituciones positivas relevantes para el Derecho penal económico es la confianza especial[431], la cual debe diferenciarse ciertamente de la injerencia y de la asunción[432]. No se trata de una simple confianza respecto de lo inocuo de la esfera de organización ajena, ni de un acto de libertad que implique una renuncia a mecanismos de autoprotección, sino de un reconocimiento institucional. En este sentido, no tiene que existir una afectación directa (injerencia) o indirecta (asunción) en la existencia de los bienes protegidos, sino solamente el deber de mejorar la situación de estos bienes[433]. La confianza especial puede aparecer de dos formas: como confianza que fundamenta la competencia institucional o como confianza que materializa la competencia institucional[434]. En el primer

(428) Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 183.

(429) Vid., así, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

(430) Vid, Silva sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 323.

(431) Vid., con mayor detalle, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 149 y s.; El Mismo, *La imputación penal*, p. 53 y s.; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 183 y s.

(432) Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 67.

(433) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, *La imputación penal*, p. 54.

(434) Vid., estas ideas en Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 68 y ss.

caso, el destinatario de la confianza especial entra en una relación que le atribuye la competencia de aseguramiento de un bien o de enfrentamiento frente a un peligro (p.e. los bomberos, el médico, etc.). En el ámbito del Derecho penal económico, esta confianza especial puede tener lugar en el tráfico patrimonial (administradores respecto de las sociedades[435]) y en la seguridad e higiene en el trabajo (empleadores respecto de los trabajadores), aunque debe indicarse que nuestra regulación positiva se opone a ello en la regulación de los tipos penales específicos. La confianza especial que materializa la competencia institucional, por su parte, tiene lugar en supuestos en los que una competencia institucional es administrada por una organización y debe determinarse al interior de la misma a quién le corresponde el cumplimiento de la competencia[436]. Este tipo de confianza especial tiene lugar en el marco de los servicios médicos de hospitales o centros de salud, y que en el ámbito económico podría extenderse no sólo a instituciones estatales encargadas de velar por el correcto desarrollo o funcionamiento de ciertos sectores específicos, sino incluso a las competencias institucionales atribuidas en general a las empresas.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES DE LA EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

Para afirmar la imputación objetiva de los delitos económicos debe cumplirse con los presupuestos antes descritos de manera general, de forma tal que en caso de no presentarse tales presupuestos estaríamos ante una ausencia de imputación objetiva del hecho. Esta afirmación general no excluye, sin embargo, ciertos problemas particulares en la imputación objetiva, pues en el terreno del Derecho penal económico se presentan determinados supuestos en los que no puede decidirse con facilidad si una imputación objetiva tiene lugar o no. En lo que sigue, nos ocuparemos de determinar si en

---

[435] En concreto, sobre el delito de falsedad en la información social, GONZÁLEZ GUERRA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 181 y s.

[436] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73.

estos supuestos problemáticos concurren los presupuestos mínimos para fundamentar la imputación objetiva penalmente relevante.

1. El fraude a la ley penal económica

La afirmación de que "toda norma jurídica prohíbe al mismo tiempo su fraude" no puede defenderse hoy en día con carácter absoluto(437). Ya en el capítulo III hemos mostrado, en concordancia con la doctrina dominante, los problemas que la punibilidad del fraude a la ley penal suscita frente al principio de legalidad (mandato de determinación y prohibición de analogía)(438). Sin embargo, en ese mismo capítulo también hicimos notar la posibilidad de sancionar conductas de evasión mediante leyes específicas respetando, a la vez, en el grado mínimo indispensable el principio de legalidad. Admitida la legalidad de algunas formas de punición del fraude a la ley penal, vimos después en el capítulo referido a la interpretación de la ley penal económica, cómo el juez debía interpretar las normas penales que sancionan el fraude a la ley, siendo nuestro parecer cercano a la línea propuesta por Bruns de una interpretación fáctica o económica(439). En este apartado nos vamos a ocupar de los elementos objetivos que permiten sustentar la relevancia típica de las conductas de fraude a la ley penal económica.

---

(437) Vid., en este sentido, Rietzsch, *Deutsches Strafrecht*, en Grau/Krug/Rietzsch, I, p. 272; von Weber, *Der Gerichtssaal* 114, p. 266 y ss.

(438) Vid., así, Tiedemann, *NJW* 1980, p. 1558; El Mismo, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; El Mismo, *Anuario de Derecho penal*, 1993, Hurtado Pozo (Dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; Stöckel, *Gesetzesumgehung*, pp. 98, 141; Otto, *ZStW* 96 (1986), p. 372; Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 61; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 90; Röckl, *Steuerstrafrecht*, p. 299. En un principio, también la opinión de Bruns, *JZ* 1956, p. 151, quien, sin embargo, posteriormente (en *GA* 1986, p. 12 y ss.) admite la licitud mediante la perspectiva fáctica de análisis que evita la realización de un proceso analógico. En el mismo sentido, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 1, n.m. 56.

(439) Vid., con mayor detalle, Bruns, *GA* 1986, p. 1 y ss.

A partir de las ideas acabadas de exponer, puede decirse que no constituye una infracción jurídico-penalmente relevante del rol de ciudadano las conductas que no pueden ser alcanzadas por la ley penal, aun cuando puedan afectar igualmente determinados intereses patrimoniales o económicos[440]. Se trata de conductas que no pueden imputarse objetivamente al autor de forma penalmente relevante. Estas conductas pueden expresarse de dos formas: como ejercicio de los márgenes de libertad que deja la ley penal económica o como el manejo de esos espacios para lesionar los intereses protegidos por la ley penal. A partir de esta diferenciación de supuestos se habla en la doctrina, fundamentalmente tributaria, de economía de opción, por un lado, y de fraude a la ley, por el otro[441]. Mientras en el primer caso el agente económico realiza una actividad económica lícita que se corresponde con su finalidad económica y con la que reduce al máximo sus costos, en el segundo caso recurre a figuras lícitas anómalas en relación con el fin perseguido[442]. En la medida que se afecten gravemente intereses penalmente protegibles, la sanción penal podrá alcanzar únicamente a este segundo grupo de casos, siempre que, como se vio en el capítulo III, se utilice cláusulas especiales de incriminación de fraude a la ley penal[443].

---

(440) En la actualidad, el aprovechamiento de estos espacios de juego en el ámbito económico ha dado origen a la llamada "ingeniería financiera" lícita. Vid., sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 168 y s.

(441) Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas*, p. 188 y ss. Sobre esta distinción en el Derecho tributario, la sentencia de la Corte Superior de Lima de 16 de abril de 2003, Exp. 284-2002 [vid., comentarios a esta sentencia, CASTRO ARANA, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 32 (2003), p. 121 y ss.]. El punto de discusión central será establecer el criterio de distinción entre ambas figuras. Mientras algunos recurren a un criterio subjetivo (propósito probado de eludir la norma imperativa), otros utilizan un criterio objetivo (la inexistencia de efectos jurídico-económicos directos relevantes que justifican la actuación económica realizada).

(442) Vid., con mayores referencias, LARRAZ, *Metodología*, p. 51 y ss.

(443) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK, *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 152. De una opinión contraria, RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 280 y ss.

La posibilidad de castigar conductas de fraude a la ley penal no significa, sin embargo, que se incriminen todo tipo de lesión de intereses penalmente protegidos. El elemento objetivo que permite determinar un fraude a la ley penal en estos casos se encuentra en el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que se evidencia en la adopción de formas y la constitución de relaciones jurídicas vacías de toda finalidad económica por parte de los sujetos participantes(444). No obstante, como lo ha puesto de relieve Silva Sánchez, la sola realización de operaciones económicas anómalas no puede justificar aún una responsabilidad penal, sino que debe demostrarse que en estos casos ha tenido lugar una conducta fraudulenta, es decir, una simulación(445). Esta afirmación, sin embargo, dejaría la conducta de fraude a la ley al margen de las conductas punibles, pues en tales casos estaríamos ante un negocio ficticio que configuraría un engaño en el sentido de las estafas o defraudaciones específicas (defraudación tributaria, por ejemplo)(446). A pesar de esta lógica penal de la diferenciación entre negocios ficticios y conductas de fraude a la ley penal, consideramos que también en estas últimas se presenta un elemento fraudulento que permitiría someterlas a sanción

(444) Vid., así, Tiedemann, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; Bruns, *GA* 1986, p. 31; Choclán Montalvo, *Responsabilidad del auditor de cuentas*, p. 196. Sobre la relación del fraude a la ley y el abuso del derecho, vid., Stöckel, *Gesetzesumgehung*, p. 94; Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320 y s.

(445) Concretamente Silva Sánchez, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 180 y ss., cuestiona la lógica de la ausencia de finalidad económica en el sentido de configurar una analogía *in malam partem* e incluso llegar a una presunción *iuris et iure* sobre el carácter fraudulento de operaciones económicas anómalas. Solamente cuando medie una simulación, que en algunos casos debe superar incluso las posibilidades de autoprotección de la víctima (p. 188), podrá afirmarse una conducta fraudulenta penalmente relevante. En el ámbito penal considera completamente distinto el negocio simulado y el fraude a la ley, Choclán Montalvo, *Responsabilidad del auditor de cuentas*, p. 198. Hace la distinción igualmente Silva Sánchez, *El nuevo escenario*, p. 31 y s.

(446) Vid., sobre las conductas y negocios aparentes, Tiedemann, *Einführung*, p. 74.

penal[447], siempre que se contemple una cláusula de incriminación respetuosa del principio de legalidad. En efecto, en las conductas de fraude a la ley penal no se trata de una simulación de la conducta con fines de procurarse mediante un engaño beneficios económicos o la sustracción a obligaciones de carácter patrimonial, pero sí de una simulación en cuanto a la finalidad económica de la operación, pues el agente recurre realmente a una vía inapropiada para evitar realizar un hecho que debería caer en el ámbito de la ley penal, pero consiguiendo posteriormente obtener el beneficio económico no procurado directamente[448]. La imputación se sustentaría en el hecho de que el autor buscó dolosamente entrar en una situación no abarcada por el tipo penal para luego afectar, igualmente, el fin de protección de la prohibición penal mediante un acto posterior de reorganización de la finalidad económica.

> Por ejemplo: Un importador de caviar sabe que los impuestos a la importación de estos productos depende del tamaño de los recipientes. Mientras más chicos son los envases, se supone que son de mejor calidad y, por tanto, deben estar afectos a una mayor tasa impositiva. Si un importador abre las pequeñas latas del caviar y lo vacía en recipientes grandes para pagar menos impuestos y luego en el país importador lo vuelve a colocar en pequeñas latas, habrá realizado una conducta de fraude a la ley (penal) tributaria. Está claro que su conducta ha estado dirigida efectivamente a importar caviar en grandes recipientes, pero su finalidad económica no era importar caviar a granel sino caviar fino. Si ha importado el caviar en recipientes grandes lo ha hecho para eludir el pago del tributo. No hay similuación en la

(447) En la jurisprudencia española se ha comenzado a desarrollar esta idea, a la que se le ha achado realizar una intepretación hiperextensiva de la idea de simulación que le permite llegar a los casos de fraude a la ley. Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 33 y ss.

(448) Si bien es cierto que la doctrina civilista diferencia el fraude a la ley y la simulación del negocio jurídico (DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, p. 543), también es cierto que las características del Derecho privado llevan necesariamente a un entendimiento distinto del fraude a la ley que en el Derecho público [vid., ampliamente, SALVADOR CODERCH/AZAGRA MALO/FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret* 3/2004 (www.indret.com), *passim*.].

operación, pero sí la hay en cuanto a la finalidad económica de la operación: No se quiere importar caviar a granel, sino caviar fino, haciendo pasar el caviar fino como caviar a granel.

Si bien la simulación de la finalidad económica mediante el manejo del Derecho muestra ya una infracción de competencias penalmente relevante, no permite aún una configuración plena del fraude a la ley penal en el caso de delitos con ámbitos de regulación previa (delitos tributarios, por ejemplo). Para poder afirmar una conducta punible de fraude a la ley penal en estos casos, la actuación anómala del sujeto económico debe traer como consecuencia una sustracción a normas impositivas o una obtención artificial de normas permisivas o ventajosas[449]. Si solamente se produce una conducta anómala con fines económicos simulados, pero no se obtiene la evasión de las normas impositivas o si ésta se produce por otras razones, solamente podría hablarse de una tentativa de fraude a la ley cuya punición resultaría francamente muy discutible. En la medida que se trata de supuestos excepcionales de criminalización, nos inclinamos a negar la posibilidad de castigo por tentativa de fraude a la ley, ya que, de lo contrario, se permitiría la imposición de sanciones penales a simples actos económicamente anómalos.

2. La vinculación de los tipos penales con la actuación de la Administración

En el Derecho penal económico tienen una especial importancia los supuestos en los que el tipo penal se encuentra vinculado a autorizaciones o prohibiciones administrativas[450]. Como consecuencia de la accesoriedad administrativa recogida en estos tipos penales, ciertos supuestos que cuentan con la presencia o ausencia de la actuación de la Administración no podrán considerarse penalmente

---

[449] En este sentido, Stöckel, *Gesetzesumgehung*, p. 14; Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 320; Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1998), p. 11; Tiedemann, *Einführung*, p. 73.

[450] Así, Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 43, en referencia al Derecho penal accesorio.

relevantes[451]. Si bien se ha señalado que esta situación podría reducir la eficacia del Derecho penal[452], lo cierto es que postulados como la ausencia de contradicción en el ordenamiento jurídico[453] y, sobre todo, la competencia y especialización de los ámbitos de regulación[454] abogan por el mantenimiento de la accesoriedad administrativa en estos casos. Esta necesidad puede apreciarse, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, en donde el Derecho penal debe acoplarse a la regulación administrativa del sector para no afectar el desarrollo de las actividades de explotación y no permitir el recurso exculpatorio de una interpretación personal divergente[455].

La accesoriedad administrativa obliga al Derecho penal a renunciar a su pretensión punitiva, aunque de las conductas autorizadas o no prohibidas administrativamente se deriven consecuencias indeseables. Si la ley penal condiciona la conducta delictiva a la

---

(451) Como puede verse, negamos la imputación objetiva en todos los casos de accesoriedad administrativa con base en autorizaciones o prohibiciones administrativas. Esta configuración no se corresponde necesariamente con la diferenciación usual en la doctrina penal entre autorizaciones o permisos administrativos que excluyen el tipo y los que excluyen la antijuricidad (sobre esta diferenciación, vid., WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 20; EL MISMO, *NStZ* 1988, p. 201 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 16, n.m. 29). En este sentido, nos encontramos muy cercanos al parecer de FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 60 y ss., quien soluciona los supuestos en cuestión fundamentalmente en el ámbito de la conducta típica (o sea la imputación objetiva). Este reconocimiento no niega, sin embargo, que existen supuestos específicos de permisos administrativos que tienen un efecto de descargo de la imputación.

(452) Vid., sobre esto, HEINE/MEINBERG, *GA* 1990, p. 2 y s.; HIRSCH, *GS-Hilde Kaufmann*, p. 153; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1265 y ss.; WITTECK, *Der Betreiber*, p. 31.

(453) Vid., así, formulado como unidad del ordenamiento jurídico, PEINE, *JZ* 1990, p. 209 y ss.; WIMMER, *JZ* 1993, p. 70; ROGALL, *FS-Universität Köln*, p. 521; WITTECK, *Der Betreiber*, p. 31; DE LA MATA, N./DE LA MATA, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 492.

(454) Vid., en este sentido, FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, pp. 9, 61.

(455) En el mismo sentido, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 55 y s.; WITTECK, *Der Betreiber*, p. 29 y s.

ausencia de una autorización administrativa (p.e. el delito de instituciones financieras ilegales del artículo 246 del Código penal) o a la existencia de una prohibición administrativa específica (p.e. delito de depredación de recursos marítimos del artículo 309 del Código penal), tendrá que negarse la imputación objetiva de las conductas que cuentan precisamente con dicha autorización administrativa o que no han recibido una prohibición de la Administración(456). Este efecto excluyente de la responsabilidad penal se ha pretendido encontrar en la estructura de los actos administrativos: como supuestos equiparables al consentimiento(457), como simples deberes de control sobre actividades permitidas(458), como exclusión del peligro en el caso concreto(459) o como simple condición de ausencia de pena(460). Por nuestra parte, consideramos que la imputación objetiva no se decide con base en las estructuras de los actos administrativos, sino con base en los criterios para determinar el ámbito de competencia o responsabilidad de los intervinientes. Esto quiere decir que si la presencia de una autorización administrativa, o la ausencia de una prohibición administrativa, se debe a un acto de regulación de la Administración, las consecuencias derivadas de este acto deben ser asumidas por la misma y no por los administrados(461).

---

(456) Vid., Schall, *NJW* 1990, p. 1266; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 27 y s.; Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, pp. 210, 213.

(457) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 16, n.m. 28; Hundt, *Die Wirkungsweise*, p. 85 y ss. Sólo para algunos supuestos admiten esta fundamentación Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 18; Roxin, *Strafrecht*, AT, §17, n.m. 44. En contra, Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 15.

(458) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 45; Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343; Heine/Meinberg, *GA* 1990, p. 14; Malitz, *Zur behördlichen Duldung*, p. 81 y ss.

(459) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 46; Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 342 y s.; Heine/Meinberg, *GA* 1990, p. 14; Malitz, *Zur behördliche Duldung*, p. 83 y s.

(460) Vid., Horn, *UPR* 1983, p. 365 y s.

(461) Si bien Schünemann, *FS-Triffterer*, p. 444 y ss., reconoce la competencia del Estado (incluida la Administración) para regular el aprovechamiento del

La determinación del fundamento de la relevancia eximente de los actos administrativos típicamente recogidos resulta muy importante para la teoría de la imputación objetiva. En concreto, esta claridad de fundamento permite resolver adecuadamente los supuestos problemáticos en los que los actos administrativos adolecen de un vicio o defecto que afecta su validez. Para poder entender adecuadamente la solución de estos supuestos problemáticos, resulta conveniente hacer una exposición diferenciada en función de la forma en que se manifiesta la actuación de la Administración.

A. Las autorizaciones o permisos defectuosos

En el caso de una autorización administrativa nula, no existe mayor discusión para afirmar la imputación penal[462], lo cual no impide que si la nulidad se deriva de un juicio errado del funcionario competente pueda tener lugar una situación de error del administrado que excluya su responsabilidad[463]. Tampoco presenta mayores problemas la negación de la imputación en los casos en los que la autorización adolece de simples vicios formales

---

medio ambiente, niega la base constitucional de la accesoriedad administrativa en el caso del acto administrativo.

[462] Vid., TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 103; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1266; OTTO, *Jura* 1991, p. 313; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 67 y s.; EL MISMO, *NStZ* 1988, p. 205; LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, p. 33; HUNDT, *Die Wirkungsweise*, p. 169; SCHMITZ, *Verwaltungshandlung*, p. 14, con amplias referencias; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, pp. 24, 70, 102 y ss., quien admite, sin embargo, que en determinados supuestos de autorización nula pueden presentarse las condiciones para una confianza del ciudadano y, por tanto, el decaimiento de la tipicidad (p. 106); HEINE, en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.), p. 227; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 128 y s.; BALLBÉ/PADRÓS, *La prejudicialidad*, p. 129.

[463] Vid., FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, pp. 13, 23. Un sector de la doctrina se centra en este criterio de solución para resolver los casos de actos administrativos defectuosos al considerarlos "certificados de no objeción" (*Unbedenklichkeitsbescheinigungen*), vid., SCHALL, *NJW* 1990, p. 1268; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, pp. 20, 68.

no esenciales[464]. El punto de discusión se encuentra, más bien, en el ámbito de los actos administrativos anulables[465]. Frisch ha puesto de manifiesto que la solución de las autorizaciones administrativas defectuosas depende de la visión de accesoriedad que se maneje, es decir, de si se trata de una accesoriedad de leyes o de acto[466]. Un sector de la doctrina penal ha intentado, a partir de esta idea, fundamentar en todos los casos una accesoriedad solamente de leyes[467], de manera que la imputación penal no dependa de la eficacia de los actos administrativos correspondientes. Por nuestra parte, consideramos que la remisión interpretativa de los tipos penales no puede tener una solución general de este tipo. Si existe una accesoriedad de leyes o de acto, depende de la configuración de cada tipo penal en concreto. Así, por ejemplo, en el caso de delito de contaminación ambiental del artículo 304 resulta evidente que existe una accesoriedad de leyes, por lo que en caso de licencias de funcionamiento contrarias a la regulación sectorial correspondiente, podrá afirmarse igualmente la relevancia jurídico-penal de las acciones contaminantes[468]. Por el contrario, si los tipos penales se encuentran acoplados directamente a un acto administrativo, entonces tendrá

---

(464) Vid., así, Schall, *NJW* 1990, p. 1266 y s.

(465) En este sentido, Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

(466) Vid., Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 12 y s. Como lo ha puesto de manifiesto, Hundt, *Die Wirkungsweise*, p. 20, se trata de conceptos neutrales que hacen referencia a una vinculación a la norma administrativa o al acto administrativo, respectivamente. Similarmente, Scheele, *Zur Bindung*, p. 19 y ss.

(467) En este sentido, Kühl, *FS-Lackner*, p. 843 y s., señala que el Derecho penal no tiene una ciega accesoriedad de acto sino una accesoriedad de derecho, lo que le permite al juez siempre juzgar la legalidad del acto administrativo. Un parecer similar defiende Schwarz, *GA* 1993, p. 321 y s., al señalar que el punto de conexión correcto para la valoración penal son las normas de Derecho administrativo. A la misma conclusión llega Schünemann, *FS-Triffterer*, p. 447 y s., mediante la renuncia al criterio de la eficacia del acto administrativo y la atención, más bien, al criterio del efecto retroactivo de su anulabilidad.

(468) En el mismo sentido, respecto de la regulación española, Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 57; De la Cuesta Arzamendi, *Revista penal* 4 (1999), p. 37.

que negarse la posibilidad de una imputación, aun cuando se trate de un acto administrativo anulable[469].

Para poder decidir si la solución antes mencionada resulta correcta en todos los casos, debemos ocuparnos de la razón que obliga a mantenernos en el marco del acto administrativo. No muy convincente se muestra el paralelo que hace un sector de la doctrina entre el acto administrativo y el consentimiento[470], no sólo por lo poco plausible de una libre disposición en el ámbito administrativo[471], sino porque la vinculación entre administrado y Administración en lo absoluto puede equipararse a una relación entre particulares[472]. Tampoco consideramos determinante el parecer que, basado en el principio de legalidad, decide la impunidad general en caso de una autorización defectuosa[473], pues este principio no impide una interpretación autónoma de los elementos del tipo penal. El criterio más adecuado para decidir la relevancia penal de las autorizaciones defectuosas se encuentra, más bien, en la confianza generada por la

(469) Vid., así, los defensores de una accesoriedad administrativa estricta, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 892 y ss.; ROGALL, *FS-Universität Köln*, p. 527; WIMMER, *JZ* 1993, p. 71 y s.; KUHLEN, *WiVerw* 1992, p. 251 y s.; SCHEELE, *Zur Bindung*, p. 123. El mismo punto de partida tienen los defensores de una accesoriedad limitada, LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, p. 30; HORN, *NJW* 1981, p. 3; EL MISMO, *NJW* 1988, p. 2338. De manera general, BAHAMONDES, *LH-Jakobs* (Perú), p. 863, entiende que dado que el propio ordenamiento administrativo considera ese acto como todavía eficaz mientras no sea declarado nulo, no queda otra posibilidad que considerarlo válido a efectos penales. Con base en el principio de buena fe, igualmente BALLBÉ/PADRÓS, *La prejudicialidad*, p. 130.

(470) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Straftrecht*, AT Apdo 16, n.m. 29a.

(471) Así la crítica de SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 26. En esta línea, niega en general relevancia eximente al consentimiento en el Derecho penal económico WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 395, en tanto los bienes jurídicos en juego son de carácter supraindividual.

(472) Similarmente, DE LA MATA, N./DE LA MATA, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 487.

(473) Así, para los casos de autorizaciones excluyentes de la tipicidad, el parecer de LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, p. 39 y ss.; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 344; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 48.

autorización administrativa[474] que permite atribuir el hecho desaprobado al ámbito de competencia de la Administración. Si la anulabilidad de la autorización administrativa depende de una actuación errónea de la Administración, el comportamiento incorrecto del administrado deberá imputarse al ámbito de responsabilidad de la primera. Si, por el contrario, la anulabilidad de la autorización se deriva de un engaño, amenaza o acto de corrupción del administrado, entonces podrá atribuirse el comportamiento incorrecto al mismo[475]. Hay que reconocer, sin embargo, que en los delitos de desobediencia fundamentados solamente en el orden administrativo, como por ejemplo el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243 A del Código penal, la obtención fraudulenta del permiso administrativo tampoco fundamenta responsabilidad penal por este delito, pues en tales casos la Administración es competente también de su correcto funcionamiento[476].

Una última cuestión discutida en la doctrina penal es el caso en el que se realiza una conducta sin la autorización correspondiente, pero teniendo el derecho a tal autorización. Para determinar la responsabilidad penal en estos supuestos debe partirse de la base de que un derecho a la autorización no constituye aún una autoriza-

---

(474) Vid., en este sentido, con matices propios, Hundt, *Die Wirkungsweise*, p. 146 y ss.; Otto, *Jura* 1991, p. 313; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 63 y ss.; Schwarz, *GA* 1993, p. 325 y ss.; Schünemann, *FS-Triffterer*, p. 447; De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 243 y s.

(475) Vid., en el mismo sentido, Otto, *Jura* 1991, p. 313; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 69 y ss.; Schwarz, *GA* 1993, p. 326; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 126. Una solución similar ofrece la idea del abuso del Derecho defendida, con propias particularidades, por Horn, *NJW* 1981, p. 3; Rudolphi, *NStZ* 1984, p. 197; Dölling, *JZ* 1985, p. 469; Immel, *ZRP* 1989, p. 107; Lenckner, *FS-Pfeiffer*, p. 37 y s.; Breuer, *NJW* 1988, p. 2080; Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343 y s.; Dolde, *NJW* 1988, p. 2334.

(476) Similarmente, Schmitz, *Verwaltungshandeln*, p. 58; Marx, *Die behördliche Genehmigung*, pp. 137 y ss., 171. Si se quiere castigar penalmente estos supuestos, deberá utilizarse los delitos contra la Administración Pública o tipificarse la utilización del engaño en los trámites administrativos o el aprovechamiento de los defectos de la Administración.

ción y, por ello, no puede negarse la imputación penal[477], aunque pueda fundamentarse una disminución de la pena por reducción del injusto[478]. Solamente en caso de tratarse de supuestos en los que se ha denegado de manera ilegal una autorización administrativa podría admitirse una exclusión de la penalidad (deber de autorización por parte de la Administración)[479]. No obstante, debe advertirse que en los tipos penales fundamentados en el orden administrativo, la responsabilidad penal no decae aunque exista un rechazo ilegal de la Administración al otorgamiento de una autorización, pues la imputación penal depende en estos casos de una obediencia a la Administración[480]. Para cuestionar lo resuelto por la Administración se dispone de otras vías administrativas o judiciales.

B. Las prohibiciones administrativas específicas

La situación adquiere contornos propios en los casos de exigencia típica de una prohibición administrativa específica. En los supuestos en los que la prohibición administrativa se presenta como nula (por ejemplo, por haber sido emitida por funcionario incompetente), no hay mayores inconvenientes para negarles relevancia

---

(477) En el mismo sentido, RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 197; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343; EL MISMO, *Lecciones*, p. 186; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 54 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 100 y ss. De un parecer distinto con base en el bien jurídico protegido, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 37.

(478) Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 103 y s.

(479) Apoyados en diversos criterios, RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 198; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 65; LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, p. 39 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; TIEDEMANN, en *Temas*, p. 149. Muy restrictivo frente a esto, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 902 y ss. Rechaza esta posibilidad, HUNDT, *Die Wirkungsweise*, p. 119 y ss.

(480) Vid., así, la indicación de WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 65; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 186, respecto de los delitos contra el medio ambiente. Utiliza también como criterio de decisión el hecho de si el merecimiento y la necesidad de pena dependen del incumplimiento de obligaciones administrativas o la idoneidad de la conducta para lesionar bienes jurídicos, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal*, p. 125.

típica[481]. La situación se torna discutible cuando la prohibición administrativa resulta anulable, pues en estos casos entra en consideración la idea de que los ciudadanos no tienen la capacidad de juzgar, fuera de las vías jurídicamente establecidas, la legalidad o no de las decisiones administrativas y actuar, en caso de considerarlas ilegales, como si estas prohibiciones no existiesen. Esta argumentación suministra la base de decisión a la opinión dominante que sostiene una vinculación de la punibilidad a la sola eficacia o ejecutabilidad del acto administrativo[482]. Frente a esta consideración formalista, se ha opuesto una línea de interpretación minoritaria que procura vincularse a la legalidad material de la prohibición administrativa. Un sector moderado de esta opinión minoritaria niega la imputación penal en caso que la prohibición administrativa haya sido posteriormente revocada o se haya constatado su ilegalidad[483]. Otro sector más radical sostiene que solamente podrá tener lugar una imputación si el acto administrativo se muestra compatible con las normas sustantivas[484].

Por nuestra parte, consideramos que para solucionar el problema de la relevancia jurídico-penal de una prohibición administrativa defectuosa debemos recurrir nuevamente al principio de confianza. Si una conducta resulta penalmente relevante debido a una prohibición administrativa incorrectamente expedida por la Administración, la competencia por la infracción penal deberá recaer sobre la propia Administración. Al administrado solamente podrá atri-

---

(481) Vid., en este sentido, respecto de los actos administrativos impositivos, Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 4; Otto, *Jura* 1991, p. 311. Esto no impide, sin embargo, una tentativa inidónea en caso que el autor considere que la prohibición administrativa es válida.

(482) Por el contrario, el parecer de Rogall, *FS-Universität Köln*, p. 528; Laufhütte/Möhrenschlager, *ZStW* 92 (1980), p. 921.

(483) Vid., así, como una causa de exclusión o supresión de la pena, Lenckner, *FS-Pfeiffer*, p. 40; Wüterich, *NStZ* 1987, p. 108; Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 65; Otto, *Jura* 1991, p. 312.

(484) Vid., Arnhold, *JZ* 1977, p. 789 y s.; Kühl, *FS-Lackner*, p. 847; Schall, *NJW* 1990, p. 1268.

buírsele un acto de desobediencia formal a las decisiones del organismo administrativo correspondiente. En este sentido, sólo podría admitirse una imputación penal en los supuestos de delitos fundamentados únicamente en la inobservancia del orden establecido por la Administración, como podría ser ciertamente el caso de varios tipos penales de protección del medio ambiente[485]. No obstante, la regla general consiste en negar en los supuestos de una prohibición administrativa defectuosa la imputación objetiva.

Al igual que en el caso de autorizaciones administrativas, una situación que justifica una prohibición administrativa específica no puede equipararse a la prohibición misma, de manera tal que no podrá fundamentarse la imputación si ésta no ha sido expedida por la autoridad competente. Solamente en los casos en los que la emisión de la prohibición administrativa no ha tenido lugar por un comportamiento imputable al autor (corrupción, engaño, amenaza), podrá hacerse a éste penalmente responsable. Al autor no sólo puede imputársele la conducta que debería estar prohibida, sino también el hecho de que no tenga una existencia formal la prohibición administrativa. No obstante, si se trata de delitos vinculados al orden administrativo, la competencia incluso por la manipulación recae exclusivamente en la Administración.

3. La responsabilidad penal por conductas neutrales en la economía

A. Planteamiento del problema y propuestas de solución

Al ocuparnos de la llamada prohibición de regreso, hicimos mención a los supuestos de prestaciones generalizadas inocuas que otra persona utiliza para la realización de un hecho delictivo. En el

(485) Vid., en este sentido, la interpretación de HORN, *UPR* 1983, p. 367; EL MISMO, *NJW* 1988, p. 2337; OSTENDORF, *JZ* 1981, p. 173 y s.; MARX, *Die behördliche Genehmigung*, p. 189 y s. Por el contrario, OTTO, *Jura* 1991, p. 312; SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 65; SCHÜNEMANN, *FS-Trifferer*, p. 451, consideran que los delitos contra el medio ambiente no se fundamentan sólo en una desobediencia a la Administración.

Derecho penal económico estas conductas constituyen fundamentalmente la prestación de servicios profesionales de asesoría o la propia actividad económica de una empresa(486). Como también lo indicamos en el mismo lugar, la responsabilidad penal de aquel que realiza la prestación se encuentra excluida. No obstante, estos supuestos de prohibición de regreso presentan ciertos límites normativos, más allá de los cuales una responsabilidad penal del participante podría tener lugar(487). Para determinar estos límites, la doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho diferentes criterios de solución con base en distintos principios y fundamentos jurídicos(488). Como bien lo ha precisado Frisch últimamente, el estado difuso de la discusión jurídico-penal sobre el tema en cuestión se debe no sólo a la insuficiencia legislativa para ofrecer criterios claros de solución, sino también a que el problema ha pretendido resolverse desde distintas categorías dogmáticas(489). En este sentido, antes de entrar en las particularidades de esta problemática, resultará conveniente precisar cuál es su ubicación dogmática.

Un sector de la doctrina penal intenta solucionar directamente el problema en el lado subjetivo del hecho, al considerar que las llamadas conductas neutrales del partícipe se prohíben cuando se trata de un ataque accesorio *doloso* al bien jurídico(490). A esta interpretación se la ha considerado poco convincente sobre todo porque podría exigirse para el dolo no más que el conocimiento de la probabilidad del uso delictivo de su aporte, lo cual ampliaría de manera intolerable la responsabilidad penal por la realización de conductas normales de la vida diaria(491). Esta crítica parecería no alcanzar, por

(486) Subraya precisamente la importancia de estos supuestos para el Derecho penal económico, Frisch, *FS-Lüderssen*, p. 539.

(487) Vid. Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 85 y s.

(488) Una exposición del panorama sobre el tema, Frisch, *FS-Lüderssen*, p. 539 y ss.

(489) Vid., Frisch, *FS-Lüderssen*, p. 541 y ss.

(490) Vid., en este sentido, Dörn, *DStZ* 1992, p. 331 y s.; Beckemper, *Jura* 2001, p. 169; Niedermair, *ZStW* 107 (1995), pp. 533, 543 y s.

(491) Así, en concreto la crítica de Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 58 y ss.; Wohlers, *SchwZStr* 117 (1999), p. 428; El Mismo, *NStZ* 2000, p. 170; Frisch, *FS-*

el contrario, a aquellos que fundamentan una responsabilidad penal sólo si existe un conocimiento seguro de la utilización delictiva de la conducta neutral[492]. Pero, de cualquier forma, tal solución presenta ciertos cuestionamientos, pues permitiría sancionar penalmente supuestos dudosos de elevación dolosa del peligro causalmente producida, como, por ejemplo, el que contrata los servicios profesionales de una persona de la que sabe con seguridad que deja de pagar fraudulentamente sus impuestos[493]. En este sentido, la doctrina penal mayoritaria considera que en estos casos no basta un conocimiento del aprovechamiento delictivo de su aportación, sino que es necesario ofrecer una restricción por encima de la sola vinculación causal conocida[494]. En el mismo plano causal se han defendido restricciones basadas en causas de reserva o en la causalidad hipotética, según la cual la negativa de una aportación neutral no impediría que el autor recurra a otra persona capaz de ofrecer el mismo servicio sin conocer los planes delictivos[495]. No obstante, los problemas de prueba y la diferencia de soluciones por datos simplemente accidentales del caso concreto que ofrece la solución con base en consi-

Lüderssen, p. 541 y s.; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 106; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 86.

(492) Anteriormente, VON BAR, *Gesetz und Schuld*, II, p. 693. En la actualidad, defiende un parecer muy similar OTTO, *FS-Lenckner*, p. 214; EL MISMO, *JZ* 2001, pp. 441, 444. Críticamente sobre basar el carácter prohibido del riesgo solamente en subjetividades, FRISCH, *Verhalten*, p. 283 y ss.

(493) Considera estos supuestos como todavía penalmente irrelevantes, ROXIN, *FS-Miyazawa*, p. 512. En el mismo sentido, MEYER-ARNDT, *wistra* 1989, p. 287. Por su parte, RANSIEK, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 101, pretende salir al paso frente a esta crítica al señalar que es necesario, además, que la aportación del partícipe esté directamente relacionado a la lesión del bien jurídico. Críticamente ante esta fundamentación de la exclusión de la imputación, RUEDA MARTÍN, *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, nota 47, 130.

(494) Vid., así, WOHLERS, *NStZ* 2000, p. 172; LESCH, *JR* 2001, p. 386. Considera incluso que no es necesaria una verificación *ex post* de la causalidad, sino sólo un favorecimiento *ex ante*, SAMSON/SCHILLHORN, *wistra* 2001, p. 5.

(495) Vid., LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, p. 37.

deraciones hipotéticas[496], han llevado a que la doctrina penal mayoritaria establezca actualmente la restricción exigida de manera normativa, es decir, en la tipicidad objetiva de la conducta.

Para poder decidir la tipicidad de una aportación neutral a la realización de un delito, se han ofrecido distintas perspectivas. Por un lado, se encuentran aquellos que centran la adecuación social de la conducta o su permisión en aspectos subjetivos[497]. A este parecer puede reprochársele, sin embargo, no hacer finalmente ninguna restricción normativa de la conducta, pues el sentido social del hecho queda supeditado al fuero interno del sujeto[498]. Para evitar esta preponderancia de lo interno se han propuesto teorías mixtas, es decir, aquellas que determinan el desvalor de la conducta con base en criterios objetivos y subjetivos[499]. No obstante, y reconociendo que en la conducta prohibida existen aspectos objetivos y subjetivos, una determinación simultánea de ambos aspectos resulta incompatible con una solución sistemática progresiva. Por esta razón, la doctrina penal dominante se ha esforzado por resolver ya en el plano objetivo los supuestos de conductas cotidianas con base en diversos criterios normativos: unos recurren a criterios cuantitativos –que el comportamiento del partícipe sea esencial para la realización del hecho principal[500]

---

(496) Vid., de manera más amplia, la crítica de Pilz, *Beihilfe*, p. 146 y ss.

(497) Vid., así, Amelung, *FS- Grünwald*, p. 22 y ss., que excluye solamente un dolo eventual general sobre la peligrosidad de la prestación profesional; Küpper, *GA* 1987, p. 401, quien considera solamente necesario que la voluntad de favorecer el delito sea objetivamente reconocible; Rueda Martín, *Revista penal* 9 (2002), pp. 127, 135, resaltando la importancia de lo subjetivo para determinar la adecuación social de la conducta; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 55; El Mismo, *wistra* 1997, p. 44; El Mismo, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 100, en función de la seguridad sobre la futura comisión del delito.

(498) Vid., sobre esto la acertada crítica de Robles Planas, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 370 y ss.

(499) Vid., así, Tag, *JR* 1997, p. 56; Tiedemann, *Einführung*, p. 98.

(500) Vid., en este sentido, Weigend, *FS-Nishihara*, p. 208 y ss. En la misma línea se encuentra Samson/Schillhorn, *wistra* 2001, p. 5 con base en la idea de que el aporte haya sido útil para el hecho principal.

o que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico[501]–, otros a criterios cualitativos –la solidaridad con el autor[502] o que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva[503]–, y finalmente una tercera variante utiliza un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo[504]. En nuestra opinión, el problema de las conductas neutrales debe resolverse en el ámbito de la imputación objetiva, determinándose con base en el criterio cualitativo de la competencia por el riesgo prohibido si el que realiza una conducta estereotipada debe responder por la producción de un resultado lesivo o no.

El punto de especial discusión en la doctrina penal ha sido si los conocimientos especiales del agente sobre la utilización delictiva del aporte levantan la neutralidad de su aportación. Un sector de la doctrina penal establece que la neutralidad de la prestación profesional se determina en función de los conocimientos que posea el profesional al momento de su prestación, de manera que si le consta el futuro uso delictivo de su prestación será posible fundamentar su participación punible[505]. El punto de partida de este planteamiento, tal como lo señala ROXIN, es entender que en los contactos sociales *"el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general*

---

(501) En este sentido, LÜDERSSEN, *FS-Grünwald*, p. 341.

(502) Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 56 y ss.; SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 188 y ss.; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 116 y ss. Críticamente, WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 74 y s.; RANSIEK, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 97.

(503) En este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 280 y ss. (espec. p. 291); EL MISMO, *FS-Lüderssen*, p. 546, aunque no para todos los supuestos de acciones neutrales. De un parecer similar, SCHMOLLER, *FS-Triffterer*, p. 244 y ss.; MEYER-ARNDT, *wistra* 1989, p. 287, con la idea de una acción "específica para el hecho delictivo". Críticamente frente a esta interpretación, AMELUNG, *FS-Grünwald*, p. 12 y ss.; ROGAT, *Zurechnung*, p. 149 y ss.

(504) Vid., en este sentido, ROGAT, *Zurechnung*, p. 147 y ss.

(505) ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 197; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, p. 513 y ss.; WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 159 y s.; AMBOS, *JA* 2000, p. 724; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación*, p. 164 y ss.; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva*, p. 234 y ss.

se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos"[506]. Sin embargo, el principio de confianza no puede seguir en vigor cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso[507]. En consecuencia, quien realiza un aporte conociendo la propensión del beneficiario del mismo a cometer posteriormente un delito doloso, podrá responder como cómplice de este delito. Aplicado, por ejemplo, a las labores de asesoramiento, esto significaría que si al asesor le consta de forma perceptible la inclinación del cliente a la comisión de un hecho delictivo, su aportación podrá adquirir relevancia típica como acto de participación. Por el contrario, si dicha percepción no resulta posible, la confianza en el respeto de las normas jurídicas deberá seguir orientando su actividad de asesoramiento y, por tanto, no podrá configurarse una participación punible en el hecho.

Otro sector de la doctrina penal vincula el criterio de determinación de la neutralidad de la conducta al plano estrictamente objetivo, señalando que la conducta sólo dejará de ser neutral si se enmarca objetivamente en un contexto marcadamente delictivo[508]. Según este parecer, para que la conducta del profesional sea punible, sus labores deben haber abandonado objetivamente el carácter de una prestación de servicios profesionales y constituir una adaptación de los conocimientos profesionales a la comisión de un hecho delictivo. Para explicarlo con un ejemplo: una cosa es que el abogado tributa-

---

(506) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 26.

(507) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 27; El Mismo, *FS-Tröndle*, p. 190 y ss.

(508) Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 164. Anteriormente Jakobs, en *Estudios*, p. 260, hizo referencia a los criterios de "la definición del comportamiento como parte de un plan delictivo" y "la adaptación del comportamiento únicamente al plan de otro". Similarmente, Derksen, *Handeln*, p. 84; Lesch, *JR* 2001, p. 387; Pérez Manzano, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 831 y s. Críticamente sobre la oscuridad de los criterios inicialmente formulados por Jakobs y la ausencia de vinculación perceptible entre los mismos, Frisch, *Verhalten*, p. 280, nota 167. Por su parte, Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 62 establece que el segundo criterio utilizado por Jakobs no es más que una forma del primero y considera que su planteamiento propio no tiene ninguna diferencia material con éste.

rista consultado se limite a señalar qué hechos no se encuentran gravados con impuestos y otra muy distinta será si absuelve la consulta sobre la forma concreta de evadir el pago de determinado impuesto. En el primer caso, la conducta se ha mantenido objetivamente en el ámbito de las labores permitidas de asesoramiento jurídico-tributario, mientras que en el segundo caso el aporte entra en un contexto marcadamente delictivo de defraudación tributaria. Por lo tanto, una participación punible solamente podrá afirmarse cuando el aporte del profesional pueda evaluarse objetivamente como delictiva. Si el autor pudo prever o incluso conocía la posterior utilización delictiva de su prestación, resulta penalmente irrelevante para esta perspectiva de análisis(509). Mientras el profesional se mueva dentro de los estándares socialmente permitidos, lo subjetivo no podrá sustentar la tipicidad objetiva de sus labores de asesoramiento.

B. Interpretación personal

Si aceptamos el punto de partida de la doctrina mayoritaria de que el tema de las conductas neutrales se ubica en el ámbito de la imputación objetiva(510), habrá que solucionar los supuestos problemáticos con los criterios de la imputación objetiva. En primer lugar, habrá que determinar si cabe afirmar una participación punible en

(509) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 163; EL MISMO, en *Estudios*, pp. 214, 235 y ss.; JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 229; LESCH, *JR* 2001, p. 387. En nuestro país del mismo parecer, CARO JOHN, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 356.

(510) Vid., así, WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), p. 428; AMBOS, *JA* 2000, p. 721; LESCH, *JR* 2001, p. 385; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 113; BLANCO CORDERO, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 994 y s.; EL MISMO, *Límites a la participación*, p. 26; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva*, p. 226 y s. Hay que precisar, sin embargo, que un pequeño sector de la doctrina penal defiende el parecer de que estos problemas deben solucionarse en sede de antijuricidad, en tanto existen normas extrapenales o principios jurídicos que dejarían sin responsabilidad al profesional que presta sus servicios (vid., así, MALLISON, *Rechtsauskunft*, p. 120 y ss.). No obstante, como ya lo hemos precisado, entre las clásicas categoría de la tipicidad y la antijuricidad no existe propiamente una diferencia sustantiva, de modo que finalmente la imputación objetiva incluye ambos aspectos.

caso de acciones neutrales a las que les falta una objetivización explícita de la prestación como favorecimiento representado[511]. Un ejemplo típico es el caso de actuaciones de funcionarios bancarios que se limitan a realizar conforme a las normas correspondientes ciertas transacciones que favorecen la realización de delitos tributarios, de lavado de activos u otros delitos[512]. Un amplio sector de la doctrina penal considera que se trata de comportamientos permitidos que, mientras se realicen conforme a las pautas establecidas en el sector correspondiente, no pueden fundamentar una responsabilidad penal[513]. En consecuencia, el aporte profesional o estereotipado

---

(511) Aunque cabe señalar, como correctamente lo pone en evidencia Lesch, *JR* 2001, p. 386, que estos problemas pueden presentarse también en la autoría.

(512) En el caso del lavado de activos existen los llamados manuales de procedimiento de prevención del lavado de dinero y los códigos de conducta. Sobre esto, vid., Coz Ramos, *Thémis* 35, p. 83 y s.; Prado Saldarriaga, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artsaldoc.3 [consulta: 15 de noviembre del 2002]. Por su parte, Ragués i Vallès, en *Nuevas formulaciones*, p. 647 y ss., decide la punibilidad de las conductas neutrales con base en una interpretación teleológica del tipo penal del lavado de activos, esto es, si permiten o no la consolidación de los beneficios obtenidos por las actividades ilícitas. En el caso concreto de las actividades bancarias, la Corte Suprema de la República mediante sentencia de 16 de septiembre de 2004, R.N. 2270-2004, La Libertad, utilizó la teoría de la imputación objetiva para absolver de participación en el delito de enriquecimiento ilícito al funcionario de un banco que se limitó a recibir unos cheques y colocarles el visto bueno para su pago, en la medida que constituyen operaciones bancarias propias de su ámbito de actuación.

(513) Vid., en general, con base en la idea de adecuación social, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 56: "son socialmente adecuados los negocios que se mantienen en el marco de una ordenada administración, aun cuando traigan consigo desventajas"; Lesch, *JR* 2001, pp. 384, 386; Silva Sánchez, en *Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), p. 210 y s. En concreto para el Derecho penal económico, Philipowski, *Strafverfolgung*, p. 142; Kniffka, *wistra* 1987, p. 310; Gallandi, *wistra* 1989, p. 125 y ss.; Hassemer, *wistra* 1995, p. 85; Behr, *wistra* 1999, p. 247 y ss. Críticamente, Amelung, *FS-Grünwald*, p. 10 y s.; Wohlers, *SchwZStr* 117 (1999), p. 430 y s.; Schünemann, *RPDJP* 1 (2000), p. 437; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 65 y s.; Kudlich, *JZ* 2000, p. 1178 y s.; Pilz, *Beihilfe*, pp. 67 y ss., 78 y ss.; Schall, *GS-Meurer*, p. 107; Lohmar, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, pp. 41 y s., 139 y ss.; Blanco Cordero, en *Estudios*

solamente perderá su carácter si es que deja su contexto normal y entra en un contexto marcadamente delictivo, es decir, que objetivamente ya no puede considerarse un aporte neutral.

La situación se torna discutible cuando el aportante posee ciertos conocimientos especiales que le permiten percibir el uso delictivo de su aporte(514). La cuestión debatida es si estos conocimientos especiales permiten fundamentar objetivamente la participación. Como ya lo indicamos, la doctrina penal dominante admite esta relevancia de los conocimientos especiales(515), mientras que un sector minoritario representado por JAKOBS sostiene su irrelevancia en el juicio de imputación(516). Por nuestra parte, consideramos que el

---

penales en *memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 997. Sobre la base del riesgo permitido, WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), p. 425 y ss.; EL MISMO, *NStZ* 2000, p. 173 y s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, p. 270 y ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación*, p. 188 y ss.

(514) Al hablar de conocimientos especiales nos referimos a un conocimiento cierto de la utilización delictiva de la prestación neutral. La sospecha de futura actuación delictiva del beneficiario de la prestación neutral no puede cambiar, en ningún caso, el carácter objetivamente atípico de la conducta neutral (vid., similarmente, FRISCH, *Verhalten*, p. 297 y s.).

(515) En el caso de conductas neutrales, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 197; OTTO, *JZ* 2001, pp. 441, 444; RANSIEK, *wistra* 1997, p. 44; EL MISMO, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 97 y s.; ROGAT, *Zurechnung*, p. 146 y s.; WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 159; LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 293; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 268; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación*, p. 164 y ss.; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva*, p. 229. Admiten la relevancia del conocimiento en caso de "cercanía" con la realización del hecho, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 69; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 134 y s.; AMBOS, *JA* 2000, p. 724.

(516) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 235 y ss.; LESCH, *JR* 2001, p. 387. Similarmente, al parecer, WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 133; ARZT, *NStZ* 1990, p. 4. No obstante, el propio JAKOBS, *op. cit.*, p. 215, reconoce que no se trata de una irrelevancia absoluta, sino que en determinados casos (por ejemplo, determinadas competencias por organización de riesgos especiales o institucionales) todos los conocimientos poseídos forman parte del rol mismo. Por su parte, ROBLES PLANAS, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 396, considera que los conocimientos especiales

punto de partida establecido por Jakobs constituye el correcto. No obstante, hay que precisar que el criterio del rol a utilizar no debe ser puramente sociológico sino fundamentalmente jurídico[517], de manera tal que las competencias de conocimiento deben estar determinadas de acuerdo con los criterios de ordenación del sistema jurídico.

Como ya lo expusimos de manera general, la persona asume en la sociedad dos tipos de roles jurídicamente relevantes: el rol de ciudadano y determinados roles especiales. En el primer caso, el ciudadano asume el rol de administrar libremente su propia actividad con el deber negativo de no lesionar a terceros. No hay, por tanto, en este ámbito de actuación un rol de médico, de abogado, de mozo, taxista etc.[518], sino el rol general de cuidar que la actividad que uno realiza no afecte a terceras personas[519]. La pregunta que surge en este contexto de ideas es si el rol general de ciudadano obliga a una persona que tiene ciertos conocimientos especiales ajenos a su ámbito de actuación a evitar lesionar a otro. Una respuesta general nos parece inapropiada. Consideramos que para responder a esta cuestión hay que hacer una distinción fundamental. Existen actividades que implican la gestión de actividades objetivamente peligrosas (manejo de automóviles o maquinarias) y actividades que no se muestran objetivamente como peligrosas (venta de útiles escolares, panes, etc). Solamente en el primer caso, los conocimientos especiales adquieren relevancia objetiva en cuanto al cumplimiento del rol general de ciudadano, pues la asunción de la gestión de un riesgo implica una obligación jurídica de evitar, con todos los conocimientos,

---

sólo son irrelevantes en ámbitos neutrales, es decir, mientras no se entre en un ámbito de riesgo.

(517) Sigue este planteamiento, Guillermo Bringas, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 280, destacando que lo sociológico constituye solamente un indicio de lo jurídicamente relevante.

(518) Vid., en este sentido, Feijoo Sánchez, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 239, nota 8. De otra opinión parece ser la interpretación de Caro John, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 355.

(519) Similarmente, Piña Rochefort, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 53.

que el riesgo se torne en lesivo[520]. De otra forma, no se explicaría que el Derecho permita a los particulares la administración de bienes o la realización de actividades riesgosos. JAKOBS admite esta lógica al dar relevancia a los conocimientos especiales en el caso del manejo de riesgos especiales[521]. Por el contrario, si la actividad se refiere a ámbitos que se muestran objetivamente como inócuos, los conocimientos especiales no podrán fundamentar una imputación objetiva del comportamiento delictivo.

Puede ser, sin embargo, que en determinados ámbitos en los que no se gestione riesgos especiales los conocimientos especiales fundamenten una responsabilidad penal. En primer lugar, puede ser que el actuante incorpore el conocimiento especial sobre lo riesgoso de su conducta, de manera tal que la conducta deja de ser inocua para convertirse en una gestión propia del riesgo[522]. En segundo lugar, puede que el Estado asuma la labor de determinar las competencias de conocimiento del agente con las que se fundamentaría su competencia por el comportamiento. Si las competencias de conocimiento se encuentran reguladas jurídicamente –lo cual es muy usual en el ámbito de la economía–, los conocimientos especiales más allá de los requeridos jurídicamente no podrán fundamentar una imputación jurídico-penal[523]. Recientemente GUILLERMO BRINGAS justifica adecuadamente esta solución en el sentido de que si el Estado decide centralizar los criterios de una correcta administración de riesgos, este recorte de libertad tiene como contrapartida la limitación del propio Estado de no poder exigir conocimientos más allá de los que está obligado el sujeto por la reglamentación sectorial

(520) Vid., similarmente ROBLES PLANAS, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 399, respecto de los casos en los que el sujeto asume la gestión de ámbitos peligrosos.

(521) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

(522) Vid., así, CARO JOHN, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 357.

(523) En esta línea, ROBLES PLANAS, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 397, quien determina la conducta estándar con criterios jurídicos y extrajurídicos. De un parecer distinto, LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva*, p. 238 y s.

correspondiente[524]. Así, por ejemplo, si la regulación administrativa de la actividad bancaria impone ciertas competencias de conocimiento a los funcionarios bancarios para impedir actos de lavado de activos, el conocimiento o sospecha de un funcionario más allá de lo exigido por las normas administrativas, no podrá fundamentar una responsabilidad penal. Los conocimientos especiales jurídicamente no relevantes no pueden sustentar en estos casos la imputación objetiva del comportamiento.

La impunidad que ofrecería en los casos mencionados la neutralidad de la conducta realizada en el marco de una actividad profesional a pesar de los conocimientos especiales, se ha pretendido levantar con otras razones o principios que permitirían considerar estos casos como jurídicamente desaprobados[525]. Estas razones especiales pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar se encuentran los deberes especiales y, sobre todo, los deberes de garante por la constitución del injusto[526]. En estos casos al aportante le corresponden deberes de aseguramiento o salvamento que infringiría de manera activa al favorecer la conducta del autor, aunque su conocimiento del riesgo provenga por conocimientos especiales (p.e. el caso de aquella persona que le asiste un deber de evitar el uso indebido de cierta información privilegiada y favorece en su trabajo profesional el acceso de otro a la información privilegiada). En

---

[524] Vid., así, Guillermo Bringas, *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281.

[525] Vid., en este sentido, Frisch, *FS-Lüderssen*, p. 547; Tag, *JR* 1997, p. 56; Schall, *GS-Meurer*, p. 118. En el Derecho penal económico, Löwe-Krahl, *Steuerhinterziehung*, p. 36 y ss. Hace mención al difuso punto de vista político-criminal para decidir la incriminación de estas conductas, Schünemann, *RP-DJP* 1 (2000), p. 438.

[526] Vid., con detalle, Frisch, *Verhalten*, p. 352 y s.; El Mismo, *FS-Lüderssen*, p. 547 y ss.; Tag, *JR* 1997, p. 56; Löwe-Krahl, *Steuerhinterziehung*, p. 43 y s.; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 157 y ss.; Wohlers, *SchwZStr* 117 (1999), p. 436; El Mismo, *NStZ* 2000, p. 173; Lesch, *JR* 2001, p. 387; Schall, *GS-Meurer*, p. 121; Robles Planas, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 404. Por su parte, Roxin, *FS-Tröndle*, p. 198 y s., considera que una posición de garantía tampoco hace responsable si se trata de hechos que no muestran una reconocible inclinación al hecho.

segundo lugar, la desaprobación jurídico-penal de una conducta neutral puede deberse a la infracción de deberes de solidaridad[527]. Si bien al aportante no le asiste responsabilidad por lo que el autor haga con su aportación, cabe que le correspondan deberes de solidaridad frente a los posibles perjudicados, de manera que su infracción puede dar lugar a una responsabilidad como autor de un delito de omisión del deber de socorro (p.e. el suministrante de determinadas materias primas utilizadas en la producción de ciertos bienes de consumo que conoce del carácter defectuoso de los mismos). El reconocimiento de la posibilidad de infracciones de deberes de solidaridad no permite, sin embargo, legitimar una punición como partícipe en el hecho del tercero[528]. Frente a este parecer se opone el reciente planteamiento de FRISCH, quien entiende, apoyado en las reglas del estado de necesidad, que la infracción de deberes de solidaridad puede fundamentar también una participación[529]. Para evitar caer a través de un círculo teórico en el parecer de aquellos que exigen solamente el conocimiento para fundamentar la participación en una acción neutral, FRISCH reconoce que esta fundamentación se limitaría solamente a aportaciones esenciales[530].

Por nuestra parte, consideramos que la interpretación de FRISCH sobre las excepciones a la ausencia de imputación objetiva de conductas neutrales lleva consigo una confusión de los fundamentos de la imputación. La aceptación de una eventual responsabilidad por la infracción de deberes de garante resulta completamente correcta, pero debe admitirse, juntamente con JAKOBS[531], que esta

---

(527) Vid., FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 549 y ss.; TAG, *JR* 1997, p. 56; WOHLERS, *NStZ* 2000, p. 173; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 118 y s.; ROBLES PLANAS, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 405; CARO JOHN, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 358 y ss.

(528) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 67; EL MISMO, *PJ* 59, p. 137 y s.; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 181 y s.; WEHRLE, *Regreßverbot*, p. 85.

(529) Vid., FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 554; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 118 y s. De similar opinión, anteriormente, TAG, *JR* 1997, p. 56.

(530) Vid., en este sentido, FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 555.

(531) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 159; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216 y s.; EL MISMO, *PJ* 59, p. 138.

responsabilidad tiene un fundamento distinto a la conducta neutral en sí misma. Se trata precisamente de posiciones de garante que tienen como fundamento dogmático otra competencia por organización o institucional, lo cual se pone de manifiesto en la posibilidad de que respondan incluso a título de autor. La misma situación se presenta en el caso de una infracción de deberes de solidaridad, lo cual solamente puede dar lugar a una responsabilidad por la infracción de las competencias de solidaridad, pero no convertir éstas en competencias por organización y justificar una sanción como partícipe en el hecho del tercero. La realización de una conducta neutral conforme al rol social no puede dar lugar, por sí misma, a ninguna responsabilidad penal.

Capítulo X
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN

En la historia del Derecho penal pueden encontrarse momentos en los que no fue necesaria una faceta subjetiva en la imputación del hecho, bastando simplemente la realización objetiva de un daño[1]. Hoy en día, sin embargo, resulta una cuestión irrebatible la exigencia de dolo o culpa para imputar un hecho delictivo[2]. Cualquier forma de responsabilidad objetiva es considerada por la doctrina penal contemporánea incompatible con un Derecho penal de la culpabilidad[3]. En esta línea, el actual Código penal peruano

---

(1) Aunque KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 217 y ss., advierte, siguiendo a Mezger, que no se puede juzgar la imputación penal del pasado con las categorías dogmáticas del presente, puesto que incluso en épocas pasadas pudo existir un principio de culpabilidad, aunque entendido de forma distinta a la actual. Como pone de relieve JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 635, la responsabilidad por el resultado requiere también una atribución. Una referencia histórica de la responsabilidad objetiva en ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss.

(2) En este sentido, CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 58 y s. También para el Derecho penal económico, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 388 y s.

(3) Vid., así, respecto de los delitos cualificados por el resultado, HARDWIG, *GA* 1965, p. 99 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 240 y ss.; SCHUBARTH,

se opone de manera categórica en el artículo VII del Título preliminar a la utilización de criterios de responsabilidad objetiva no sólo en la imputación directa de un hecho al autor, sino en cualquier otra forma de hacerle responsable[4]. De este rechazo legislativo y doctrinal a la responsabilidad objetiva en Derecho penal no se deduce, sin embargo, la razón por la cual se exige la imputación subjetiva. Por este motivo, consideramos oportuno, antes de entrar en las diversas formas de la imputación subjetiva y sus supuestos problemáticos, exponer a grandes rasgos su configuración general en el Derecho penal.

II. LA CONFIGURACIÓN DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL HECHO

Puede calificarse de un logro del Derecho penal contemporáneo el haber subjetivizado la imputación penal, de manera que sólo pueda castigarse a una persona si le ha sido posible evitar la producción del resultado. Sin embargo, en la sociedad moderna, y sobre todo en la economía, existe la necesidad de garantizar estándares de conductas generales para permitir el contacto pasajero y anónimo de las personas. Esta necesidad de estandarización se opondría a la subjetividad de la imputación, en la medida que dejaría de lado las particularidades propias de una culpabilidad dirigida a la persona individual[5]. JAKOBS considera que el precio a pagar por una estandarización en la imputación resulta muy alto, pues permitiría al autor alegar que si bien ha fracasado en el ejercicio de un rol determinado,

---

ZStW 85 (1973), p. 754 y ss. (espec. p. 757 y ss.); ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 108 y ss. (espec. n.m. 121); FERSCHL, *Das Problem*, p. 50 y ss.

(4) Vid., CASTILLO ALVA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo VII, p. 184 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 14, n.m. 233. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte Superior de Lima, Exp. 607-98 de 16 de julio 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 61 y s.], Exp. N° 4031-98 de 17 de noviembre de 1998 (PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, p. 93 y s.).

(5) Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 637.

este fracaso no tiene que hacerse extensivo a otros ámbitos de su actuación[6]. Por esta razón, para cubrir la necesidad de estandarización en la sociedad moderna este autor aconseja recurrir a equivalentes funcionales como deberes civiles compensatorios o autorizaciones administrativas para la realización de ciertas actividades. Criterios funcionales de imputación sólo podrán utilizarse en los particulares elementos del tipo subjetivo y en la culpabilidad[7].

El planteamiento del problema antes mencionado no nos parece, sin embargo, que deba reducirse a una decisión de "o una estandarización, o una subjetivización" de la imputación. No cabe duda que una completa estandarización de la imputación penal no puede tener lugar en tanto pasaría por alto la individualidad de la persona. Pero la negativa a una completa estandarización de la imputación tampoco significa afirmar la plena subjetivización de la imputación. Una completa subjetivización de la imputación se encuentra por lo demás excluida de nuestro sistema penal[8], como lo muestran, por ejemplo, los supuestos de minoría de edad en los que se rechaza la imputación penal, aun cuando el menor pueda comprender perfectamente el sentido social de su hecho. En este sentido, no puede hablarse de una imputación estandarizada o subjetivizada, sino de una imputación más o menos estandarizada y subjetivizada[9].

Para determinar la configuración de la imputación subjetiva debe aceptarse primeramente que en nuestra sociedad la imputación jurídico-penal requiere una estandarización con base en roles[10]. Al ciudadano se le atribuye un rol general, así como también eventuales roles especiales en virtud de determinadas instituciones sociales. En lo que atañe a lo subjetivo, los roles atribuidos

---

(6) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 8, n.m. 5; El Mismo, *ADPCP* 1989, p. 637 y s.

(7) Vid., Jakobs, *ADPCP* 1989, p. 639.

(8) Vid., con argumentos concluyentes, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 327.

(9) Sobre los criterios de la lógica borrosa y su relevancia en el sistema penal, Silva Sánchez, en *El sistema integral del Derecho penal*, Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), p. 17 y s.

(10) Vid., la referencia, Donini, *RTDPE*, 1-2 (1999), p. 5.

llevan consigo competencias de conocimiento, es decir, que el ciudadano debe conocer la relevancia jurídico-penal de su actuación[11]. Una completa estandarización de la imputación significaría afirmar el conocimiento de estos aspectos únicamente por el hecho de tener la titularidad del rol[12]. Este proceder, sin embargo, resulta incompatible con el criterio de la evitabilidad que informa las estructuras de imputación en el Derecho penal contemporáneo, pues permitiría atribuir responsabilidad aun cuando el autor no se encuentre en posición de evitar el resultado. Para impedir esta imputación estandarizada aparece en escena precisamente la subjetivización o personalización de la imputación[13]. Esta personalización obliga a establecer, además, si las competencias de conocimiento impuestas por el rol pueden exigírsele a la persona del autor y, por tanto, si éste ha estado en situación de evitar la infracción[14]. Si sus circunstancias personales permiten atribuir los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar una imputación subjetiva[15]. En otras palabras: la

---

(11) Vid., en esta línea, JAKOBS, en *Estudios*, p. 128 y s.; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 55; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 133 y ss. Resalta lo decisivo de la competencia por el conocimiento, GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 173 y s.

(12) Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 16.

(13) JAKOBS, *RPDJP* 1 (2000), p. 143, habla de "personalización más especial". En la misma línea, CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 76. Una imputación subjetiva basada en el principio de la libertad de raíz kantiana defienden, por el contrario, GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 39; KÖHLER, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 82.

(14) Esta exigencia se corresponde con la llamada evitabilidad individual de JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 640, en el sentido de capacidad de rendimiento basada en la disposición a cumplir la norma. Actualmente JAKOBS, en *Estudios*, p. 121, prefiere hablar de una evitabilidad objetiva.

(15) Con ello se cumple la mayor contextualización que exige RAGUÉS I VALLÈS, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 273, incluso para el ámbito del Derecho penal económico. No obstante, hay que reconocer, como lo pone de manifiesto el referido autor (*el dolo*, p. 467), que no puede tratarse de simples características o cualidades personales del autor, pues con ello se beneficiaría al desinteresado y se perjudicaría al escrupuloso. Esta situación hace

imputación subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes.

Desde nuestra comprensión de la imputación basada en la evitabilidad, la imputación subjetiva tiene dos formas de manifestación: el dolo y la culpa. No se trata, sin embargo, de dos formas permanentes e inmutables de la faceta subjetiva del delito[16], sino de una creación dogmática a partir de los criterios ordenadores de la imputación penal, los cuales, por otra parte, no tienen necesariamente que coincidir con los criterios cotidianos de imputación de responsabilidad[17]. Con base en estas ideas, nos atrevemos a sostener que en la configuración actual del sistema penal el dolo y la culpa constituyen una imputación de conocimiento sobre el carácter defraudatorio del hecho realizado. Su diferencia se encuentra únicamente en un plano cuantitativo[18], referido concretamente al conocimiento de la defraudación de la norma. Si el nivel de conocimiento atribuido al autor sobre la defraudación de la norma obligaría a un ciudadano fiel al Derecho a desistir de su actuación

---

que Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 468 y ss., recurra a un criterio objetivo ofrecido concretamente por la conducta del autor. Por nuestra parte, consideramos que el juicio de la imputación subjetiva debe mantenerse en las circunstancias personales del autor, pero sometido a un criterio normativo, no psicológico. Es decir, que las circunstancias personales del autor le permitan alcanzar el conocimiento necesario para fundamentar una imputación, con independencia de si efectivamente se ha alcanzado.

(16) En este sentido Roxin, *ZStW* 76 (1964), p. 584 y s.

(17) Vid., Jakobs, *ADPCP* 1989, p. 639. Por el contrario, la teoría de la atribución pone de manifiesto los aspectos comunes entre el análisis cotidiano de la acción y los científicos; vid., con mayor detalle, Kuhlen, en *Recht und Moral*, Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), p. 341 y ss.

(18) Por el contrario, Rodríguez Montañés, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 279, considera que la diferencia entre dolo e imprudencia es cualitativa. En contra de una distinción cualitativa, Molina Fernández, *Antijuridicidad penal*, p. 721; El Mismo, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 734 y ss.

riesgosa o a interrumpir un suceso riesgoso, se tratará de un delito doloso. Por el contrario, si el nivel de conocimiento resulta insuficiente para activar este deber, pero esta insuficiencia del conocimiento se hubiese vencido de haberse cumplido con ciertos de deberes de cuidado (deber de informarse, por ejemplo), estaremos ante un delito culposo[19].

El llamado elemento *volitivo*, importante aún en la doctrina dominante para delimitar el dolo eventual de la llamada culpa consciente, no forma parte en propiedad de la imputación subjetiva del hecho basada en la evitabilidad individual[20]. El deber de evitar la producción de un resultado lesivo se activa únicamente con el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de producción del resultado defraudador, con independencia de la voluntad del autor de producir dicho resultado[21]. Esta afirmación, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el Derecho penal requiera imputar al autor una "voluntad particular" para decidir determinadas cuestiones generales de la imputación como la tentativa o el delito continuado, o fundamentar hechos concretos que requieren un especial ánimo del autor para adquirir relevancia penal.

---

[19] Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, *ZStW* 96 (1984), p. 25 y ss., 34. Sobre la cercanía de la evitabilidad, JAKOBS, en *Estudios*, p. 170. Por el contrario, FRISCH, *Vorsatz*, p. 46 y ss., recurre a la mayor peligrosidad frente a bienes jurídicos en los delitos dolosos. Hace mención a un "efecto de llamada del tipo" mayor en los delitos dolosos, VOGEL, J., Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

[20] Destacan actualmente la irrelevancia del elemento volitivo en el dolo HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 434 y ss.; FRISCH, *Vorsatz*, p. 255 y ss.; KINDHÄUSER, *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.; HERZBERG, *JuS* 1986, p. 249 y ss.; SCHUMANN, *JZ* 1989, p. 427; PUPPE, *ZStW* 103 (1991), p. 14 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC* 65, p. 271 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 275 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, p. 248. En el ámbito del Derecho penal económico defiende este parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 170.

[21] Vid., GARCÍA CAVERO, en *Cuestiones actuales*, p. 28.

III. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE DOLO EN EL DELITO ECONÓMICO

1. Cuestiones generales del dolo

A. La configuración penal del dolo

En una comprensión de la norma penal como norma de conducta dirigida a evitar la lesión de un bien jurídico, el dolo se muestra no sólo como un elemento subjetivo necesario para la imputación del hecho, sino también como la forma más grave de infracción de la norma[22]. La imposición de una sanción penal se encontrará fundamentada en el hecho de que el sujeto ha conocido y querido realizar todos los elementos pertenecientes al tipo penal[23]. El contenido del tipo subjetivo estaría constituido por una especial relación subjetiva entre el autor (conocimiento y voluntad) y la lesión de un bien jurídico penalmente protegido[24]. A ello se le agregaría un conocimiento del hecho como penalmente prohibido (conocimiento de la antijuricidad del hecho), ya que para atribuir responsabilidad penal no basta que el autor sepa que realiza una determinada conducta lesiva, sino que debe saber que se trata de una conducta antijurídica.

---

(22) Vid., Antolisei/Conti, *Istituzioni*, p, 189.

(23) Vid., en nuestro país, Rojas Vargas, *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 46, n.m. 752. Sobre esta comprensión aún dominante del dolo en el Derecho penal alemán, vid., Frisch, *Vorsatz*, p. 24; Roxin, *Strafrecht*, AT § 12, n.m. 4; Schmidhäuser, *Vorsatzbegriff*, p. 5, nota 3. En la actualidad Kargl, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15 y ss., intenta mantener, aunque desde una función preventivo-especial, la realidad psíquica del sujeto como referencia del dolo.

(24) A esta comprensión se le presentan dos problemas: en primer lugar, la dificultad de encontrar en el dolo eventual el elemento voluntativo (vid., sobre esta cuestión con mayor detalle, Frisch, *Vorsatz*, pp. 4 y ss., 473 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT § 12, n.m. 21 y ss.), y en segundo lugar, la punibilidad de la culpa inconsciente, en la que no resulta posible la vinculación subjetiva con la lesión del bien jurídico (rechaza, por ello, la punibilidad de la culpa inconsciente, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 223).

La comprensión esbozada del dolo se encuentra, sin embargo, actualmente cuestionada. A los problemas generales de poder demostrar el conocimiento psicológico del autor y sobre todo la voluntad subjetiva[25], se suman otros propios del Derecho penal económico. En primer lugar, parece muy difícil que al realizar el delito los actores económicos cuenten con un conocimiento actual sobre las distintas repercusiones de su hecho, debido no sólo a la propia complejidad de la economía, sino también a la división del trabajo en los distintos ámbitos económicos o empresariales[26]. Por otra parte, tratándose de la protección de los llamados bienes jurídicos supraindividuales, el conocimiento del sujeto económico difícilmente resulta suficiente para comprender cómo su conducta concreta puede afectar el funcionamiento de ciertos sectores de la economía[27]. Estos aspectos, entre otros muchos, nos obligan a reformular la imputación dolosa en el Derecho penal y a desvincularla por completo de la comprensión psicologicista que impera todavía en la dogmática penal contemporánea.

La configuración del dolo adquiere contornos distintos si orientamos el Derecho penal a la restabilización de expectativas normativas

---

(25) Por ello, un defensor de la norma de determinación como eje de la función del Derecho penal como SCHÜNEMANN, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 69 ha tenido que aceptar un componente objetivo en el elemento anímico del dolo.

(26) Para evitar estos problemas del conocimiento actual, la doctrina penal ha formulado distintas interpretaciones orientadas a admitir el conocimiento no actual, como, por ejemplo, la teoría de la co-consciencia de PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform*, p. 83 y ss. Crítico ante esta comprensión en la medida que permitiría en algunos supuestos una presunción del dolo, KÖHLER, *GA* 1981, p. 285 y ss.

(27) Por esta razón, se ha introducido el concepto de riesgo en el Derecho penal con el que se ha buscado relativizar las exigencias de conocimiento del dolo, reduciendo este conocimiento al riesgo creado por la conducta. En este sentido, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, pp. 131, 357, señala que el dolo no alcanza la realización del riesgo en el resultado, bastando que sea una continuación socialmente adecuada del riesgo creado. En la misma línea, FRISCH, *Vorsatz*, p. 340 y ss.; EL MISMO, *Verhalten*, p. 586 y s.

de conducta defraudadas. El dolo estaría conformado por la imputación del conocimiento necesario para que el autor reconozca suficientemente que su actuación producirá consecuencias que cuestionan la vigencia de expectativas sociales elementales[28], de manera que si se mantiene fiel al Derecho tendría que desistir de emprender dicha actuación o interrumpir un suceso riesgoso. Como se verá a continuación, esta reformulación del dolo no constituye sólo un cambio de palabras, sino que trae consigo un conjunto de modificaciones sustanciales respecto de su contenido tradicional.

a. La falta de necesidad del elemento volitivo

Con buen criterio el legislador penal no ha establecido, a diferencia del legislador de 1924, una definición de dolo que establezca cuáles son sus elementos constitutivos. Y decimos con muy buen criterio porque el contenido del dolo no puede fosilizarse con una determinada definición estática, sino que debe determinarse atendiendo al carácter dinámico de la sociedad y, por tanto, al cambio de las estructuras de imputación de responsabilidad penal. En este sentido, la respuesta a la pregunta sobre el contenido del dolo requiere de un análisis de los criterios de imputación que configuran el Derecho penal de la sociedad actual. En un Derecho penal que se encarga de proteger bienes jurídicos frente a ataques dirigidos a lesionarlos, resulta lógico entender que la acción más grave desde el punto de vista subjetivo es aquella que contiene una voluntad específica de lesionar el bien jurídico. El dolo no podrá estar constituido solamente por el conocimiento, sino que requerirá de un elemento volitivo referido al resultado lesivo. Por el contrario, en un Derecho penal que se encarga de evitar la creación de riesgos prohibidos, resulta lógico que el elemento volitivo deje de ser decisivo y el centro del reproche se encuentre en el conocimiento de la generación de los riesgos prohibidos. No cabe duda que la actual configuración social se corresponde con esta segunda visión del Derecho penal.

---

(28) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*; AT Apdo 8, n.m. 8, señala que el dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias. En la misma línea, anteriormente, Schmidhäuser, *Vorsatzbegriff*, p. 11 y ss.

Con base en lo anterior, puede decirse que la imputación dolosa constituye la acción subjetivamente más grave en la medida que el autor conoce de forma clara el carácter defraudador de su comportamiento, siendo el elemento volitivo un signo de mayor infidelidad al Derecho, pero no un elemento constitutivo de la evitabilidad exigida respecto de su comportamiento. En este sentido, el elemento volitivo no resultará necesario para fundamentar la evitabilidad individual del delito doloso, aunque su presencia pueda manifestar en el caso concreto un mayor reproche subjetivo al autor (como dolo directo de primer grado). Puede incluso que en determinados tipos penales se requiera del elemento volitivo como elemento necesario para fundamentar la relevancia penal del comportamiento por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva. Pero lo que debe quedar claro es que la forma básica del dolo no requiere un elemento volitivo respecto del contenido de la acción empredida[29]. El dolo es solamente conocimiento suficiente de la aparición del riesgo que genera un deber de evitación, expresado como deber de no emprender o interrumpir la acción riesgosa[30].

---

[29] Vid., así, KINDHÄUSER, en *Cuestiones actuales*, p. 50; BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 70, 78. De otro parecer, ROJAS VARGAS, *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120. Por su parte, la jurisprudencia en nuestro país exige la demostración, prácticamente imposible, de este elemento subjetivo. Vid., en este sentido, la sentencia de la Corte Suprema del Exp. 01-98 Lima de 16 de octubre de 1998 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 362 y ss.], la sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 3019-98 Puno de 18 de septiembre de 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 115 y s.], la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 4390-98 de 11 de diciembre de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 41] y la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 601-99 de 16 de agosto de 1999 [*Diálogo con la jurisprudencia* 41 (2002), p. 165 y s.]. En la jurisprudencia penal española, por el contrario, se aprecia una orientación clara a la renuncia del elemento volitivo, tal como lo expone BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 73 y ss.

[30] Por lo tanto, el dolo resulta igual en la acción y la omisión. Por eso no se entiende, como lo destaca BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 71, que desde hace mucho en la comisión por omisión el dolo se configure únicamente con el elemento cognitivo

b. *La determinación del conocimiento en el dolo*

Precisado que el dolo es conocimiento sobre la aparición del resultado suficiente para llevar a un ciudadano fiel al Derecho a no emprender la acción riesgosa o interrumpir un suceso riesgoso, debemos ocuparnos de fijar la manera cómo se determina penalmente este conocimiento. La doctrina tradicional divide, para tal fin, los criterios de determinación del conocimiento en función de la clasificación «elementos descriptivos y elementos normativos del tipo»[31]. La opinión general tiende a exigir en los elementos descriptivos una percepción sensorial y en los normativos una referencia a normas o valoraciones que permitan una atribución de sentido[32]. En la medida que el conocimiento en los primeros se adquiere a través de una percepción sensorial, no será necesario ningún criterio normativo de determinación, sino simplemente una constatación del juez mediante ciertos datos objetivos que evidencian el conocimiento sensorial de ciertos aspectos del hecho por parte del autor. Sin embargo, ya la doctrina penal ha reconocido que muchos de los catalogados elementos descriptivos, como, por ejemplo, arma o persona, pueden presentar dificultades de determinación en ciertas zonas limítrofes[33], por lo que puede decirse que también estos elementos del tipo presentan un cierto contorno normativo[34]. El mismo fenó-

---

(31) O similares: como elementos normativos en sentido amplio y elementos normativos en sentido estricto, como lo hace Engisch, *FS-Mezger*, p. 140; hechos naturales y hechos institucionales, como lo hace Darnstädt, *JuS* 1978, p. 441 y ss.; elementos unidimensionales y pluridimensionales, como lo hace Kunert, *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss.

(32) En este sentido, por ejemplo, Rudolphi, *SK* § 16, n.m. 21; Cramer/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder *StGB*, § 15, n.m. 17 y ss.

(33) Vid., en este sentido, Schlüchter, *Irrtum*, p. 100 y s.; La Misma, JuS 1985, p. 374; Dopslaff, *GA* 1987, p. 18; Kindhäuser, en *El error*, p. 144.

(34) Así, Radbruch, *FS-Frank*, I, p. 167; Wolf, E., en *Die Reichsgerichtspraxis*, V, p. 56; El Mismo, *Die Typen*, p. 60; Kaufmann, Arthur, *Unrechtbewusstsein*, p. 176; Engisch, *FS-Mezger*, p. 142 y ss. (que luego distingue entre elementos normativos en sentido amplio y en sentido estricto); Lenckner, *JuS* 1968, p. 256; Haft, *JuS* 1975, p. 480; Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 37; Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 419; Puppe, en *El error*, p. 95; Groteguth, *Norm- und*

meno de relativización de la diferencia puede apreciarse desde los llamados elementos normativos, en los que se empieza a reconocer la existencia de una base fáctica que requiere también de una labor de percepción sensorial y en la que pueden tener lugar igualmente ciertas situaciones de error(35). De esta manera, se ha llegado a la conclusión de que todos los elementos del tipo penal requieren de una percepción y de un proceso de valoración(36). El conocimiento necesario para la atribución del dolo se presenta de esta manera como un proceso de conocimiento por percepción sensorial y de valoración. No hay elementos descriptivos y normativos, sino una percepción sensorial y una valoración que permitirían al autor conocer que lleva a cabo un hecho delictivo.

Además de la relativización de la diferencia entre elementos descriptivos y normativos, hay que destacar que el proceso descrito de determinación del conocimiento de estos elementos del tipo penal resulta tan evidente como inapropiado. No cabe duda que desde una perspectiva interna el autor debe conocer la realización de los aspectos descriptivos y normativos del hecho recogidos en el tipo penal. Pero este proceder desconoce que la determinación de la responsabilidad penal no se hace desde la perspectiva interna del autor, sino desde fuera. En esta línea, resulta usual precisar que la determinación de lo interno debe hacerse con base en ciertos datos objetivos que evidencian las disposiciones internas del autor (así lo hizo el Tribunal Supremo español respecto de la demostración del *animus necandi* del autor). Pero esta comprensión disfraza la realidad del procedimiento de atribución de responsabilidad penal, en

---

Verbots(un)kenntnis, p. 76 y ss.; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s.; HERZBERG/HARDTUNG, *JuS* 1999, p. 1073; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder *StGB*, § 15, n.m. 20, 39; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 17.

(35) Vid., en este sentido, SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 75 y s.; LA MISMA, *wistra* 1985, p. 44; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 37; PUPPE, en *El error*, p. 105 y s.

(36) En este sentido, RADBRUCH, *FS-Frank*, I, p. 167; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 304; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168; BAUMANN, *JZ* 1960, p. 10; PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform*, p. 41; WARDA, *Jura* 1979, p. 801; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 37; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 11, n.m. 1083.

el que no se verifica ningún conocimiento psicológico del autor, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal[37]. A la línea de pensamiento que busca destacar esta realidad de las cosas se le conoce actualmente como normativización del Derecho penal.

Una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito[38] y se convierte en una imputación de conocimiento con criterios normativos[39]. Estos criterios normativos de la imputación de conocimiento no dependen de indicadores externos al Derecho penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente jurídico-penal[40]. En este sentido, si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor. De esta manera, para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular. No obstante, la sola existencia de estas competencias de conocimiento no basta para afirmar un conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario, además, que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación no estaría personalizada.

---

(37) Vid., Cancio Meliá, *LH-Bacigalupo* (España), p. 75.

(38) Vid., en este sentido, en general, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 55L; Ragués i Vallès, *El dolo*, pp. 272, 357. En concreto para el Derecho penal económico, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 169. Por el contrario, Frisch, *Vorsatz*, p. 346 y ss., se centra en el *conocimiento del autor* de los aspectos relevantes de la conducta típica (la creación del peligro desaprobado).

(39) Vid., en este sentido, Hruschka, *FS-Kleinknecht*, p. 201; Cancio Meliá, *LH-Bacigalupo* (España), p. 75.

(40) Vid., igualmente, Cancio Meliá, *LH-Bacigalupo* (España), p. 77.

Como lo acabamos de señalar, el conocimiento que fundamenta el dolo no depende de la tradicional diferencia entre «elementos descriptivos y elementos normativos», sino que el conocimiento del hecho típico contiene «una percepción sensorial y un proceso de valoración». En este sentido, la fundamentación del dolo requiere poder imputar al autor el conocimiento necesario del hecho por percepción sensorial y por valoración para activar un deber de evitar realizar ese hecho. Entre ambos aspectos del conocimiento no existe una diferencia cualitativa(41), de manera que el criterio para decidir su imputación al autor sigue siendo las competencias de conocimiento exigidas por el rol y las circunstancias personales del autor(42). La diferencia se encuentra únicamente en los criterios utilizados para precisar las competencias de conocimiento exigidas al autor. Mientras que la imputación de conocimiento por percepción sensorial cuenta con criterios de determinación más generalizados, en la imputación por valoración existe una mayor posibilidad de sectorializar las exigencias. Desarrollemos estas afirmaciones de manera más detenida.

El conocimiento por percepción sensorial que se requiere para imputar el dolo al autor se determina normativamente(43). Al juez no le es posible verificar un conocimiento a través de los sentidos del autor, por lo que sólo queda recurrir a un criterio normativo para hacerlo. Este criterio normativo tiene como punto de partida las competencias de conocimiento derivadas de los roles atribuidos a la persona. En el caso del rol general de ciudadano, la determinación de lo que el autor conoció sensorialmente tiene como base la figura de

(41) Vid., en este sentido, KUNERT, *Die normativen Merkmale*, pp. 38 y s., 91; LENCKNER, *JuS* 1968, p. 249; HERBERGER, en *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Koch (Hrsg.), p. 124; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 13; LA MISMA, *wistra* 1985, p. 44; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 26.

(42) Sobre la configuración del lado subjetivo del hecho con base en roles, vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 128 y ss.

(43) En este sentido, en general para el Derecho penal, HERBERBERG, en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), p. 153; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, I § 20, n.m. 56; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 37; KUHLEN, *Unterscheidung*, pp. 228, 419.

una persona responsable con las capacidades normales de percepción. No obstante, esto no basta para fundamentar la imputación de conocimiento de los aspectos fácticos, sino que es necesario precisar además que el autor en sus concretas condiciones personales debía conocer esos aspectos. Las averiguaciones procesales deben orientarse precisamente a la determinación de este contexto específico[44], el cual podría incluso reducir la exigencia normativa respecto del ciudadano con capacidades normales de percepción (por ejemplo, si se trata de un miope)[45], siempre que la situación de menor capacidad de percepción no se atribuya al sujeto como propia culpa o como un deber de no emprender ciertas acciones en determinadas circunstancias[46]. Por otra parte, la determinación de las competencias de conocimiento puede también elevar el grado de conocimiento respecto de un ciudadano con capacidades normales, en la medida que el autor haya incorporado potencialidades especiales en su relación con los demás. Este aumento de la imputación del conocimiento por percepción sensorial tiene lugar por lo general en el caso de roles especiales, en donde muchas veces la idoneidad para asumir tales roles depende de ciertas facultades específicas de percepción (policía, médico, etc.). Como puede verse, la imputación de conocimiento por percepción sensorial que fundamenta el dolo se realiza mediante criterios normativos jurídicamente establecidos.

Para la determinación del *conocimiento por valoración*, la doctrina penal ha desarrollado, a propósito de los elementos normativos del tipo, criterios muy diversos. Por un lado, pueden apreciarse propuestas que se centran en el conocimiento del autor sobre determinados aspectos de la realidad. Así, algunos han exigido solamente el conocimiento de las circunstancias fácticas[47], mientras que

---

(44) Vid., en este sentido, Hruschka, *FS-Kleinknecht*, p. 202.

(45) Sobre las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 425 y ss.

(46) Sobre cómo lo normativo puede condicionar el conocimiento fáctico, vid. Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 33.

(47) Así la llamada teoría de los conceptos complejos de von Hippel, en *Vergleichende Darstellung*, AT, T. III, p. 373 y ss.; El Mismo, *Lehrbuch*, p. 138: el

otros han requerido además el conocimiento del sentido de las circunstancias del hecho penalmente relevantes[48]. Por otro lado, se encuentra la línea de interpretación que establece como referencia para la determinación de este conocimiento las propias normas jurídicas mediante una valoración paralela[49], una reducción

conocimiento de estos elementos del delito no necesita que el autor se haga una representación completa del concepto jurídico, sino que basta que tenga una representación de los elementos que constituyen o dan lugar a estos conceptos. Similarmente, FRANK, *Strafgesetzbuch*, § 59, comentario II. Posteriormente también VON WEBER, *GA* 1953, p. 161 y s., para determinados elementos normativos del tipo. Una generalización del criterio de los elementos complejos para la determinación del conocimiento de todos los elementos de tipo penal muestra de alguna manera la propuesta de HERBERGER, en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), p. 153 y s.

(48) Vid., así, HARDWIG, *GA* 1956, p. 369 y s., en tanto entendía que con la determinación del dolo se trata propiamente de una aprehensión de sentido. En esta misma dirección se encuentra la propuesta de KUNERT, *Die normativen Merkmale*, p. 82 y ss., en la medida que exige igualmente para el dolo la comprensión de las circunstancias del hecho con base en su diferencia entre elementos unidimensionales (referidos al ámbito estrictamente natural) y los elementos pluridimensionales (referidos al ámbito social o cultural), y entre los que existe solamente un diferente grado de comprensión. En la misma línea se mueve también la interpretación de DARNSTÄDT, *JuS* 1978, p. 442 y ss., quien con base también en una clasificación distinta a la tradicional (hechos naturales y hechos institucionales), concluye que el dolo en los elementos normativos, esto es, los referidos a hechos institucionales, se encuentra presente si el autor conoce también su significado social.

(49) La paternidad de la fórmula de la valoración paralela se le atribuye a MEZGER, *Lehrbuch*, p. 328, quien exigía para el dolo únicamente una apreciación del elemento del tipo, rectificadora de la valoración legal-judicial, en el ámbito de pensamientos de la persona individual y el entorno del autor. No obstante, la doctrina penal se remonta incluso a la llamada "subsunción conforme al profano" de BINDING, *Normen*, III, p. 148. Por su parte WELZEL, *JZ* 1954, p. 279, no estuvo de acuerdo con calificar a este procedimiento como una valoración, sino, más bien, como una comprensión espiritual, lo que motivó que utilizara la expresión "juicio paralelo en la consciencia del autor". Pese al acuerdo mayoritario en la doctrina sobre la determinación del conocimiento de los elementos normativos del tipo con base en la valoración en la esfera del profano, se puede decir que la doctrina y la jurisprudencia alemanas no se ponen de

teleológica[50] o una concreción de la norma en la situación del autor[51]. No cabe duda que esta segunda línea de interpretación se ajusta más a una concepción normativa del Derecho penal, pero debe señalarse que aun con todo se muestra insuficiente. Estas formulaciones no han terminado de dar el salto a una construcción normativa en la imputación del dolo, en la medida que intentan colocarse todavía en el mundo de las representaciones del autor. Como ya lo

---

acuerdo en el contenido de esta valoración, de manera tal que siempre resulta posible hacer reducciones injustificadas a la fórmula cuando se entiende que exige demasiado en determinados contextos (vid., en este sentido, Frisch, en *El error*, pp. 52, 75; Dopslaff, *GA* 1987, p. 25; Kindhäuser, en *El error*, p. 155; Schwegler, *Der Subsumtionsirrtum*, p. 127). Como lo ha puesto de manifiesto Busch, *FS-Mezger*, p. 168, la teoría de la valoración paralela en la esfera del profano estuvo dirigida más a evitar que el juez utilice su propia perspectiva (la jurídica) que a ofrecer un criterio para determinar el conocimiento de los elementos normativos del tipo. Actualmente, han intentado dar contornos específicos a este criterio, Backes, O., *Die sogenannte Parallelwertung*, p. 91 y ss.; Kaufmann, Arthur, *Die Parallelwertung*, p. 36 y ss. Críticamente frente a estas nuevas formulaciones de la valoración en la esfera del profano, Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 455 y ss, 464 y ss.

(50) En este sentido, Schlüchter, *Irrtum*, p. 6 y ss.; La Misma, *JuS* 1985, p. 374, quien a partir de los conceptos de connotación y denotación manejados en la semántica general, considera que el conocimiento penalmente relevante en los elementos normativos consiste en el conocimiento de las partes del hecho a los que hace referencia el tipo penal correspondiente interpretado teleológicamente, esto es, si el autor ha conocido del hecho referido por el tipo penal lo suficiente para darse cuenta del componente significativo referido al bien jurídico. Comparte la propuesta de Schlüchter, Maiwald, *Unrechtskenntnis*, p. 20, nota 57 a. Críticamente frente a la reducción teleológica, Puppe, en *El error*, p. 91 y ss.

(51) En esta dirección discurre, en primer lugar, la propuesta de Frisch, en *El error*, pp. 72 y ss., 77 y s., con la idea de la concreción específica para el autor del fundamento de la prohibición. Similarmente, la propuesta de Puppe, en *El error*, p. 95 y ss., en tanto busca concretar el sentido del tipo penal en el hecho y exigir para el dolo del autor únicamente este conocimiento. Menos estricta se presenta, por el contrario, la interpretación de Kindhäuser, en *El error*, p. 144 y ss., quien no exige en el dolo el conocimiento del sentido de la norma penal, sino simplemente los presupuestos empíricos del juicio de veracidad sobre la oración normativa del tipo.

hemos indicado, el Derecho penal no puede, ni debe, entrar directamente en la interioridad de la persona, sino realizar con sus propios criterios normativos una imputación de esa disposición interior. Por esta razón, vamos a hacer en las líneas que siguen un esbozo general de la imputación de conocimiento por valoración en una comprensión normativa del Derecho penal, advirtiendo desde un principio las limitaciones que impone una exposición general.

En el caso de los procesos valorativos, el ordenamiento jurídico se ve obligado a realizar una mayor especificación de las competencias de conocimiento del rol correspondiente, ya que la objetividad de las valoraciones resulta menor frente a las capacidades de percepción de un sujeto. En este sentido, la determinación de lo que un sujeto debía conocer depende, en cuestiones de valoración, de muchas referencias normativas establecidas por el ordenamiento jurídico. Debe reconocerse, sin embargo, que no se trata de incluir todas las competencias jurídicas atribuidas al sujeto, sino solamente aquellas que se muestran como relevantes para evitar la concreta defraudación de expectativas que se atribuye al autor. La imputación de conocimiento significa determinar si tales competencias de conocimiento pueden exigírsele al autor en su situación personal. Como puede verse, el criterio normativo que utilizamos realiza un giro frente a la determinación usual del dolo, en tanto establece desde el Derecho penal el conocimiento por valoración de los elementos del delito. En este sentido, el juez no baja en su valoración a la esfera del profano, sino que sube, más bien, al sujeto individual al nivel de ciudadano y determina en este lugar el conocimiento de los elementos del hecho delictivo considerando sus circunstancias personales. Veamos la capacidad de resolución de este criterio con un ejemplo concreto.

Pensemos en una persona mayor de edad, aparentemente sin ningún problema mental, con educación primaria, secundaria y superior, que ha vivido siempre en la capital en un nivel medio, con un grupo de amigos de su círculo profesional, que trabaja desde hace diez años como director de una empresa aceitera y que para obtener mayores beneficios económicos decide refinar aceite industrial desnaturalizado con anilina y venderlo como aceite para

el consumo humano[52]. Sin entrar en un análisis detallado de la imputación objetiva, supongamos que efectivamente esta conducta encuadra en el tipo objetivo del delito de tráfico de productos nocivos del artículo 288 del Código penal. En cuanto a la imputación subjetiva, que es la que aquí nos interesa, cabe decir primeramente que el juez no verifica lo que el sujeto tenía en mente al comercializar el aceite industrial, en donde lo único que encontraría sería en todo caso una mezcla de sentimientos que difícilmente un jurista podría ordenar con fines de imputación. Tampoco se pone en lugar del sujeto al momento de cometer el hecho y hace desde ahí una valoración paralela para determinar si tal sujeto conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación[53]. Todo lo contrario, lo que hace el juez penal es considerar al sujeto en su posición de administrador de una empresa del ramo aceitero y determinar si las competencias de conocimiento derivadas de tal posición pueden exigírsele en sus concretas circunstancias personales[54]. Que el sujeto sabía que estaba comercializando un producto capaz de comprometer la salud de los consumidores, resulta fácilmente imputable, pues al administrador de una empresa aceitera con muchos años en el ramo puede exigírsele jurídicamente que cuando menos sepa que el aceite desnaturalizado con anilina constituye un producto nocivo[55].

---

(52) Se trata de una pequeña variación del famoso caso del aceite de colza sucedido en España en el año de 1981 y que produjo 330 muertes y 15,000 afectados. Sobre la trama central del caso, vid., Rodríguez Montañés, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón, (coord.), p. 263 y ss.

(53) Es así como proceden, en suma, la valoración paralela en la esfera del profano y el método de reducción teleológica.

(54) En el mismo sentido, la argumentación con otro ejemplo de Hruschka, *FS-Kleinknecht*, p. 194.

(55) Vid., sobre este aspecto en la sentencia del caso del aceita de colza, con puntuales comentarios, Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 100 y s.; Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 270 y s., aunque este mismo autor (*El dolo*, p. 358) prefiere hablar de reglas sociales de imputación de conocimientos en lugar de competencias de conocimiento. Una atribución del conocimiento con base en roles se puede apreciar en el voto singular de Rodríguez Medrano en el expediente N° 1640-97 Callao, de

Sus circunstancias personales no le han impedido acceder al conocimiento que su rol le exige. La posibilidad de que el refinado del aceite industrial elimine la anilina tóxica no permite excluir en el caso concreto el conocimiento de la nocividad del aceite por parte del autor, pues los empresarios de este sector deben saber también que los procesos actuales de refinado no aseguran la eliminación completa de la anilina(56). La posición del autor en el sistema económico permite imputarle el conocimiento del carácter nocivo del aceite, no pudiendo la consideración de sus circunstancias personales negar tal posibilidad de conocimiento.

c. El objeto del dolo

En la doctrina penal actual no sólo se discute sobre si el dolo se sustenta solamente en el conocimiento, sino también sobre cuál es el objeto de ese conocimiento. Un sector de la doctrina afirma que el conocimiento del dolo tiene por objeto solamente la conducta típica riesgosa(57), no siendo necesario abarcar el resultado producido e incluso el curso causal que lleva a la producción del resultado(58). Exigir un conocimiento de estos aspectos naturalísticos carecería de interés como objeto del dolo en una comprensión normativa de la imputación subjetiva(59). De esta manera, el conocimiento del dolo terminaría siendo prácticamente el mismo en los delitos de peligro (concreto) que en los delitos de lesión(60). Frente a este parecer, un

---

19 de marzo de 1998, respecto de los agentes de aduanas (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 87).

(56) Sobre la imputación del correcto conocimiento situacional, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 443 y ss.

(57) Vid., FRISCH, *Vorsatz*, p. 57 y ss. En el mismo sentido, HERZBERG, *JuS* 1986, p. 259 y ss.

(58) Así, JAKOBS, *Studien*, p. 90 y ss., señala que puede hablarse de dolo aun cuando el autor ni siquiera se plantea el curso causal, pero sabe que su acción en las condiciones dadas lleva al resultado.

(59) Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 587.

(60) En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 114 y ss.

sector importante de la doctrina penal muestra su disconformidad, pues entiende que el dolo no puede ser idéntico en los delitos de peligro (concreto) y en los delitos de lesión[61].

Como puede verse, la discusión brevemente esbozada gira en torno a la comprensión del delito como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero si, por el contrario, los elementos constituvos del delito se ordenan con base en la idea de la infracción de la norma, sea mediante la creación de un peligro concreto o la lesión de un objeto valorado positivamente, no se presentará una diferencia sustancial entre el dolo de peligro y el dolo de lesión. La diferencia se ubica solamente en el plano objetivo, pues subjetivamente en ambos tipos de delitos la imputación del conocimiento abarca la concreta aptitud lesiva del comportamiento[62]. Si en el delito de peligro concreto no se produce el resultado de lesión, se debe a factores que no pueden impedirse de forma planeada, por lo que no cabe imputarlos subjetivamente al autor. Si el delito de lesión tiene, por lo general, una pena mayor que el delito de peligro abstracto se debe fundamentalmente a la producción objetiva de un resultado lesivo (incremento del injusto por el resultado).

---

(61) Diferencian entre dolo de peligro y dolo de lesión, Rodríguez Montanés, *Delitos de peligro*, pp. 61 y ss., 103; La Misma, *El caso colza*, p. 203 y ss.; Maqueda Abreu, en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 193; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 114 y s.; Schünemann, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 72; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 46, n.m. 765. Una diferencia entre ambas formas de dolo, aunque renunciando al elemento volitivo, reconocen también Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 79; Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 509 y s.

(62) Si bien Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 456, exige la aptitud lesiva concreta en los delitos de resultado, lo que debería abarcar los tipos de lesión y de peligro concreto, señala luego (p. 509) que en los delitos de peligro concreto falta el juicio de aptitud lesiva concreta. En nuestra opinión el juicio de aptitud lesiva concreta se presenta en ambos delitos de resultado. La única diferencia entre los delitos de peligro concreto y los delitos de resultado se encuentra en el hecho de que el resultado lesivo en los delitos de peligro concreto no se produce por causalidad, pues todos los elementos necesarios para su producción se presentan en el caso concreto.

En los llamados delitos de peligrosidad (delitos de peligro abstracto), la imputación del conocimiento doloso se simplifica aún más. JAKOBS ha señalado que la colisión entre la estandarización y subjetivización de la imputación puede dulcificarse en el caso de los delitos de peligro abstracto (delitos de peligrosidad), en la medida que lo que importa en estos delitos es solamente el alejamiento de una conducta estándar con independencia de lo que el autor pudo prever(63). En este sentido, la imputación subjetiva en los delitos de peligrosidad no ofrece mayores problemas respecto del conocimiento del hecho delictivo, pues solamente será necesario poder imputar el conocimiento de ese apartamiento del estándar exigido. Para fundamentar el conocimiento de la realización de la conducta típica de un delito de peligro abstracto bastará con atribuir el conocimiento del alejamiento de la conducta estándar establecida.

d. El conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el dolus malus*)*

La reformulación del dolo conlleva finalmente la inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho, ya que la limitación del dolo a los elementos objetivos del tipo penal resulta insuficiente para fundamentar el conocimiento de un cuestionamiento del orden jurídico-penal(64). El dolo en el Derecho penal, y con mayor claridad en el Derecho penal económico, consiste en la imputación de conocimiento no sólo de los aspectos configuradores del tipo legal, sino también de su carácter prohibido. Esta cuestión constituye un tema que además de polémico resulta muy complejo, por lo cual hemos estimado conveniente dividir la exposición en varios puntos de discusión. En el primer punto, nos abocaremos a demostrar por qué el dolo debe abarcar el conocimiento del carácter prohibido del hecho (aa). Decidido este primer aspecto, nos ocuparemos, como segunda cuestión, de precisar cómo se imputa tal conocimiento al autor (bb). Por último, vamos a realizar algunas consideraciones

(63) Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 634.

(64) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 172. En el mismo sentido, aunque con puntos de partida distintos, SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 20 y s.

sobre el objeto del conocimiento del carácter prohibido del hecho a efectos de precisar aún más el contenido de la imputación subjetiva (cc).

aa) El conocimiento del carácter prohibido del hecho como parte del dolo

Creemos que es un error afirmar que la discusión sobre el alcance del conocimiento del carácter prohibido del hecho se reduce a una cuestión de ubicación sistemática debido a que esta polémica sólo se originó cuando el dolo dejó de ser considerado una forma de culpabilidad(65). Tal discusión doctrinal tiene, por el contrario, una historia anterior a la subjetivización del injusto, lo que hace que el *quid* del asunto se encuentre, más bien, en la cuestión de si el dolo debe abarcar o no el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Los primeros defensores de la llamada teoría del dolo(66) respondieron afirmativamente a esta cuestión, sobre todo en los casos de error no atribuible al autor, en oposición a la línea jurisprudencial del *Reichgericht* alemán que negó relevancia al desconocimiento del carácter antijurídico del hecho(67). Posteriormente y bajo el contexto dogmático impulsado por el finalismo –esto es, la separación del dolo y la culpabilidad, y la distinción entre un dolo natural y un *dolus malus*–, la teoría del dolo siguió siendo defendida por un sector de la doctrina que mantuvo el dolo como una forma de

(65) En este sentido, Koriath, *Jura* 1996, p. 114; Felip i Saborit, *Error iuris*, p. 28.

(66) La afirmación de que el dolo del autor debe abarcar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho puede remontarse a la teoría de la conminación psicológica de Feuerbach, en donde resultaba de central importancia que el autor potencial conociese la punibilidad del hecho proyectado (una exposición de la interpretación de Feuerbach, vid. en Maurach, *FS-Eb. Schmidt*, p. 306 y ss.; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 37 y ss.; Glandien, *Verbotsirrtum*, p. 21 y s.). No obstante, pueden encontrarse antecedentes de esta visión del dolo en el Derecho romano, en Santo Tomás de Aquino y en Kant, como lo pone de manifiesto Hruschka, *FS-Roxin*, p. 441 y ss. A la misma conclusión llega de alguna manera también el sistema dogmático propuesto por Binding a partir de su concepción de las normas jurídicas como imperativos (Binding, *Normen*, II, 2, p. 917). Vid., una exposición del pensamiento de Binding en Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 41 y ss.; Koriath, *Jura* 1996, p. 115.

(67) En este sentido, Frisch, en *El error*, p. 18.

culpabilidad[68], constituida por el conocimiento de las circunstancias del hecho y las valoraciones del autor[69]. En la actualidad, existen algunos autores que defienden todavía esta línea de interpretación en tanto incluyen el dolo o dolosidad como elemento de la culpabilidad[70]. Por el contrario, los defensores de la llamada teoría modificada del dolo admiten la separación del dolo y la culpabilidad, aunque exigen igualmente el conocimiento material de la antijuricidad del hecho para el dolo y sólo una conciencia de la antijuricidad formal como elemento de la culpabilidad[71].

A la teoría del dolo se opone la llamada teoría de la culpabilidad, la cual niega la inclusión del conocimiento del carácter antijurídico

(68) En la discusión de los años cincuenta mantienen una teoría del dolo: KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171; EL MISMO, *Das Schuldprinzip*, p. 222; MEZGER, *Lehrbuch*, 1. Aufl, p. 330; BINDOKAT, *JZ* 1953, p. 748 y ss.; MANGAKIS, *Das Unrechtsbewusstsein*, p. 81 y s.; LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 189; EL MISMO, *JZ* 1953, p. 362; SCHRÖDER, *MDR* 1950, p. 646; EL MISMO, *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.; SAUER, *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss. Defendió también el concepto de *dolus malus*, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 31, aunque después [EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.; EL MISMO, en *FS-Deutschen Juristentag*, 1, p. 401 y ss.] admite como materialmente justificado diferenciar entre error de tipo y error de prohibición. Para mantener de alguna manera su concepción del dolo, utiliza la llamada teoría del impulso, según la cual el conocimiento de los elementos del tipo genera un impulso en el autor para evaluar la juridicidad de su conducta.

(69) No obstante, el problema que se le presentó a la teoría clásica del dolo se debe a la equiparación psicológica que hace entre el conocimiento de las circunstancias del hecho y el conocimiento de la antijuricidad, lo que se mostró especialmente frágil en los casos del delincuente por convicción y en la enemistad o ceguera ante el Derecho. La llamada versión limitada de la teoría del dolo que buscaba justificar en estos casos la atribución de dolo, no era conciliable con los puntos de partida de la teoría del dolo. Vid., sobre esto, la exposición de GEERDS, *Jura* 1990, p. 429. Crítico ante la versión limitada (elástica) del dolo, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m 17; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 9.

(70) Vid., así, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 7/36; LANGER, *GA* 1976, p. 193.

(71) En este sentido, OTTO, *ZStW* 87 (1975), p. 590 y ss.; EL MISMO, *Jura* 1990, p. 647; GEERDS, *Jura* 1990, p. 427 y ss. Anteriormente de modo similar, HARDWIG, *GA* 1956, p. 373 y ss.

del hecho en el dolo. La formulación de esta teoría tiene su origen en el sistema dogmático finalista de Welzel[72], quien remitió el dolo natural a la tipicidad y dejó el conocimiento de la antijuricidad del hecho en la culpabilidad[73]. La consecuencia lógica de este cambio de ubicación fue limitar el objeto del dolo al conocimiento actual de las circunstancias del hecho sin incluir la valoración del hecho como contrario al ordenamiento penal[74]. Este planteamiento ha sido catalogado como la teoría estricta de la culpabilidad[75], lo cual evidencia que existen otras formas menos rígidas de concebir el dolo a partir de la teoría de la culpabilidad. La modificación o relajamiento de la teoría de la culpabilidad ha operado en dos planos diferentes.

---

(72) No obstante, se reconoce que la primera manifestación de esta teoría se encuentra en Mayer, M.E., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrecht*, p. 322, quien en un contexto dominado por una concepción objetiva del injusto sostuvo que el agente que actuó en error sobre la existencia de una causa de justificación debía ser castigado por delito doloso en caso de evitabilidad del error.

(73) Vid., con mayor detalle, Welzel, en *Abhandlungen*, pp. 243, 255. Anteriormente, también en el mismo sentido, Graf zu Dohna, *Aufbau*, p. 51. Críticamente frente a los argumentos de Welzel para excluir del dolo el conocimiento de la antijuricidad del hecho, Koriath, *Jura* 1996, p. 118 y s.

(74) En este sentido, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 77. Defienden la teoría de la culpabilidad a partir de los años cincuenta, Lange, *SJZ* 48, p. 309 y s. (que luego en *JZ* 1956, p. 519 y ss., lo limita al Derecho criminal); Welzel, *JZ* 1953, p. 267; Hartung, *JR* 1950, p. 545 y s.; El Mismo, *NJW* 1951, p. 210; von Weber, *FS-Mezger*, p. 183 y ss. (espec. p. 190). Importante en esta época es el criterio de distinción desarrollado por Busch, *FS-Mezger*, p. 165 y ss., según el cual el dolo alcanza a la valoración de los aspectos individuales de la acción, mientras que el conocimiento del injusto requiere de una valoración global. Mantienen la teoría de la culpabilidad recurriendo al criterio de Busch Sax, en *Annales Universitaris Saraviensis*, p. 415 y ss.; El Mismo, *JZ* 1976, p. 429 y ss.; Kaufmann, Armin, *ZStW* 70 (1958), p. 67; El Mismo, *FS-Eb. Schmidt*, p. 321; Kunert, *Die normativen Merkmale*, p. 83 y s.; Horn, *Verbotsirrtum*, p. 16; Schaffstein, *FS-Oberlandesgericht Celle*, p. 188 y ss.

(75) Mantienen una teoría estricta de la culpabilidad también, Kaufmann, Armin, *JZ* 1955, p. 37 y ss.; Hirsch, *ZStW* 94 (1982), pp. 239, 257 y ss.; Paeffgen, en *El error*, p. 185 y ss. Actualmente Hruschka, *FS-Roxin*, p. 455, sostiene que la teoría limitada de la culpabilidad es realmente la teoría estricta y consecuente de la culpabilidad.

Por una parte, se ha propuesto limitar la teoría de la culpabilidad sólo al Derecho penal esencial, ya que en el ámbito no esencial (Derecho penal económico, por ejemplo) resulta más adecuado seguir los postulados de la teoría del dolo[76]. Por el otro, y quizá éste sea el punto de discusión más relevante en la dogmática penal actual, se intenta atenuar las consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el tratamiento dogmático del conocimiento de los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación, en tanto los autores que admiten la separación del dolo y el conocimiento del injusto consideran insatisfactorio mantener la existencia de un delito doloso en estos casos. Por esta razón, un sector de la doctrina ofrece diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad que dan origen a las distintas formas de la teoría de la culpabilidad: teoría restringida de la culpabilidad, teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, teoría de la culpabilidad no autónoma, etc.[77]. Independientemente de la diferencia de soluciones que se ofrecen en los denominados casos-límite, puede decirse que los defensores de la teoría de la culpabilidad sostienen en general una separación del dolo y la conciencia del injusto, aunque reconocen que en el conocimiento del injusto están presentes aspectos que el dolo debe incluir[78].

En nuestra comprensión del dolo, como ya lo hemos adelantado, seguimos una estructura similar a la teoría del dolo, aunque podrá advertirse con facilidad ciertas diferencias sistemáticas en la medida que no necesitamos referir el dolo también a la culpabilidad. La culpabilidad, entendida como imputación personal, no precisa para ser afirmada de la distinción entre injusto doloso y culposo. La

---

(76) En este sentido, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 298 y ss.; EL MISMO, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 212 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.

(77) Vid., sobre esta discusión, GEERDS, *Jura* 1990, p. 425 y s.; FRISCH, en *El error*, p. 42 y ss.; GRÜNWALD, en *El error* p. 167 y ss.; PAEFFGEN, en *El error*, p. 184 y ss.

(78) Actualmente defienden la teoría de la culpabilidad NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 1 y ss.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 891; FRISCH, en *El error*, p. 69 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 8; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 18 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 452 y ss.; HRUSCHKA, *FS-Roxin*, p. 451 y ss.

inclusión del conocimiento del carácter antijurídico del hecho en el dolo se deriva, más bien, de las propias características de la imputación penal del hecho. Por ejemplo, en los delitos que recurren a los llamados elementos de valoración global del hecho puede verse claramente la necesidad de que el conocimiento de los elementos recogidos en el tipo abarque también la antijuricidad del hecho. En estos delitos, el dolo y el conocimiento de la antijuricidad del hecho no se pueden separar[79], pues el sentido delictivo del hecho solamente se alcanza si el autor puede contextualizar normativamente su actuación. La imputación del conocimiento de los elementos del tipo lleva consigo simultáneamente el conocimiento de la antijuricidad del hecho. En la medida que la valoración global resulta efectivamente necesaria para comprender la conducta penalmente sancionada, puede decirse que el conocimiento contextualizado de los elementos típicos del hecho trae consigo necesariamente el conocimiento de su carácter ilícito.

Las conclusiones a las que se llega en el caso de delitos con elementos de valoración global del hecho no deben entenderse como una excepción a la regla, sino como la manifestación más patente de la realidad general del dolo. En efecto, el dolo debe abarcar por regla general el conocimiento del carácter antijurídico del hecho porque de otra forma no sería posible poder imputarle subjetivamente al autor la creación de un riesgo prohibido o el incumplimiento de un deber positivo institucionalmente exigido[80]. Sin el conocimiento del contexto normativo no podría el autor crear un riesgo prohibido y mucho menos infringir la norma[81]. El dolo constituye la imputación de conocimiento a una persona no sólo de los elementos típicos que califican un hecho como prohibido, sino también el sentido global del hecho típico como defraudación de expectativas

---

(79) Igualmente, Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 118.

(80) Así, Frisch, *Verhalten*, p. 622 dice: "(...) el autor debe haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas (...). A ello debe agregarse la percepción de aquellos datos imprescindibles para calificar la conducta como creación de riesgo desaprobada".

(81) De manera categóricamente clara, Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 116 y ss.

normativas esenciales penalmente garantizadas. Ambos niveles de conocimiento son necesarios para la relevancia típica del comportamiento del autor, de manera que el conocimiento de la antijuricidad del hecho no puede separse del dolo del autor.

La vinculación entre el dolo y el conocimiento del carácter antijurídico del hecho se muestra discutible en ciertos delitos de peligro abstracto, concretamente en los que el conocimiento del tipo penal no implica necesariamente el conocimiento de su antijuricidad. Se trata de aquellos delitos que se prohíben no por sí mismos, sino por sus posibles consecuencias. El punto de discusión reside en la cuestión de si el solo conocimiento del apartamiento del estándar basta para imputar también el conocimiento del carácter prohibido del hecho(82). Desde un punto de vista psicológico no cabe duda que no podría sustentarse con el solo apartamiento del estándar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho, por lo que puede entenderse por qué Arthur KAUFMANN propuso negar el conocimiento del injusto en estos delitos(83). No obstante, consideramos que normativamente no puede admitirse una imputación subjetiva que renuncie al conocimiento de la relevancia jurídico-penal del hecho. Por esta razón, debe procederse a fundamentar el conocimiento de la prohibición jurídico-penal del hecho también en los delitos de peligro abstracto.

Si se considera suficiente para el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en los delitos de peligro abstracto el conocimiento de una contrariedad al tabú como tal, es decir, el ir contra la prohibición aunque no se produzca aparentemente nada malo(84), se habrá diluido lo característico de la prohibición penal. Tampoco sirve de mucho poder imputar el conocimiento de la lesión del "orden" como valor de la comunidad(85), pues ello tampoco lleva consigo el conocimiento de la relevancia jurídico-penal del hecho. La imputación de

(82) Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 196.

(83) Vid., en este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 190.

(84) Vid., así, STRATENWERTH, *FS-Lüderssen*, p. 376.

(85) Igualmente crítico ante esta fundamentación HORN, *Verbotsirrtum*, p. 23.

conocimiento en los delitos de peligrosidad (peligro abstracto) debe abarcar su carácter jurídico-penal, lo cual depende en gran medida del ámbito de actuación del autor[86]. Por esta razón, no basta imputar al autor el conocimiento de realizar una conducta antirreglamentaria, sino que debe imputarse además el conocimiento de que el apartamiento del modelo estándar tiene una gravedad en sí que conlleva consecuencias jurídico-penales. Si el autor no ha alcanzado este conocimiento por indiferencia frente al Derecho, habrá que determinar si, pese al desconocimiento psicológico, puede imputársele el conocimiento del carácter antijurídico del hecho[87]. El problema de la indiferencia ante el Derecho lo veremos más adelante (*infra*, III, 2, C).

bb) La imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho

Si consideramos que la imputación del dolo abarca el conocimiento del carácter prohibido del hecho, el criterio normativo para determinar si el autor ha conocido tal carácter no tiene por qué ser distinto[88]. Hay que indicar primero que no seguimos la formulación original de la teoría del dolo que requiere también un conocimiento actual de la antijuricidad del hecho al realizar la acción delictiva, pues, como ya lo pusimos de manifiesto, la imputación de conocimiento no lleva a cabo una verificación de la subjetividad del autor[89]. Incluso la reformulación de la teoría del dolo en el sentido de admitir también la conciencia del injusto en caso de delitos

(86) Similarmente, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 37.

(87) Vid., así, en sentido afirmativo, la propuesta de intepretación de Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 121 y s.

(88) Vid., Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 120. Esta igualdad de criterio normativo puede apreciarse incluso en la doctrina penal mayoritaria actual, en tanto utiliza la valoración paralela en la esfera del profano también para determinar los elementos de la antijuricidad. Vid., por todos en Alemania, Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 193 y s. En España, mantienen este parecer, Muñoz Conde, *El error*, p. 46; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 72.

(89) Vid., en el mismo sentido, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 56, al rechazar criterios psicológicos para determinar el motivo para reflexionar sobre el carácter antijurídico del hecho.

emocionales y ceguera ante el Derecho, tampoco ofrece una solución satisfactoria al respecto en la medida que admite estos supuestos sólo por vía de excepción(90). Esta insuficiencia puede hacerse extensiva a los trabajos de los años sesenta orientados a defender un conocimiento de la antijuricidad del hecho sin exigir su actualización mediante las fórmulas de la co-conciencia, conciencia de pensamiento objetivo o teoría de la configuración(91), en tanto no se desprenden del todo de una visión subjetivista del dolo. El conocimiento del carácter prohibido del hecho constituye una imputación que tiene lugar a partir de la consideración del sujeto como un ciudadano fiel al Derecho y las competencias de conocimiento exigibles en su situación personal.

Las apreciaciones realizadas nos muestran que nuestro criterio de imputación del conocimiento sobre el carácter antijurídico del hecho se corresponde más con el criterio de la potencialidad del conocimiento del injusto desarrollado por los defensores de la teoría de la culpabilidad(92). Mucha razón le asiste, en este sentido, a HORN cuando señala que un avance de la teoría de la culpabilidad frente a la del dolo es que también puede reprochársele el conocimiento del injusto a quien no conocía (psicológicamente) este carácter de su

(90) En este sentido la propuesta de MEZGER, *FS-Kohlrausch*, p. 180 y ss. Frente a esta propuesta vid., críticamente, WELZEL, *MDR* 1952, p. 586 y s. Por su parte, los partidarios de la teoría del dolo reprochan a Welzel que equipare actualidad y potencialidad del conocimiento del injusto (así, LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 191).

(91) Vid., en este sentido, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform*, p. 83 y ss., aunque limitado al dolo, puede igualmente trasladarse al conocimiento de la antijuricidad del hecho; SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 317 y ss.; SCHEWE, *Das Bewußtsein*, p. 189 y ss. Actualmente utilizan el término de co-conciencia para admitir la conciencia del injusto DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 21; OTTO, *Jura* 1990, p. 647; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 795; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 64. Críticamente frente a estos criterios, KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 274 y ss.

(92) Sobre el llamado conocimiento potencial del injusto, vid., con mayor detalle, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 296; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 29 y ss.; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 72, 116 y ss.; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 75 y ss.

acción, pero pudo conocerlo[93]. Ya que no se parte del conocimiento efectivo de la norma penal, esta interpretación del conocimiento del injusto tiende a no exigir un conocimiento de la ley penal formal, sino, más bien, un conocimiento (actual o debido) del valor material o sentido de la norma[94]. Un sujeto conoce el carácter antijurídico de su hecho si conoció o pudo conocer el sentido o el contenido valorativo de la norma penal[95].

Pese al avance iniciado por la teoría de la culpabilidad, ésta no ha sido lo suficientemente radical como para liberarse de una comprensión psicológica del conocimiento de la antijuricidad del hecho[96]. Solamente el término de "conocimiento potencial" da testimonio de ello y justifica el reproche de Arthur Kaufmann en el sentido de considerar este planteamiento una ficción[97]. Nuestra similitud con la teoría de la culpabilidad se encuentra exclusivamente en el uso de un criterio normativo de determinación, pero esta coincidencia no alcanza al contenido de tal criterio. Desde nuestro punto de vista, no se trata de una potencialidad sino, más bien, de una imputación actual de conocimiento, aun cuando se base en potencialidades de la persona. Más concretamente: al autor puede imputársele el conocimiento del carácter prohibido de su hecho si como ciudadano puede exigírsele tal conocimiento atendiendo a sus circunstancias personales. No se trata, por tanto, de una ficción, sino de una realidad: la realidad de la imputación.

---

(93) Vid., así, Horn, *Verbotsirrtum*, p. 106. Como lo señalan Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 56; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 26, no se trata de determinar una reflexión consciente sobre lo injusto del comportamiento.

(94) En este sentido, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 54. Vid., una exposición general sobre la determinación material del conocimiento del injusto, Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 262 y ss.

(95) En esta dirección se encuentra la fundamentación de Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 54 y s.

(96) El propio Horn, *Verbotsirrtum*, p. 139 y s., exigía para fundamentar la culpabilidad una vinculación psicológica entre el autor y la norma.

(97) Vid. Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 73. Sobre la falta de criterios objetivos de determinación de la potencialidad, vid., Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 38 y s.

Ahora bien, el hecho de que recurramos al mismo criterio normativo de la imputación de conocimiento de los elementos típicos del delito, no debe llevarnos a pensar que ambos aspectos del conocimiento del hecho se identifican[98]. La imputación del conocimiento de los elementos del tipo penal adelanta un conocimiento del carácter prohibido del hecho, pero debe reconocerse que no ofrece necesariamente una valoración global del hecho[99], por lo que resulta insuficiente para afirmar el dolo[100]. En este sentido, la imputación de conocimiento al autor no puede quedarse en los aspectos típicos del delito, sino que debe incluir el conocimiento del carácter prohibido del hecho. Ya que el criterio de determinación de este conocimiento es el mismo que hemos utilizado para imputar el conocimiento de los elementos del tipo[101], vamos a ocuparnos, en lo que sigue, de precisar cómo el criterio de las competencias de conocimiento exigibles en atención a sus circunstancias personales permite determinar, además, el conocimiento del carácter prohibido del hecho.

Si partimos de una idea abstracta del ciudadano, tendríamos que afirmar el conocimiento inmediato del carácter prohibido del hecho, pues como lo veremos en el capítulo de la culpabilidad, al ciudadano se le imputa en general el conocimiento del ordenamiento

---

(98) Muy esclarecedora es la diferencia entre juicio de constatación y juicio de valoración utilizado por HRUSCHKA, *FS-Roxin*, p. 448 y ss., aunque este autor entiende que el dolo no abarca este segundo juicio.

(99) ENGISCH, *ZStW* 70 (1958), p. 572, hablaba de la función de llamada de los elementos del tipo. Actualmente en un sentido similar, TIEDEMANN, *FS-Geerds*, p. 99. Por el contrario, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171, considera incluso que en lo que llama el Derecho penal criminal (esencial), el conocimiento de los elementos del tipo penal (especialmente los normativos) encierra ya el conocimiento del carácter antijurídico del hecho.

(100) Vid., JAKOBS, *FS-Rudolphi*, p. 113.

(101) Vid., en este sentido, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 34. De otra opinión era el parecer de WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 160 al señalar que "dolo y conocimiento del injusto requieren dos formas psicológicas distintas de consciencia: el primero requiere necesariamente la representación o percepción actual del hecho, a la segunda le basta un conocimiento inactual". Acertado en su crítica a esta diferenciación del conocimiento, KORIATH, *Jura* 1996, p. 120 y s.

jurídico. No obstante, de la imputación general de tal conocimiento no se desprende que el ciudadano deba también conocer el carácter prohibido de un hecho concreto en una situación específica. Para determinar si el ciudadano ha conocido tal carácter de su hecho, un sector de la doctrina recurre a la diferencia entre Derecho penal nuclear y Derecho penal secundario (Derecho penal económico)[102]. Según este punto de partida, para el Derecho penal nuclear no se requiere el conocimiento formal de la prohibición, sino que basta que el autor conozca que su hecho resulta merecedor de pena, mientras que para el Derecho penal accesorio se exige conocer además la prohibición formal, pues se trata de actos en principio neutrales[103]. Este parecer podría parecer correcto quizá en situaciones muy concretas, pero fracasa si se presenta como un criterio general de diferenciación. Como bien lo puso de manifiesto Welzel en su momento, pueden encontrarse en el Derecho penal nuclear supuestos en los que se requiere saber la prohibición formal del hecho para conocer el carácter prohibido del hecho, del mismo modo que toda infracción del Derecho penal accesorio podría determinarse como contraria a derecho si se conoce el contexto social en el que se actúa[104].

---

(102) Vid., en este sentido, con distintas denominaciones y matices, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 7, 11 y ss.; Timpe, *GA* 1984, p. 52 y s.; Lesch, *JA* 1996, p. 608 y ss. En esta línea se mueve también la doctrina jurisprudencial de los delitos naturales del Tribunal Supremo español (vid., con mayor detalle, Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 80 y ss.) y que fue seguida en parte por nuestro Código penal de 1924 en el segundo párrafo del artículo 87 (vid., Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 14, n.m. 1712). Una particular diferenciación ofrece Velten, *Normkenntnis*, p. 266 y ss., en referencia a las normas de obediencia, las cuales se admiten sobre todo en ámbitos profesionales y en las que se legitima la pena si el autor hubiese podido reconocer en la situación de acción la finalidad del deber correspondiente.

(103) Así, en concreto, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

(104) Vid., así, Welzel, *JZ* 1956, p. 241. Similarmente, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 90 y s.; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 161. Concretamente para el Derecho penal económico, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 106, señala que en el ordenamiento de la economía también se trata de valores morales.

El camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse, en nuestra opinión, en lo que puede conocer el autor sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por roles especiales puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales. Para ello es necesario individualizar el contexto normativo en el que se desenvuelve el autor(105). El proceso penal se encarga precisamente de llevar a cabo esta individualización, en donde el juez mediante la reproducción probatoria del hecho intenta determinar el contexto situacional del autor y dejar precisadas normativamente las competencias de conocimiento que le corresponden en tal situación(106). Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder al conocimiento de la relevancia jurídico-penal de su hecho, podrá imputársele tal conocimiento. En este sentido, el desempeño en un determinado sector económico podrá fundamentar el conocimiento del carácter prohibido de ciertas conductas propias de ese sector(107).

cc) El objeto del conocimiento del carácter prohibido del hecho

Como lo ha señalado correctamente H. SCHÜNEMANN, resulta necesario no sólo responder al "cómo" se determina el conocimiento del injusto, sino también al "qué" de tal conocimiento(108). En efecto, hasta ahora nos hemos dedicado sólo a precisar que el conocimiento del carácter prohibido debe imputarse al autor y la manera cómo se

(105) Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 50 y s.

(106) No se trata, por tanto, de la prueba de un conocimiento psicológico que resulta muy cuestionable frente al principio de presunción de inocencia, como lo ha puesto de manifiesto NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 44 y ss.

(107) Ya en el ámbito de los actores económicos, MEYER, D., *JuS*, 1979, p. 253, señaló correctamente que no se requiere un conocimiento de las normas, sino que de su formación y experiencia, el autor toma conocimiento del tipo de conductas prohibidas.

(108) Vid., en este sentido, H. SCHÜNEMANN, *NJW* 1980, p. 738.

lleva a cabo esta imputación, pero no nos hemos pronunciado sobre el contenido de la imputación, es decir, qué tipo de conocimiento debe imputarse al autor para poder afirmar penalmente que ha tenido conocimiento del carácter prohibido de su hecho.

Una visión general de los escritos de la doctrina penal sobre el objeto del conocimiento del injusto nos muestra dos puntos extremos sobre los que gira la discusión. En un extremo se encuentra la línea de interpretación que exige el mayor conocimiento posible de la antijuricidad del hecho, el cual incluye la penalidad prevista para la conducta[109]. En el otro extremo se presenta una visión general del conocimiento de la antijuricidad del hecho que abarca únicamente el conocimiento de una violación del orden moral o social[110]. La doctrina penal se mueve en los distintos niveles intermedios que ofrecen los extremos mencionados, ocupando quizá el punto más central la opinión dominante que sostiene que el conocimiento del carácter prohibido del hecho debe abarcar el desvalor total del hecho, es decir, como un hecho contrario al ordenamiento jurídico[111]. A partir de este punto pueden apreciarse diversas interpretaciones que se inclinan hacia uno u otro de los extremos antes indicados. Así, un parecer doctrinal sostiene que no basta un conocimiento de la contrariedad del hecho respecto del ordenamiento jurídico, sino

---

(109) Esta exigencia se explica en el modelo de conminación psicológica de Feuerbach, en la medida que para poder intimidar a una persona, ésta debe saber la cantidad de pena que le correspondería de cometer el delito. Críticamente ante el modelo de Feuerbach, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, p. 117. Un conocimiento de la cuantía de la pena hoy en día se encuentra absolutamente rechazado; vid., así, Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 17.

(110) Igualmente la teoría de los delitos naturales del Tribunal Supremo español; vid., con mayor detalle, Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 80 y ss.

(111) Vid., Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss. (espec. p. 62 y s.). Similarmente, Blei, *JA* 1970, p. 525; Roxin, *Strafrecht*, AT § 21, n.m. 12; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 453 y s.; Córdoba Roda, *El conocimiento*, p. 98 y ss.; Cerezo Mir, en *Problemas fundamentales*, p. 77; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 462 y s.; Díaz y García Conlledo, en *LH-Torío López*, p. 356 y s., aunque admite un acercamiento a la interpretación del conocimiento del injusto como conocimiento de la antijuricidad penal.

que es necesario además que se reconozca como jurídico-penalmente prohibido o, cuando menos, como sometido al poder coactivo del Estado[112]. Otro sector de la doctrina da incluso un paso más en esta dirección y exige, además, un conocimiento de la punibilidad concreta del hecho[113]. En el sentido opuesto discurre el parecer que requiere únicamente el conocimiento del injusto material como dañosidad social de la acción[114]. Como se observa, en la doctrina penal se defienden casi todas las posibilidades de extensión del conocimiento del injusto del hecho con base en argumentos muy diversos. Una toma de posición al respecto requiere tener presente la función de la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho en la imputación jurídico-penal global.

Si el Derecho penal imputa un hecho a un sujeto por haber negado evitablemente la vigencia de la norma, esto supone que al sujeto le era exigible el conocimiento del carácter defraudatorio de su hecho. En este contexto, no parece necesario exigir un conocimiento que abarque incluso la punibilidad concreta del hecho[115], en la medida que muchas veces ésta depende de consideraciones que no varían el carácter defraudatorio del hecho, lo cual incluso resulta incluso más evidente en el Derecho penal económico[116]. Pero, por

---

(112) Así el parecer, con alguno que otro matiz, de STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 62; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 20; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 891 y s. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, *ADP-CP* 1987, p. 648, nota 3; FELIP I SABORIT, *Error iuris*, p. 126 y ss., en tanto requieren que se trate de un conocimiento de la ilicitud penal del hecho.

(113) Así, también con matices, SCHROEDER, *LK* § 17, n.m. 7 y s.; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; GEERDS, *Jura* 1990, p. 430; KORIATH, *Jura* 1996, p. 113; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 111 y s.; BACIGALUPO ZAPATER, *CPC* 3 (1977), p. 3 y ss.; EL MISMO, *Delito y punibilidad*, p. 192 y s.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 103. Críticamente, MAYER, M.E., *Normas jurídicas*, p. 67.

(114) Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, pp. 119 y ss., 142 y ss.

(115) Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 23; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 22.

(116) En este sentido, puede comprenderse por qué NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 103, que se adhiere a la inclusión de la punibilidad en el conocimiento de la antijuricidad del hecho, reconoce inmediatamente después su irrelevancia

otro lado, tampoco basta sólo con conocer que se realiza una alteración del orden social, sino que debe poder exigirse el conocimiento concreto de que se trata de una defraudación de expectativas normativas de conductas esenciales[117]. Si normativamente puede exigírsele al sujeto saber que la concreta infracción de su rol produce una defraudación de cuestiones elementales de la organización social, entonces podrá afirmarse el conocimiento del carácter prohibido de esa infracción[118].

B. Los elementos subjetivos especiales del tipo

En estrecha vinculación con el contenido de la imputación dolosa, se encuentran los llamados elementos subjetivos especiales del tipo[119]. Estos elementos son vistos por lo general como ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar el hecho delictivo. Pero si asumiésemos tal comprensión, caeríamos en una clara contradicción con lo que hasta ahora hemos venido afirmando respecto de la imputación subjetiva. Por esta razón, debemos dejar precisado que también frente a estos elementos subjetivos especiales procede hacer una imputación, de manera que no se trata de verificar una intención subjetiva especial del autor, sino de construir estos elementos subjetivos normativamente desde las competencias de conocimiento del agente económico y sus circunstancias personales.

---

sobre todo para delitos económicos. Anteriormente expresó ya esta idea, Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 205.

(117) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 24, que exige que el autor conozca la importancia de la norma afectada para el ordenamiento del cual proviene la norma.

(118) Sobre la referencia a un conocimiento sobre la infracción de un deber jurídico individual y concreto, Horn, *Verbotsirrtum*, p. 18; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 57 y ss.; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 18.

(119) El reconocimiento de estos elementos en la doctrina penal actual es unánime. Vid., así, Roxin, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 71; Luzón Peña, *Curso*, PG, p. 394 y s. En el Derecho penal económico, Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1998), p. 7; Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 96.

Para poder decidir la imputación de los elementos subjetivos especiales, hay que partir de la idea de que una verificación de intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal. Un sector de la doctrina penal ha propuesto, por ello, una interpretación objetiva de los elementos subjetivos especiales[120], pero debe reconocerse que tal línea de interpretación lleva consigo el peligro de disolver las características propias de la imputación subjetiva. Por esta razón, consideramos que lo más conveniente consiste en dotar de sentido normativo también a los elementos subjetivos especiales, lo cual permitiría su imputación penal al autor sin los problemas usuales de prueba. El criterio de imputación de los elementos subjetivos especiales no debe resultar diferente del empleado para imputar el dolo. Quizá la única particularidad frente al dolo, sería que estos elementos subjetivos se determinan exclusivamente en el contexto del hecho, mientras que las competencias de conocimiento constituyen exigencias anteriores al hecho.

Expliquemos las ideas expuestas de la mano de un ejemplo concreto: el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 inciso 5 del Código penal, se configura de una manera tal que objetivamente se debe haber fraguado los balances y subjetivamente tener la intención de reflejar y distribuir utilidades inexistentes. Para determinar este segundo aspecto de carácter subjetivo no hace falta una especie de suposición o deducción de semejante intención del autor, sino la imputación de tal finalidad. Esta imputación tiene lugar mediante las siguientes determinaciones normativas: por ejemplo, un administrador debe saber que ciertas alteraciones en las partidas contables permiten mostrar una situación económica de la empresa que no se corresponde con la realidad; debe saber también que al final de los ejercicios económicos los balances permiten establecer si ha habido utilidades y proceder a su reparto. Con base en estos conocimientos mínimos atribuidos a cualquier administrador, puede imputársele la intención de reflejar y repartir las utilidades. Solamente si en el caso concreto el adminis-

(120) Vid., sobre esta tendencia a la objetivación en el Derecho penal económico, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 174.

trador ha comunicado a los socios la incorrección de los balances y, por tanto, la imposibilidad de reparto de utilidades, podría rechazarse la imputación de tal intención, a no ser que entre el administrador y los socios exista una connivencia con la finalidad precisamente de repartirse utilidades inexistentes.

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico

A. Los conocimientos especiales: relevancia e imputación

Un tema de mucha importancia para el Derecho penal económico constituye la relevancia jurídico-penal de los conocimientos especiales, es decir, la cuestión de si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado pueden hacer responsable penalmente al autor. Un sector de la doctrina penal pretende solucionar esta cuestión en el ámbito de la imputación objetiva, en donde se discute si los conocimientos especiales permiten determinar como prohibido un riesgo que aparece como permitido. Así, algunos autores le dan a los conocimientos especiales plena relevancia en el juicio sobre el carácter peligroso de una conducta y fundamentan de esta forma la creación de un peligro desaprobado[121], mientras que otros autores rechazan la repercusión de los conocimientos especiales en la imputación objetiva, admitiendo su relevancia únicamente en los casos en los que se impongan deberes específicos por riesgos especiales, por roles especiales o porque el autor introduce por su cuenta el conocimiento especial[122]. Otro sector de la doctrina penal entiende que el lugar dogmático de los conocimientos especiales se encuentra en la imputación subjetiva: algunos autores

(121) Vid., en este sentido, Frisch, *Vorsatz*, p. 135; El Mismo, *Verhalten*, pp. 41, nota 158, 71, nota 71; El Mismo, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 193; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 56; Roxin, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 50; Schünemann, *RPDJP* 1 (2000), p. 424 y s.; Mir Puig, *GS-Armin Kaufmann*, p. 266 y s.; Paredes Castañón, *El caso colza*, p. 167; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 63.

(122) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 49 y s.; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 136 y ss.; El Mismo, en *Estudios*, pp. 214 y s., 235 y ss.

llegan a esta conclusión como consecuencia del rechazo a una función dogmática de la imputación objetiva[123], mientras que otros consideran sencillamente que la determinación de lo objetivamente prohibido no depende de los conocimientos especiales del autor[124].

Para resolver la cuestión de la ubicación dogmática de los conocimientos especiales y, junto con ello, su relevancia en la imputación jurídico-penal, debemos recordar que la imputación penal constituye una unidad. En este sentido, resulta difícil hacer un corte limpio en el juicio de imputación y afirmar si los conocimientos especiales están ubicados en la parte objetiva o subjetiva de la imputación. La solución a la cuestión de los conocimientos especiales sólo puede alcanzarse mediante una oscilación de la imputación en su faceta objetiva y subjetiva. Esto significa que para poder llevar a cabo la imputación objetiva se requiere admitir provisionalmente el conocimiento del autor de los aspectos relevantes del hecho (imputación subjetiva) y, a su vez, la imputación de tal conocimiento debe suponer la relevancia objetiva del hecho. Otra forma de proceder llevaría a una visión incompleta de la imputación.

En el ámbito de la imputación objetiva, debe determinarse, en primer lugar, si los conocimientos especiales deben ser considerados en el juicio de imputación objetiva o no. La respuesta a este interrogante depende no sólo de la peligrosidad de la actividad desarrollada, sino también del hecho de si el ordenamiento jurídico ha entrado a especificar las competencias de conocimiento del titular del rol atribuido al ciudadano[125]. El criterio del rol no debe enten-

---

[123] Vid., en este sentido, KAUFMANN, Armin, *FS-Jescheck*, I, p. 265 y ss.; STRUENSEE, *GA* 1987, p. 99 y s.

[124] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 113 y ss. El mismo parecer tiene Köhler, aunque fundamentado en la interacción de sujetos libres en la sociedad (vid., así, SILVA SÁNCHEZ, "Informe sobre las discusiones", en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 185).

[125] En cuanto a la imputación objetiva seguimos el planteamiento basado en los roles de JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 49 y s.; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 136 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, pp. 214 y s., 235 y ss.

derse en un sentido sociológico de conocimientos esperados sino jurídico, es decir, de competencias de conocimiento establecidas por el ordenamiento jurídico[126]. En este sentido, en ámbitos de actuación peligrosos resulta justificado que se consideren relevantes todos los conocimientos con los que cuenta el sujeto concreto, pues el cumplimiento del mandato jurídico general o especial parte de los conocimientos que posee el autor. Si se trata, por el contrario, de ámbitos no peligrosos pero en los que las competencias de conocimiento se encuentran reguladas jurídicamente –lo cual es muy usual en el ámbito de la economía–, los conocimientos especiales más allá de los requeridos jurídicamente no podrán fundamentar una imputación jurídico-penal[127]. En estos casos, el Estado debe asumir las consecuencias de una administración centralizada de las competencias especiales de conocimiento de los particulares y no podrá, por tanto, esperar más de lo que exige legalmente.

En lo que atañe a la imputación subjetiva de los conocimientos especiales objetivamente relevantes con el criterio antes mencionado, debe señalarse que aquí cuentan todas las posibilidades de conocimiento actualizadas por el autor. Ya no se trata de determinar si puede exigírsele al autor las competencias de conocimiento derivadas de los roles atribuidos como persona, sino de cuáles son los distintos conocimientos que se le imputan al autor a lo largo de su desarrollo personal. Si en el proceso de individualización de la imputación se puede determinar que el autor ha tenido acceso a ciertos conocimientos especiales objetivamente relevantes, cabrá entonces afirmar también su imputación subjetiva. Por ejemplo: podrá imputarse al ensamblador de autos el conocimiento especial del carácter defectuoso de los automóviles si antes trabajó en la sección de seguridad, en donde se detectaron serios problemas de estabilidad del modelo de auto que en su nuevo puesto está ensamblando.

---

(126) Vid., esta apreciaciones en Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 140 y ss.

(127) Vid., así, referido a la producción y comercialización de productos, Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 178 y s.

B. La duda sobre el carácter prohibido del hecho

Otro aspecto de especial importancia para el Derecho penal económico se presenta en los supuestos de duda sobre el carácter prohibido del hecho, ya que resulta muy usual que los sujetos económicos no posean un conocimiento cierto del carácter delictivo de su hecho[128]. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, la duda del autor constituye un estado interno inaccesible al sistema jurídico y que, por tanto, carece de toda relevancia dogmática[129]. La imputación penal del conocimiento de un hecho se realiza en función de las competencias de conocimiento que solamente pueden desvirtuarse por hechos objetivos normativamente relevantes. En este sentido, la única duda que puede importar en el Derecho penal es la duda de los tribunales, la cual se resuelve, por cierto, conforme al principio del *in dubio pro reo*.

El conocimiento del carácter prohibido del hecho se determina conforme a criterios judiciales, no a partir de un estado interno del autor, por lo que puede decirse que desde el punto de vista normativo la duda del sujeto económico no existe[130]. La doctrina penal hace de alguna forma lo mismo en tanto soluciona los casos de duda sobre el carácter prohibido de un hecho mediante criterios normativos similares al dolo eventual[131], lo cual confirma, por otra parte,

---

(128) Vid., con mayores referencias, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 238; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; KAUFMANN, Armin, *ZStW* 70 (1958), p. 86; WARDA, *FS-Welzel*, p. 526; HORN, *Verbotsirrtum*, p. 34; OTTO, *Jura* 1990, p. 648; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 30 y ss.; LÜDERSSEN, *wistra* 1983, p. 225; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 795 y s.; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; ROXIN, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, p. 85 y ss.; DIMAKIS, *Der Zweifel*, passim (espec. p. 25 y ss.); STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 100 y ss.

(129) VELTEN, *Normkenntnis*, p. 88 y ss., señala que la duda sobre el injusto tiene solamente un efecto dilatorio pero no categórico, pues siempre cabe un error invencible.

(130) Similarmente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 30.

(131) Vid., en este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 238; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118 y ss.; WARDA, *FS-Welzel*, p. 526; HORN, *Verbotsirrtum*,

que el dolo de alguna manera debe abarcar el conocimiento del carácter prohibido del hecho. Si el sujeto económico debía conocer el carácter prohibido de su hecho en razón del ámbito en el que se desenvuelve y este conocimiento le resultaba accesible desde sus circunstancias personales, entonces una situación de duda interna no tendrá ninguna relevancia normativa[132].

C. La ceguera o indiferencia ante la regulación penal económica

Como tendremos oportunidad de poner de relieve en el capítulo dedicado a la culpabilidad, una ceguera o desconocimiento ante el ordenamiento jurídico no puede admitirse normativamente salvo en el caso excepcional de sujetos no socializados. En este sentido, los supuestos que aquí denominamos ceguera o indiferencia ante la regulación penal económica, se refieren, más bien, a la ceguera frente al carácter prohibido de un hecho determinado[133]. En estos casos, el autor no ha procesado por indiferencia la información que normativamente posee para evaluar el sentido de su actuación, lo cual le impide poder distinguir la relevancia penal de su hecho al momento de actuar. Un sector de la doctrina penal ha mostrado sus dudas sobre la posibilidad de castigar estos supuestos en un Derecho penal de acto, en la medida que al autor no le resultaría posible,

---

p. 34; Otto, *Jura* 1990, p. 648; Schlüchter, *Irrtum*, p. 30 y ss.; Lüderssen, *wistra* 1983, p. 225; Neumann, *JuS* 1993, p. 795 y s.; El Mismo, *NK* § 17, n.m. 33 y ss.; Dimakis, *Der Zweifel*, p. 25 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 84; Silva Sánchez, *ADPCP* 1987, p. 649.

[132] Sobre la posibilidad de una atenuación, Silva Sánchez, *ADPCP* 1987, p. 654 y ss.

[133] En la doctrina penal (vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 5 y ss.; Bacigalupo Zapater, *LH-Cobo del Rosal*, p. 50 y ss.), se distingue la llamada ceguera jurídica de la ceguera fáctica. Esta distinción se corresponde con los niveles de dolo y conocimiento del carácter antijurídico del hecho que se manejan todavía dominantemente en la teoría del error, pero desde nuestra comprensión del dolo la ceguera ante los hechos y la ceguera ante el Derecho reciben un mismo tratamiento penal. Precisamente debido a que no hay diferencias jurídico-penales entre estos casos de ceguera, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 56 y s., denuncia lo incorrecto de un tratamiento diferenciado.

al momento de cometer el hecho, conocer su carácter prohibido[134]. Sin embargo, la insatisfacción de esta solución ha llevado a que parte de la doctrina penal se esfuerce por fundamentar, pese a todo, una imputación penal.

Los intentos de fundamentación de un castigo de los supuestos de ceguera o indiferencia ante el Derecho se encuentran presentes ya en los propios defensores de la teoría del dolo, como una limitación a la regla general de la necesidad de un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho[135]. No obstante, su punto de partida psicologicista se mostró, a todas luces, incompatible con una punición de los supuestos de indiferencia ante el Derecho, lo que justificó plenamente la crítica hecha por los defensores de la teoría de la culpabilidad[136]. En la actualidad, en la medida que la determinación del carácter prohibido del hecho ha dejado de lado criterios puramente psicológicos y se orienta ahora hacia consideraciones normativas[137], se han abierto nuevas posibilidades de fundamentación del castigo de la indiferencia ante el Derecho. La doctrina penal actualmente dominante ofrece, en este sentido, distintos fundamentos dogmáticos para sancionar a los sujetos que desconocen subjetivamente por razones no atendibles el carácter prohibido del hecho[138],

(134) En este sentido, HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 145 y ss., 168 y ss., quien por ello considera que la única respuesta posible sería la aplicación de medidas de seguridad; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 18, en donde requiere una evitabilidad individual *al momento del hecho* que le lleva luego a considerar que tratar estos casos como injusto cognoscible excede el marco de la culpabilidad del hecho (p. 50).

(135) En este sentido, MEZGER, *FS-Kohlrausch*, p. 183 y ss.

(136) Vid., así, WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 254.

(137) De manera similar, se expresaba ya BLEI, *JA* 1970, p. 666.

(138) En este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 263 y ss., con base la idea de una culpabilidad mediata; STRATENWERTH, *GS-Armin Kaufmann*, p. 490 y ss., con la anticipación del hecho por parte de autor; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 46 y ss., con base en la culpa por aceptación; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, pp. 239 y s., 269 y ss., quien admite de manera excepcional la inobservancia del principio de coincidencia.

aunque debe reconocerse que no se termina de dejar de lado la base psicologicista del dolo[139].

Por nuestra parte, consideramos que para poder resolver los supuestos en los que el autor se encuentra en una situación de desconocimiento psicológico por indiferencia hay que partir de la idea de que no interèsa en lo absoluto cómo el autor tiene configurada internamente su conciencia, sino solamente si resulta normativamente posible la imputación jurídico-penal del conocimiento sobre el carácter defraudatorio de su hecho. El sujeto económico indiferente sigue siendo un ciudadano, de manera que le son atribuibles igualmente las competencias de conocimiento establecidas por el ordenamiento jurídico y la utilización de este conocimiento para determinar el carácter penalmente relevante de su hecho[140]. Mientras el sujeto económico no se encuentre en una situación que normativamente afecte su capacidad de valoración de los hechos (y la indiferencia no es una de ellas), la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho cuenta con el fundamento normativo necesario para tener lugar. No obstante, el punto sobre el que gravita la discusión actual es si la imputación de conocimiento que cabe hacer al indiferente fundamenta una imputación de responsabilidad penal plena o una imputación de responsabilidad de menor intensidad (culposa o atenuada)[141]. En nuestra opinión, siguiendo la línea de argumentación abierta por Jakobs, la indiferencia deja el plano de lo culposo y entra a configurar un delito doloso cuando el autor, indiferente frente a su conducta lesiva, se guarda de riesgos que puedan poner en juego sus propios intereses[142].

---

(139) En este sentido, resulta llamativo que Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 36, quien defiende una construcción completamente normativa de la faceta interna del autor, requiere en estos casos cuando menos al momento del hecho un conocimiento latente de la norma.

(140) Vid., en este sentido, la comprensión de Lesch, *JA* 1996, p. 611 y ss., como ámbitos de responsabilidad.

(141) Vid., así, la discusión Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 52 y ss.

(142) Vid., con mayor desarrollo, Jakobs, *LH-Bacigalupo* (España), p. 355 y ss. No obstante, crítico frente a este criterio Bacigalupo Zapater, *LH-Cobo del Rosal*, p. 55.

D. El dolo especial en el fraude a la ley penal económica

La imputación subjetiva dolosa adquiere una importancia especial en el fraude a la ley penal por la dificultad que presenta determinar ya la imputación objetiva de estas conductas. La imputación subjetiva requiere en estos casos la atribución del mayor grado de conocimiento sobre el hecho fraudulento dirigido a evitar caer en el ámbito inmediato de regulación de la ley penal[143]. En este sentido, no basta imputar al sujeto económico a partir de sus circunstancias personales el conocimiento de que su actuación lesiona el fin de protección de la norma penal, sino que también es necesario atribuir el conocimiento de que mediante ese engaño se está afectando intereses penalmente protegidos sin caer en el ámbito de prohibición directa de la norma penal[144]. La determinación del elemento subjetivo del fraude a la ley puede debe determinarse, por tanto, con base en todos los elementos del caso[145].

La mayor imputación de conocimiento exigida en el fraude a la ley penal se debe a que la presunción de buena fe no se encuentra todavía descartada, pues el hecho cometido tiene objetivamente aún la apariencia de legalidad[146]. Por esta razón, no puede ser suficiente en el fraude a la ley penal imputar al autor el conocimiento de un delito culposo, así como tampoco la imputación del conocimiento que fundamentaría el dolo sólo de una manera general. Al autor de una conducta de fraude a la ley debe imputársele el conocimiento suficiente como para saber que está lesionando igualmente la ley penal mediante su conducta fraudulenta[147]. El fraude a la ley

---

[143] Vid., en este sentido, BRUNS, *GA* 1986, p. 4.

[144] Vid., así, la especial configuración del elemento subjetivo en el fraude a la ley con base en el engaño, TIEDEMANN, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 322.

[145] En este sentido, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 129.

[146] Vid., así, BRUNS, *GA* 1986, p. 4.

[147] VON WEBER, *Der Gerichtssaal* 114, p. 274 habla en estos casos de una intención de fraude, lo cual es puesto en duda con razón por STÖCKEL, *Gesetze-*

requiere no sólo el conocimiento de realizar un hecho que estaría igualmente prohibido, sino que mediante una acción fraudulenta se evita infringir formalmente la norma penal.

E. La imputación dolosa en las leyes penales económicas en blanco

El número considerable de leyes penales económicas que se remiten a leyes extrapenales origina que las dificultades de la imputación dolosa de las leyes penales en blanco cobren una especial importancia para el Derecho penal económico. Independientemente de las fricciones de esta forma de regulación con el principio de legalidad, la estructura especial de las leyes penales en blanco presenta problemas en la imputación subjetiva del hecho al autor(148). Sin ánimo de agotar la polémica en la discusión doctrinal, consideramos que los puntos debatidos en la imputación subjetiva de las leyes penales en blanco pueden reducirse a dos: si el dolo abarca también los aspectos regulados por las leyes complementarias y, de ser el caso, cómo se determina el conocimiento relevante para el dolo de estos aspectos. Para dar una respuesta a estas cuestiones, debemos traer aquí nuestra comprensión de ley penal en blanco.

En el capítulo III hemos precisado que la ley penal en blanco no es una ley penal incompleta, pues de ser así la vigencia del principio de legalidad estaría en tela de juicio(149). En el caso de leyes penales en blanco impropias, la ley penal requiere ser complementada por otra ley, de manera tal que el dolo deberá incluir estos aspectos legales ubicados fuera del tipo penal(150). Por el contrario, las leyes penales

---

sumgehung, p. 27, en tanto no se trata de un elemento esencial del fraude a la ley, sino la expresión de la imputación subjetiva necesaria en todo delito (doloso).

(148) En este sentido, Lohberger, *Blakettstrafrecht*, p. 8 y s.

(149) De una opinión distinta parece ser el punto de partida de Welzel, *MDR* 1952, p. 586; Warda, *Abgrenzung*, p. 36; Puppe, en *El error*, p. 111.

(150) En estos casos resulta correcta la teoría de la lectura conjunta. Vid., esta forma de interpretación, Welzel, *MDR* 1952, p. 586; Warda, *Abgrenzung*, pp. 31, 36 y ss.

en blanco propias constituyen un caso de especificación mediante reglamentos de los criterios de decisión establecidos de manera general en la ley penal[151], por lo que la imputación dolosa requerirá solamente poder atribuir normativamente al ciudadano el conocimiento de los elementos del tipo penal. Las concreciones hechas por las leyes complementarias a la ley penal en blanco no agregan un nuevo elemento típico al hecho delictivo, sino que constituyen únicamente criterios de concreción para la interpretación judicial[152]. La ley penal en blanco es producto de una técnica legislativa que sirve únicamente al juez y que, por tanto, no repercute en el alcance de la prohibición penal. En este sentido, si puede atribuirse a un ciudadano del sector específico del tráfico económico el conocimiento de los aspectos tipificados de manera general en la ley penal, la argumentación de un desconocimiento de los aspectos específicos regulados por la ley complementaria no podría afectar la imputación dolosa[153]. Desde el punto de vista del dolo, la norma complementaria de la ley penal en blanco constituye solamente la referencia

---

(151) En este sentido parecería ir la interpretación de FISSENEWERT, *Irrtum*, p. 189, pero luego hace referencia al carácter constitutivo de las leyes complementarias (p. 210). Consideran, por el contrario, las leyes penales en blanco como leyes necesitadas de un complemento, WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 30; DROST, *NJW* 1949, p. 740; WARDA, *Abgrenzung*, p. 36; KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278; VON DER HEIDE, *Steuerhinterziehung*, p. 172.

(152) De otra opinión son los defensores de la teoría de la lectura conjunta de la ley penal en blanco y las normas complementarias (WELZEL, *MDR* 1952, p. 586; WARDA, *Abgrenzung*, pp. 31, 36 y ss.), que incluyen en el tipo penal los elementos contenidos en las normas complementarias. Críticamente ante la teoría de la lectura conjunta, TIEDEMANN, *JuS* 1985, p. 695; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (Dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 429 y s.

(153) Defienden, por el contrario, que los aspectos regulados por las leyes complementarias sean alcanzados por el dolo SCHRÖDER, *MDR* 1951, p. 389; LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 393; KUHLEN, *Unterscheidung*, 385 y s.; PUPPE, en *El error*, p. 117 y s.; HERZBERG, *GA* 1993, p. 459; MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281; TIEDEMANN, *FS-Geerds*, p. 106; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 141.

normativa para imputar al autor el conocimiento de los elementos del tipo penal en blanco[154].

> Ejemplo: En el delito de defraudación tributaria o en el delito de abuso de posición dominante en el mercado, no se necesita saber lo que establecen en concreto las normas tributarias o de protección de la competencia, pues basta con poder atribuir al autor el conocimiento del elemento típico "tributo" o "abuso de posición dominante en el mercado" para imputar el dolo requerido por el tipo penal correspondiente.

La situación en las leyes penales en blanco se presenta distinta cuando el tipo penal utiliza conceptos indeterminados que se precisan con normas complementarias, de manera tal que realizar una imputación subjetiva solamente desde la ley penal llevaría consigo un amplio margen de discrecionalidad judicial. En estos casos, la

---

(154) Vid., en el mismo sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 316; El Mismo, *FS-Geerds*, p. 108; El Mismo, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (Dr.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002]; Burkhardt, *JZ* 1981, p. 686; El Mismo, *wistra* 1982, p. 178 y s.; Lüderssen, *wistra* 1983, p. 225; Samson, *wistra* 1983, p. 235; Schlüchter, *wistra* 1985, p. 45 (que con base en su criterio de la reducción teleológica del hecho, considera de poca importancia para el dolo que se trate de un elemento normativo o una ley penal en blanco); Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 47 (para los tipos penales que aseguran el efecto de regulación de la norma complementaria); Lauer, *Der Irrtum*, p. 44 y s.; Ossandón Widow, *La formulación de los tipos penales*, p. 194 y s. De una opinión contraria, Backes, *StuW* 1982, p. 253, quien en el caso de los elementos normativos incluye en el dolo el conocimiento de los dispositivos jurídicos pertinentes, mientras que en el caso de la ley penal en blanco sólo requiere el conocimiento de las circunstancias del hecho reguladas por la ley complementaria, pero no de la existencia de la ley complementaria misma, lo que podría configurar en cualquier caso un error de prohibición. Un tratamiento diferenciado ofrecen también la interpretación de Kuhlen, *Untertscheidung*, p. 385 y s. (en tanto las leyes penales en blanco constituyen remisiones dinámicas); Reiß, *wistra* 1987, p. 162 y s.; von der Heide, *Steuerhinterziehung*, p. 172 y ss. (para quien las leyes penales en blanco resultan leyes incompletas, mientras que los tipos penales con elementos normativos contienen una descripción completa del injusto). Críticamente ante el parecer de Backes, pero cercano al criterio de diferenciación de von der Heide se encuentra Fissenewert, *Irrtum*, pp. 200 y s., 207 y ss.

imputación dolosa tendrá que exigir además la atribución de conocimiento de los aspectos regulados específicamente por las leyes complementarias, para lo cual deberá atenderse a la posición del agente económico. Si se trata de sujetos que se desenvuelven en el sector correspondiente a la regulación complementaria, la imputación del conocimiento de los aspectos del hecho regulados por estas leyes complementarias puede hacerse sin mayores inconvenientes[155]. Solamente la falta de claridad de la ley penal en blanco o la existencia de un caos regulativo de la Administración podrían sustentar la falta de presupuestos para la imputación del dolo en los sujetos del sector, en tanto el defecto de conocimiento resulta atribuible al propio sistema jurídico.

> Ejemplo: En el delito de desvío de bienes obtenidos con tipo de cambio preferencial o régimen especial tributario (art. 243) se establece que el autor debe dar a los bienes una finalidad distinta a la que establece la norma correspondiente. En estos casos, la indeterminación de la cláusula de remisión obliga a que debe imputarse al autor, además, el conocimiento de los aspectos establecidos en la norma extrapenal para afirmar el dolo.

Más discutibles se presentan los supuestos en los que la valoración del hecho como prohibido depende del conocimiento de los aspectos regulados en las leyes complementarias[156]. Para resolver estos casos, debemos determinar primeramente si la atribución de conocimiento de los elementos de la ley penal en blanco basta para poder imputar el conocimiento del carácter prohibido del hecho. En caso que baste la imputación de conocimiento de la ley penal, no será necesario, pues, exigir además el conocimiento de los aspectos especificados por las normas complementarias, mientras que si la imputación de conocimiento del carácter antijurídico del hecho

---

(155) Vid., en este sentido, para delitos cometidos en el ámbito de la actividad profesional, LÜDERSSEN, *wistra* 1983, p. 223.

(156) Reconocen la necesidad de diferenciar el error en las leyes penales en blanco, WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 30; WELZEL, *MDR* 1952, p. 586; LANGE, *JZ* 1956, p. 76; WARDA, *Abgrenzung*, p. 33 y ss.; FRISCH, en *El error*, p. 83 y s.

depende de la imputación de conocimiento de los aspectos regulados por la ley complementaria, entonces habrá que requerir también esta imputación[157]. En este último caso, la imputación de conocimiento de los aspectos regulados por leyes complementarias dependerá de que el autor tenga acceso al ámbito de regulación complementaria. En este sentido, sólo si se trata de ámbitos de actuación ajenos a su actividad regular, podría admitirse un error relevante sobre el carácter prohibido del hecho[158].

> Ejemplo: En el delito de contaminación ambiental se requiere saber cuáles son los límites establecidos administrativamente para poder imputar el dolo, pues sin ello no resulta posible diferenciar el conocimiento de una contaminación permitida de una prohibida.

Los problemas de imputación subjetiva en leyes penales en blanco han tenido una especial repercusión en los delitos tributarios, los cuales según el parecer predominante están configurados como leyes penales en blanco[159]. La discusión doctrinal se centra en los aspectos de las leyes complementarias que deben ser abarcados por el dolo. Para algunos autores la imputación del dolo debe incluir el conocimiento de las leyes tributarias, pues el cumplimiento de los deberes de tributación no puede llevarse a cabo si no se conoce la pretensión tributaria del Estado[160]. Otro sector de la doctrina

---

(157) En este sentido, aunque de manera general para las contravenciones, Lange, *JZ* 1956, p. 76. No coincidimos, sin embargo, con Lange cuando (p. 76) señala que se trata de conductas neutrales, pues consideramos que solamente se cuestiona la repercusión penal de la infracción, pero no su carácter disvalioso (en este sentido, correctamente, Welzel, *JZ* 1956, p. 241).

(158) De otro parecer, Weiz, *Arten des Irrtums*, p. 31.

(159) Vid., por todos, en el Derecho penal alemán, Maiwald, *Unrechtskenntnis*, p. 15. De otro parecer, Tiedemann, *Einführung*, p. 114.

(160) Vid., así, Stieler, *SJZ* 1950, p. 528 y s.; Mattern, *JZ* 1954, p. 255; Lohmeyer, *GA* 1964, p. 14 y s.; El Mismo, *GA* 1966, p. 163; Hartung, *JR* 1954, p. 112; El Mismo, *Steuerstrafrecht*, p. 33 y s. (donde cambia su parecer de *JR* 1950, p. 546); Schwarz, *NJW* 1956, p. 1906 y s.; Netzler, *Das Verbotsirrtum*, p. 39 y ss.; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 325; Schlüchter, *wistra* 1985, p. 50; Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 531; Muñoz Conde, en *Hacia un Derecho penal*,

considera, por el contrario, que el dolo debe abarcar solamente los aspectos regulados por las leyes tributarias, pero no la existencia de tales leyes, pues eso forma parte del conocimiento de la prohibición penal[161]. Desde nuestra concepción, no resulta posible delimitar el dolo del conocimiento del carácter prohibido del hecho, pues el primero abarca de cualquier forma al segundo. Simplemente importa, para imputar el dolo al autor, atribuirle el conocimiento de los elementos del hecho típicamente establecidos y su significación jurídica, para lo cual deben seguirse las mismas reglas que hemos establecido para las leyes penales en blanco en general[162]. En este sentido, si las circunstancias personales del ciudadano permiten imputarle el conocimiento de los aspectos que configuran un delito tributario, podrá imputársele tal delito a título de dolo.

F. Los delitos económicos con elementos típicos de valoración global del hecho

En el Derecho penal económico resulta usual que los tipos penales recurran a elementos de valoración global del hecho (p.e. "indebidamente" en el artículo 242 del Código penal). El origen doctrinal de estos elementos del tipo se remonta a la discusión sobre los llamados elementos del deber jurídico que aparecieron como respuesta de WELZEL ante las críticas de SCHRÖDER sobre la poca viabilidad

---

p. 281; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, § 370, n.m. 221 y ss. En este sentido, ya WELZEL, *NJW* 1953, p. 487; TERSTEGEN, *Steuer-Strafrecht*, p. 46 y s., consideraban que en la regulación tributaria alemana de ese entonces un error de prohibición apenas tenía importancia.

(161) En este sentido, con propias particularidades, HARTUNG, *JR* 1950, p. 546; GLÖGGLER, *NJW* 1953, p. 489; WARDA, *Abgrenzung*, p. 46 y s.; DANZER, *GA* 1982, p. 64; MAIWALD, *Unrechtskenntnis*, pp. 15, 25; MEYER, F., *NStZ* 1986, p. 443 y ss.; REIß, *wistra* 1987, p. 161 y ss.; FRISCH, en *El error*, p. 83 y s.; POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 360; JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks, § 370, n.m. 237.

(162) Como lo indica SCHLÜCHTER, *wistra* 1985, p. 45: mientras no se establezca lo contrario, valen para los delitos tributarios las reglas generales (del dolo y) del error.

de la bipartición del error (error de tipo y error de prohibición) en determinados elementos típicos de los delitos de funcionarios (como, por ejemplo, competencia o deberes del funcionario)[163]. Varios años después Roxin se encargó de criticar la teoría de los elementos del deber de Welzel[164], frente a la cual elaboró la categoría de los llamados elementos de valoración global del hecho, con los que intentó explicar de una manera más precisa el tratamiento del error sobre tales elementos[165]. La tesis de un error de prohibición en los elementos de valoración global del hecho se relativizó en función del aspecto (fáctico o valorativo) sobre el que recaía el error[166]. No obstante, hay que precisar que los elementos normativos del tipo también contienen aspectos valorativos y, no por ello, su desconocimiento da lugar a un error de prohibición. Por esta razón, la discusión doctrinal sobre los elementos de valoración global se centra actualmente en la cuestión de si estos elementos deben ser abarcados por el dolo o quedar en el ámbito del conocimiento del injusto[167]. En nuestra comprensión del dolo esta discusión carece de sentido.

El debate doctrinal sobre el conocimiento de los elementos de valoración global ha tenido una especial implicancia en los delitos tributarios, sobre todo para el sector de la doctrina penal que considera que no se trata de una ley penal en blanco, sino de delitos que

---

(163) Vid., sobre esto, Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 161.

(164) Vid., Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 53 y ss.

(165) Vid., con mayor detalle, Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 132 y ss.

(166) La doctrina dominante distingue el conocimiento de los presupuestos fácticos del deber y la antijuricidad de su incumplimiento (así, Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 134 y ss.; Puppe, en *El error*, p. 125; Ávalos Rodríguez, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 472 y s.). Vid., sobre esto, con detalle, Ossandón Widow, *La formulación de los tipos penales*, p. 104 y ss.

(167) Vid., más profundamente sobre esta discusión, Engisch, *FS-Mezger*, p. 163; Schlüchter, *Irrtum*, p. 74; La Misma, *JuS* 1985, pp. 375, 620; La Misma, *wistra* 1985, p. 44; Muñoz Conde, *El error*, p. 57 y ss.; Tiedemann, *Einführung*, p. 115.

contienen un elemento de valoración global del hecho[168]. Se discute especialmente si el conocimiento de que su conducta afecta la *pretensión tributaria del Estado* fundamentaría el dolo del autor o no[169]. Como ya tuvimos oportunidad de precisar, en el caso de los elementos de valoración global se aprecia con claridad la afirmación general de que el dolo y el conocimiento de la antijuricidad del hecho no se pueden separar[170], pues el sentido delictivo del hecho solamente se alcanza si el autor puede contextualizar normativamente su actuación. En este sentido, la imputación del conocimiento del autor del aspecto de valoración global del hecho (indebidamente, por ejemplo) dará recién pie a afirmar el dolo del autor. La única particularidad de los elementos de valoración global es que la imputación del conocimiento de este elemento del tipo se identifica con el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. Por consiguiente, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho no sólo es necesario para el dolo, sino que está dado por el conocimiento del sentido social del hecho.

G. El conocimiento de la exclusión concreta del peligro en el caso de los delitos de peligro abstracto

Como ya lo hemos dicho, para el conocimiento de la realización de la conducta típica de un delito de peligro abstracto basta con

---

(168) Vid., VON DER HEIDE, *Steuerhinterziehung*, p. 199 y ss.; FISSENEWERT, *Irrtum*, p. 219 y ss., consideran que los delitos tributarios en el Derecho penal alemán no son leyes penales en blanco, sino tipos penales con elementos normativos. Este parecer fue sostenido anteriormente por SCHLEEH, *BB* 1971, p. 815 y ss. En el Derecho penal español, vid., el parecer de BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo, (coord.), p. 303. En nuestro país, de manera expresa, ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 28. Por el contrario, parece considerar los delitos tributarios leyes penales en blanco, YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 233 y s.

(169) Vid., sobre esta discusión con opiniones divergentes, HARTUNG, *JR* 1950, p. 545 y s.; WARDA, *JR* 1950, p. 551; ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 85 y s.; MAIWALD, *Unrechtskenntnis*, pp. 15 y ss., 34; SCHLÜCHTER, *wistra* 1985, p. 45 y ss. (p. 50); GEERDS, *Jura* 1990, p. 423; FRISCH, en *El error*, p. 83; VON DER HEIDE, *Steuerhinterziehung*, p. 217; MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 98 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 184 y ss.

(170) Igualmente, JAKOBS, *FS-Rudolphi*, p. 118.

atribuir el conocimiento del alejamiento de la conducta estándar establecida. Pero para fundamentar el dolo no basta poder imputar al autor el conocimiento de realizar una conducta antirreglamentaria, sino que el autor debe conocer además que el apartamiento del modelo estándar tiene una gravedad en sí que conlleva consecuencias jurídico-penales. Este panorama se complica cuando el autor sabe que su actuación concreta no genera ningún peligro relevante. Si bien este conocimiento especial no afecta el conocimiento de la conducta antirreglamentaria, podría afectar a lo mejor el conocimiento del carácter prohibido de su conducta. En el caso de delitos de peligro abstracto formulados como delitos de desobediencia, la imputación dolosa debe persistir incluso con este conocimiento especial, pues la antijuricidad de la conducta se sustenta no en el peligro generado, sino en la afectación al orden impuesto[171].

3. El error de tipo

A. Concepto, delimitación y regulación jurídica

El error de tipo consiste en la negación de la imputación subjetiva dolosa por la imputación al autor de una situación penalmente relevante de desconocimiento de la realización de la conducta típica[172]. Como ya lo señalamos anteriormente, para la imputación jurídico-penal del hecho no basta la sola defraudación objetiva de la norma, sino que se requiere, además, imputar el conocimiento suficiente de tal defraudación al autor. En los casos de error de tipo se presenta una defraudación objetiva de la norma, pero se niega la imputación al autor del conocimiento de esta defraudación. La negación de tal conocimiento abarca no solamente el desconocimiento de la realización de los elementos del tipo penal, sino también el desconocimiento de la significación global del hecho como defraudatorio de una norma penal.

---

[171] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 88.

[172] Vid., igualmente, el error como una ausencia de imputación subjetiva, Kuhlen, *Unterscheidung*, pp. 101 y ss., 115 y ss., aunque con otros criterios de referencia.

El concepto de error de tipo que hemos asumido resulta compatible en gran medida con la regulación general del artículo 14 primer párrafo del Código penal. Según esta redacción, habrá un error que excluye el dolo si se desconoce un elemento del tipo penal o una circunstancia que agrave la pena. Frente a esta definición del error se ha objetado, no obstante, que una interpretación literal de la regulación positiva llevaría a resultados inconcebibles, pues muy pocos ciudadanos conocen realmente los tipos penales(173). Por esta razón –continúa así la argumentación–, el artículo 14 primer párrafo debería interpretarse, más bien, como un error sobre las circunstancias del hecho reguladas por los tipos penales(174). Por nuestra parte, entendemos, por el contrario, que la redacción legal es la correcta, pues como lo hemos resaltado en este capítulo, la imputación subjetiva no resulta de una verificación subjetiva o una prueba indirecta mediante datos objetivos de la faceta interna del autor al momento de realizar el hecho, sino de una imputación a partir de los criterios normativos del Derecho penal(175). En este sentido, lo que fundamenta el error de tipo es la imputación normativa de una situación de desconocimiento de los elementos del tipo o del sentido global

(173) Vid., así, DOPSLAFF, *GA* 1987, p. 23.

(174) En este sentido, WARDA, *Jura* 1979, p. 79; GEERDS, *Jura* 1990, p. 422. Sobre la diferencia entre circunstancia del hecho y elemento del tipo, SCHLÜCHTER, *JuS* 1985, p. 374 y s.; LA MISMA, *Irrtum*, p. 89 y ss.; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 18 y s., con mayores referencias bibliográficas. En este sentido, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 1, utilizan la expresión error sobre las circunstancias del hecho en lugar de error de tipo. Sobre el significado de circunstancias del hecho, vid., SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 86 y ss.

(175) En este sentido, no compartimos la apreciación de KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 103, que en una teoría del error como teoría de la imputación, la medida para determinar el error la establezca el encargado de realizar la imputación. Aun cuando luego, mediante la distinción entre imputación (*Zurechnung*) y atribución (*Zuschreibung*), reconoce –siguiendo a SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 10/30– que también el hecho repercute en la imputación, sigue anclado en una visión reducida de la imputación. En el sistema penal el juez no actúa como un sujeto individual, sino como el competente para determinar con base en los criterios normativos del Derecho penal la imputación de un hecho a una persona.

de la conducta típica. Esta referencia a los elementos del tipo no significa que se rompa contacto con la realidad, en tanto, como ya lo señalamos, el Derecho penal no se encuentra cerrado a su entorno, sino que determina la imputación a partir de un hecho real(176).

El punto de quiebre de nuestra comprensión del error con la regulación del Código penal se presenta al no incluir ésta expresamente, como un supuesto de error de tipo, el error sobre el significado global del hecho. Por ello, la única manera de poder reconducir el error sobre la valoración global en el error del artículo 14 primer párrafo, sería aceptar una repercusión indirecta de la valoración global en la comprensión de los elementos particulares del tipo penal. Y esto es posible en la medida en que la incorrecta comprensión del todo lleva necesariamente a la falta de comprensión de las partes, al menos en su posición dentro del todo(177). Ciertamente se utiliza con ello una vía indirecta de solución, pero ella resulta, según nuestro parecer, la solución más adecuada dogmáticamente. El error sobre el significado jurídico-penal del hecho constituye, en este sentido, un supuesto de error contemplado también en el artículo 14 primer párrafo del Código penal.

B. Las formas de error de tipo

a. El error sobre los elementos del tipo

Si la imputación de conocimiento del hecho típico (dolo) se puede dividir teóricamente en imputación de conocimiento por percepción sensorial e imputación de conocimiento por procesos de valoración, el error sobre los elementos del tipo podrá tener lugar, por su parte, en la imputación de defectos cognitivos o defectos de

(176) Vid., en general, sobre la apertura del sistema jurídico a su entorno, con mayores especificaciones, Luhmann, *Rechtssoziologie*, p. 355 y ss.; El Mismo, *Das Recht*, p. 76 y ss.

(177) Así, por ejemplo, reconoce Puppe, en *El error*, p. 137, que desde un punto de vista lógico, todos los predicados de valor que fundamentan la punibilidad también evalúan globalmente el hecho.

valoración[178]. Aun cuando los procesos cognitivos y las valoraciones en una persona no se presenten por separado[179], resulta ciertamente posible poner el punto de ruptura de la imputación de conocimiento en la percepción sensorial o en la valoración de lo percibido. En este sentido, cabe hacer distinciones dentro del error sobre los elementos del tipo y ajustar el criterio normativo de determinación a tales defectos.

aa) El error por defectos cognitivos

Esta primera forma de manifestación del error sobre los elementos del tipo se configura con base en la atribución de defectos de percepción sensorial, capaces de producir una representación falsa o incompleta de las circunstancias fácticas del suceso. La representación incorrecta de la realidad lleva al autor a considerar su hecho como supuestamente irrelevante. Un ejemplo de esta forma de error sería el hurto que comete una persona que, por no haber percibido bien, cree ponerse su abrigo, cuando en realidad ha cogido uno que no le pertenece. Se trata de la atribución de un error de percepción del autor sobre las circunstancias fácticas del hecho que excluye la imputación subjetiva a título de dolo.

bb) El error por defectos de valoración

En el error por defectos de valoración no se atribuye una incorrecta percepción sensorial de los aspectos empíricos o fácticos del suceso, sino un desconocimiento por una incorrecta valoración de

(178) Una clasificación similar fue propuesta por KÖHLER, A., *Deutsches Strafrecht*, AT, p. 292 y s., quien diferenció el error en la percepción sensorial de sucesos del mundo circundante, el error en la subsunción de una percepción de hechos en los conceptos de la vida diaria y el error sobre la significación jurídica de los sucesos. Distinta es, por el contrario, la clasificación que ofrece, GÖSSEL, *Bedeutung des Irrtums*, p. 11 y ss., quien recurre a los niveles de formación del contenido de la conciencia: la percepción sensorial, las representaciones y las comprensiones.

(179) En este mismo sentido, GÖSSEL, *Bedeutung des Irrtums*, p. 21, reconoce que los procesos de formación del contenido del injusto se presentan entrelazados.

estos aspectos típicamente relevantes. Se parte de que el sujeto conoce las circunstancias fácticas que rodean su actuación, pero yerra sobre la significación social o jurídica de tales circunstancias. El error por defectos de valoración puede, a su vez, dividirse en los siguientes:

aaa) Error en la valoración de sustratos materiales

Estos supuestos de error engloban los casos en los que se atribuye al autor la correcta percepción sensorial de un objeto concreto, pero también la incorrecta asignación de un significado que no se corresponde con el recogido por el tipo penal[180]. El reconocimiento de la posibilidad de un error por defecto de valoración de sustratos materiales confirma nuestra anterior afirmación sobre la poca viabilidad dogmática de la diferencia tradicional entre elementos descriptivos y normativos del tipo[181]. Conceptos tan diversos como acreedor, bien mueble, documento, pueden dar pie también a una situación de error en la valoración sobre la pertenencia de ciertos sustratos materiales a tales conceptos. Un sujeto podría argumentar, por ejemplo, que entiende que los trabajadores no son acreedores de la empresa y que perjudicarles en un procedimiento concursal no configura, por tanto, un delito contra el sistema crediticio, o puede que el autor entienda que una factura no constituye documento

---

(180) Si bien puede resultar correcto en un plano psicológico que, en tanto los pensamientos van a una velocidad mayor que el lenguaje, el autor al realizar su hecho no tiene un conocimiento idiomático de las cosas (*Sprachdenken*), sino simplemente un conocimiento objetivo (*Sachdenken*), desde el punto de vista normativo la imputación de desconocimiento se realiza a partir de conceptos y, por tanto, mediante un *Sprachdenken*. No coincidimos, en este sentido, con las conclusiones para el Derecho penal de esta diferenciación que hacen Schmidhäuser, *FS-H. Mayer*, p. 326; El Mismo, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/65; Otto, *Jura* 1990, p. 647.

(181) Una apreciación nada nueva: en este sentido, Radbruch, *FS-Frank*, I, p. 167; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 167; Wolf, E., *Die Typen*, p. 60; Engisch, *FS-Mezger*, p. 127; Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 76 y ss.; Schwegler, *Subsumtionsirrtum*, p. 101 y s. Mantiene la necesidad de esta diferenciación de los elementos del tipo, Schütz, *Tatbestandsirrtum*, p. 13, aunque no propiamente para el tratamiento del error.

y proceder a su falsificación sin temor a una sanción penal. Ya que las normas jurídicas están redactadas con cierto grado de abstracción, siempre es posible alegar un error sobre la pertenencia de los sustratos materiales al significado que poseen los conceptos utilizados para describir la conducta prohibida. La posibilidad de argumentar esta apreciación individual no asegura, sin embargo, su relevancia normativa(182).

bbb) Error en la valoración de circunstancias

El error sobre la valoración del hecho no se reduce a la correspondencia de un objeto material con la significación conforme al tipo penal, sino que el tipo penal puede contener otros aspectos del hecho delictivo como estado, relación, predicados de valor, en los que cabe también admitir normativamente una situación de error. Dentro de estos supuestos puede citarse, por ejemplo, el caso del error respecto de la ajenidad de la cosa en los delitos patrimoniales (relación de pertenencia de un objeto a un sujeto) o el caso de error sobre la situación de posición monopólica en el mercado que exige el delito de abuso de posición económica (situación de un sujeto en el mercado). Estos supuestos de error no recaen sobre un objeto en sí, sino que dependen de un determinado orden de los objetos y su

(182) La doctrina suele en este punto diferenciar los aspectos que requieren ser abarcados por el dolo, de los simples errores de subsunción que dejarían intacto el dolo del autor (vid., así, WARDA, *JR* 1950, p. 548; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 7/63; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 12, n.m. 90; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 8, n.m. 50; SCHLÜCHTER, *Irrtum*, p. 70; LA MISMA, *wistra* 1985, p. 43 y ss.; TISCHLER, *Verbotsirrtum*, p. 19 y s.; GEERDS, *Jura* 1990, p. 423; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 797; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 315; SCHWEGLER, *Der Subsumtionsirrtum*, p. 125; ÁVALOS RODRÍGUEZ, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 471). Por el contrario, BINDING, *Normen*, III, p. 134 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtbewusstsein*, pp. 82, 120, 172; MÜLLER, H., *Der Irrtum*, p. 31 y ss., llaman error de subsunción en general a los errores sobre elementos (normativos) del tipo. Desde nuestra concepción del error, un error de subsunción podría tener relevancia normativa si afecta la valoración global del hecho como antijurídico, de manera que también podría excluir el dolo.

relación con los sujetos participantes o la comunidad, lo cual se determina mediante un proceso de valoración[183].

b. Error de tipo global: error sobre el carácter prohibido del hecho

El error de tipo incluye también el error respecto de la valoración global del hecho como un acto con sentido comunicativo capaz de defraudar expectativas normativas penalmente garantizadas. En estos casos, se atribuye al sujeto el conocimiento por percepción sensorial y valoración individual de los elementos del tipo, pero no la valoración global de su hecho como prohibido[184]. Para la afirmación de un error de tipo global importa muy poco si la exigencia de una valoración global se encuentra o no recogida por el tipo penal como un elemento de valoración global[185], pues ello puede deberse a que se trate de un delito de infracción de un deber o simplemente a un estilo particular de redacción de los tipos penales. Al autor se le imputa el desconocimiento del carácter prohibido de su hecho porque sus circunstancias concretas no permiten exigirle tal

---

[183] Sobre el efecto excluyente del dolo en estos supuestos de error no hay discusión, como lo reconoce el propio Welzel, *MDR* 1952, p. 585 y s.; El Mismo, *NJW* 1953, p. 487; El Mismo, en *Abhandlungen*, p. 251 y s.

[184] La interpretación de Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171, es incluso más radical en lo que llama el Derecho penal criminal (esencial), en tanto entiende que el conocimiento de los elementos del tipo penal (especialmente los normativos) encierra ya el conocimiento del carácter antijurídico del hecho. En el mismo sentido, Mezger, *Lehrbuch*, p. 180 y s.; Lang-Hinrichsen, *JR* 1952, p. 303 y ss. En contra de este parecer, Engisch, *FS-Mezger*, p. 161 y s.; Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 118 y s.; Schröder, *MDR* 1950, p. 648, quien considera una ficción que la existencia del dolo lleve consigo el conocimiento del injusto. A favor de una separación del conocimiento de los elementos normativos del tipo y el conocimiento del injusto, Müller, H., *Irrtum*, p. 13; Kunert, *Die normativen Merkmale*, p. 83 y ss.

[185] La discusión sobre estos elementos se encuentra en la teoría de los elementos del deber jurídico desarrollado por Welzel, *JZ* 1952, p. 19 y s.; El Mismo, *JZ* 1952, p. 133 y ss.; El Mismo, *JZ* 1952, p. 208 y s. Posteriormente Roxin, *Offene Tatbestände*, passim (espec. p. 185).

conocimiento[186]. El error de tipo global se configura como un error sobre la significación jurídico-penal del hecho y no como un desconocimiento del Derecho, lo cual, como veremos en el capítulo de culpabilidad, resulta improcedente respecto de sujetos reconocidos como ciudadanos[187].

La ubicación del error sobre el carácter prohibido del hecho como un error de tipo constituye quizá el aspecto más discutible de nuestra propuesta, en tanto este supuesto de error, llamado también error de prohibición directo, es tratado por la doctrina dominante como un error que excluye la culpabilidad pero no el dolo[188]. Hay que

(186) Como puede verse, se incluye en esta forma de error de tipo lo que la doctrina penal denomina error de prohibición directo. Del llamado error de prohibición indirecto nos ocuparemos más adelante dentro de las estructuras de descargo de la imputación. Sobre la clasificación del error de prohibición, vid., SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 363; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 456 y s.; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 796. Dentro del error directo se incluye igualmente el llamado error sobre la adecuación social de la conducta (vid., sobre esto, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 168; SCHÜTZ, *Tatbestadsirrtum*, p. 21 y ss.; LÜDERSSEN, *FS-Roxin*, p. 469 y s.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 189 y ss.).

(187) Como lo ha puesto de manifiesto JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 9; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), p. 848 y s., el ordenamiento jurídico no puede abandonarse a un acto de voluntad de conocimiento de las normas jurídicas. De la misma opinión, LESCH, *JA* 1996, p. 351.

(188) La doctrina dominante considera a estos casos un error de prohibición que excluiría la culpabilidad, a diferencia de los errores de tipo que se refieren solamente a elementos del tipo penal (vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 453, nota 3). No obstante, autores como GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, p. 26 señalaron que en el fondo estas formas de error (de tipo y de prohibición) no se diferenciaban, pues tipo y prohibición son conceptos recíprocos y un error sobre uno puede ser abarcado por el otro. En este sentido, puede comprenderse la afirmación de WEIZ, *Die Arten des Irrtums*, p. 16, cuando dice: "ciertamente el error de tipo es también un error sobre la prohibición del hecho; un error de prohibición por desconocimiento de los elementos del tipo penal"; así como también la opinión de BINDING, *Normen*, II, 1, p. 161; III, pp. 302, 309, al señalar que la antijuricidad es el más indispensable elemento del tipo penal de toda acción prohibida. Crítico frente a esta opinión de Binding, sin embargo, GRAF ZU DOHNA, *Aufbau*, p. 49; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 65.

precisar, sin embargo, que la ordenación dogmática dominante no se presenta libre de problemas, pues la búsqueda de un criterio de delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición no ha encontrado hasta ahora un consenso definitivo en la doctrina penal, en donde se defienden diversos criterios de diferenciación o una combinación de los mismos(189). Nuestra línea de interpretación del error se corresponde, por el contrario, con la de aquellos que diferencian entre el error que excluye el dolo y el que no lo excluye(190). No obstante, un conocimiento siquiera superficial de esta última propuesta de interpretación muestra que no nos identificamos con el desarrollo usual de esta bipartición del error en la doctrina penal, sino que nos remontamos a una teoría de la imputación manejada en la antigüedad.

Como veremos con mayor detalle en el capítulo XII, en nuestra comprensión del error solamente podrá aceptarse un error sobre el carácter ilícito del hecho que excluya la culpabilidad, si al autor le falta la posibilidad de acceso cognitivo al sistema jurídico. Un sujeto con capacidad de conocer el Derecho, pero que no ha podido determinar el carácter prohibido de su hecho, únicamente podrá alegar un error de tipo, en tanto no haya estado en posibilidad de usar la información jurídica de la que disponía, o su uso defectuoso repercutió en el enjuiciamiento de su comportamiento(191). Sólo en caso que el sujeto no haya podido acceder normativamente al ordenamiento jurídico, resultará posible hablar de un error de prohibición, lo cual se encuentra descartado en el caso de sujetos socializados, como, por regla general, son los sujetos económicos. La incorrecta

(189) Vid., en este sentido la exposición de las conclusiones del trabajo de Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 349 y ss., donde hace mención con indicación bibliográfica de los distintos criterios de delimitación entre el error de tipo y el de prohibición (objeto de la valoración-valoración del objeto, sentido-valor, defecto de conocimiento-defecto de sentimiento de valoración, valoración individual-valoración global), así como los defensores de una teoría de combinación de estos criterios.

(190) En este sentido se encuentra la propuesta de Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 259 y ss.

(191) En este sentido, era ya el parecer de Binding, *Normen*, II, 1, p. 161.

valoración jurídica de su actuación, por el contrario, sólo podrá dar pie a un error de tipo si es que, por otra parte, están presentes los requisitos para dar relevancia dogmática a su desconocimiento.

C. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad

La relevancia del error de tipo no se determina simplemente con la alegación de tal situación por parte del procesado, sino que debe procederse a precisar su existencia también con criterios normativos[192]. Incluso la admisión jurídico-penal de una situación de error tampoco lleva necesariamente a la impunidad, ya que este supuesto debe pasar aún por otro filtro normativo –la vencibilidad– para decidir el tratamiento punitivo correspondiente[193]. En caso de tratarse de un error de tipo vencible, corresponde castigar la conducta, conforme al artículo 14 primer párrafo, como un delito culposo, siempre y cuando la conducta en cuestión se sancione a título de culpa[194]. En caso de un error invencible, esto es, la realización de un hecho

---

(192) Como lo señala LINDNER, *NJW* 1960, p. 658, el juez debe utilizar siempre criterios de valoración para determinar el error. En este sentido, intentaron llevar a cabo una determinación objetiva del error SALM, *ZStW* 69 (1957), p. 522 y ss., en atención a la necesidad de retribución frente a la representación del hecho del autor; KÜCHENHOFF, *FS-Rittler*, p. 195 y ss., con base en la teoría de la presunción.

(193) Vid., la consideración del criterio de la vencibilidad como normativo, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 35, que si bien utiliza el término evitabilidad hace referencia a lo mismo.

(194) La objeción a la teoría del dolo –la que coincide parcialmente en los resultados con nuestro planteamiento– sobre la impunidad que tendrían los sujetos que *culposamente* no conocieron el carácter antijurídico de su hecho en caso de impunidad de la actuación culposa del delito correspondiente (así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 71 y s.), no alcanza en sentido estricto a nuestro planteamiento, sino a la decisión legislativa de no sancionar la modalidad culposa de la acción. Si en el caso concreto un hecho culposo parece digno de sanción penal, pero el legislador estima que en general no debe sancionarse estos tipos de actuación, entonces se tratará de una crítica a la decisión político-criminal del legislador, pero no una crítica a la teoría del dolo (vid., en este sentido, GEERDS, *Jura* 1990, p. 430).

subjetivamente imprevisible, la imputación penal deberá decaer por falta del mínimo necesario de imputación subjetiva.

a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo

Hemos señalado que no basta la simple alegación de una situación de desconocimiento para ser considerada penalmente relevante[195]. Para afirmar la existencia jurídico-penal de un error de tipo se requiere de una valoración en función de ciertos criterios normativos[196]. El punto de partida de esta valoración se encuentra en el rol atribuido a la persona, el cual permite corregir excesos y defectos de una comprensión psicologicista del error. En este sentido, no se tendrán en cuenta, en primer lugar, representaciones muy particulares de la realidad, así como tampoco conocimientos técnicos o especializados ajenos al rol[197]. Por otra parte, se le quitará relevancia normativa a errores sobre conocimientos mínimos[198], en tanto se trata de aspectos cuyo desconocimiento no puede alegarse por una persona integrada en sociedad. En cuanto a los conocimientos que dependen de cierto contexto situacional[199], la alegación de una situación

---

(195) Algo que Mezger, *FS-Kohlrausch*, p. 183; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 71 consideran importante para los casos de ceguera ante el Derecho. Vid., actualmente en estrecha vinculación con el llamado *dolus indirectus*, Jakobs, *LH-Bacigalupo* (España), p. 348 y ss. En la actualidad, Kuhlen, *Unterscheidung*, pp. 37 y ss., 479 y ss., hace mención a errores irrelevantes, aunque para supuestos muy concretos (*error in objecto*, *aberratio ictus*, doble error, error sobre alternativas del tipo).

(196) No se trata, por tanto, de la ficción de sancionar como doloso un hecho culposo (como se desprendía del parecer de Mezger, *FS-Kohlrausch*, p. 184 y que con razón criticó Welzel, en *Abhandlungen*, p. 254), sino que la determinación del dolo es una imputación que depende de ciertos criterios normativos.

(197) Vid., en el mismo sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 128 y s.

(198) Vid., en este sentido, Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 379 y ss., a los que denomina conocimientos mínimos.

(199) El criterio normativo del rol atribuido al sujeto (económico) requiere ser concretado en atención a los distintos ámbitos de actuación económica: empresarios del sector financiero, de las telecomunicaciones, de la comercialización de productos agrícolas, explotación de recursos naturales, etc. Vid., en el mismo

de error sólo resultará procedente si el autor en sus circunstancias personales no puede acceder al contexto antes referido. Veamos estas ideas con base en un par de ejemplos.

(1) Un empresario produce un determinado tipo de mercancías utilizando una marca registrada (artículo 222, literal f del Código penal). Si el empresario argumenta que no sabía que esa marca estaba registrada, su error psicológico será irrelevante, en tanto constituye una obligación elemental en la actuación de los empresarios verificar antes de utilizar una marca si no existe una igual o similar ya registrada (conocimientos mínimos). La existencia de un registro de marcas tiene como finalidad precisamente poder verificar si hay en el mercado productos que lleven la misma marca[200].

(2) Un empresario realiza mediante una alteración de datos un tipo de transacciones económicas que están exoneradas de impuesto en lugar de las que se corresponden con su finalidad económica, para evitar de este modo el pago de impuestos y maximizar con ello sus beneficios. Este empresario considera que todos los actos de fraude a la ley fiscal están todavía permitidos y sólo se sancionan penalmente cuando ha surgido formalmente una obligación tributaria[201]. El empresario sabe

---

sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 459, quien dice que hay deberes de información en el ámbito de trabajo profesional. Sobre el carácter de reglas de juego en determinados sectores sociales de las disposiciones penales del llamado Derecho penal accesorio, GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 9.

(200) Sobre la posibilidad de atribuir el conocimiento del registro de marcas a todos los empresarios como conocimiento mínimo, existe una larga discusión en la doctrina, sobre la cual informa de manera precisa RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 384 y ss. Coincidimos con el punto de partida del citado autor al señalar que se trata de una atribución social de conocimiento, pero no estamos de acuerdo con estimar que un empresario normal no debe conocer los registros de propiedad industrial. Somos del parecer que el conocimiento del registro de marcas constituye un conocimiento mínimo que debe imputarse a cualquier empresario que decide sacar un producto con marca al mercado. Ciertamente no se precisa un conocimiento detallado del registro, pero sí el conocimiento de que la marca a utilizar no se encuentra ya inscrita.

(201) Sobre la punibilidad de la defraudación tributaria mediante el fraude a la ley, vid., con detalle, POHL, *Steuerhinterziehung*, p. 389 y ss.; RÖCKL, *Das*

que está dejando de pagar impuestos mediante una acción evasoria, pero entiende que este uso irregular del derecho se encuentra aún permitido por las leyes penales. Para determinar la relevancia jurídico-penal de este error, debe partirse de la idea de que todo empresario en el rol especial de contribuyente sabe que no puede dejar de pagar los tributos correspondientes mediante cualquier forma fraudulenta, pues de lo contrario el sistema de recaudación tributaria no tendría las condiciones suficientes para mantenerse(202). En el contexto de su actividad empresarial, el empresario debe saber que la simulación de operaciones para evitar el pago de impuestos constituye una conducta defraudatoria. El que no haya sido consciente de esto, no le autoriza a alegar una situación de error.

De lo expuesto puede colegirse que para poder determinar la relevancia de un error se requiere individualizar las competencias de conocimiento del autor. Sólo una vez que se han individualizado sus competencias de conocimiento, podrá determinarse si una situación de error resulta penalmente relevante o no. Un error aparece como relevante cuando los conocimientos atribuidos al autor dependen de circunstancias que no se dan en el caso concreto por razones no atribuibles al autor. La situación psicológica del sujeto no tiene relevancia alguna en la configuración de los criterios jurídico-penales de imputación de responsabilidad(203).

Sin pretender entrar en las particularidades del proceso de imputación de una situación de error, quisiéramos, sin embargo, hacer mención a una situación especial relevante para la individualización de la imputación de conocimiento en la economía moderna; concretamente: la superpoblación de normas jurídicas que regulan

---

Steuerstrafrecht, p. 280; Silva Sánchez, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 176 y ss.

(202) Por el contrario, Tiedemann, Voz: "Umgehung", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4, discute directamente si se trata de un error de tipo que excluye el dolo o de un error de prohibición (vencible), lo que significa dar inmediata relevancia al error de quien piensa que todo acto de fraude a la ley está permitido.

(203) Vid., en el mismo sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 307.

los distintos sectores de actuación económica[204]. Ya que en algunos casos todas estas normas y reglamentaciones difícilmente pueden ser manejadas impecablemente por un ciudadano del sector específico[205], parece adecuado incluir también este aspecto como un factor desencadenante de la situación de error del autor[206]. Por esta razón, si el propio sistema jurídico impide la formación de modelos correctos de orientación, sea por normas imprecisas[207], contradictorias o con infinitas remisiones[208], la situación de error del sujeto económico deberá imputarse al sistema mismo[209]. No obstante, hay que señalar que una imputación de la situación de error al sistema no excluye la concurrencia de una imputación culposa al sujeto económico, en tanto se presenten en el caso concreto los presupuestos para la vencibilidad del error[210].

b. La vencibilidad del error de tipo

Una vez admitida la relevancia jurídico-penal de una situación de error, se requiere someter esta situación al criterio de la vencibilidad,

---

(204) Vid., en este sentido, ROXIN, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, p. 84 y s.; MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 280; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 59 y s.; DONINI, *RTDPE* 1-2 (1999), p. 17 y s.

(205) Vid., en este sentido, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 60.

(206) Sobre la competencia de autodeterminación del ciudadano de la situación jurídica, vid., VELTEN, *Normkenntnis*, p. 344 y ss.

(207) Sobre las normas imprecisas y la evitabilidad del error, DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 39 y ss.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, pp. 163 y s., 192 y ss.; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 403 y ss., quien considera incluso una exclusión objetiva de la responsabilidad. Acusa la existencia de un Derecho penal impreciso, en concreto, en el Derecho penal económico, HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 40.

(208) Vid., así los llamados supuestos de contradicción de la norma, GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 101 y ss.

(209) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 41; MEYER, D., *JuS* 1979, p. 251.

(210) Considera posible una imputación de la vencibilidad del error al propio sistema jurídico o a la casualidad, TIMPE, *GA* 1984, p. 67.

de manera que pueda decidirse si el autor queda impune o tiene lugar, a pesar de ello, una imputación a título de culpa[211]. Esta vinculación del error vencible a la culpa no constituye una simple remisión penológica, sino que parte de una correspondencia estructural entre el error de tipo vencible y la culpa[212]. La vencibilidad se encuentra configurada como exigibilidad impuesta al autor de evitar caer en la situación de error, la cual se manifiesta precisamente como deberes de cuidado[213]. El autor debe tener el cuidado debido no sólo en el sentido de evitar juicios apresurados, sino también de reunir los elementos suficientes para poder valorar correctamente su hecho. La utilización de estos criterios de diligencia para determinar la vencibilidad del error se puede apreciar incluso en aquellos autores que consideran al error sobre el carácter antijurídico del hecho una cuestión de culpabilidad[214].

---

(211) Algo que, por ejemplo, no lleva a cabo la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 7106-97 de 17 de marzo de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 43 y s.], que luego de admitir la relevancia del desconocimiento sobre el uso indebido de una marca, procede directamente a liberar de toda responsabilidad a los procesados.

(212) En este sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 458; Wolter, *JuS* 1979, p. 487; Otto, *Jura* 1990, p. 649; Velten, *Normkenntnis*, pp. 87, 234 y ss. De una opinión distinta, Glandien, *Verbotsirrtum*, p. 72.

(213) En este punto se discute en la doctrina si la vencibilidad configura deberes de cuidado (*Rechtspflicht*) o constituyen incumbencias del autor (*Obliegenheit*). Se muestran a favor de considerarlo un deber jurídico, Henkel, *FS-Mezger*, p. 299; Boldt, *ZStW* 68 (1956), p. 366; Hartung, *JZ* 1955, p. 665; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, p. 200 y s. Consideran la evitabilidad una incumbencia Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 196; Hruschka, *Strafrecht*, p. 319; Schünemann, H., *NJW* 1980, p. 741; Neumann, *NK* § 17, n.m. 56; Lesch, *JA* 1996, p. 608; Velten, *Normkenntnis*, p. 81. Sobre las diferencia entre deber e incumbencia, vid., Hruschka, *op. cit.*, p. 415 y ss. Las consecuencias de esta diferenciación es que la sola infracción de una incumbencia no puede sancionarse por el ordenamiento jurídico, mientras que ello sí es posible en caso de la infracción de un deber.

(214) Vid., en este sentido, Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 31 y s.; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 112. No obstante, se reconoce que la evitabilidad es menos estricta en la culpa de hecho que en la culpa de derecho [vid. Tiedemann, Voz:

Para precisar los criterios de determinación de la vencibilidad en el error de tipo resulta conveniente realizar una exposición diferenciada según se trate del conocimiento de los elementos del hecho típico o de su carácter prohibido. Hay que advertir, sin embargo, que esta exposición diferenciada no se sustenta en criterios de ordenación distintos, sino en el objeto de análisis. En cuanto al error sobre los elementos del tipo penal, la vencibilidad requiere determinarse con base en el concreto ámbito de actuación del autor, o sea, hay que establecer si en atención a las circunstancias personales del autor puede imputársele el deber de haber examinado ciertos aspectos peligrosos de su concreta actuación(215). Si esta imputación es posible, podrá entonces afirmarse que la realización de la conducta le resultaba cognoscible y, en consecuencia, atribuirle responsabilidad a título de culpa. Como puede verse, la vencibilidad del error no aparece fijada por criterios psicológicos, sino que sólo cabe recurrir a criterios normativos en el contexto propio del autor.

En lo que respecta al criterio para precisar la vencibilidad del error sobre el tipo penal global, existe una amplia discusión doctrinal. Un sector de la doctrina recurre al tradicional criterio del esfuerzo de la conciencia, según el cual un error será vencible si la conciencia del autor hubiese podido precisar el carácter prohibido del hecho o cuando menos levantar dudas sobre su permisión(216).

"Irrtum über Rechtsfragen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2]. El recurso a criterios de delimitación del dolo y la culpa puede verse sobre todo en el llamado conocimiento eventual del injusto. Vid., así, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 171 y s.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 893; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 72; NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 217.

(215) Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 46, n.m. 771.

(216) En este sentido se presenta una línea jurisprudencial de los tribunales alemanes que llevó luego al criterio del "esfuerzo de las capacidades intelectuales de reconocimiento". Vid., sobre esto, MATTIL, *ZStW* 74 (1962), p. 201 y ss.; STRAUß, *Die Richtlinien*, p. 5 y ss.; ROOS, *Die Vermeidbarkeit*, pp. 156 y ss., 286 y ss. Utiliza este criterio en el ámbito del Derecho penal económico, vinculado al círculo profesional del autor, NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 11. Críticamente ante este criterio, con mayores

Frente a este parecer, se opone aquel que entiende que la conciencia no juega ningún papel en la vencibilidad del error, de manera que ésta sólo puede configurarse con base en deberes de informarse(217). Una tercera línea de interpretación que, recurriendo a la partición del Derecho penal en esencial y no esencial, mantiene el criterio de la conciencia en el primer ámbito e impone deberes de informarse para el segundo ámbito(218). Por encima de los pormenores de esta discusión doctrinal, parece evidente que la teoría del esfuerzo de la conciencia sólo podría tener plausibilidad en delitos con un juicio de rechazo generalizado en la sociedad. Por el contrario, en el Derecho penal económico, en donde resulta difícil que un sujeto aislado pueda determinar por sí sólo el carácter penal de su comportamiento, la vencibilidad del error sólo podría ampararse en deberes de informarse(219).

El deber de informarse sobre la relevancia jurídica de sus actuaciones se impone a los sujetos económicos para fomentar un dina-

---

referencias, Mayer, Helmuth, *MDR* 1952, p. 393; Welzel, *JZ* 1952, p. 342; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 35 y ss.; Schmidhäuser, *FS-H. Mayer*, p. 319 y s.; Neumann, *NK* § 17, n.m. 57; Groteguth, *Norm- und Verbot(un)kenntnis*, p. 24 y ss; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 82; Roos, *op. cit.*, p. 216 y ss.; Velten, *Normkenntnis*, p. 20. Por el contrario, Zaczyk, *JuS* 1990, p. 893 ve peligroso apartarnos de este criterio, pues puede llevar a entregar al autor a una cultura anónima de expertos y afectar con ello el principio de culpabilidad.

(217) En este sentido, Meyer, D., *JuS* 1979, p. 252; Neumann, *JuS* 1993, p. 797 y s.

(218) En este sentido, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 171 y s.; Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 131; Jakobs, *Strafrecht* AT, Apdo 19, n.m. 7 y 10; Timpe, *GA* 1984, p. 52 y ss. ; Lesch, *JA* 1996, p. 608 y s.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 86; Tiedemann, *ZStW* 81 (1969), p. 878. Crítico ante este criterio de diferenciación, Welzel, *JZ* 1956, p. 241.

(219) No obstante, el deber de informarse no es exigible en caso que el propio sujeto disponga de capacidades suficientes para valorar por sí mismo el carácter de su hecho (así, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 249 y s.), de manera que la vencibilidad del error se sitúa en la capacidad de poder determinar en la situación específica el carácter penalmente prohibido del hecho.

mismo en la economía[220]. En este sentido, es la participación en la economía lo que genera estos deberes[221] y no, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal, una situación de duda del autor sobre el carácter antijurídico de su hecho[222]. Un estado interno no puede tener por sí mismo fuerza normativa, sino el dato objetivo de la participación en el sector económico respectivo[223]. Por esta razón, resulta perfectamente posible imputar un error de tipo vencible al autor, aun cuando no haya tenido en lo absoluto duda sobre la relevancia jurídica de su hecho[224]. Los deberes de informarse surgen por el desempeño de un rol, no por determinadas situaciones internas del autor inaccesibles al Derecho penal.

En la doctrina penal se debate la cuestión, vinculada al fundamento de los deberes de informarse, de la configuración jurídica de

---

[220] Como lo indica JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n. m. 49, nota 109 *in fine*: (...) si existe una necesidad de dinamización, el Derecho penal debe garantizar también el funcionamiento de lo especialmente dinámico de los contactos; surgen entonces para el ciudadano competencias de información, en especial respecto de las normas relacionadas con su actividad profesional. Una exoneración general al ciudadano del riesgo de error (...), va en contra del fin de dinamización".

[221] Una configuración normativa del deber de informarse defienden JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 35; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 222 y s.; EL MISMO, *GA* 1984, p. 51 y ss.; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 55; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 114.

[222] Requieren una situación de duda, KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik*, p. 146; HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 84, 105, 166 y s.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 207, 669; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 168. Críticamente, BLEI, *JA* 1970, p. 670; TIMPE, *GA* 1984, p. 56 y ss., quien incluso se opone a una normativización de la ocasión para informarse sobre el derecho, como lo hace, por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 54 y ss. En el Derecho penal económico se muestra de acuerdo con la exigencia de una ocasión para informarse, TIEDEMANN, *FS-Geerds*, p. 102.

[223] En este sentido, MEYER, J., *JuS* 1983, p. 515. Similarmente ya BLEI, *JA* 1970, p. 671.

[224] En este sentido, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 63, admite deberes de informarse cuando a pesar de que el autor no duda sobre su hecho, conoce que realiza acciones que tienen una regulación jurídica específica.

este deber. En primer lugar, hay que señalar que este deber no puede considerarse presupuesto del deber penal de actuar u omitir correspondiente, pues con ello resultaría justificado el reproche de una regresión al infinito de deberes[225]. Este deber tampoco podría constituir un deber jurídico-penal autónomo, ya que configuraría el hecho prohibido con su sola infracción[226], lo cual, por otra parte, necesitaría de una tipificación expresa para poder vincularle consecuencias jurídico-penales[227]. Por estas razones, los deberes de informarse deben entenderse sólo como expresión de las competencias de conocimiento atribuidas al sujeto[228], de manera tal que su infracción se muestra como una forma de defraudar la misma expectativa normativa que motiva el deber de informarse. No se produce, por tanto, una sustitución del deber penal de no realizar una determinada conducta prohibida por un deber de conocer tal deber, sino que el cumplimiento del deber de informarse constituye un presupuesto para la irresponsabilidad por el error sobre su hecho[229].

La vinculación del deber de informarse con la acción penalmente prohibida pone de manifiesto que no basta la infracción de tal

---

[225] Sobre la crítica de la regresión al infinito, vid., Kaufmann, Armin, *FS-E. Schmidt*, p. 330; Timpe, *GA* 1984, p. 56; Bacigalupo Zapater, *LH-Baigún*, p. 140 y s.

[226] Vid., sobre esto, críticamente, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 193 y ss.; Strauss, *NJW* 1969, p. 1418; Blei, *JA* 1970, p. 669; Córdoba, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 410 y s. Por esta razón, Velten, *Normkenntnis*, p. 162 y ss. (espec. p. 226 y s.), se esfuerza en demostrar que no se sanciona la simple negación de una prestación (la incumbencia de conocer la conformidad a derecho de un proyecto), sino que debe existir una infracción objetiva de un deber.

[227] Vid., en este sentido, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 71. Sobre la crítica a la teoría de la información como deber y la vencibilidad del error como lesión del deber Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 67 y ss.

[228] Sobre la evitabilidad como competencia del autor, vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m 7, 35; Lesch, *JA* 1996, p. 607 y ss.; Timpe *GA* 1984, p. 62 y ss. Un análisis crítico de esta concepción, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 61 y ss.

[229] En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 41, con mayores referencias bibliográficas. De la misma opinión también, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 58.

deber para afirmar la vencibilidad del error, sino que es necesario que el autor hubiese podido acceder a la información correspondiente en el caso concreto[230]. Si puede atribuirse al autor deberes de informarse por la actividad que desarrolla y se demuestra que le habría sido posible el acceso a la información suficiente para valorar su hecho, entonces el error sobre su deber de evitar determinadas conductas delictivas podrá considerarse vencible y justificar, por tanto, el tratamiento de su hecho como culposo[231]. Los deberes de informarse se constituyen, en este sentido, como deberes de cuidado atribuidos al autor por la actividad concreta que realiza[232].

c. Supuestos especiales en el Derecho penal económico

aa) Error sobre el límite cuantitativo del injusto en los delitos económicos

Como ya se vio anteriormente (*supra*, Cap. IX, III, 1, A, dd), en algunos casos la gravedad cuantitativa de un daño exigida por el

---

(230) Por esta razón, a RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 194 y ss., no le basta la exigencia de un deber de informarse para excluir el error invencible, sino que requiere que al autor en el caso concreto le haya sido posible encontrar una vía de información para determinar el carácter ilícito de su hecho. Este poder acceder a la información debe configurarse también normativamente, en el sentido que no importa si psicológicamente el autor podía conocer el carácter prohibido de su hecho, sino como un conocimiento jurídico que pertenece a su ámbito de responsabilidad, así como lo configura, por ejemplo, TIMPE, *GA* 1984, p. 62 y ss. (espec. 66). En este contexto puede comprenderse el parecer de RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 252; STRAUSS, *NJW* 1969, p. 1419 y s.; MEYER, D., *JuS* 1979, p. 251; WOLTER, *JuS* 1979, p. 483 y ss.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 894; OTTO, *Jura* 1990, p. 650; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 798; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 81; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 35; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 45 (limitadamente); NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 11; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Torío López*, pp. 360 y s., 362; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 172 y s., quienes consideran invencible el error cuando, pese a no haberse requerido información, no se habría alcanzado la información necesaria para valorar el hecho.

(231) Vid., así, WOLTER, *JuS* 1979, p. 483.

(232) Vid., en este sentido, HORN, *Verbotsirrtum*, p. 62 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 34.

tipo penal constituye un elemento del tipo de injusto que tendría que ser abarcado por el dolo. Frente a esta afirmación se ha llamado la atención sobre el hecho de que el error sobre el monto o cuantía del daño lleve a vacíos de punibilidad por desconocimiento del autor de dicho monto o límite cuantitativo[233]. Esta afirmación no es del todo correcta, pues el conocimiento del dolo no requiere abarcar con exactitud la cifra consignada por el tipo penal (niveles de contaminación ambiental, por ejemplo). El autor debe conocer que realiza un riesgo capaz de perjudicar en una entidad penalmente relevante a otras personas, pero no un monto exacto. En cualquier caso, la figura del dolo eventual permitiría atribuir el dolo al autor aunque no haya un conocimiento exacto[234]. Solamente podría admitirse un error de tipo si el autor creyere erróneamente que realiza una pequeña afectación penalmente tolerada del bien jurídico, siendo que, en realidad, supera los límites cuantitativos recogidos en el tipo penal[235].

bb) Error de valoración debido a información técnica defectuosa

Los deberes de informarse en ámbitos especializados de la actividad económica para cumplir con las competencias de conocimiento, requieren dirigirse a abogados, asesores fiscales o autoridades administrativas[236]. Debido a la profesionalización o especialización de estos sujetos se les considera una fuente confiable para expedir información adecuada sobre la repercusión jurídica de determinadas actuaciones previstas[237]. Ya que el sujeto económico, por sí mismo,

---

(233) Vid., Berdugo/Ferré, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 71 y ss.

(234) Vid., así, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 146.

(235) Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 146. Vid., de manera general, Frisch, *Verhalten*, p. 597.

(236) Como puede verse, partimos de la idea de una equiparación entre la información proporcionada por la Administración y la proporcionada por profesionales especializados (en este sentido, Rudolphi, *SK* §17, n.m. 40; Schroeder, *LK* § 17, n.m. 44). Por su parte, Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 208 equipara las informaciones de la Administración incluso a las sentencias judiciales.

(237) Sobre las personas confiables para emitir una opinión, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 241 y ss.; Wolter, *JuS* 1979, p. 486; Kunz, *GA* 1983, p. 458 y s.;

no es capaz de determinar todas las consecuencias jurídicas de su actuación, se le impone el deber de informarse sobre la posible significación jurídica de tal proceder recurriendo a las mencionadas personas especializadas.

Si el sujeto económico omite simplemente cumplir con su deber de informarse frente a personas especializadas, entonces habrá que determinar si puede argumentarse una situación de error relevante que, de cualquier forma, no impediría una imputación a título de culpa. Para decidir primero si tiene lugar un error de tipo relevante, debe recurrirse al criterio normativo del rol que se le atribuye al sujeto económico en su ámbito específico de actuación. Si a tal sujeto puede imputársele el conocimiento de la probabilidad del carácter prohibido del hecho, entonces cabrá una imputación por dolo eventual, siendo irrelevante el error aducido por incumplimiento de deberes de informarse[238]. Si, por el contrario, este sujeto económico no puede reconocer tal probabilidad, pero omite los deberes de informarse que el sistema le impone, entonces cabrá imputarle el hecho delictivo a título de culpa.

Un supuesto problemático se presenta cuando no se cumple el deber de informarse y la persona especializada a la que hipotéticamente se habría recurrido para solicitar información no habría dado eventualmente esta información correctamente. Un sector de la doctrina penal considera que si la hipotética información incorrecta hubiese sido confiable, se habría producido un error invencible[239]. Contra este parecer, JAKOBS sostiene que no cabe afirmar en estos casos un error invencible, pues con el cumplimiento del deber de informarse solamente se llega a un daño si el tercero no actúa en forma arreglada a Derecho[240]. El daño no está dispuesto inevitablemente,

---

ZACZYK, *JuS* 1990, p. 894; NEUMANN, *NK* § 17 n.m. 75; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 106; LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 101 y ss.

(238) Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 58, en la medida que debe asumir todas las consecuencias de una actuación desinformada.

(239) Vid., con amplias referencias doctrinales, CÓRDOBA, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 411 y ss.

(240) Vid., JAKOBS, *RPDJP 6* (2005), p. 527. Similarmente, CÓRDOBA, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 425.

sino que se evita con la fidelidad al Derecho de los otros. Solamente en supuestos de procesos lesivos hipotéticos dispuestos inevitablemente se podría argumentar que no tiene sentido querer asegurar con garantías normativas un bien en cualquier caso perdido(241). Pero resulta necesario demostrar que de ninguna manera se habría podido evitar el resultado lesivo.

La situación se torna distinta si el sujeto cumple con sus deberes de informarse, pero, pese a ello, se mantiene en una situación de error sobre las consecuencias jurídicas de su actuación. Para determinar la responsabilidad penal en estos casos debe precisarse si la fuente de información puede calificarse de confiable según las circunstancias personales del autor(242). En caso que la fuente consultada aparezca como la correcta, la información errónea no puede afectar al autor, aun cuando guarde cierta duda psicológica sobre la legalidad de su hecho(243). Su competencia de conocimiento se cumple con la solicitud de información a una fuente adecuada según sus circunstancias personales. Esta situación no excluye, sin embargo, una competencia del solicitante de la información cuando se plantea incorrectamente la cuestión con la finalidad de alterar el sentido del informe(244). Por el contrario, si la fuente de información no resulta adecuada, entonces sí podrá atribuírsele responsabilidad a título de culpa por una especie de *culpa in eligendo*(245). En caso que el

(241) Vid., Jakobs, *RPDJP 6* (2005), p. 527.

(242) En este sentido, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 109; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 213.

(243) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44. Similarmente, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 104 y ss.; 235 y ss., 240 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 91; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 36; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 58; Velten, *Normkenntnis*, p. 383. Por el contrario, Kunz, *GA* 1983, p. 457 y ss.; Neumann, *NK* § 17, n.m. 74, señalan que el error no es invencible si existen circunstancias especiales que fundamentan la duda sobre la exactitud de la información suministrada.

(244) Vid., Velten, *Normkenntnis*, p. 383.

(245) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 36.

resultado de la información no aparezca claro, puede atribuirse una infracción de las competencias de conocimiento si, por ejemplo, no se solicita una aclaración o no se recurre a una instancia superior si se trata de funcionarios jerárquicamente organizados[246].

Un tema que excede ciertamente la imputación subjetiva, pero muy vinculado con el supuesto de información técnica defectuosa, consiste en la responsabilidad penal que alcanza a los asesores técnicos o profesionales por la información suministrada. Si la información suministrada se ha elaborado conforme a los estándares del servicio, la competencia de la decisión recaerá exclusivamente sobre los solicitantes de la información[247]. La situación se torna distinta en caso de suministro de información incorrecta por parte de los asesores que lleva al solicitante a decidirse erróneamente en contra del ordenamiento jurídico[248]. En este caso, el principio de confianza en el plano objetivo permitiría la exclusión de responsabilidad penal del solicitante[249]. Una sanción a los asesores solamente podría justificarse, en caso de actuación dolosa, por medio de la figura de la autoría mediata[250], aunque habría que reconocer que tal situación se tornaría difícil en los delitos especiales[251]. Ya que el asesor no cuenta con la calidad especial exigida por el tipo penal, no resultará posible, en principio, sancionarle como autor. Su responsabilidad penal solamente podrá fundamentarse de dos maneras: interpretando los tipos penales particulares con criterios fácticos o

---

(246) Se trata de una actuación a propio riesgo, como lo señala, KUNZ, *GA* 1983, p. 465.

(247) Vid. PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 113.

(248) Vid., la mención de esta problemática QUINTANAR DIEZ, *CPC* 72 (2000), p. 676.

(249) Vid., en este sentido, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 113.

(250) Vid., así, RAGUÉS I VALLÈS, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 258, aunque en atención a la relación entre superior y subordinado, pero que presenta la misma estructura de imputación. La posibilidad de castigar al superior (o solicitante de la información) por imprudencia no se encuentra descartada. Como provocación de un error invencible, JAKOBS, *RPDJP* 6 (2005), p. 527.

(251) Vid. RAGUÉS I VALLÈS, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 259.

introduciendo tipos penales que sancionen específicamente estos actos de asesoramiento[252].

cc) Error de valoración debido a decisiones judiciales

Otro de los temas controvertidos en materia de error tiene lugar en los casos de una valoración errónea de un hecho a partir de decisiones judiciales que declaran tal hecho como ajustado a Derecho[253]. No hay mayores dificultades para admitir la relevancia de un error cuando la jurisprudencia es uniforme o cuando menos predominante[254]. El valor de las decisiones de los tribunales para formar opinión justifica aceptar en estos casos una situación de error relevante[255].

---

[252] Vid., en este sentido, la propuesta de Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 277 y ss. Concuerda con Ragués, Gómez Martín, *LH-Cobo del Rosal*, p. 436. Sobre la posibilidad en el Derecho penal económico de sancionar ya a un partícipe en un hecho principal no doloso, Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C52. Se discute también sobre la posibilidad de recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro en el Derecho penal español que admite supuestos de actuación entre particulares y la figura del administrador de hecho. Una referencia a la opción de recurrir al actuar en lugar de otro en estructuras empresariales en Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 408 y s.

[253] No obstante, existe un parecer que sostiene que el único punto de referencia para la conciencia del injusto es la ley y no las decisiones judiciales, de manera que éstas son irrelevantes para configurar un error (vid., así, la referencia en Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 94 y ss.). Por otro lado, existen autores como Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 192 y ss., que consideran que en estos casos no existe una situación de error, sino una situación de inseguridad jurídica. Similarmente Neumann, *NK* § 17, n.m. 51, al señalar que no se trata de un déficit de información, sino de un déficit de regulación.

[254] Vid., así, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 107 y s. Hay que indicar, sin embargo, que existe discusión sobre ciertos aspectos concretos, como, por ejemplo, si las decisiones judiciales abarcan también decisiones extrapenales, si es necesario que tengan el carácter de cosa juzgada y la conexidad de la sentencia con el hecho concreto del autor. Sobre todo esto, vid., con consideraciones críticas, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 178 y ss.

[255] En este sentido, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102 y ss.; Meyer, D., *JuS* 1979, p. 253; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 36; Neumann, *JuS* 1993,

La discusión se presenta, más bien, en los casos de sentencias controversiales, en donde los tribunales judiciales interpretan de manera distinta un mismo grupo de casos. Ya que no existe claridad sobre el carácter prohibido de su conducta, el autor decide emprender lo que le resulta más favorable(256).

Para resolver los supuestos de error por jurisprudencia controversial, un sector de la doctrina penal parte de la diferencia entre controversia de tribunales de la misma instancia y controversia entre tribunales de instancias distintas(257). En caso que la controversia jurisprudencial tenga lugar entre tribunales de distinta jerarquía, la doctrina otorga prioridad a la línea jurisprudencial del tribunal superior, de manera que su sentido resulta atendible para fundamentar una situación de error invencible(258). Disparidad de opiniones en la doctrina existe, por el contrario, cuando la controversia tiene lugar entre tribunales de igual jerarquía, en tanto unos niegan una situación de error con base en un conocimiento eventual de la antijuricidad del hecho(259), mientras que otros admiten la posibilidad de un error vencible(260) e incluso invencible(261).

---

p. 798; EL MISMO, *NK* § 17, n.m. 68; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 64; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 438.

(256) Vid., así, NEUMANN, *JuS* 1993, p. 798.

(257) Crítico ante la diferenciación de la jurisprudencia controvertida para resolver el problema del error MEYER, D., *JuS* 1979, p. 253, en tanto cada tribunal es autónomo de otro, incluso de los superiores, de manera que no es ni más ni menos confiable que otro. Recoge también esta crítica LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 194 y s.

(258) En este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 108 y s., 112 y ss.; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 69; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 64; SCHROEDER, *LK* § 17, n.m. 39; STRAUß, *Richtlinien*, p. 103; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 437; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 203. Críticamente, MEYER, D., *JuS* 1979, p. 253.

(259) Así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 64; DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 33 y ss.

(260) Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 110; EL MISMO, *SK* § 17, n.m. 39; SCHROEDER, *LK* § 17, n.m. 39.

(261) Consideran que en el caso de sentencias controvertidas de tribunales de la misma instancia, tiene lugar un error invencible, MAURACH, *Strafrecht*, AT, 1, § 38, n.m. 36; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 694; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 204.

De distinta forma se plantean los supuestos de error debido a decisiones jurisprudenciales contradictorias por otro sector de la doctrina penal, en tanto se deja de lado el criterio de la jerarquía de la jurisprudencia y resuelve el problema, más bien, con criterios de distribución del riesgo de error. Al interior de este parecer se presenta también una diversidad de pareceres, ya que para algunos el riesgo debe trasladarse al sujeto que conoce la situación controversial(262), mientras que para otros se trata de una situación de indeterminación que debería liberar al ciudadano de responsabilidad penal(263). Según nuestro parecer, este último criterio de solución resulta el más aconsejable, pues en una sociedad en la que el Estado ha asumido un papel activo en la regulación de la economía, debe llevar consigo también los costos de esta intervención, de manera que los defectos en su labor legislativa o de solución de conflictos deberán imputarse no a los ciudadanos, sino al Estado mismo(264).

dd) Desconocimiento de la obligación de obtener un permiso o autorización y error respecto de su licitud

Como tuvimos oportunidad de ver en el capítulo anterior, resulta muy usual en el Derecho penal económico la configuración típica de determinados delitos como realización de actividades

(262) En este sentido, Meyer, D., *JuS* 1979, p. 253.

(263) En este sentido, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 106 y ss.; Jakobs *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44, quien le aplica las reglas de la colisión de deberes. Similarmente Neumann, *JuS* 1993, p. 798; El Mismo, *NK* § 17, n.m. 72, quien si bien utiliza la diferencia de instancias de los tribunales para solucionar los supuestos de error, considera que se trata de una cuestión de exigibilidad. Crítica ante las consideraciones con base en la exigibilidad para la solución del problema, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 195 y ss., por lo que entiende que estos supuestos sólo pueden solucionarse mediante la regulación legal de una causa de exclusión de la culpabilidad.

(264) Un problema diferente plantea la contradicción de decisiones de autoridades administrativas. Ya que en estos casos resulta posible la consulta a la autoridad competente, podría fundamentarse un deber de informarse que produciría la vencibilidad del error. Vid., en este sentido, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 108.

profesionales o económicas sin la autorización administrativa requerida. Los supuestos de error en estos delitos pueden sistematizarse en dos grupos. Por un lado, puede que el autor cometa el delito desconociendo la necesidad de la autorización administrativa(265). En estos casos puede decirse, como regla general, que existe la obligación de informarse por parte de cualquier empresario sobre los requisitos necesarios para realizar algún tipo de actividad económica que pueda repercutir en los intereses de la comunidad como es, por poner un ejemplo, la comercialización de medicamentos. En este sentido, puede afirmarse que un error sobre la obligación de solicitar un permiso o autorización resulta penalmente irrelevante, salvo que venga condicionado por un informe técnico o una resolución administrativa que señalen incorrectamente la falta de necesidad de solicitar o tramitar una autorización ante la Administración.

El segundo grupo de supuestos de error en caso de actividades que requieren autorización administrativa se presenta cuando el autor posee una autorización administrativa defectuosa o ilícita. Como ya lo vimos, el problema de las autorizaciones defectuosas tiene también repercusión en el terreno de la imputación objetiva(266), por lo que si se dan los presupuestos para excluir la imputación ya en este nivel, no tendrá sentido siquiera que nos planteemos cuestiones de imputación subjetiva. Por el contrario, en sede de imputación subjetiva cabrá discutir sólo los casos en los que la existencia de una autorización defectuosa permite una imputación objetiva al autor. Si la imputación penal debe decaer por una situación de error, depende de las competencias de conocimiento del autor. Una situación de error de ninguna manera podrá afirmarse en los supuestos de abuso del derecho, es decir, cuando el sujeto ha provocado intencionalmente una autorización defectuosa o ha impedido una prohibición administrativa (desde un engaño a la Administración hasta

(265) La referencia a estos supuestos de error, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 36.

(266) NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, pp. 205, reconoce que se trata de aspectos que afectan ya el tipo objetivo o la justificación. Por el contrario, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 37 considera que las autorizaciones viciadas han de resolverse como supuestos de error de prohibición.

los supuestos de cohecho)[267]. Por ello, un error relevante respecto de una autorización administrativa ilícita sólo podrá alegarse si el administrado ha provocado sin conocimiento imputable la situación que motiva la incorrecta autorización de la Administración. En estos casos, el conocimiento atribuido al ciudadano no permite imputarle subjetivamente el hecho, a no ser que nuevas circunstancias, como una rectificación oficial o un informe posterior, rompan normativamente la apariencia de legalidad de la autorización administrativa. Como puede verse, se trata de una cuestión normativa que no depende en lo absoluto de una situación de duda subjetiva del autor concreto[268]. Si al autor no puede imputársele, en sus circunstancias concretas, el conocimiento de la ilegalidad de la autorización recibida, una imputación subjetiva deberá decaer.

ee) La superación del error por vías irregulares

En una teoría de la imputación (subjetiva) basada en roles resulta un tema complicado el tratamiento de aspectos personales, como es, por ejemplo, el caso de conocimientos que provienen de circunstancias ajenas al desempeño del rol. En este sentido, se plantea la cuestión de si el conocimiento adquirido por vías irregulares puede sacar jurídicamente de una situación de error, es decir, si puede reconocerse relevancia jurídica al conocimiento proveniente de una actuación personal que el ordenamiento jurídico no impone. La única forma de poder justificar una imputación subjetiva en estos casos sería incorporar al rol también el conocimiento proveniente por fuentes informales[269].

---

(267) Vid., en este sentido, Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 69 y ss.; Schwarz, *GA* 1993, p. 326; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 205; Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro*, p. 126. Sobre el criterio del abuso del Derecho Horn, *NJW* 1981, p. 3; Rudolphi, *NStZ* 1984, p. 197; Dölling, *JZ* 1985, p. 469; Immel, *ZRP* 1989, p. 107; Lenckner, *FS-Pfeiffer*, p. 37 y s.; Breuer, *NJW* 1988, p. 2080; Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343 y s.; Dolde, *NJW* 1988, p. 2334; De la Mata Barranco, *Protección penal*, p. 173 y ss.

(268) Exige una situación de duda, Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 207.

(269) Niegan al parecer esta posibilidad Timpe, *Strafmilderungen*, p. 233; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 57.

El primer punto que hay que dejar en claro es que aquí no nos referimos al caso del agente económico que conoce que su hecho es contrario a Derecho, pero que para resguardarse frente a posibles problemas judiciales guarda un informe que incorrectamente afirma el carácter lícito del hecho, pues en estos casos no hay una situación de error relevante(270). Nos referimos, más bien, al caso del sujeto que recibe, por ejemplo, una información incorrecta por los medios regulares, pero por una vía informal llega a conocer la inexactitud de los informes recibidos. No se trata, por tanto, de la simple duda sobre la corrección del informe recibido que, dado el caso, podría solucionarse con base en criterios de confianza(271) o dar lugar a un deber de realizar mayores averiguaciones. El sujeto sabe, antes bien, que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico, pero no tendría por qué saberlo.

Si el hecho queda en la sola subjetividad, una imputación del conocimiento no podrá tener lugar por razones fundamentalmente procesales(272). Si puede demostrarse el conocimiento de la información necesaria para darse cuenta del carácter prohibido del hecho, entonces la imputación de conocimiento dependerá de los contornos normativos del rol(273). Si se trata de competencias que deben cumplirse en razón de toda la información que se maneja, entonces cabrá una imputación de conocimiento penalmente relevante, aun cuando la información se adquiera por fuentes informales(274). Dentro

(270) Sobre este supuesto, como penalmente irrelevante, KIENAPFEL, *ÖJZ* 1976, p. 116; SCHICK, *ÖJZ* 1980, p. 114; KUNZ, *GA* 1983, p. 459; VELTEN, *Normkenntnis*, p. 378 y ss.

(271) En este sentido, soluciona los casos de informes provenientes de autoridades o funcionarios y las procedentes de fuentes informales mediante una confianza sobre los primeros, LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 136.

(272) Igualmente, pero no por razones procesales, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

(273) Por el contrario, afirma en general una responsabilidad penal en estos casos, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 79. Por su parte RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 105, reconoce que las decisiones judiciales no exoneran de responsabilidad si el autor conoce (puede decirse, por cualquier medio) que su hecho es antijurídico.

(274) Vid. la referencia a estos roles, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

de estos supuestos se encuentran no sólo los casos del mandato general del ciudadano en la gestión de riesgos especiales, sino también los casos del cumplimiento del deber de socorro del ciudadano y ciertas vinculaciones institucionales, en los que independientemente de la fuente de conocimiento, las obligaciones se deben cumplir con toda la información disponible[275]. En el Derecho penal económico este tipo de competencias especiales se presentan especialmente cuando la actividad realizada implique el manejo de ciertos riesgos especiales relevantes. Por el contrario, en los ámbitos de actuación en los que no se maneje riesgos especiales, el conocimiento por via irregular no sustentará una responsabilidad penal.

ff) El error de tipo en las leyes penales en blanco

Un tema polémico en cuanto al tratamiento del error se presenta en las leyes penales en blanco, ya que las normas complementarias muchas veces resultan de difícil acceso al agente económico. En algunos países, como Alemania por ejemplo, han sido conscientes desde hace tiempo de esta problemática, por lo que expidieron leyes específicas con la finalidad de regular el error en estos casos y permitir un margen mayor de aceptación de supuestos relevantes[276]. La doctrina penal, por su parte, se ha dedicado a discutir sobre la delimitación del error de tipo y de prohibición en las leyes penales

---

[275] Vid., en el mismo sentido, aunque haciéndolo depender de la concepción que la sociedad tenga de la institución, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 50; El Mismo, en *Estudios*, p. 215.

[276] En el Derecho penal alemán existieron disposiciones en el ámbito económico, como la disposición que regulaba el error sobre la prohibición del hecho en los delitos económicos cometidos en tiempo de guerra (1917), o en la legislación tributaria de 1919 y en la regulación del uso económico de las divisas de 1938, en donde se contemplaba la posibilidad de eximir de responsabilidad por un error sobre la existencia o aplicación de los dispositivos que castigaban esas conductas. Vid., la referencia a estas leyes, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 69 y s.: "A quien se equivoca (en estos ámbitos) sobre uno de los numerosos dispositivos, que ni siquiera el jurista conoce completamente, no puede hacérsele en general ningún reproche, cuando por ello realiza una acción penalmente relevante".

en blanco y determinar, en este sentido, los criterios de regulación del error en estas leyes[277]. Desde nuestra comprensión del error de tipo, la cual incluye el error sobre el carácter ilícito del hecho, parece claro que tiene poca utilidad entrar en la referida discusión doctrinal. Sólo resulta pertinente precisar cómo las características de las leyes penales en blanco condicionan el tratamiento del error de tipo.

Como ya lo hemos precisado, los supuestos de error se muestran problemáticos en el caso de las leyes penales en blanco en sentido propio, en las que tiene lugar una especificación mediante leyes o reglamentos de los criterios de decisión establecidos de manera general en la ley penal[278]. En este orden de ideas, el conocimiento de los elementos del tipo excluiría en principio una situación de error, pues los aspectos regulados por leyes complementarias constituyen solamente una especificación de los criterios establecidos ya en el tipo penal[279]. Sólo podría admitirse de manera excepcional un error de tipo, si el propio tipo penal utiliza conceptos indeterminados que se especifican mediante normas complementarias[280]. Ya que en

---

(277) Sobre esta discusión, vid., WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 29 y ss.; DROST, *NJW* 1949, p. 740; SCHRÖDER, *MDR* 1951, p. 389; HARTUNG, *JR* 1950, p. 545 y s.; EL MISMO, *NJW* 1951, p. 210; WELZEL, *MDR* 1952, p. 586; WARDA, *Abgrenzung*, p. 21 y ss.; LANGE, *JZ* 1956, p. 75 y s.; TIEDEMANN, *ZStW* 81 (1969), p. 895; HERZBERG, *GA* 1993, p. 457 y s.; FISSENEWERT, *Irrtum*, p. 148 y ss.; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 138 y ss.; NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 16 y s. Un enfoque distinto intenta dar KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 385 y s., a la discusión con la introducción de la estructura temporal como corte horizontal en la concreción de la norma.

(278) De otra opinión, WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 30; DROST, *NJW* 1949, p. 740; WARDA, *Abgrenzung*, p. 36, en el sentido de considerar a las normas complementarias parte del tipo penal.

(279) Admiten, por el contrario, un error relevante por el desconocimiento de los aspectos regulados por las leyes complementarias, PUPPE, en *El error*, p. 117 y ss.; HERZBERG, *GA* 1993, p. 459; TIEDEMANN, *FS-Geerds*, p. 106; SCHWEGLER, *Subsumtionsirrtum*, p. 141.

(280) Una exigencia que puede encontrar su fundamento en el denominado tipo penal de garantía al que hace referencia TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 316; BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 179.

estos casos resulta necesario para la imputación penal requerir además un conocimiento de los aspectos regulados por las normas complementarias, la ausencia de tal conocimiento tendría que llevar a aceptar la existencia de un error de tipo penalmente relevante. Para establecer cuándo el conocimiento de los aspectos regulados por las normas complementarias se imputa o no al autor, nos remitimos a lo expuesto respecto del dolo en las leyes penales en blanco.

Más difícil parecer ser, por el contrario, admitir un error sobre el carácter prohibido del hecho por desconocimiento de los aspectos regulados por las leyes complementarias(281). Para decidir esta cuestión debemos tener en cuenta lo señalado sobre el conocimiento del carácter prohibido en las leyes penales en blanco, conforme al cual solamente podría admitirse un error si el conocimiento de los elementos de la ley penal en blanco no resulta suficiente para poder reconocer la prohibición del hecho(282). Incluir en general todas las leyes penales económicas en estos supuestos nos parece inadecuado, en tanto hay leyes penales económicas en blanco en las que el conocimiento de los aspectos regulados en el tipo penal resulta suficiente para comprender el carácter delictivo del hecho. Por esta razón, se requiere siempre de un examen específico en cada tipo penal económico. Como también ya lo hemos precisado, el desconocimiento de los aspectos regulados por las leyes complementarias sólo podrá admitirse en caso de ámbitos ajenos a la actividad regular del sujeto económico(283).

---

(281) Admiten esta posibilidad, Weiz, *Arten des Irrtums*, p. 30; Welzel, *MDR* 1952, p. 586; Lange, *JZ* 1956, p. 76; Warda, *Abgrenzung*, p. 33 y ss.

(282) En este sentido, aunque de manera general para las contravenciones, Lange, *JZ* 1956, p. 76.

(283) Una solución que se opone a una consideración psicológica del error, como de alguna manera sostiene Weiz, *Arten des Irrtums*, p. 31, en tanto se representa casos de error de prohibición relevantes sobre leyes penales en blanco en los que el titular de una actividad industrial o el comerciante de explosivos argumentan no conocer disposiciones administrativas específicas de su sector. El conocimiento de la antijuricidad del hecho se debe atribuir a aquellos que se desenvuelven precisamente en el ámbito administrativamente regulado.

IV. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE CULPA EN EL DELITO ECONÓMICO

1. Cuestiones generales de la culpa

A. Contenido y criterio de determinación

En la culpa se ha presentado también un proceso de normativización anterior incluso al desarrollado en la imputación dolosa(284). Este proceso temprano de normativización en la culpa se explica sobre todo por los problemas que provocó la fundamentación de la llamada culpa inconsciente, lo que llevó a definirla con independencia de lo que el autor se representaba al momento del hecho(285). La configuración normativa de la parte subjetiva de la culpa constituye aún la interpretación dominante en la doctrina penal y, como puede verse con facilidad, no se diferencia sustancialmente de nuestra comprensión de la imputación subjetiva en los delitos dolosos: no se trata de verificar el conocimiento del autor, sino de determinar lo que éste debía conocer(286). No obstante, debemos precisar que la imputación subjetiva en los delitos culposos adquiere ciertas particularidades frente a los delitos dolosos. En la culpa no se imputa el pleno conocimiento del potencial defraudador del hecho delictivo(287), sino un conocimiento de menor grado que unido a criterios normativos permiten afirmar la posibilidad de haber conocido la realización del tipo penal(288). No

(284) Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 11.

(285) Vid., así la previsibilidad ya como elemento del concepto clásico de culpa, SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 39.

(286) Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 4, señala que la culpa con sus elementos positivos es sólo un concepto más general que el dolo. Por el contrario, considera que se trata de aspectos distintos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 563.

(287) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 3; EL MISMO, en *Estudios*, p. 170 y s., al señalar que en la culpa (consciente o inconsciente) hay una ausencia de conocimiento de la realización del tipo penal.

(288) Sostienen en la culpa el criterio de la cognoscibilidad (*Erkennbarkeit*), con propios matices, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 5; EL MISMO, en *Estudios*,

existe, por tanto, un deber de conocer (en cuyo caso estaríamos ante una imputación dolosa), sino un deber de evitar acciones típicas cognoscibles[289].

La delimitación entre dolo y culpa en la doctrina dominante parte del dato naturalista del conocimiento del resultado como lesión de un bien jurídico. Si el conocimiento de este resultado basta para la imputación del dolo, constituye precisamente el centro de la discusión entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación[290]. Como ya lo indicamos, consideramos que el elemento volitivo no debe tener relevancia como fundamento de la imputación subjetiva, de manera que la cuestión debe centrarse, más bien, en el conocimiento o, mejor expresado, en la imputación de conocimiento. La discusión sobre la delimitación del dolo y la culpa se traslada así al grado de conocimiento, es decir, a la mayor o menor probabilidad de aparición del resultado de lesión. Hay que señalar, sin embargo, que la discusión doctrinal ha generalizado esta cuestión sólo al resultado de lesión como criterio de distinción entre dolo y culpa. En este sentido, la eliminación de la voluntad como criterio de definición de la imputación subjetiva, la inclusión también del peligro como resultado y sobre todo el reconocimiento de una imputación de lo subjetivo en lugar de una simple constatación, debe llevarnos a plantear en otros términos la discusión sobre la delimitación entre dolo y culpa. En lo que a nuestra comprensión concierne, consideramos que se trata de una delimitación cuantitativa en términos normativos, concretamente, desde el punto de vista del deber específico que surge por el conocimiento imputable al autor: un deber de desistir o interrumpir la actuación riesgosa (dolo), o seguir actuando observando ciertos deberes de cuidado (culpa).

---

p. 172; Frisch, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 194. La idea de cognoscibilidad se encuentra presente ya en Engisch, *Untersuchungen*, p. 373. Una comprensión psicologicista de la cognoscibilidad defiende, por su parte, Schroeder, *JZ* 1989, p. 779 y s., como único elemento relevante de la culpa.

(289) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 2.

(290) Una visión resumida de la discusión, Schünemann, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial, p. 65; Ragués i Vallès, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 466 y s.

La imputación subjetiva culposa, entendida como cognoscibilidad, se presenta normalmente como un supuesto de error respecto del conocimiento del potencial defraudador del hecho[291]. En consecuencia, la culpa tiene lugar con base en el insuficiente conocimiento imputado del hecho y el criterio de la vencibilidad, de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de conocer el potencial del hecho delictivo. No obstante, debemos señalar que la imputación culposa no solamente se configura como un supuesto de error, sino que también puede aparecer como el mayor conocimiento posible respecto del hecho realizado. Este supuesto se presenta en los casos, mencionados en el capítulo anterior, en los que el riesgo generado sólo puede aparecer objetivamente como culposo. La imputación subjetiva se cumple con la imputación del conocimiento del escaso potencial defraudador del hecho. Si bien tal conocimiento no permite entrar en el terreno de la imputación dolosa, bastará para justificar una imputación culposa, en la medida que la realización del tipo resulta cognoscible para el autor.

Establecido que la culpa se configura con base en la cognoscibilidad de la realización del tipo penal, surge la necesidad de precisar cómo se determina normativamente tal cognoscibilidad. Los defensores del criterio de la previsibilidad en el delito culposo se inclinan mayoritariamente por una determinación objetiva[292]. En este sentido, la previsibilidad no dependerá de las capacidades del autor individual, sino de las de un ciudadano promedio. En contra de esta

---

(291) Vid., similarmente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 1, al considerar la culpa un caso de error.

(292) Así se pronuncia la llamada "teoría de los dos niveles", en la que la tipicidad de la conducta culposa se determina con base en una medida objetiva, dejando las capacidades individuales para el juicio de culpabilidad (vid., en este sentido, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 334 y ss.; HÜTTE, *Masstab*, p. 116 y s.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 131 y ss.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 16 y ss.; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 512 y ss.; EL MISMO, *FS-Schaffstein*, p. 175; KAMINSKI, *Der objektive Maßstab*, p. 147 y s.; JESCHECK, *Aufbau*, p. 9 y ss.; EL MISMO/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 564). En el Derecho penal económico, NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller Gugenberger/Bieneck, § 17, n.m. 37.

medida objetiva se muestra un sector minoritario de la doctrina, en tanto critica a tal fundamentación desconocer que no puede hablarse de una infracción si el autor no puede reconocerla como tal[293]. Este reproche ha llevado a que el mencionado sector doctrinal ofrezca, por el contrario, un criterio de determinación de la culpa basado en las capacidades individuales del autor[294]. Por nuestra parte, consideramos correcta tal individualización del criterio de la cognoscibilidad, pues solamente de esta manera puede personalizarse la imputación jurídico-penal. No obstante, este reconocimiento no debe conducir a aceptar la relevancia jurídico-penal del ámbito psíquico del autor[295]. La imputación subjetiva de la culpa no depende de que el autor haya estado en el momento del hecho en posibilidad psíquica de conocer el potencial del mismo, sino de que el autor en sus circunstancias concretas habría podido reconocerlo. Los conocimientos y capacidades especiales forman parte, por tanto, del juicio de determinación de la cognoscibilidad.

---

(293) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 8. En el mismo sentido, Stratenwerth, *FS-Jescheck*, I, pp. 286, 296. Anteriormente a favor de una medida subjetiva también, Binding, *Normen*, IV, p. 483.

(294) Defienden una determinación individual, Jakobs, *Studien*, p. 64 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 5 y s.; Stratenwerth, *FS-Jescheck*, I, p. 285 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 12 y ss.; Castaldo, *GA* 1993, p. 495 y ss.; Burkhardt, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 118 y s.; Reátegui Sánchez, *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 75. Críticamente frente a este criterio, Schünemann, *FS-Schaffstein*, p. 160 y ss.; Schmidhäuser, *FS-Schaffstein*, p. 152 y s.; Maiwald, *FS-Dreher*, p. 452 y ss.; Frisch, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 194. Una posición intermedia entre la determinación objetiva y la individual ofrece Roxin, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 50 y ss., en el sentido de generalizadora hacia abajo (capacidades reducidas) e individualizadora hacia arriba (capacidades especiales). Críticamente ante esta individualización a medio camino, Castaldo, *GA* 1993, p. 508 y s.

(295) Como parece ser la opinión de Jakobs, en *Estudios*, p. 182 al señalar: "la relevancia a efectos de la toma de decisiones incluso de los riesgos no permitidos no puede generarse de modo puramente normativo". La cognoscibilidad de la aparición del resultado tiene como componente psíquico de la evitabilidad las capacidades individuales (vid., Jakobs, *Studien*, p. 69).

B. El conocimiento del carácter prohibido del hecho

En la doctrina penal se ha discutido sobre la posibilidad de exigir en los delitos culposos un conocimiento del carácter prohibido del hecho, sobre todo en los casos de culpa inconsciente. Si partimos de la idea de que el juez verifica los conocimientos psicológicos del autor, resultará lógico rechazar el conocimiento del carácter antijurídico del hecho en la culpa inconsciente[296]. Por el contrario, si se sigue una determinación normativa del conocimiento, la clasificación de la culpa en consciente e inconsciente dejará de tener sentido. Como lo venimos afirmando reiteradamente, la parte subjetiva de la imputación penal no consiste en una verificación de lo subjetivo sino en una imputación de conocimiento, de manera tal que si el autor ha sido consciente del conocimiento imputado no tiene ninguna importancia dogmática. Relevante es solamente determinar que el ciudadano en la situación concreta tenía que saber no sólo que debía realizar su hecho con ciertas medidas de cuidado, sino que la realización de tal hecho sin las medidas exigidas se considera penalmente prohibido.

C. El error de tipo en los delitos culposos

Es usual que el error sobre las circunstancias del delito se considere sólo en relación con el dolo, pero no con la culpa. Por esta razón, los delitos culposos se presentan, por regla general, como supuestos de error sobre un aspecto relevante del hecho típico. No obstante, el error puede también aparecer perfectamente en una conducta objetivamente imprudente. Así, por ejemplo, es el caso de una persona que conduce un automóvil dentro de la zona urbana a 70 km/h porque tiene estropeado el marcador de velocidad que indica 50 km/h y en esas circunstancias atropella a un peatón. Si persiste la imputación culposa del delito, a pesar del desconocimiento del autor,

---

[296] HORN, *Verbotsirrtum*, p. 19 y s., niega en la culpa inconsciente esta posibilidad. Por el contrario, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 174; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 197, admiten la posibilidad de un conocimiento del injusto potencial.

se deberá a la imposición al conductor del deber de cuidado de verificar que el automóvil se encontraba en las condiciones mínimas para su uso en el tráfico[297]. En caso que la situación de desconocimiento del riesgo culposo se deba a circunstancias ajenas al autor, estaremos ante un hecho fortuito o una desgracia[298], salvo que la situación de desconocimiento pueda reconducirse a otra persona, como, por ejemplo, a un mecánico.

La situación se presenta distinta respecto del error sobre el carácter prohibido del hecho, pues su ubicación en la culpabilidad por parte de la doctrina dominante ha permitido que se discuta su aplicación también en los delitos culposos[299]. Algunos entienden que un autor culposo se encuentra siempre en error de prohibición, de manera que su responsabilidad se determina con base en si resulta competente o no por ese desconocimiento, pero al mismo tiempo se cuestiona la necesidad de recurrir a las reglas del error en estos casos, pues la competencia por el desconocimiento constituye un aspecto de la culpa en general[300]. Otro sector de la doctrina coincide con estas afirmaciones aunque sólo para los casos de culpa inconsciente[301], siendo algunos incluso más estrictos al reducir el espectro de casos a los supuestos de culpa inconsciente cuyo error de

---

(297) Vid., similarmente, Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 16, n.m. 13, por haberse puesto en una situación en la que su desconocimiento no le permite actuar correctamente.

(298) En este sentido, por ausencia de vencibilidad o evitabilidad, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 9, n.m. 1.

(299) Vid., con mayores referencias, Arzt, *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 43 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 34; Neumann, *NK* § 17, n.m. 86 y ss. En el sentido de negar importancia al error de prohibición (tipo global) en los delitos culposos, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 235 y ss.

(300) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 34. Similarmente Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 4/26, en tanto señala que en el delito culposo, a diferencia del delito doloso, no hay conciencia del injusto, sino circunstancias en las que el autor hubiese podido conocer el carácter antijurídico del hecho.

(301) En este sentido, Schünemann, *JA* 1975, p. 788.

prohibición se deba a un desconocimiento de los hechos[302]. En los casos de culpa consciente podrá presentarse sin inconvenientes un error sobre el carácter prohibido del hecho, en tanto le falte al autor la conciencia de la antijuricidad de la puesta en peligro consciente de bienes jurídicos[303]. No obstante, algunos niegan también en estos supuestos una configuración del error de prohibición, pues consideran que la culpa consciente exige ya el conocimiento de un riesgo no tolerado jurídicamente[304].

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento del error sobre el carácter prohibido del hecho en el delito culposo se encuentra condicionado por dos puntos de partida: la absoluta irrelevancia normativa de la distinción entre culpa consciente e inconsciente, por un lado, y la inclusión del error sobre el carácter prohibido del hecho en el error de tipo, por el otro[305]. Si enfocamos el problema desde el delito doloso, resultará correcto afirmar que todo delito culposo se realiza en una situación de error de prohibición respecto del delito doloso. No obstante, como ya tuvimos oportunidad de ver, el ordenamiento jurídico prohíbe también riesgos objetivamente culposos, en los que un desconocimiento del carácter prohibido puede también tener lugar. En este sentido, si se trata de un error invencible decaerá la responsabilidad penal, mientras que en caso de un error vencible se mantendrá la imputación a título de culpa.

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico

Antes de entrar en ciertos problemas específicos de la culpa en el Derecho penal económico, conviene pronunciarnos brevemente sobre la cuestión de su incriminación en este sector. Parte de la doctrina

---

(302) Vid., así, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 86.

(303) En este sentido, RUDOLPHI, *SK* § 17, n.m. 19; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m 104.

(304) Vid., así, ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 867 y s.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 47; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 89.

(305) Ya ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 877 y s.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 47, han puesto de manifiesto que el error de tipo y el error de prohibición se encuentran confundidos en los delitos culposos.

exige para el castigo de la culpa dentro del Derecho penal económico la infracción de un deber de cuidado especial o intensificado(306) o la existencia de un deber supraindividual que se sume a una lesión individual(307). Por nuestra parte, no vemos razones dogmáticas de peso para exigir tal deber de cuidado o una concurrencia de intereses colectivos en los delitos económicos culposos, pues la importancia de los intereses protegidos en el Derecho penal económico no resulta menor como para exigir una lesión cualificada. En este sentido, consideramos que la incriminación de la culpa en el Derecho penal económico no requerirá de especiales elementos normativos adicionales a sus exigencias generales.

A. La punibilidad de la culpa grave en Derecho penal económico

Como lo hemos precisado, nuestro Código penal sigue el modelo del *numerus clausus* en la regulación penal de la culpa. No obstante, la incriminación de una conducta culposa no lleva consigo necesariamente el castigo de los distintos grados de culpa(308). Debido a la reducida posibilidad de evitación de la llamada culpa leve, existe un acuerdo mayoritario en la doctrina en el sentido de no sancionar penalmente esta forma de culpa(309). Por el contrario, la llamada culpa grave o manifiesta se muestra como la forma más grave de culpa y, por ello, merece la mayor penalidad dentro del marco penal previsto por el tipo respectivo. La doctrina penal discute sobre el fundamento de esta mayor gravedad: mientras un sector de la doctrina

(306) Vid., Tiedemann, *Lecciones*, p. 243; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 162 y s.

(307) Así respecto de los delitos concursales, Tiedemann, *Lecciones*, p. 244; Arroyo Zapatero, *Delitos*, p. 75. Críticamente, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 164.

(308) Sobre los grados de la culpa, vid., Roxin, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 74.

(309) Vid., sobre esto, Arzt, *GS-H. Schröder*, p. 130; Frisch, *FS-Stree/Wessels*, p. 97 y s.; Feijoo Sánchez, *PJ* 61, p. 105 y ss. Como una causa de disculpa, Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 201; Roxin, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 85; Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 228. Como ausencia de reprochabilidad, Roth, *Zur Strafbarkeit*, p. 115.

lo ubica en el nivel de la culpabilidad(310), otro sector entiende que se trata de una cuestión del injusto(311). Una tercera línea de interpretación considera que la culpa grave afecta tanto el injusto como la culpabilidad(312).

La discusión sobre la culpa grave se torna más aguda cuando se sanciona penalmente como un delito doloso(313), en tanto una equiparación tal podría confundir estos supuestos con los casos de ceguera o indiferencia ante los hechos(314). Como ya lo hemos indicado, los supuestos de indiferencia constituyen normativamente supuestos de imputación dolosa, lo cual no puede afirmarse respecto de los supuestos de culpa grave. Si bien la importancia de lo penalmente protegido(315) podría justificar imponer a los supuestos de culpa grave la pena del delito doloso, no se trata de supuestos normativamente dolosos(316). Una muestra de este carácter de la culpa grave se aprecia en su utilización para la tipificación de delitos cualificados por el resultado(317).

---

(310) Vid., en esta orientación HALL, *FS-Mezger*, p. 248, como una mayor reprochabilidad; MAURACH, *FS-Heinitz*, p. 414, como una forma de culpabilidad; MAIWALD, *GA* 1974, p. 259 y ss., como grave descuido.

(311) Vid., en este sentido, TENCKHOFF, *ZStW* 88 (1976), p. 911 y s., como una grave desconsideración del deber de cuidado.

(312) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 80; WEGSCHEIDER, *ZStW* 98 (1986), p. 649; PARK, *Leichtfertigkeit*, p. 190; BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit*, p. 209.

(313) En este sentido, HALL, *FS-Mezger*, p. 248, defendió una equiparación penal de la culpa grave con el dolo. Vid., la referencia a esta equiparación, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 36.

(314) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 23.

(315) Vid., así, la fundamentación de JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 9, n.m. 24. Similarmente, OTTO, Voz: "Leichtfertigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1.

(316) Vid., así, la doctrina dominante, HALL, *FS-Mezger*, p. 248; LOHMEYER, *NJW* 1960, p. 1799; MAHLBERG, *Leichtfertigkeit*, p. 93 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 16; BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit*, p. 247.

(317) Vid., la referencia, ARTZ, *GS-Schröder*, p. 120; MAIWALD, *GA* 1974, p. 257 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 214, n.m. 74.

En el Derecho penal económico, la llamada culpa grave ha adquirido una especial importancia dogmática[318], aunque también procesal, debido al aligeramiento de prueba que trae consigo[319]. En el Derecho penal alemán, por ejemplo, se ha castigado como delito tributario doloso la falta grave de cuidado en las declaraciones del contribuyente[320], así como también la falta de cumplimiento de un deber de comunicar hechos relevantes para la determinación de subvenciones[321]. Pero, por otro lado, la culpa grave ha sido también utilizada para limitar la responsabilidad penal por culpa, como ha sido el caso, por ejemplo, del delito de omisión de inicio de un procedimiento concursal o similar[322]. En nuestra legislación penal económica, por el contrario, la figura dogmática de la culpa grave ha encontrado escasa aplicación. Cabe mencionar, por ejemplo, el supuesto sancionado en el artículo 256 inciso 2 del Código penal, en el que se castiga como un delito monetario a aquella persona que si bien no ha falsificado billetes, ha realizado reproducciones de los mismos que pueden generar confusión. Se sanciona así una forma de culpa grave en la utilización de reproducciones de billetes con fines publicitarios o análogos.

---

(318) Vid., así, Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 41; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 88.

(319) Vid., Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 87; El Mismo, *Einführung*, p. 31; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 367; Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 390.

(320) Vid., con mayor detalle, Lohmeyer, *NJW* 1960, p. 1798 y s.; Kopacek, *BB* 1961, p. 446 y s.; Mahlberg, *Leichtfertigkeit*, p. 87 y ss.; Hanßen, *Steuerhinterziehung*, passim, (espec. p. 58 y ss.); Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 390.

(321) Vid., en este sentido, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 87 y s.; El Mismo, *FS-Dünnebier*, p. 534; Heinz, *GA* 1977, p. 226; El Mismo, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 41; Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 390; Otto, Voz: "Leichtfertigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

(322) Vid., en este sentido, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 534; El Mismo, *Kommentar GmbH-Strafrecht*, § 84, n.m. 104. Por el contrario, considera la culpa grave una forma dolosa en los delitos concursales, Heinz, *GA* 1977, p. 226.

Un lugar de especial discusión interpretativa sobre la equiparación del dolo con la culpa se presenta en el delito de lavado de activos tipificado en el artículo 1 y 2 de la Ley 27765. Según este tipo penal debe sancionarse no sólo a quien conoce, sino también a quien "puede presumir" el origen delictivo de los bienes en cuya negociación interviene. La doctrina nacional ha reaccionado de forma distinta a esta particularidad del tipo subjetivo del delito de lavado de activos. Mientras algunos intentan reconducir este aspecto al dolo eventual(323), otros se han mostrado críticos sobre la constitucionalidad de su aplicación(324). Sobre la posibilidad de reconducir el tipo subjetivo "pueda presumir" al ámbito del dolo eventual, nos entran serias dudas, pues el dolo eventual se castiga sin necesidad de un expreso reconocimiento en el tipo penal. No obstante, esta configuración de la parte subjetiva del delito de lavado de activos no nos lleva necesariamente a cuestionar su constitucionalidad, sino que se trata de un supuesto grave de culpa que se castiga del mismo modo que un delito doloso. La extensa normativa jurídico-administrativa sobre las llamadas transancciones sospechosas, así como los códigos de conducta elaborados para los funcionarios bancarios refuerzan el parecer de que la culpa en el delito de lavado de activos resulta tan grave que merece castigarse igual que el delito doloso.

B. La culpa por emprendimiento en el Derecho penal económico

Otro aspecto de la culpa que tiene especial relevancia para el Derecho penal económico se presenta en los supuestos de culpa por emprendimiento, en los que el autor no puede conocer el potencial del hecho al momento del comportamiento determinante del resultado, sino antes de emprender el mismo(325). El castigo de estos

(323) Vid., así, PRADO SALDARRIAGA, www.unifr.ch/derechopenal/art/artsaldoc.1 [consulta: 15 de noviembre 2002], quien en referencia al anterior artículo 296 A del Código penal, consideraba que se trataba de supuestos de dolo eventual.

(324) Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65.

(325) Vid., así la referencia de VOGEL, J., Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5.

supuestos se consigue no sólo por la previsibilidad de las consecuencias lesivas en un momento anterior al hecho, sino también por la existencia de un deber de evitar entrar en una situación de incapacidad de reconocer el potencial del hecho(326). Esta argumentación resulta correcta en el resultado, pero hace un rodeo lógico innecesario, pues en estos supuestos se puede fundamentar la responsabilidad penal directamente con las competencias de conocimiento exigibles al autor. Si bien el autor no se encontraba psíquicamente en capacidad de reconocer el potencial lesivo de su comportamiento, normativamente sí estaba en posesión de un conocimiento suficiente para reconocerlo y, por tanto, en posibilidad de vencer la situación de desconocimiento.

C. El grado de cognoscibilidad en procesos complejos

Hasta ahora hemos precisado que el criterio de imputación subjetiva en la culpa es la cognoscibilidad, pero no hemos señalado con detalle qué aspectos del hecho deben ser cognoscibles para el autor. En la jurisprudencia alemana basta con una previsibilidad del resultado(327), mientras que la doctrina se inclina a exigir además que el autor pueda reconocer el curso causal del resultado en sus rasgos esenciales(328). No cabe duda que el parecer defendido por la doctrina resulta más completo, pero debe también reconocerse que presenta algunos inconvenientes. No sólo se muestra complicado determinar lo que se entiende por "lo esencial"(329), sino que este

(326) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 14, quien señala que el castigo de la culpa por emprendimiento depende de que en el momento anterior el autor sea garante por la calidad de su comportamiento posterior. Por su parte, Vogel, J., Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5, recurre analógicamente al criterio de la *actio libera in causa*.

(327) Vid., sobre esto, Mühlhaus, *Die Fahrlässigkeit*, p. 45 y s.; Hütte, *Masstab*, p. 123 y ss.; Jakobs, en *Estudios*, p. 181, nota 53. En la doctrina penal defendió este parecer, Binding, *Normen*, IV, p. 557 y ss.

(328) Vid., así, Lampe, F., *Die strafrechtliche Haftung*, p. 33; Mezger, *Strafrecht*, p. 361; Hütte, *Masstab*, p. 168; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 176.

(329) Vid., al respecto, Frisch, *Verhalten*, p. 581 y ss.

procedimiento de determinación ofrece dificultades para fundamentar la imputación en procesos complejos en los que se puede conocer la producción de un resultado pero no el modo cómo se ha producido (p.e. medicamentos, sustancias químicas, etc.)[330]. Para evitar los inconvenientes mencionados, la configuración de la cognoscibilidad, al igual que la imputación de conocimiento en el dolo, no debe abarcar cuestiones específicas como el curso causal, sino solamente el hecho que la conducta concreta constituye un modo de conducta que lleva a la producción de resultados que entran dentro del ámbito de protección de la norma del delito culposo[331]. De esta manera, la cognoscibilidad de la relación de causalidad se sustituye por la imputación de la posibilidad de conocimiento sobre la relación normativa entre acción y resultado.

V. COMBINACIONES DE DOLO-CULPA: LA PRETERINTENCIÓN Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

1. La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada

La figura que ahora analizamos consiste en una combinación entre dolo y culpa que no cualifica la pena, sino que la fundamenta[332]. En la doctrina italiana y española se ha hablado de preterintención, mientras que en la doctrina alemana se ha utilizado el calificativo de combinación dolo-culpa en sentido propio[333]. El punto central sobre el que gira la discusión de estos delitos se encuentra en la determinación de su naturaleza jurídica[334]: unos sostienen que se trata

---

(330) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 181, nota 53.

(331) Vid., en esta línea el parecer de JAKOBS, *Studien*, p. 91 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 17.

(332) Vid., diferenciados de los delitos cualificados por el resultado, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 24; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 28 y s.

(333) Vid., en este sentido, KREY/SCHNEIDER, *NJW* 1970, p. 640 y ss.; FALKENSTETT, *Zur Rechtsnatur*, p. 10; MISERÉ, *Grundprobleme*, p. 3.

(334) Considera que esta determinación no tiene ninguna influencia, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 148.

de delitos culposos[335], otros consideran que se tratan de delitos dolosos[336], y, finalmente, un tercer parecer señala que las dos fundamentaciones anteriores no se excluyen[337]. La decisión sobre esta cuestión resulta de mucha importancia práctica, pues de ello depende si se puede aplicar en estos delitos las reglas generales de la tentativa y la participación[338].

Para resolver la discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos preterintencionales debemos apreciar su estructura típica. La acción dolosa no realiza aún el injusto penal, sino, en todo caso, una contravención, una falta o una infracción administrativa. Este aspecto deja en claro que en los delitos preterintencionales se presenta una conducta dolosa contraria a deberes de cuidado, pero culposa frente al resultado acaecido. Si el delito se configura por una infracción consciente de deberes de cuidado que produce culposamente un resultado prohibido, no queda más que aceptar que estamos ante un delito culposo. La particularidad del delito preterintencional se encontrará únicamente en una descripción específica de la conducta infractora del deber de cuidado. La combinación dolo-culpa es contemplada por el Código penal, por ejemplo, en el aborto preterintencional del artículo 118 del Código penal, donde se sanciona al que realiza actos dolosos de violencia sobre una mujer embarazada que le producen culposamente el aborto. Delitos económicos

---

(335) Por un lado, se encuentra la opinión de Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, AT, § 43, n.m. 115; Krey/Schneider, *NJW* 1970, p. 641, quienes, en oposición a los delitos cualificados por el resultado, califican las combinaciones dolo-culpa en sentido propio como delitos culposos (criterio formal). Por otro lado, se encuentra el parecer de aquellos que pretenden encontrar en la estructura de estos delitos los elementos de un delito culposo, Seebald, *GA* 1964, p. 167; Hirsch, *GA* 1972, p. 72; Hardwig, *ZStW* 78 (1966), p. 17; Schroeder, *LK* § 18, n.m. 5; Miseré, *Grundprobleme*, 48 y s.

(336) Vid., así, Lackner, *Gefährdungsdelikt*, p. 10; Janiszewski, *MDR* 1967, p. 229; Falkenstett, *Zur Rechtsnatur*, p. 137.

(337) Vid., Jakobs, *Strafrecht* AT, Apdo 9, n.m. 29.

(338) Vid., así, la indicación de Schroeder, *LK* § 18, n.m. 5; Eser, en Schönke/Schröder, *StGB* § 11, n.m. 75 y s.

configurados mediante la combinación dolo-culpa en sentido propio no se aprecian en la legislación nacional. No obstante, debido a la pluralidad de intereses (administrativos) afectados por los delitos económicos no resulta difícil pensar que una futura reforma podría hacer uso perfectamente de las figuras preterintencionales en la tipificación de las conductas prohibidas.

La consideración del delito preterintencional como un delito culposo tiene especial importancia, como ya lo mencionamos, en la aplicación de las reglas de la tentativa y la participación. En cuanto a la tentativa, el legislador nacional ha dispuesto que sus reglas generales se apliquen solamente sobre delitos dolosos, por lo que una extensión a los delitos preterintencionales sólo podría tener lugar mediante una decisión expresa del legislador. En tanto no existe tal ampliación, no queda más que negar la posibilidad de una tentativa(339). Más discutible se presenta la aplicación de las reglas de la autoría y participación. Si se parte de un concepto unitario de autor en los delitos culposos, la aplicación de las reglas generales de la autoría y participación a los delitos preterintencionales no podría justificarse en su estructura dogmática, a no ser que una norma específica realice por algún motivo una ampliación del ámbito de aplicación de estas reglas(340). Por contra, si se considera que las reglas generales de la autoría y la participación también pueden aplicarse a delitos culposos, no se presentará ninguna razón para exceptuar a los delitos preterintencionales de la aplicación de estas normas generales.

2. Los delitos cualificados por el resultado

En los delitos cualificados por el resultado la situación se torna distinta en relación con los delitos preterintencionales, pues aquí la

(339) En este sentido, KREY/SCHNEIDER, *NJW* 1970, p. 641 y ss.; MISERÉ, *Grundprobleme*, p. 49. De otro parecer, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 570; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 53, n.m. 864.

(340) Como sería el caso en el Derecho penal alemán en el que el § 11 StGB parece ampliar para los delitos preterintencionales las reglas de autoría y participación. Vid., en este sentido, GRIBBOHM, *LK* § 11, n.m. 114 y ss.; MISERÉ, *Die Grundprobleme*, p. 65.

acción dolosa base constituye por sí misma un hecho delictivo. Si el resultado cualificante pudiese imputarse sólo objetivamente, no habría necesidad de una forma especial de imputación subjetiva. No obstante, el artículo VII del título preliminar del Código penal proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, de manera que el resultado cualificante solamente podrá imputarse si cuando menos existe culpa(341). Esta particularidad de los delitos cualificados por el resultado producido culposamente origina la discusión sobre la forma en que debe tener lugar la imputación subjetiva. Con la finalidad de acercar estos delitos a las consecuencias de los delitos dolosos, algunos autores han recurrido a la idea de la temeridad(342). No obstante, hay que recordar que la temeridad sigue siendo una forma de culpa y, por tanto, debe acreditarse con base en los criterios de la imputación culposa. El resultado que cualifica el delito base doloso debe ser imputado subjetivamente a título de culpa, encontrándose la diferencia solamente en la forma en la que se manifiesta la culpa.

El delito cualificado por el resultado puede presentarse de dos formas. En determinados casos, el delito base entra ya en el ámbito de lesión que cualifica el resultado (p.e. el delito de lesiones seguidas de muerte). En estos casos, la imputación subjetiva culposa se muestra como un error cuantitativo respecto del mismo riesgo en relación con el mismo bien jurídico o con otro vinculado o dependiente de éste(343). En otros casos, el delito cualificado por el resultado se presenta por riesgos ulteriores no controlables respecto del mismo bien o de otros bienes normalmente vinculados(344). La culpa se configura aquí como el conocimiento de la posible evolución típica del peligro. No hay un conocimiento cierto, sino solamente del peligro abstracto para el mismo bien o para bienes vinculados.

---

(341) Vid., así, Lorenzen, *Zur Rechtsnatur*, p. 27 y ss.; Schroeder, *LK* § 18, n.m. 25.

(342) Vid., en este sentido, Paeffgen, *NK* § 18, n.m. 45 y ss. Por su parte, Maqueda Abreu, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 194, habla de una imprudencia (culpa) cualificada.

(343) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 9, n.m. 35.

(344) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 9, n.m. 36.

El panorama de los delitos cualificados por el resultado se presenta más complejo si se atiende a las llamadas formas emparentadas; concretamente: los supuestos de combinación dolo-dolo y culpa-culpa[345], en los cuales, a su vez, el resultado puede estar configurado por una lesión o por una puesta en peligro. Un sector de la doctrina penal considera que en caso que el resultado cualificante sea también doloso se tratará simplemente de delitos cualificados por el resultado impropios o aparentes, pues en el fondo no habrá más que un delito doloso más grave[346]. Frente a este parecer se oponen los que consideran que en los delitos cualificados por el resultado no interesa la imputación subjetiva del delito básico ni del resultado, sino que exista una cualificación por su producción[347]. Por nuestra parte, consideramos que este último parecer resulta el más correcto, pues, en tanto se trate de un delito básico que se cualifica por el resultado, no interesa si ello tiene lugar mediante una lesión o una puesta en peligro, o mediante una conducta o un resultado producido dolosa o culposamente. Sólo hay que precisar que en el caso de la combinación dolo-dolo y culpa-culpa, la imputación subjetiva no requiere una especial forma de realización, sino que siguen las reglas normales de la imputación dolosa y culposa, respectivamente[348].

Una cuestión central en los delitos cualificados por el resultado es también la determinación de las reglas de la tentativa y la participación. En las combinaciones culpa-culpa y dolo-dolo estas reglas no presentan mayores modificaciones, pues no existe mayor discusión para considerar estas combinaciones como un tipo doloso o culposo, respectivamente[349]. Los problemas se presentan, más bien,

---

(345) Una combinación culpa-dolo, como lo señala SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 31, nota 45, no resulta imaginable. De una opinión contraria, GÖSSEL, *FS-Lange*, p. 223; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 105.

(346) Vid., en este sentido, HIRSCH, *GA* 1972, p. 65 y s.

(347) Vid., así, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 28 y s.; GÖSSEL, *FS-Lange*, p. 219 y ss.; SCHROEDER, *LK* § 18, n.m. 11, 25; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 572.

(348) Similarmente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, p. 110; MAQUEDA ABREU, CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 186.

(349) En este sentido, MISERÉ, *Grundprobleme*, p. 5.

en caso de una combinación dolo-culpa. Si la interpretación de los delitos cualificados por el resultado resalta más la parte culposa del delito, resultará lógico que se niegue la aplicación de las reglas de la tentativa y, para algunos, también las de la autoría y participación(350). Por el contrario, si tales delitos son interpretados con base en su aspecto doloso, las reglas antes mencionadas tendrán, en principio, plena vigencia(351). Una comprensión mixta determina estas reglas en función de las dos partes del delito cualificado por el resultado(352). Por nuestra parte, nos inclinamos a aceptar la aplicación de las reglas en cuestión también en los casos de combinación dolo-culpa, ya que, como lo afirma la comprensión mixta, en estos casos existe ya una imputación del comportamiento que permite tenerlas en consideración.

Para finalizar quisiéramos hacer mención a un problema interpretativo que se presentará con seguridad en la aplicación de las reglas establecidas por nuestro Código penal respecto de los delitos cualificados por el resultado. El artículo 12 del Código penal exige que en los delitos culposos el tipo penal de la parte especial establezca de manera expresa la punición culposa, de manera que si no se establece nada, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo. Ocurre que muchos delitos cualificados por el resultado no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave (artículo 305 segunda parte del Código penal, por ejemplo), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo. Lo paradójico es que muchas veces la penalidad por la realización del resultado agravante (en el ejemplo citado, la pena del homicidio) resulta mayor que la pena del delito cualificado por el resultado, por lo que la finalidad agravante de delito cualificado por el resultado perderá todo su sentido. Por esta razón, la doctrina

(350) Vid., así, Gössel, *FS-Lange*, p. 235 y ss.

(351) Vid., destacando ciertamente las particularidades, Oehler, *ZStW* 69 (1957), p. 518 y ss.; Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, pp. 234 y ss., 249; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, pp. 524 y s., 572; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 18, n.m. 7 y 8 y ss.

(352) Vid., Schroeder, *LK* § 18, n.m. 36 y ss.; Rudolphi, *SK* § 18, n.m. 6.

penal aconseja en estos casos dejar de lado el delito cualificado por el resultado, limitándolo solamente a la realización culposa del resultado[353]. De las particularidades de esta solución, nos ocuparemos al examinar las reglas del concurso de leyes.

[353] Vid., así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

Capítulo XI

LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

I. CUESTIONES GENERALES

1. La fundamentación de las estructuras de descargo

En los escritos especializados las estructuras de descargo de la imputación penal se exponen usualmente como causas de justificación. Pero nuestra divergencia con esta exposición habitual no se reduce a una simple diferencia en la denominación, sino que alcanza también a la fundamentación utilizada e implica, por lo demás, una visión más amplia de estas estructuras que incluye los llamados supuestos de inexigibilidad ubicados por la doctrina dominante en el ámbito de la culpabilidad[1]. Por lo tanto, del sentido que le atribuyamos a las estructuras de descargo de la imputación depende, sin duda, el alcance que este término pueda tener en nuestra comprensión de la teoría de la imputación penal en el delito económico.

Para fundamentar las causas de justificación, un sector de la doctrina penal parte de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico y las concibe, por tanto, como normas permisivas provenientes

---

(1) Vid., CUELLO CONTRERAS, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 144; GONZÁLEZ RIVERO, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 270 y ss.

del Derecho civil o del Derecho público[2]. A esta fundamentación formal se le ha criticado invertir la tarea del Derecho penal, en tanto éste no se dedicaría a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar ataques en bienes jurídicos ajenos[3]. Por esta razón, la doctrina dominante intenta plantear las causas de justificación como un problema fundamentalmente teleológico[4]. Si la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos, las causas de justificación deberán configurarse como supuestos concretos en los que se renuncia a la protección penal de tales bienes.

La razón de la renuncia a la protección penal ha pretendido encontrarse, por otro sector de la doctrina, en un proceso de ponderación que reconoce la primacía de ciertos intereses especiales frente a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro[5]. Esta comprensión de la justificación ha resultado, sin embargo, poco adecuada para englobar las distintas causas de justificación reconocidas, lo que explica el rechazo casi generalizado de la doctrina penal a fundamentaciones unitarias de las causas de justificación[6]. La referida insuficiencia de las teorías unitarias ha llevado a que actualmente se asuma una fundamentación pluralista de las causas de justificación, es decir, que además del criterio de la ponderación se consideren

(2) Vid., en este sentido, GÖSSEL, *JuS* 1979, p. 164 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 323; LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB* preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 4.

(3) Vid., en este sentido, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y s., con mayores referencias.

(4) Vid., así el planteamiento de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 253 y ss.

(5) Vid., con matices propios, HORN, *Untersuchungen*, pp. 81, 105; SCHMIDHÄUSER, *FS-Lackner*, p. 77 y s.; SEELMANN, *Das Verhältnis*, p. 32; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), p. 329; GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 168; NOLL, *ZStW* 77 (1965), p. 8 y ss. Críticamente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 33 y ss.

(6) Han intentado fundamentaciones unitarias desde posturas orientadas a la ponderación, SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 56; NOLL, *ZStW* 77 (1965), p. 1 y ss.; SEELMANN, *Das Verhältnis*, p. 32, con excepción del consentimiento; SCHMIDHÄUSER, *FS-Lackner*, p. 88.

otros aspectos tales como la ausencia de interés[7], la preservación del orden jurídico[8], el principio de proporcionalidad[9], el principio de autonomía[10] o de responsabilidad[11]. No obstante, debe reconocerse que a pesar de la inclusión de los mencionados criterios adicionales, determinados supuestos relacionados estructuralmente con las causas de justificación, como el caso del estado de necesidad exculpante y el exceso en la legítima defensa, se mantienen fuera de la categoría de la antijuricidad[12].

La fundamentación de las estructuras de descargo de la imputación en una teoría del delito entendida como una teoría de la imputación se concibe de manera completamente distinta. Se presentan como supuestos en los que se decide la competencia por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto[13]. Como lo señalamos al abordar el tema del riesgo prohibido en la imputación objetiva, toda imputación penal requiere determinar quién es el competente en el supuesto concreto y en qué medida lo es. Por ello, debe reconocerse que no existe una diferencia material entre la ausencia de imputación objetiva o subjetiva y la aceptación

---

(7) Vid., Mezger, *Strafrecht*, p. 204 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 316.

(8) Vid., las amplias referencias bibliográficas ofrecidas por Renzikowski, *Notstand*, p. 76 y s., nota 4.

(9) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 41; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 316.

(10) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 41.

(11) A los que Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 11, n.m. 9 y ss., suma el principio de definición de intereses por la víctima del ataque y el de solidaridad.

(12) Defiende la ubicación de estos supuestos en una categoría intermedia entre antijuricidad y culpabilidad llamada "responsabilidad por el hecho", Bacigalupo Zapater, *Derecho penal*, PG, p. 371 y ss.

(13) En este sentido, Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 142. En el Perú, Caro Coria, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 677, sigue este planteamiento.

de estructuras de descargo de la imputación[14], siendo la única finalidad de esta diferenciación expositiva mostrar los diversos pasos lógicos en un proceso de imputación penal o las posibilidades de su negación. En este sentido, en las estructuras de descargo de la imputación se precisa, al igual que en la imputación objetiva y subjetiva, quién resulta competente por el hecho acaecido. La única particularidad se presenta en la existencia de una situación *especial* de conflicto que daría lugar a un descargo de la imputación al autor[15].

Para precisar quién resulta competente en las situaciones de conflicto y en qué medida lo es, debemos recurrir a determinados criterios normativos[16]. El punto de partida se encuentra en la consideración de los intervinientes como personas, de manera que en caso de una situación de conflicto en ningún caso cabe una solución arbitraria, ni siquiera cuando recaiga sobre un ciudadano el grado más alto de competencia. De los medios idóneos de los que se dispone siempre tendrá que escogerse el menos lesivo para las personas afectadas[17]. En un primer nivel de determinación del grado de competencia en las situaciones de conflicto debe atenderse a la idea de la normatividad pura, esto es, una consideración basada únicamente en la titularidad sobre determinados bienes o en la organización de estos bienes[18]. Si un bien atribuido a una persona genera una situa-

(14) De manera concluyente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 y ss.; CADENAS, *LH-Jakobs* (Perú), p. 396. Admiten un trato diferenciado del riesgo permitido con las causas de justificación, KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 217, respecto de los delitos culposos; ROGAT, *Zurechnung*, p. 70. Por su parte, KUHLEN, *FS-Roxin*, p. 331 y ss., reconoce los niveles de tipicidad y antijuricidad, pero considera que en ambos niveles operan los mismos criterios de la imputación objetiva (p. 339).

(15) Esto se aprecia en el intento de ROXIN, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 40, de formular un único principio omnicomprensivo de las causas de justificación con la idea de la regulación socialmente correcta de *intereses en conflicto*.

(16) Así lo ha puesto de manifiesto recientemente JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

(17) Vid., en este sentido, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 197.

(18) Vid., así la afirmación de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 86: "Por eso, en el "entendimiento abstracto" se muestra "toda lesión jurídica como absoluta".

ción de conflicto por un hecho fortuito o incluso por la conducta de un tercero, su competencia le obliga a tener que tolerar los actos dirigidos a resolver el conflicto hasta la medida de su titularidad respecto del bien en cuestión[19]. Distinto es el caso si se trata de una organización peligrosa de sus bienes, pues la competencia no alcanza solamente hasta la medida de lo que genera concretamente la situación específica de conflicto, sino que abarca a toda su organización[20]. No obstante, si nos limitamos a este criterio normativo las soluciones resultarían a todas luces insatisfactorias, pues permitiría la lesión de otra persona (o sus derechos) para mantener intereses insignificantes en tanto ello sea necesario[21]. Únicamente los casos de una organización responsable (agresión ilegítima) podrían justificarse con una defensa necesaria[22], ya que el agresor desconoce al otro como titular de sus bienes[23].

La situación se torna distinta si se trata de una organización no responsable que genera un estado de necesidad defensivo de otro, pues una competencia en grado máximo del creador de la situación peligrosa se considera socialmente como excesiva en estos casos[24]. Para evitar las consecuencias socialmente intolerables de una normatividad pura, la determinación del grado de competencia debe recurrir a otro criterio normativo: la normatividad utilitarista. Según este criterio, la medida de competencia del que se ha organizado de manera no responsable alcanza solamente a tolerar una defensa que no sea desproporcionada[25]. La solución con base en criterios utilitaristas

---

(19) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 198 y s.

(20) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss.

(21) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

(22) Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 75, con base en una competencia plena del agresor.

(23) Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 77.

(24) Por ello, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 76, considera en estos casos al agresor no responsable sólo como preferentemente competente.

(25) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 203, en relación con bienes compensables de cierta magnitud. Establece como límite del estado de necesidad defensivo el

resulta, sin embargo, incorrecta en el caso de un estado de necesidad agresivo, pues en la medida que ha tenido lugar una organización responsable del que se encuentra en una situación de necesidad sin una intervención del tercero afectado, debería exigirse una plena competencia del primero. No obstante, hay que reconocer que la competencia por el conflicto no se establece sólo con base en criterios de organización, sino que existen razones institucionales que trasladan la competencia al ámbito del perjudicado por la acción de salvaguarda(26). Esta competencia del sujeto ajeno a la situación de peligro se manifiesta en el deber de tolerar la lesión de determinados bienes propios con la finalidad de salvaguardar otros de mayor relevancia(27). Sobre el afectado por una situación de necesidad permanece solamente una competencia por la adecuación de su conducta de salvaguarda. Por el contrario, si el bien preservado resulta levemente mayor o de igual jerarquía, el deber de tolerancia del agredido pierde razón de ser, de modo que el suceso lesivo desarrollado por el afectado por la situación de necesidad solamente podría quedar impune si penalmente se trata como infortunio(28).

Como puede verse, en las estructuras de descargo de la imputación penal no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro resulta penalmente competente

---

baremo del "interés salvaguardado no inferior", BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 25, 78 y s.

(26) Vid., en este sentido, la fundamentación del deber de tolerancia de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 103 y ss. Recurre a los deberes de solidaridad (solidaridad general intersubjetiva), BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 22, 90 y ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1023 y ss., hace una redefinición del deber de tolerancia como deber negativo en el sentido de deber de no organizar (reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que de ello se derive un incremento del riesgo para terceros.

(27) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 206.

(28) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 20, n.m. 4. Recurre a criterios de utilidad social o de ausencia de disutilidad social para excluir la responsabilidad penal en estos casos SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, p. 179 y s.

por dicha afectación. Todas las llamadas causas de justificación así como los supuestos de inexigibilidad producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por terceros (culpables o no), por el propio afectado o simplemente ser considerado socialmente un infortunio.

2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las estructuras de descargo de la imputación

Como lo hemos precisado, las estructuras de descargo de la imputación consisten en la determinación de la competencia mediante una concreción penalmente relevante del hecho. Esta concreción tiene lugar tanto en la faceta objetiva como en la subjetiva. Para poder decidir si se mantiene la imputación penal o si debe procederse al descargo de la imputación, debemos considerar ambas facetas del hecho. En la medida que cada estructura de descargo de la imputación requiere de sus propios aspectos objetivos y subjetivos, en esta exposición general vamos a limitarnos a realizar sólo algunas indicaciones globales que nos permitan comprender únicamente la relevancia de las estructuras de descargo en el proceso global de imputación penal. No debemos olvidar que también aquí el descargo de la imputación consiste en una unidad, de manera que un aislamiento de lo objetivo y lo subjetivo tampoco es de recibo en este ámbito de la imputación.

A. El aspecto objetivo en el descargo de la imputación

Si tuviésemos que resumir el aspecto objetivo de las estructuras de descargo de la imputación penal en un único elemento, con los peligros de cierta vaguedad, éste sería una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto. Si bien este dato objetivo adquiere contornos específicos en las distintas estructuras de descargo de la imputación, en la doctrina penal se ha discutido si los presupuestos objetivos de las causas de justificación en general

deben existir realmente[29] o si basta sólo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia[30]. Como punto de partida puede decirse que nos parece más adecuado el punto de vista que sostiene que los presupuestos objetivos deben estar presentes, en tanto las estructuras de descargo requieren algo más que una simple prognosis. No obstante, debemos señalar que esta afirmación requiere de algunas precisiones particulares:

- En los casos en los que el afectado resulta competente por la producción de la situación de conflicto (legítima defensa, por ejemplo), deberá establecerse una vinculación efectiva entre la situación de conflicto y la esfera de organización del agresor, no siendo posible sustituir esta vinculación por una simple prognosis[31]. Esta vinculación objetiva existe ya en el caso que el afectado haya generado una apariencia de peligro, de manera tal que la situación de conflicto pueda imputársele objetivamente con los correspondientes deberes de tolerancia (uso de un arma aparente, por ejemplo)[32].
- En los casos en los que el Estado se encarga de precisar la situación de conflicto y autoriza una conducta en principio prohibida (permisos administrativos, por ejemplo), solamente bastará la legalidad de tal autorización para afirmar el aspecto objetivo

(29) En este sentido, GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 167; PAEFFGEN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 419; SCHROTH, *FS-Arthur Kaufmann*, p. 605 y s.; SANZ MORÁN, *Revista penal* 5 (2000), p. 84. Con algunas precisiones, JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 15; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 331; LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB* preliminares al §§ 32 y ss., n.m. 10a, respecto de las causas de justificación que permiten una acción.

(30) En este sentido, FRISCH, *Vorsatz*, p. 424 y ss.; HERZBERG, *JA* 1989, p. 247 y ss.; KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, p. 401; RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 382 y ss.; FREUND, *GA* 1991, p. 406 y ss.

(31) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 9.

(32) Vid., JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 10. En el mismo sentido, OTTO, *Jura* 1988, p. 330 y ss. Niega la situación de peligro en estos casos para supuestos que comprometen la vida y la integridad física, BORN, *Die Rechtfertigung*, p. 263; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 9.

del descargo de la imputación. Si las condiciones materiales para tal autorización resultan discutibles, ello no afecta la estructura de descargo de la imputación.

- En los casos de ejercicio de funciones públicas deberán estar presentes los requisitos o indicios necesarios para poder ser ejercidas (derecho de detención, por ejemplo)[33].

B. El aspecto subjetivo en el descargo de la imputación

La exigencia del aspecto subjetivo en las estructuras de descargo de la imputación resulta altamente controvertida[34]. En el ámbito de las causas de justificación, un sector de la doctrina considera que la justificación constituye un aspecto esencialmente objetivo[35], a lo cual se oponen aquellos que, por el contrario, exigen en este nivel que el autor actúe con la finalidad de justificación[36]. En una posición intermedia se encuentran, por un lado, los que admiten elementos subjetivos en algunas causas de justificación[37] y, por el otro, los que consideran que el aspecto subjetivo debe abarcar solamente el conocimiento de la situación de justificación[38]. En el ámbito de

---

(33) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 15.

(34) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 11,n.m. 18.

(35) En este sentido, Spendel, *FS-Bockelmann*, p. 251 y s.; El Mismo, *FS-Oehler*, p. 203; Runte, *Die Veränderung*, p. 305 y ss.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, PG, p. 484 y s.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal*, PG, p. 462 y ss.; Carbonell Mateu, *La justificación penal*, p. 107.

(36) En este sentido, Niese, *Finalität*, p. 17 y ss.; Rudolphi, *FS-Maurach*, p. 58; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 175; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 329.

(37) Vid., en este sentido, Gallas, *FS-Bockelmann*, p. 172 y ss.; Triffterer, *FS-Oehler*, p. 220 y ss.

(38) En este sentido, Frisch, *Vorsatz*, p. 457; El Mismo, *FS-Lackner*, p. 142 y ss.; Loos, *FS-Oehler*, p. 235; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 21; Roxin, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 94; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 139 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 16/16 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326; Cuello Contreras, *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 151; Sanz Morán, en *Estudios*

las conductas exculpatorias se reproduce igualmente esta discusión[39]. En nuestra opinión, para poder decidir esta discusión debemos recordar que las estructuras de descargo de la imputación permiten una determinación de las competencias mediante una concreción del hecho. En este sentido, el aspecto subjetivo debe también concretarse, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de las estructuras de descargo de la imputación.

El aspecto subjetivo en el descargo de la imputación no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor[40], pues el estado psíquico del autor es absolutamente irrelevante para la imputación penal. Por otra parte, tampoco la sola existencia objetiva de estructuras de descargo de la imputación resulta suficiente para suprimir la imputación, ya que la defraudación de las expectativas normativas de conducta no se fundamenta en la simple lesión de algo valioso, sino en la expresión de sentido del ciudadano frente a la norma[41]. Por esta razón, consideramos como más adecuado el parecer doctrinal que exige el conocimiento (mejor expresado, la imputación del conocimiento) de la situación de descargo. No obstante, debe señalarse que esta imputación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de descargo, sino que debe abarcar también la consideración de esa

penales en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 739 y s., en donde precisa su anterior punto de partida objetivo-final (EL MISMO, *Elementos subjetivos de justificación*, p. 3 y ss.), interpretado por la doctrina penal como una comprensión objetivista.

(39) Vid., así en el ámbito del estado de necesidad exculpante, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 728, quien se decanta por exigir un elemento volitivo.

(40) En este sentido, FRISCH, *FS-Lackner*, p. 135 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 20; LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB* preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 14.

(41) Sobre la oposición entre bien jurídico como objeto valioso y bien jurídico como vigencia de la norma, vid., en detalle, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43 y ss.

circunstancia como justificante en el supuesto concreto[42]. Hay que recordar que no nos referimos a un conocimiento psicológico, sino a una imputación de conocimiento determinado en la situación específica. La realización de una conducta objetivamente justificada o tolerada, pero sin el conocimiento requerido del autor, se sancionará aplicando las reglas de la eximente incompleta (artículo 21 del CP)[43].

En el aspecto subjetivo de las estructuras de descargo de la imputación pueden presentarse igualmente supuestos de error respecto de la existencia de los elementos objetivos de un descargo de la imputación penal. Estos supuestos de error pueden deberse, en primer lugar, a defectos de percepción sensorial que hacen creer al autor que su conducta se encuentra justificada. Se trata fundamentalmente del error sobre las condiciones fácticas u objetivas de las causas de justificación, llamado también error de tipo permisivo[44]. La polémica que ha despertado este supuesto de error en la doctrina penal no tiene relevancia para nuestra interpretación del error, pues el error sobre el carácter prohibido del hecho forma parte de nuestra comprensión del error de tipo.

Ejemplo: El jefe de planta de una empresa ordena el vertido de desechos tóxicos porque sus exámenes del nivel de toxicidad le hacen creer erróneamente que se mueve aún dentro del límite permitido.

---

(42) ROXIN, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 94: "Él (scil. el autor) tiene pues el dolo de hacer algo objetivamente ajustado a derecho".

(43) A favor de la aplicación de una eximente incompleta, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG L16/19; CUELLO CONTRERAS, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, pp. 156, 158. Por una aplicación directa de las reglas de la tentativa se pronuncia FRISCH, *FS-Lackner*, p. 138 y ss.; PRITTWITZ, *Jura* 1984, p. 76; HERZBERG, *JA* 1986, p. 191 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 101; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 661. Por una aplicación analógica, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 11, n.m. 23 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 330.

(44) Vid. en general, LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB* preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 21; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 9, n.m. 153 y ss. En el Derecho penal económico, TIEDEMANN, Voz: "Irrtum über Rechtsfragen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5 y s.; LENCKNER, Voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 6.

El error en estructuras de descargo de la imputación puede surgir también por valoraciones defectuosas, en la medida que el autor considera que las características de su actuación se ajustan a las estructuras de descargo de la imputación. La doctrina penal trata estos supuestos como error de prohibición indirecto[45], mientras que para nosotros constituye no más que una forma de error de tipo.

> Ejemplo: El administrador de una empresa considera estar sometido a un régimen tributario especial y, por ello, incumple los deberes contables impuestos por la legislación tributaria.

En los supuestos de error se ha presentado en la doctrina penal la discusión sobre la exigencia adicional de un deber de comprobación (*Prüfungspflicht*) que obligaría al beneficiado bajo responsabilidad a verificar la existencia efectiva de una situación justificante[46]. El parecer actualmente dominante se opone a la exigencia de tal deber[47], en tanto se confundiría la situación de justificación con la constatación de la misma y produciría soluciones insatisfactorias en caso de partícipes con procesos subjetivos de constatación distintos[48]. No cabe duda que esta apreciación crítica resultaría correcta si se tratase de verificar el proceso psíquico que cada partícipe ha tenido en el hecho. No obstante, si la determinación del aspecto subjetivo del descargo de la imputación constituye también

---

(45) Vid., en general, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 36 y ss.; ARMAZA GALDOS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 45. En el Derecho penal económico, TIEDEMANN, Voz: "Irrtum über Rechtsfragen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 6; LENCKNER, Voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 6.

(46) Vid., la referencia en JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 24; ROXIN, *Strafrecht* AT § 14, n.m. 81 y ss.

(47) Vid., en detalle, RUDOLPHI, *GS-Schröder*, p. 73 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 82. Por su parte, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 330; LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB* preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 17, consideran que un deber de comprobación no forma parte de los presupuestos subjetivos de las causas de justificación.

(48) Así, concretamente, JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 25.

una imputación[49], el conocimiento de los aspectos relevantes para la evaluación de la situación de conflicto podrá atribuirse al ciudadano sin mayores inconvenientes.

> Ejemplo: El administrador de una empresa argumenta que consideró que los problemas económicos le autorizaban a defraudar los impuestos. En la medida que una representación tal no se corresponde con la que un empresario fiel al Derecho debe tener, no puede aceptarse la relevancia normativa de este error, en todo caso, psíquico.

La ausencia de una imputación de conocimiento al autor en la situación específica, no excluye, sin embargo, la posibilidad de una exigencia normativa de conocimiento. No cabe duda que un deber de comprobación en una situación de conflicto resulta impracticable, pues las condiciones no favorecen normalmente un juicio mesurado por parte del autor[50]. Sin embargo, si resulta posible exigir del autor haberse procurado los elementos de juicio para valorar adecuadamente la situación de descargo de la imputación en la situación concreta, una imputación de responsabilidad podrá tener lugar, aunque debido a la imputación de menor conocimiento sólo a título de culpa[51]. Esta situación puede apreciarse claramente en los supuestos de exceso en las causas de justificación (sobre todo legítima defensa). Al contrario de la doctrina dominante que soluciona estos supuestos en el ámbito de la culpabilidad[52], entendemos que la solución de los excesos se encuentra en el ámbito de la imputación

---

(49) Por esta razón, la representación incierta de una situación de justificación (vid., sobre esto Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 28 y ss.; Roxin, *Strafrecht* AT § 14, n.m. 87 y ss.) constituye una problemática circunscrita a la psique del autor sin ninguna relevancia para el Derecho penal.

(50) Vid., esta apreciación en Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 11, n.m. 26.

(51) Sobre el deber de comprobación como criterio de vencibilidad o invencibilidad del error, Trapero Barreales, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 860 y ss.

(52) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 20, n.m. 28 y ss.; Roxin, *Strafrecht* AT § 22, n.m. 68 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT p. 490 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 9, n.m. 92, § 10, n.m. 121; Muñoz Conde, *El error*, p. 135 y s.

culposa[53], a no ser que la situación de miedo, temor o desconcierto pueda atribuirse plenamente al agresor. En este último caso el resultado debe imputarse al agresor y no al que se excede en la defensa.

II. LAS PARTICULARES ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

En el Derecho penal económico tienen vigencia, en principio, todas las distintas estructuras de descargo de la imputación reconocidas por la dogmática penal[54]. En lo que sigue, no vamos a ocuparnos, sin embargo, de todas las estructuras de descargo de la imputación, sino que nos limitaremos a los supuestos más usuales en la vida económica. Hay que precisar que en la medida que las estructuras de descargo no se ven limitadas por el principio de legalidad[55], su relevancia no depende de un reconocimiento previo del legislador, sino de una valoración judicial de las circunstancias relevantes en el caso concreto.

1. La legítima defensa económica

A. La estructura de descargo de la legítima defensa

La fundamentación de la legítima defensa se encuentra, conforme a lo expresado anteriormente, en el ámbito de la normatividad pura[56]. Se trata concretamente de una organización responsable del

(53) En la misma línea, pero con particularidades distintas, el planteamiento de BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, PG, p. 385, quien considera que se trata de una cuestión de error sobre la desaprobación jurídico-penal.

(54) Vid., en el mismo sentido, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 394.

(55) Vid., con mayor precisión, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 5, n.m. 42.

(56) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 198 y ss. Una fundamentación similar de la legítima defensa se encuentra en RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 275, con base en la restabilización de las relaciones de coordinación entre agresor y agredido. En este sentido, rechazamos una fundamentación dualista de la legítima defensa (protección de bien jurídico y mantenimiento del orden jurídico) y nos inclinamos por una fundamentación monista de la legítima defensa [vid., así, la orientación de PAWLIK, *ZStW* 114 (2002), p. 259 y ss., en donde pone al descubierto falsas interpretaciones sobre la concepción de la legítima defensa en Kant y Hegel].

agresor que amenaza la esfera de organización del defensor (agresión ilegítima del artículo 20, inciso 3, literal a del Código penal)[57]. La competencia por esta incorrecta organización recae sobre el agresor, de manera que a éste se le imputa los deberes de tolerancia de la acción de defensa[58]. No obstante, debe reconocerse que, en tanto se trata de relaciones jurídicas entre personas, todo acto de legítima defensa debe ajustarse al criterio de la necesidad racional (artículo 20, inciso 3, literal b del Código penal)[59]. Cabe hacer mención, finalmente, a los supuestos en los que tiene lugar una provocación suficiente realizada por el defensor, en donde la competencia se traslada al defensor y se excluye, por tanto, el efecto

---

(57) Sobre la agresión ilegítima, vid., con mayores detalles, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 12, n.m. 14 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 6 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 276 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1367 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 680 y ss.

(58) Un deber de tolerancia del agresor surge solamente cuando existe una agresión actual, de manera que antes del ataque sus deberes de tolerancia se reducen a las acciones de prevención policial (vid., esta referencia en JAKOBS, *Strafrecht* AT, Apdo 12, n.m. 22). En una situación-límite se encuentran los casos de estado de necesidad preventivo, en los que las posibilidades de defensa se eliminan antes de que haya empezado la agresión (vid., con mayor detalle, SUPPERT, *Studien*, p. 356 y ss.). Derivan el tratamiento de estos casos a las reglas del estado de necesidad defensivo, JAKOBS, *op. cit.*, Apdo 12, n.m. 27; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 27; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 289.

(59) Vid., sobre este requisito de la legítima defensa, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 12, n.m. 30 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 42 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 299 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1387 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 682 y ss. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se precisa el elemento de la necesidad racional de la defensa en la decisión R.N. N° 1985-99 Lima de 14 de junio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 281 y s.]. La reforma del Código penal operada por la Ley 27936 precisa que la necesidad racional del medio empleado no implica una proporcionalidad del medio, sino que debe considerarse, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se dispone para la defensa.

de descargo de la imputación penal (artículo 20, inciso 3, literal c del Código penal)[60].

B. Las particularidades de la legítima defensa económica

La posición extendida de que el Derecho penal económico protege bienes jurídicos supraindividuales, ha dado pie a un sector de la doctrina penal para negar la relevancia de la legítima defensa en este sector, pues se trata de una estructura de descargo de la imputación que opera solamente contra ataques a bienes jurídicos individuales[61]. El carácter absoluto de esta afirmación puede, sin embargo, ponerse en tela de juicio, pues desconoce que los delitos económicos pueden representar también ataques individualizados[62], como, por ejemplo, el delito contra la libertad de los trabajadores del artículo 168 del Código penal. Incluso fuera del ámbito estrictamente particular de las personas individuales, se ha reconocido también la posibilidad de ejercer legítima defensa en el caso de ataques al derecho de uso de los

(60) La provocación que excluye la legítima defensa se refiere a aquella que constituye una agresión ilegítima frente a la que se responde de manera jurídicamente permitida. La discusión doctrinal tiene lugar en cuanto a la provocación como motivación de un ataque. Vid., sobre la provocación con distintas fundamentaciones y matices, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 88; LENCKNER, *GA* 1961, p. 299 y ss.; ROXIN, *ZStW* 75 (1963), p. 541 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 61 y ss.; BERTEL, *ZStW* 84 (1972), p. 14 y ss.; SCHÖNEBORN, *NStZ* 1981, p. 201 y ss.; BERZ, *JuS* 1984, p. 343; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 12, n.m. 49; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 302 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1405 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 685 y s. Rechazan que la provocación pueda descartar una legítima defensa, BOCKELMANN, *FS-Honig*, p. 19 y ss.; HASSEMER, *FS-Bockelmann*, p. 232 y ss.; FRISTER, *GA* 1988, p. 310.

(61) Vid., en este sentido, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 394 y s. Niega la legítima defensa en bienes colectivos, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 36. Por el contrario, SCHRÖDER, *FS-Maurach*, p. 141, permite de manera limitada la legítima defensa en bienes colectivos. De forma más categórica, DANNECKER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554, admite legítima defensa en bienes colectivos.

(62) Así, RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 318.

bienes públicos[63], lo cual significaría, por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa en el caso del delito de cárteles de licitación del artículo 241 del Código penal cuando se intente alejar de una licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenazas[64]. Cabe destacar, finalmente, que la doctrina penal reconoce además la posibilidad de ejercer una defensa de terceros a favor de personas jurídicas, incluido el Estado[65], de manera tal que los particulares podrían realizar actos de legítima defensa a favor de los intereses económicos del Estado. Como corolario de todas estas consideraciones, puede concluirse que la legítima defensa tiene en el Derecho penal económico una importancia más que marginal.

Un supuesto bastante controvertido tiene lugar cuando se invocan las reglas de la legítima defensa para supuestos de conflictos entre empresas, sobre todo en el ámbito de la competencia en el mercado[66]. En concreto, se discute si una empresa puede argumentar una infracción a la regulación de la competencia en el mercado como legítima defensa ante la conducta antijurídica de sus competidores. Para responder a este interrogante debe atenderse a dos aspectos. En primer lugar, debe considerarse si resulta posible una situación de conflicto penalmente relevante entre empresas. La doctrina penal le niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos[67]. Esta comprensión se corresponde con el punto de partida que

---

(63) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht* AT § 15, n.m. 31; Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 12, n.m. 4.

(64) Igualmente, Caro Coria, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 681.

(65) Vid., en este sentido, aunque con ciertas restricciones, Roxin, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 40; Jakobs, *Strafrecht* AT, Apdo 12, n.m. 6.

(66) Vid., la referencia Nieto Martín, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 125. Sobre esta problemática en el Derecho sancionatorio de la Unión Europea, Wagemann, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, p. 87 y ss.; Dannecker, en *Hacia un Derecho penal*, p. 553 y s.

(67) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 7; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 78, n.m. 1201.

desestima una esfera de organización penalmente relevante de la empresa. La dificultad que presenta este parecer es que la defensa necesaria sólo podrá recaer sobre la esfera de organización del órgano o representante de la empresa, pero no sobre los bienes de la empresa. Exigir que en supuestos de conflicto se busque al gerente de la empresa para ejercer una legítima defensa parece poco plausible. Por esta razón, consideramos que debe partirse, más bien, de la comprensión contraria, es decir, de aquélla que entiende que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los actos de defensa necesaria pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario.

La segunda cuestión a resolver en los conflictos competenciales entre empresas se presenta en la dirección de la defensa necesaria. La doctrina penal reconoce que la defensa solamente puede ejercerse contra el agresor, mas no contra terceros no intervinientes(68). En este sentido, la respuesta ante una agresión ilegítima no puede dirigirse contra los intereses generales como, por ejemplo, la regulación de la competencia en el mercado, sino contra los actos de los competidores que afectan, en concreto, la esfera de organización de la empresa(69). Si la agresión de un tercero impone la necesidad de afectar a terceras personas o intereses colectivos, entonces un descargo de la imputación solamente podrá obtenerse por la vía del estado de necesidad, pero no mediante una legítima defensa económica.

2. Las situaciones de necesidad económica

A. La estructura de descargo en las situaciones de necesidad

En la doctrina penal, el estado de necesidad se ha intentado explicar desde diversas perspectivas generales como la ponderación de intereses, la teoría del fin o con configuraciones eclécticas(70).

(68) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 12, n.m. 28. En concreta referencia a la legítima defensa económica, DANNECKER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 553.

(69) Similarmente, WAGEMANN, *Rechtfertigungs- Entschuldigungsgründe*, p. 96 y s.

(70) Sobre las particularidades de cada línea de interpretación, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 13, n.m. 1 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 16, n.m. 3 y ss.

En nuestra opinión, la caracterización de la estructura de descargo de la imputación en el estado de necesidad no puede hacerse, de manera general, con base en una decisión a favor de alguna de las perspectivas mencionadas. Para poder mostrar las estructuras particulares del estado de necesidad resulta necesario hacer una doble diferenciación de las situaciones de necesidad.

a. Estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo

En el estado de necesidad defensivo se presenta una situación similar a la legítima defensa[71], pero con la diferencia que el "agresor" no actúa responsablemente y, por tanto, no niega el reconocimiento como ciudadano del afectado[72]. No obstante, la denominación empleada parece partir de la idea de que se trata de un supuesto especial del estado de necesidad, lo cual, sin embargo, constituye una conclusión muy controvertida en la doctrina penal[73]. Algunos autores consideran efectivamente como correcta una regulación unitaria del estado de necesidad con base en la fórmula de la preponderancia[74]. No obstante, una apreciación detenida de la estructura de descargo del estado de necesidad defensivo conduce al resultado contrario. El estado de necesidad defensivo no está emparentado con el estado de necesidad, sino que comparte, más bien, la estructura de la legítima defensa[75]. Ya que el "agresor" ha realizado un acto de organización, éste resulta competente por el peligro generado

---

(71) En este sentido, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 271 rescata la denominación de pequeña legítima defensa para el estado de necesidad defensivo utilizado por von Buri y Löffler.

(72) Vid., en este sentido, Jakobs, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

(73) Sobre la disputa si el estado de necesidad defensivo se ajusta a los principios generales del estado de necesidad agresivo (sobre todo la preponderancia de intereses), vid., Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 132 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

(74) Vid., así, Roxin, *Strafrecht*, AT § 16, n.m. 66 y s. De otra opinión, Hruschka, *NJW* 1980, p. 22; Renzikowski, *Notstand*, p. 243 y ss.

(75) En el mismo sentido, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264; El Mismo, *Notwehrrecht*, p. 48 y s.; Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 148.

y, por tanto, se le atribuye el deber de eliminarlo, de asumir los costes de los daños que produzca o, en caso necesario, de soportar la eliminación del peligro por parte del afectado (estado de necesidad defensivo)[76]. Debemos admitir, sin embargo, que la acción de alejar la situación de peligro no se limita sólo por la necesidad, como en la legítima defensa, sino que debe evitarse una lesión desproporcionada[77]. Esto significa que en el estado de necesidad defensivo no se mantiene en la normatividad pura, sino que es necesaria la incorporación de consideraciones utilitaristas.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, se llega a la conclusión que la estructura de descargo de la situación de necesidad se presenta propiamente en el estado de necesidad agresivo. Se trata, por tanto, de una situación de necesidad por la que ni el agresor, ni el agredido resultan competentes y frente a la cual tampoco les corresponde un deber de soportar el peligro[78]. La solución a la cuestión de si procede un descargo de la imputación para quien aleja el peligro a costa de otra persona, dependerá del reparto de competencias entre los intervinientes para resolver el conflicto[79]. Para decidir este aspecto, es necesario hacer nuevamente otra diferenciación.

b. Estado de necesidad con deberes de tolerancia y estado de necesidad sin deberes de tolerancia[80]

El punto de partida de nuestra concepción es el hecho de que la persona afectada por una situación de necesidad mantiene su

---

(76) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 13, n.m. 47.

(77) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 203. Similarmente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 239 y ss.

(78) Vid., en este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 127 y s., a lo que llama situación básica del estado de necesidad justificante. Sobre la necesidad de una mayor relevancia del bien jurídico preservado para justificar un estado de necesidad agresivo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 25; SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, p. 157.

(79) Vid., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 142.

(80) Este criterio de distinción es usado por SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, p. 155 y ss.

capacidad de imputación, siendo las circunstancias específicas del hecho las que permiten un descargo de la imputación. En este sentido, puede decirse que todos los supuestos relevantes de situación de necesidad poseen las mismas estructuras de descargo, con la única particularidad de que la competencia del perjudicado por la acción de alejamiento del peligro mediante deberes de tolerancia decae en determinados supuestos. Nuestro Código penal sigue, por el contrario, la llamada tesis de la diferenciación y regula, por ello, de manera distinta el estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4) y el estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5)[81]. Para explicar esta regulación diferenciada, la doctrina penal recurre a la distinta ubicación sistemática de los supuestos de necesidad en la estructura del delito: mientras el estado de necesidad justificante excluye la antijuricidad, el estado de necesidad exculpante hace lo propio con la culpabilidad. Por nuestra parte, consideramos que los supuestos agrupados en el estado de necesidad exculpante no excluyen propiamente la culpabilidad[82], pues el autor, salvo que haya entrado en una situación de demencia transitoria, mantiene su capacidad de imputación[83]. De otra forma no podría explicarse, por ejemplo, por qué el legislador impone deberes especiales de sacrificio por una relación jurídica especial (artículo 20, inciso 5, segundo párrafo del Código penal)[84]. La diferencia entre los estados de necesidad no se encuentra en las estructuras de descargo, sino en la competencia del afectado por la acción de salvaguarda.

---

(81) Vid., así, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 694. Sobre los fundamentos de esta diferenciación, KÜPER, *JuS* 1987, p. 83 y ss.

(82) Mantuvieron para los casos de autoconservación un carácter justificante, WELZEL, *Der Allgemeine Teil*, p. 50; GIMBERNAT ORDEIG, *FS-Wezel*, p. 496; EL MISMO, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 331.

(83) Aunque ROXIN, *Strafrecht*, AT § 22, n.m. 6, se pronuncie por un efecto excluyente de la culpabilidad del llamado estado de necesidad exculpante, reconoce que la posibilidad de un comportamiento ajustado a derecho no se encuentra completamente excluido.

(84) JAKOBS, en *Estudios*, p. 131, contempla estos supuestos como excepciones del estado de necesidad exculpante.

Un primer grupo de situaciones de necesidad se presenta cuando el afectado por la situación de peligro puede combatir dentro de ciertos límites un peligro actual de pérdida relevante de bienes personalísimos mediante el sacrificio de bienes de terceros ajenos al conflicto[85]. El agresor tendrá la competencia de utilizar una conducta adecuada, mientras que el agredido deberá tolerar la agresión como forma de cumplir con su deber ciudadano de contribuir, en lugar del Estado, a mantener ciertos intereses esenciales[86]. Por el contrario, en los casos en los que la situación de necesidad demanda el sacrificio de bienes personalísimos levemente inferiores o de igual jerarquía, este deber de tolerancia del ciudadano agredido desaparece. Lo especial precisamente del llamado estado de necesidad exculpante se encuentra en el decaimiento de este deber de tolerancia. Esta circunstancia no fundamenta, sin embargo, la responsabilidad penal del que aleja el peligro a costa de afectar a otra persona, sino que la imputación decae por las circunstancias del caso concreto[87]. Al agresor no se le puede exigir dejar de cumplir su deber de autoprotección, a no ser que por determinados roles especiales o un comportamiento precedente esté obligado a hacerlo[88]. Pero esto no quiere decir que mediante este supuesto de necesidad se autorice jurídicamente un mundo sofista de los más fuertes, sino que se trata de un nivel en el que el Derecho pierde su vinculatoriedad (exigibilidad[89]). A la doctrina penal le corresponde precisar las particularidades de este espacio neutral, lo que ciertamente escapa al objeto de esta

(85) Vid., en este sentido los presupuestos del estado de necesidad justificante de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 150.

(86) En la misma línea, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 206; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 148.

(87) Lo que para JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 20, n.m. 4, significa solucionar el conflicto como accidente.

(88) Sobre estos supuestos, en los que se mantiene la competencia por la situación de peligro, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 20, n.m. 12 y ss.; TIMPE, *JuS* 1985, p. 35 y ss.

(89) Resuelve el estado de necesidad exculpante con el criterio de la exigibilidad, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 271 y ss.

exposición limitada al Derecho penal económico, en donde la relevancia del llamado estado de necesidad exculpante resulta, por otra parte, casi nula. Por esta razón, en lo que sigue, nos vamos a centrar solamente en las particularidades del llamado estado de necesidad con deberes de tolerancia en los casos de situación de necesidad económica.

B. Las particularidades de las situaciones de necesidad económica

Los requisitos exigidos para que una situación de crisis económica descargue la imputación penal no son distintos a los exigidos de manera general para el estado de necesidad. Lo único especial es que estos requisitos presentan ciertas particularidades en el caso de crisis económicas que resulta conveniente precisar.

a. Situación de peligro

El primer requisito para un estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico. La doctrina penal es unánime al aceptar que los bienes susceptibles de estado de necesidad no son solamente los personalísimos, sino también aquéllos de carácter económico como, por ejemplo, el mantenimiento de la producción o la conservación de la plaza de trabajo(90). Como se sabe, no interesa para el ejercicio de un estado de necesidad determinar de dónde proviene la situación de peligro para ciertos intereses económicos. La fuente del peligro puede ser la naturaleza, la crisis económica en un país e incluso el comportamiento de terceros (una mala administración de la empresa, por ejemplo)(91). En lo que respecta a la situación de peligro no hay entonces mayores problemas para aceptar

(90) En este sentido, Tiedemann, *Lecciones*, p. 189; El Mismo, *Einführung*, p. 99; Lenckner, Voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Dannecker, *Revista penal* 3 (1999), p. 18; El Mismo, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554.

(91) Vid., en el mismo sentido, Lenckner, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

una situación de necesidad económica que permita descargar la imputación penal[92].

b. La necesidad de la defensa

En los estudios especializados se ha establecido que en el estado de necesidad la acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria[93]. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20 inciso 4 cuando señala que el peligro "no pueda superarse de otro modo". El cumplimiento de este requisito debe determinarse conforme a la necesidad de lo amenazado, es decir, al resultado de alejamiento del peligro[94]. En el ámbito de la situación de necesidad económica, la necesidad del alejamiento del peligro, como lo señala LENCKNER, no debe entenderse como ausencia de otras alternativas de solución del conflicto económico, sino como la elección de una alternativa de acción idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado[95].

En el tema de la necesidad de la defensa puede discutirse especialmente los casos en los que se comete una apropiación ilícita o administración fraudulenta en perjuicio de un tercero para alejar el peligro de pérdida de dinero[96]. En la jurisprudencia alemana se ha aceptado este supuesto como justificante, siempre que se preserve

(92) Debe precisarse, sin embargo, que no cualquier daño patrimonial puede legitimar un estado de necesidad. Siguiendo a PAWLIK, *Der rechtsfertigende Notstand*, p. 163 y ss., debemos señalar que debe tratarse de la amenaza de una pérdida patrimonial con una considerable influencia en la conducción de vida del afectado.

(93) Vid., RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 389; LENCKNER, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; FRISTER, *GA* 1988, p. 291.

(94) Vid., en este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 237 y s.

(95) Vid., LENCKNER, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2 y s.

(96) Plantea el tema TIEDEMANN, *Einführung*, p. 99 y s., aunque como una cuestión de adecuación.

un interés común o general[97]. No obstante, el efecto justificante de estos supuestos de necesidad se puede ampliar también a los casos en los que existe cierta conexidad entre el bien preservado y el afectado[98]. Por ejemplo: si el administrador de una persona jurídica utiliza indebidamente el dinero de la persona jurídica para evitar un grave perjuicio sobre el valor patrimonial de las acciones, esta conducta favorece directamente a los accionistas, pero también a la propia persona jurídica. En consecuencia, podría aceptarse una actuación en situación de necesidad que justificaría la disposición indebida del capital social.

c. La preponderancia del interés protegido

Otro de los requisitos esenciales del estado de necesidad es la preponderancia del interés protegido (artículo 20, inciso 4, literal a del Código penal). De entrada debe señalarse que en este punto existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesario una ponderación global de los intereses[99], otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto[100]. Por nuestra parte, nos inclinamos por la segunda propuesta de interpretación, en tanto evita el peligro de una doble valoración de los criterios de determinación de la competencia al que está expuesto el criterio de la ponderación global de intereses[101]. La considerable preponderancia de lo preservado debe establecerse con base sólo en los concretos bienes jurídicos en conflicto,

---

(97) Vid., la referencia Tiedemann, *Einführung*, p. 100.

(98) Vid., así, Tiedemann, *Einführung*, p. 100.

(99) En esta línea, con diferentes matices, Lenckner, *Notstand*, p. 120 y ss.; Küper, *GA* 1983, p. 295; Roxin, *Strafrecht*, AT § 16, n.m. 22; Bernal Del Castillo, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 91 y s.

(100) Así, Renzikowski, *Notstand*, p. 74 y s.; Meißner, *Interessenabwägungsformel*, p. 220, desde una interpretación utilitarista; Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 273 y ss., mediante una separación de los puntos de vista: referido a la competencia y referido a los bienes jurídicos.

(101) Vid., así, Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 271.

lo cual no significa una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos[102], sino que, tal como lo establece la legislación se requiere apreciarse no sólo la calidad de los bienes jurídicos, sino también la intensidad del peligro que los amenaza. No obstante, el juicio de ponderación siempre se debe realizar entre los bienes en conflicto.

En el marco de las situaciones de necesidad económica, la preponderancia del interés protegido se manifiesta no sólo como una cuestión de diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos en conflicto (por ejemplo, la salud de los consumidores frente a la pretensión tributaria del Estado), sino también como una cuantitativa, es decir, de bienes jurídicos de igual jerarquía, pero de distinto valor cuantitativo (por ejemplo, una pérdida patrimonial de mil frente a una pérdida patrimonial de cien). Muy importante para determinar el grado de preponderancia requerido del interés protegido es la diferenciación antes emprendida de estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo, pues en el segundo supuesto, en donde el afectado es ajeno a la situación de peligro, no se puede aceptar una preponderancia reducida del interés protegido sobre el sacrificado.

d. La cláusula de adecuación

El estado de necesidad requiere, por último, que se ajuste a la llamada cláusula de adecuación, es decir, el empleo de un medio adecuado para alejar el peligro (artículo 20 inciso 4 literal b del Código penal)[103]. En una línea de interpretación coherente consigo misma, los defensores de la ponderación global de los intereses le niegan a esta cláusula autonomía funcional, reduciendo su tarea a una cláusula de control o a un criterio adicional a tener en cuenta en el proceso de ponderación[104]. Otro sector doctrinal considera que

---

(102) Críticamente ante una simple comparación abstracta, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 699.

(103) Vid., DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 19.

(104) Vid., en este sentido, SCHRÖDER, *FS-Eb. Schmidt*, p. 293; STREE, *JuS* 1973 p. 461 y ss.; KREY, *ZRP* 1975, p. 98; LENCKNER, *Notstand*, pp. 70 y ss., 123 y ss;

la ponderación global de intereses no impide que la cláusula de adecuación asuma una función autónoma, concretamente, un segundo nivel de valoración que determina si la ponderación global resulta correcta(105). Finalmente, una línea de interpretación le atribuye a la cláusula de adecuación la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio(106). Desde nuestra comprensión del estado de necesidad, esta tercera propuesta de interpretación de la cláusula de adecuación nos parece la más conveniente, pues parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega la legitimidad de los actos que producen una considerable pérdida de su libertad(107). En este sentido, una conducta que busca eliminar o paliar una situación de necesidad económica no podrá aceptarse si corre el peligro de generalizarse socialmente y eliminar las condiciones mínimas de convivencia.

3. El descargo de la imputación penal en virtud de autorizaciones administrativas

Como se vio en el capítulo IX, las autorizaciones administrativas excluyen la imputación objetiva de las conductas que se realizan al amparo de éstas, en la medida que el ciudadano actúa bajo la confianza de la juridicidad de la autorización expedida por la autoridad administrativa competente. Esta comprensión de la relevancia penal de las autorizaciones administrativas se presenta siempre que se trate de ámbitos de actuación sometidos a la regulación de la Administración Pública. En este sentido, la Administración Pública

---

El Mismo, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 16, n.m. 86. En la doctrina nacional, Vásquez Shimajuko, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 703, considera incluso que la cláusula de adecuación deviene en vacía de contenido.

(105) Vid., en este sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 363 y s.

(106) Vid., con distintos matices, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 13, n.m. 36; Renzikowski, *Notstand*, p. 204 y s.; Lesch, *Notwehrrecht*, p. 54, nota 31; Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 255 y ss.

(107) Vid., así, Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 257.

se encarga de ordenar adecuadamente un determinado sector de actuación con base en la concesión de autorizaciones para poder desenvolverse en este sector. Sin embargo, las autorizaciones administrativas adquieren una dimensión distinta cuando la labor de la Administración Pública se dirige a autorizar excepcionalmente una conducta lesiva que, por razones sociales o públicas específicas, resulta necesario tolerar. En estos casos, la ausencia de imputación penal se muestra como una estructura de descargo de la imputación penal. Muy gráfica, en este sentido, es la distinción de las autorizaciones que hace TIEDEMANN entre los permisos de control y los permisos de excepción. Mientras que los primeros excluyen la imputación a nivel del tipo penal, los segundos lo hacen en el nivel de la antijuricidad(108). En este apartado nos ocupamos de este segundo grupo de autorizaciones.

Para decidir si una autorización administrativa produce el descargo de la imputación, debe señalarse primeramente que este descargo no depende de la accesoriedad administrativa(109). Como lo admite un sector de la doctrina penal, las autorizaciones administrativas por razones de excepción son supuestos especiales del estado de necesidad(110), de manera que su estructura de descargo no debe diferenciarse en lo esencial de tal causa de justificación. El rasgo particular de las autorizaciones administrativas como estructura de descargo de la imputación se encuentra en la competencia de la Administración para decidir si en el caso concreto están presentes los presupuestos que autorizan una actuación del autor que en circunstancias normales estaría prohibida. No se trata, por tanto, de la competencia de la Administración para regular determinados ámbitos de organización, sino de su competencia para establecer si se

(108) Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, p. 104 y s.

(109) De una opinión contraria, WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 16 y ss., quien reconoce una accesoriedad administrativa en el plano de la antijuricidad.

(110) Por ello, WINKELBAUER, *NStZ* 1988, p. 204; ROXIN, *Strafrecht* AT § 17, n.m. 50, consideran que se trata de supuestos especiales del estado de necesidad. Le reconoce al estado de necesidad una carácter subsidiario frente a la decisión de la Administración, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 100 y s.

dan las circunstancias concretas que autorizan un descargo de las estructuras de imputación[111].

Ejemplo: La Municipalidad permite la ocupación de una zona no habilitada con fines urbanísticos a damnificados por una catástrofe natural.

Al igual que en el ámbito de la imputación objetiva, los problemas se presentan cuando la expedición de una autorización administrativa resulta jurídicamente discutible. Para resolver estos problemas de imputación debe hacerse una diferenciación de los supuestos. Si el cuestionamiento de la autorización administrativa se limita a la valoración de las circunstancias que autorizan al particular a realizar una conducta prohibida en circunstancias normales, las estructuras de descargo de la imputación no se verán alteradas. El aspecto objetivo de esta estructura de descargo se reduce a la legalidad de la decisión administrativa[112], aunque puedan resultar cuestionables los criterios de tal decisión. La situación se torna distinta, sin embargo, si nos encontramos ante autorizaciones administrativas ilegales, pues el descargo de la imputación no puede basarse en actos contrarios al ordenamiento jurídico. En este sentido, una accesoriedad estricta[113] o una accesoriedad limitada mediante la idea del abuso del derecho[114] no pueden ser de recibo en el ámbito

---

(111) Precisamente esta particularidad ha llevado a un sector de la doctrina (HORN, *UPR* 1983, p. 365 y s.) a negar el carácter de causa de justificación a las autorizaciones administrativas en tanto faltaría el requisito de la necesidad. Sin embargo, como lo señala SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 28, la evaluación de la necesidad es justamente realizada por los funcionarios al momento de otorgar la autorización respectiva.

(112) Vid., así, SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 58.

(113) RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 892 y ss.; ROGALL, *FS-Universität Köln*, p. 527; WIMMER, *JZ* 1993, p. 71 y s.; KUHLEN, *WiVerw* 1992, p. 251 y s.; SCHEELE, *Zur Bindung*, p. 123.

(114) Sobre la teoría del abuso del Derecho, HORN, *NJW* 1981, p. 3; RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 197; DÖLLING, *JZ* 1985, p. 469; IMMEL, *ZRP* 1989, p. 107. Una versión mejorada de la idea del abuso del Derecho pretenden ofrecer LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, p. 37 y s.; BREUER, *NJW* 1988, p. 2080; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343 y s.; EL MISMO, *Lecciones*, p. 188; DOLDE, *NJW* 1988, p. 2334. Críticamente, WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 70

de las estructuras de descargo de la imputación. La perspectiva correcta la proporciona, más bien, el criterio material de la juridicidad de la autorización administrativa(115). Si existe una autorización administrativa antijurídica, la imputación penal solamente podrá descargarse si efectivamente tiene lugar una situación de error motivada por la apariencia de legalidad(116). No obstante, esta situación debe someterse aún al criterio de la vencibilidad para decidir si existe una impunidad o no del ilícitamente autorizado.

La comprensión de las autorizaciones administrativas como estructuras de descargo de la imputación emparentadas con el estado de necesidad, nos lleva a afirmar, por otra parte, el descargo de la imputación también en los casos en los que no existe propiamente una autorización administrativa, siempre que se encuentran presentes los elementos que configuran un estado de necesidad(117). Si bien la autorización administrativa constituye una reducción del proceso de ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, esta circunstancia no impide la facultad de revisión judicial de una autorización ilícita e incluso la afirmación material de la existencia de las condiciones necesarias para un descargo de la imputación (estado de necesidad).

4. El descargo de la imputación por tolerancia de la Administración

La exclusión de la responsabilidad penal por actos tolerados por la Administración en un determinado ámbito de regulación sectorial

---

y s.; ROGALL, *FS-Universität Köln*, p. 527; RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 888 y ss.; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1267; KUHLEN, *WiVerw* 1992, p. 246 y ss.; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 70 y ss.; SCHEELE, *Zur Bindung*, p. 142 y ss.

(115) Vid., en este sentido, OSTENDORF, *JZ* 1981, p. 165 y ss.; RADEMACHER, *Die Strafbarkeit*, p. 62 y ss.; SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 58; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 72 y s. En la misma línea, aunque con base en un criterio diferenciado sobre la base del bien jurídico protegido o fin de protección de la norma, SCHALL, *NJW* 1990, p. 1268; MARX, *Die behördliche Genehmigung*, p. 137 y ss.; DÖLLING, *JZ* 1985, p. 463 y s.

(116) Vid., en el mismo sentido, SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 58.

(117) Vid., TIEDEMANN, en *Temas*, p. 144 y ss.

se ha fundamentado de diversas maneras: como exclusión de la tipicidad[118], de la antijuricidad[119], de la culpabilidad[120] e incluso como criterio de medición de la pena[121]. Sin entrar en detalle sobre los argumentos esgrimidos para fundamentar cada uno de estos pareceres, puede decirse que la doctrina dominante atribuye el efecto eximente de la tolerancia de la Administración a la existencia de estructuras de descargo de la imputación (causas de justificación). Una discusión en el ámbito de la tipicidad resulta apenas sostenible, en tanto la tolerancia de la Administración difícilmente se encuentra incorporada como elemento negativo del tipo[122]. Las otras posibilidades dogmáticas de exclusión de la responsabilidad penal ajenas a la antijuricidad (situación de error o ausencia de punibilidad), entran en consideración sólo después de haberse negado un efecto justificante a la tolerancia de la Administración.

Un sector de la doctrina rechaza de manera general el efecto de descargo (o justificante) de la tolerancia de la Administración[123]. Como principal argumento, se señala que otorgar un efecto justificante a la tolerancia de la Administración significaría reconocerle la capacidad de decidir sobre la punibilidad de una conducta, lo cual traería consigo una intromisión en las funciones reservadas al legis-

---

(118) Así una decisión judicial de los tribunales alemanes (AG Nördligen, *NStZ* 1986, p. 316). Una referencia a esta sentencia, HEIDER, *Bedeutung*, p. 205 y s. Otorga también efecto excluyente de la tipicidad a la tolerancia de la Administración con base en la idea del acuerdo (*Einverständnis*), HÜTING, *Die Wirkung*, p. 118 y ss.

(119) Vid., WERNICKE, *NJW* 1977, p. 1664; SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 113; HÜTING, *Die Wirkung*, p. 117 y ss., como estado de necesidad o consentimiento; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 129 y ss.

(120) Concretamente como un error de prohibición, HALLSWAß, *Die behördliche Duldung*, p. 114 y s.

(121) Vid., HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung*, p. 112.

(122) Vid., en este sentido, MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 126.

(123) Vid., HALLSWAß, *Die behördliche Duldung*, p. 51 y ss.; HERMES/WEILAND, *Die staatliche Duldung*, p. 103 y ss.; LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, *ZStW* 92 (1980), p. 931 y s.; MEINBERG, *NStZ* 1986, p. 318; FRANZHEIM, *Umweltstrafrecht*, p. 73 y ss.

lador y al juez[124]. No puede negarse que esta consideración tiene algo de verdad, pero resulta dudoso que pueda hacerse extensivo a todo tipo de tolerancia de la Administración. Por esta razón, la doctrina penal se ha esforzado por encontrar criterios de diferenciación de los supuestos de tolerancia que permitan decidir si procede o no un efecto justificante. Por un lado, se ha recurrido a la distinción entre tolerancia pasiva y tolerancia activa: la primera, constituida por la simple inactividad de la Administración, no liberaría de responsabilidad penal, mientras que la segunda, una decisión administrativa de tolerancia, produciría efectos justificantes[125]. Por otro lado, se ha recurrido a la distinción entre tolerancia concluyente y aquella que no lo es, siendo solamente la primera forma de tolerancia la que, al igual que el consentimiento concluyente, puede tener efectos justificantes[126]. Finalmente, se ha recurrido a la distinción entre tolerancia ajustada a derecho y la tolerancia antijurídica, reservándose solamente a la primera un descargo de la imputación[127].

Para decidir cuál de los criterios de diferenciación antes mencionados resulta más adecuado, debemos partir de la idea de que una consideración naturalista no puede tener relevancia alguna en el Derecho penal. Por ello, la diferencia entre tolerancia activa y pasiva deber ser dejada de lado, debiendo buscarse el criterio de diferenciación en las otras dos clasificaciones propuestas por la doctrina. La equiparación de la tolerancia al consentimiento no termina de convencer, en tanto el traslado de los criterios desarrollados para

---

[124] Vid., así, HALLSWAß, *NuR* 1987, p. 300 y s.; HERMES/WEILAND, *Die staatliche Duldung*, p. 109.

[125] La formulación de esta clasificación de la tolerancia la encontramos en RANDELZHOFER/WILKE, *Die Duldung*, p. 71 y ss. La utiliza en el Derecho penal, RUDOLPHI, *FS-Dünnebier*, p. 570; DOLDE, *NJW* 1988, p. 2333; WASMUTH/KOCH, *NJW* 1990, p. 2436. Crítico ante esta clasificación, HEIDER, *Bedeutung*, p. 30 y s.; DAHS/PAPE, *NStZ* 1988, p. 395 y s.

[126] Vid., DAHS/PAPE, *NStZ* 1988, p. 395; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 187; EL MISMO, en *Temas*, p. 161; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 16, n.m. 29a.

[127] En este sentido, con distintos matices, MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 135 y ss., RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 906; SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 116 y s.; KÜHN, *wistra* 2002, p. 46, sobre la base de la tolerancia activa.

bienes disponibles difícilmente puede ser llevado al terreno de intereses generales[128]. Por esta razón, sólo el criterio de la juridicidad de la tolerancia de la Administración puede desarrollar un efecto de descargo de la imputación[129], en la medida que se atribuya a la Administración la competencia para decidir si en el supuesto concreto la conducta del administrado resulta permitida. Como puede verse, entre la autorización administrativa y la tolerancia arreglada a Derecho puede trazarse perfectamente un paralelo[130].

La doctrina penal exige adicionalmente para el descargo de la imputación un elemento subjetivo consistente en el conocimiento de la decisión de tolerancia de la Administración al momento del hecho[131]. Un descargo de la imputación no podrá tener lugar si no puede atribuirse al autor el conocimiento de la tolerancia de la Administración. Una situación de error respecto del efecto justificante de la tolerancia de la Administración puede ser perfectamente relevante[132], en la medida que la tolerancia antijurídica de la Administración puede desplegar aun con todo una sensación de legalidad capaz de inducir a error al administrado. Para determinar la responsabilidad del ciudadano debe precisarse cuándo tiene lugar esa apariencia de legalidad. Un sector de la doctrina recurre al criterio de la confianza generada por la tolerancia de la Administración, en la

---

(128) Vid., así, Malitz, *Zur behördlichen Duldung*, p. 142

(129) Por ello, resulta correcta la apreciación de Otto, *Jura* 1991, p. 313 y s., de que una tolerancia antijurídica del funcionario competente nunca puede legalizar un comportamiento antijurídico.

(130) En el mismo sentido, Rengier, *ZStW* 101 (1989), p. 905 y ss.; Schmitz, *Verwaltungshandeln*, p. 116.

(131) Vid., en este sentido, Schmitz, *Verwaltungshandeln*, p. 117; Malitz, *Zur behördlichen Duldung*, p. 145.

(132) Vid., Otto, *Jura* 1991, p. 313. Por ello, le asiste razón a Schmitz, *Verwaltungshandeln*, p. 118, cuando señala que las normas generales del error tienen plena vigencia en los supuestos de tolerancia de la Administración. Por su parte, solucionan los problemas de tolerancia fundamentalmente en el ámbito del error, Hallswaß, *Die behördliche Duldung*, 114; Hermes/Weiland, *Die staatliche Duldung*, p. 110 y ss.

medida que haya razones de peso para ello[133]. Otros autores, por el contrario, vuelven a recurrir a la distinción entre tolerancia activa y pasiva, de manera tal que la simple inactividad de la Administración no libera de responsabilidad penal, mientras que una decisión administrativa de tolerancia se coloca en el límite de la exigibilidad al ciudadano[134]. Por nuestra parte, consideramos que el criterio para determinar un error relevante sobre la tolerancia de la Administración fusiona, de alguna manera, los criterios antes mencionados. La tolerancia de la Administración debe operar como una declaración de voluntad (incluido el silencio administrativo positivo) con apariencia de legalidad[135]. Esta apariencia de legalidad se rompe si el administrado dispone de conocimiento suficiente (o de fuentes de conocimiento) que le pueden sacar del error generado por la actuación de la Administración.

5. Los actos permitidos por el ordenamiento jurídico

A. Fundamento y sistemática

Por razones de seguridad jurídica no podría resultar punible una conducta que el ordenamiento jurídico autoriza[136]. La exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico explica la existencia de la estructura de descargo de la imputación de actuar por disposición de la ley[137]. Sin embargo, no deben confundirse estos casos con aquellos en los que desde un principio no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en estos últimos no hay un des-

(133) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 21, n.m. 63.

(134) En este sentido, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 66.

(135) De forma similar, mediante los casos que denomina tolerancia interpretada como declaración expresa de licitud, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 212.

(136) El hecho que el artículo 20 inciso 8 utilice el término "ley", no debe reducir la interpretación a la ley formal, sino que debe entenderse en el sentido amplio de ordenamiento jurídico. Vid., así, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1483.

(137) Además de la congruencia del sistema jurídico, NAKASAKI SERVIGÓN, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 776, incluye el prevalecimiento del orden legal y la ponderación de deberes.

cargo de la imputación por razones excepcionales, sino la ausencia general de base suficiente para una imputación[138]. Si bien no hay una diferencia cualitativa entre ambos supuestos, pues al final de lo que se trata es de lo mismo: determinar la competencia por el delito, resulta posible una exposición diferenciada como pasos de un mismo proceso de imputación. La única particularidad de las estructuras de descargo de la imputación se encuentra en que su contexto de análisis se hace en el marco de una situación especial de conflicto. En el caso concreto de los actos permitidos por la ley, el ordenamiento jurídico autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros.

Los actos permitidos por la ley se encuentran previstos en el artículo 20 inciso 8 del Código penal. Las razones por las que el ordenamiento jurídico dispone una conducta lesiva de otros intereses, pueden ser muy diversas. Puede ser que el acto dispuesto por la ley se sustente en un interés público predominante sobre intereses particulares, o puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de injerencia de terceros. En este sentido, pueden incluirse dentro de la estructura de descargo de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico supuestos muy diversos. Siguiendo el tenor del artículo 20 inciso 8 del Código penal, la estructura general de descargo de la imputación por un acto permitido por la ley puede expresarse en la forma de derecho (como ejercicio regular de un derecho), potestad (como actos propios de un cargo u oficio) o deber (como cumplimiento de un deber)[139].

B. Supuestos de actos permitidos por la ley

a. Ejercicio regular de un derecho

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio regular puede implicar

---

[138] Distingue en esta línea el nivel de la tipicidad y la antijuricidad en los actos por disposición de la ley, Nakasaki Servigón, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 774.

[139] Similarmente, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1483.

la afectación de otros derechos o intereses de terceros[140]. Si el titular del derecho se ha mantenido dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente. En consecuencia, el descargo de la imputación por el ejercicio regular de un derecho presupone una situación especial de conflicto[141], en el que el autor del hecho pierde competencia penal por los efectos lesivos de su actuación. Hay que destacar que muchas veces el derecho especial reconocido por el ordenamiento jurídico constituye una simplificación legal de una situación de necesidad o la aceptación de una figura muy similar, por lo que no se trata del ejercicio regular de cualquier derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, sino de supuestos excepcionales en los que el Estado autoriza por otras buenas razones una conducta socialmente desvalorada.

En cuanto a las relaciones de carácter económico o patrimonial, conviene destacar, por ejemplo, los derechos de defensa posesoria y de retención que el Código civil prevé en sus artículos 920 y 1123, respectivamente. En efecto, en estos casos, el ordenamiento jurídico autoriza al particular a utilizar excepcionalmente, y siempre bajo determinados límites, vías de hecho para la preservación de sus intereses patrimoniales[142]. Por ejemplo, en cuanto a la defensa posesoria, la legislación civil autoriza al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe de abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. La necesidad de garantizar una confianza mínima en el respeto de los derechos patrimoniales fundamenta esta facultad excepcional otorgada por la ley al poseedor de un bien mueble.

---

(140) Vid., HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1494.

(141) Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 790.

(142) Vid., sobre el empleo de las vías de hecho, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 793 y s.

b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio

Otra estructura de descargo de la imputación que se enmarca en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico es el ejercicio legítimo de un cargo u oficio. Pese a que los términos "cargo" y "oficio" pueden interpretarse en un sentido amplio que abarcan las actividades privadas (ejercicio profesional)[143], consideramos que más acorde con el sentido del descargo de la imputación sería interpretarlos en relación con el ejercicio de potestades públicas (*Amtrechte*). Esta interpretación restrictiva se sustenta concretamente en el hecho de que el ejercicio de una profesión privada, en la medida que se haga conforme a la normativa y estándares de actuación vigente, constituirá un caso de conducta penalmente irrelevante, es decir, que ni siquiera podrá afirmarse la creación de un riesgo prohibido[144]. Por el contrario, en el ámbito de las actuaciones funcionariales u oficiales se contemplan ciertas autorizaciones excepcionales para intervenir en ámbitos de los particulares[145], como sería el caso de los magistrados, autoridades administrativas o la policía. Estas conductas podrían encajar normalmente en tipos penales como coacciones, secuestros, allanamiento de morada o lesiones, pero que por razones de interés público se consideran excepcionalmente permitidas. Está claro que para que esta estructura de descargo de la imputación tenga efectos eximentes es necesario que se realice dentro de la legalidad y los usos propios de cada cargo u oficio.

En el ámbito del Derecho penal económico se reconocen a las autoridades de control y regulación de determinados sectores específicos ciertas facultades o autorizaciones que pueden implicar la afectación a derechos de terceros. Por ejemplo, en la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros se reconoce al Superintendente de Banca y Seguros la posibilidad de interrogar a cualquier persona cuyo testimonio sea útil para esclarecer hechos sometidos a su inspec-

---

(143) Así lo hace, por ejemplo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 801 y ss.

(144) Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 43, n.m. 727.

(145) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 16, n.m. 1.

ción o investigación, para lo cual puede asegurar su comparecencia con las facultades que para tal efecto tienen los jueces civiles (artículo 349 inciso 5). Igualmente, se le reconoce la facultad de inspeccionar locales y exigir la exhibición de libros y documentos en la medida que resulte necesario para sus investigaciones. Si bien estas potestades podrían afectar o restringir algunos derechos de los ciudadanos, se justifican en la necesidad de realizar labores de control para evitar preventivamente la aparición de situaciones irreparables con una gran repercusión negativa en el sector.

c. El cumplimiento de un deber: en especial la colisión de deberes

El descargo de la imputación en el cumplimiento de deberes se presenta fundamentalmente cuando el obligado a dos deberes de actuar solamente puede cumplir con uno u otro[146]. No ofrece mayores dificultades el caso en el que el deber cumplido resulta preponderante sobre el deber omitido, pues en estos casos podría seguirse la lógica del estado de necesidad[147] para justificar el incumplimiento del deber menos importante (por ejemplo, dejar perecer en un incendio un bien ajeno sometido a custodia para preservar la vida de otra persona). La dificultad de justificación se encuentra en el caso que los deberes en colisión tengan igual rango, por ejemplo, el padre que en un naufragio solamente puede salvar a uno de sus hijos. El fundamento para descargar la imputación penal por el incumplimiento de uno de los deberes, se basaría en el hecho de que no puede generarse una expectativa de cumplimiento de ambos deberes a la vez, pues dicha posibilidad resulta físicamente imposible (*ultra posse nemo obligatur*). Una de las expectativas debe decaer y, en la medida que no hay un criterio jurídicamente vinculante de selección entre dos deberes igualmente vinculantes, habrá que someterse a la libre opción del actuante. Si el autor no cumple ninguno de los deberes, responderá por el que habría debido cumplir (el preponderante) y en caso que sean ambos del mismo rango por el injusto

(146) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 6.

(147) Así, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 13, n.m. 1470.

menor, pues al menos se habría podido evitar este suceso actuando conforme a Derecho[148].

En el ámbito del Derecho penal económico resulta importante destacar, en términos generales, que en caso de que los deberes en colisión se refieran a aspectos de carácter patrimonial, debe optarse por el cumplimiento del que resguarda los intereses de mayor valor, por mínimo que sea este mayor valor[149]. Evidentemente esta regla de preponderancia no rige si existe una vinculación especial con el interés patrimonialmente de menor valor, pues en estos casos pesa el deber de garantía (sea por organización o por una vinculación institucional) y, por lo tanto, su incumplimiento dará lugar a una responsabilidad penal.

---

[148] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 7a.

[149] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 7.

Capítulo XII

LA CULPABILIDAD O IMPUTACIÓN PERSONAL

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, después de la tipicidad y la antijuricidad[1]. Sin embargo, este parecer actualmente dominante no ha sido siempre tal, pues ya en el sistema de imputación de los hegelianos se entendió la culpabilidad como capacidad de imputación[2], e incluso en el sistema dogmático de BINDING, construido sobre la base de su teoría de las normas, se configuró una categoría similar como capacidad de acción[3]. Fue a partir de la concepción naturalista del delito cuando la culpabilidad dejó de ser un presupuesto de la imputación y pasó a constituir, junto con los otros aspectos subjetivos, una categoría

---

(1) Así, expresamente, ARMAZA GALDÓS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, 1993, p. 41.

(2) En este sentido, KÖSTLIN, *Grundbegriffe*, p. 131 y ss. Sobre el concepto de culpabilidad en las interpretaciones hegelianas del delito, vid., la referencia a autores de finales del siglo XIX, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 20 nota 6.

(3) Vid., BINDING, *Handbuch*, p. 158; EL MISMO, *Normen*, II, p. 102 y s.

analítica del delito al lado del injusto objetivo[4]. Esta ubicación sistemática no se vio modificada con el posterior abandono de la visión psicológica de la culpabilidad y su sustitución por una concepción normativa construida sobre la base de un reproche dirigido al autor[5], sino que los intentos de normativización de la culpabilidad mantuvieron intacta su ubicación como categoría posterior a la antijuricidad penal. Las modernas interpretaciones doctrinales se esfuerzan todavía por resaltar el carácter normativo de la culpabilidad, pero no cuestionan en lo absoluto el hecho que ésta deba verificarse a partir de un hecho antijurídico previamente determinado como tal[6].

Un rápido vistazo a nuestra teoría de la imputación penal podría despertar la impresión de que seguimos anclados en la exposición tradicional de la teoría del delito. Sin embargo, un análisis más detenido muestra lo incorrecto de ese juicio, en la medida que no compartimos la usual partición del delito en injusto y culpabilidad. Como lo pusimos de manifiesto en el capítulo VII, la culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto[7], pues toda imputación establece necesariamente una vinculación entre hecho y autor[8]. Una determinación del injusto con criterios puramente naturalistas u objetivistas resultaría francamente vana[9], si no se tiene

(4) La verificación del delito comenzaba con una determinación del hecho y su falta de conformidad con el derecho, y luego se procedía a determinar la relación subjetiva (culpabilidad). Vid., sobre este proceder, con mayores referencia, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 24 y s.

(5) Vid., así en un principio las teorías de base ética de la culpabilidad (ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.), y luego la formulación normativa de la culpabilidad de FRANK, *Über den Aufbau*, p. 9 y ss.

(6) Así, por ejemplo, la concepción de ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 229.

(7) En el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 217 y ss.

(8) Vid., LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 8.

(9) Sobre esta forma de comprobación en el sistema naturalista del delito fundado por von Buri y von Liszt, vid., ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 37 y ss.

en cuenta al sujeto de la imputación[10]. Esta vinculación funcional entre injusto y culpabilidad no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación, aunque debemos señalar que la asunción de tal premisa nos lleva obligadamente a dotar a la culpabilidad de un contenido que no se corresponde con el tradicional. En la culpabilidad sólo deben tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal[11], es decir, la posibilidad de atribuir a una persona el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho, de manera que pueda afirmarse de forma definitiva la imputación penal. En lo que sigue, vamos a precisar brevemente en qué se sustenta la imputación personal, así como las particularidades que adquiere en el ámbito del Derecho penal económico.

II. LA IMPUTACIÓN PERSONAL

1. Punto de partida: la persona penalmente responsable

En la medida que la categoría de la culpabilidad constituye un juicio sobre el autor, su configuración dogmática ha estado siempre vinculada con el concepto de persona. En consecuencia, no puede renunciarse a una comprensión de la persona o asumir presupuestos antropológicos distintos sin mostrar luego deficiencias o caer en contradicciones en el desarrollo de esta categoría del delito. Si bien la historia nos muestra momentos en los que tuvieron lugar reacciones punitivas frente a objetos o animales, la razón de este proceder podría encontrarse seguramente en la incorrecta atribución de alma a estos seres u objetos con los que se justificaba cierta equiparación

---

(10) Precisamente en el tema de la culpabilidad, Freudenthal, *Schuld*, p. 1, se quejaba de la poca consideración que tenían los penalistas al construir sus conceptos frente al uso de los tribunales. El injusto específico del Derecho penal requiere de manera necesaria una persona con capacidad de imputación (González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 122).

(11) Utilizan la misma expresión, aunque en una comprensión completamente distinta de la estructura del delito (basada en un injusto autónomo), Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 20/1 y ss.; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 29, n.m. 482.

con los seres humanos. Con el desarrollo racional de los criterios de imputación de responsabilidad se centró la atención en la persona como sujeto de la imputación, basando la propia lógica de la imputación en su esencia moral(12).

La aparición en escena del positivismo en la dogmática penal apenas iniciado el siglo XX, trajo consigo el abandono del concepto de persona como ente moral y su sustitución por una visión empírica orientada a sus manifestaciones externas, lo cual puede apreciarse claramente en la configuración de la culpabilidad como una simple vinculación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado lesivo(13). Si bien a esta visión de la culpabilidad se opusieron ciertas interpretaciones de base ética con una comprensión de la persona trascendente a su constitución empírica(14), no fue sino hasta la aparición de la idea del "poder actuar de otro modo" –cuyo presupuesto era la libertad humana– cuando una comprensión ontológica de la persona fue reintroducida en la teoría del delito(15).

En la actualidad, se cuestionan seriamente los conceptos de persona de raíz ontológica y se recurre, más bien, a criterios de determinación derivados del propio sistema jurídico (penal)(16). En una línea extrema de esta orientación se encuentra la concepción defendida por JAKOBS, quien, a partir de la función del Derecho penal de proteger la identidad normativa de la sociedad, desestima al sujeto individual con todas sus premisas antropológicas(17), en tanto no sea

(12) En este sentido, BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 354; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 124 y ss.

(13) Vid., así, BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 356; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 122 y s.

(14) Vid., con mayores referencias, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.

(15) Vid., así, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429. La referencia a esta comprensión de la culpabilidad basada en el libre albedrío, BUSTOS RAMÍREZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 5.

(16) Vid., la idea de la motivación de la norma penal sobre el individuo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 363.

(17) Vid., así, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 74; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), p. 859.

reconocido como persona por el sistema social y, en concreto, por el Derecho penal[18]. En esta interpretación del Derecho penal, la culpabilidad jurídico-penal constituye una expresión de sentido defraudatoria de la norma atribuida a aquellos sujetos que el sistema social identifica como personas[19].

Desde nuestra comprensión de la culpabilidad, consideramos que la concepción de persona de Jakobs acierta al definirla en un contexto social, pero esta aceptación no quiere decir que la persona constituya un simple constructo determinado por las necesidades del sistema social[20]. Ser persona significa sin duda poseer un estatus que hace referencia a la situación social de un individuo, pero esta titularidad no depende de una decisión de reconocimiento del sistema social o de sus órganos competentes (Constitución Política, Parlamento e incluso tribunales judiciales)[21]. El reconocimiento de una persona no se debe a un acuerdo social o a las especiales reglas de constitución de la sociedad, sino al hecho natural de ser un ser humano[22].

---

(18) En este sentido, Jakobs, en *Aspekte der Freiheit*, p. 72; El Mismo, *ZStW* 107 (1995), p. 865; El Mismo, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 108 y ss.; Pérez del Valle, *LH-Bacigalupo* (España), p. 626. Críticamente, Schünemann, *FS-Roxin*, p. 13 y s. De otra opinión, Kargl, *Handlung*, p. 12, quien, apoyado incluso en Luhmann, señala que la sociedad no sirve al mantenimiento de la comunicación, sino al mantenimiento de la realización humana.

(19) Vid., estas ideas Jakobs, *Aspekte der Freiheit*, p. 72; El Mismo, en *Estudios*, p. 385; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 132 y ss.; La Misma, *LH-Bacigalupo* (España), p. 279.

(20) En este sentido, la crítica de Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 150 y s.

(21) Vid., en este sentido, Spaemann, *Personen*, p. 195. Por el contrario, Günther, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 334 y s., considera la persona como un concepto deliberativo producto de la comunicación en la vida cotidiana y, en el caso del Derecho, en los procesos judiciales.

(22) En este sentido, con una profunda fundamentación filosófica, Spaemann, *Philosophische Essays*, p. 78; El Mismo, *Personen*, p. 252 y ss., con base en la idea de "reconocimiento". De una opinión contraria, Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 125; Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 29; Hurtado Pozo, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 460.

Los atributos reconocidos a la persona, le corresponden a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano[23]. La naturaleza posee, en este sentido, fuerza normativa[24].

La referida incondicionalidad del reconocimiento social de la persona no alcanza, sin embargo, a la manera cómo se expresa históricamente. Dado que tal reconocimiento tiene lugar en una sociedad concreta, su manifestación se encuentra claramente condicionada por el grado de desarrollo de la sociedad en cuestión[25]. Pero esto no quiere decir que las consecuencias sociales del reconocimiento de la persona dependan exclusivamente de la constitución de la sociedad correspondiente, sino que las características de la sociedad concreta deben tenerse en cuenta en la expresión histórica de tal reconocimiento[26]. Para poder entender el sentido de nuestras afirmaciones, resulta conveniente volver a destacar, tal como lo hicimos en el capítulo II, que el reconocimiento de la persona se sustenta en su dignidad, la cual se manifiesta de dos maneras. Por un lado, está la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que no se encuentra históricamente condicionada[27]. En consecuencia, a ningún ser humano se le puede negar socialmente el estatus de persona derivado de la dignidad humana absoluta. Frente a la dignidad absoluta, está la dignidad humana relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal

(23) En este sentido, SPAEMANN, *Personen*, p. 264.

(24) De una opinión contraria, JAKOBS, *FS-Roxin*, p. 796.

(25) Vid., en este sentido, RADBRUCH, en *Der Mensch im Recht*, p. 81, al indicar que "todo punto de vista material en el Derecho solamente es válido bajo el presupuesto de una determinada situación de la sociedad o un determinado sistema de valores".

(26) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50, sobre la imposibilidad de acceder racionalmente a la esencia del hombre, de manera que hay que conformarse con una imagen del mismo que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo.

(27) Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

en sociedad. Esta actuación práctica de la persona, como puede apreciarse, tiene una clara referencia al contexto social. Por lo tanto, los aspectos en los que se fundamenta no siempre alcanzan en todos los ámbitos sociales un idéntico sentido. Estos aspectos de la actuación práctica de la persona son su individualidad y su socialidad[28].

A. La individualidad

La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocer la capacidad de expresar esta libertad hacia el exterior mediante acciones[29]. Como puede verse, nuestra comprensión de la imputación personal se inclina por resolver la eterna disputa filosófica entre determinismo e indeterminismo a favor del segundo[30], pero ciertamente no recurriendo a una comprobación empírica de la

---

(28) En el mismo sentido, Fernández Sessarego, *Ius et veritas* 12, p. 102.

(29) Similarmente, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208; El Mismo, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102, señalando que debe diferenciarse entre libertad de acción y libertad de voluntad. Niega esta libertad a partir de una concepción del ser humano como un sistema autopoiético, Kargl, *Handlung*, p. 165 y ss.

(30) Una exposición de la llamada disputa de escuelas (los clásicos y los modernos) en el Derecho penal, vid. en Engisch, *Die Lehre*, p. 6 y ss. Está claro que la crítica a un indeterminismo incluso en los valores se encuentra perfectamente fundamentada, en tanto no se podría justificar la idea de orden o responsabilidad, pero esto no puede llevarnos a un determinismo causal-monista que niegue toda libertad al equiparla con los procesos causales (vid., la crítica al determinismo causal-monista en Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 146 y ss.). En este sentido, la libertad debe entenderse no como libertad frente al valor, sino como libertad hacia el valor [en este sentido, Welzel, *ZStW* 60 (1941), p. 450; Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, pp. 118, 280 y s.]. Frente a esta consideración se muestra crítico Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 14 y s., en tanto la idea de culpabilidad finalmente se reduce a una elección de valores, es decir, a una decisión a autodeterminarse conforme a los valores o dejarse caer en los impulsos contrarios a valor. Para poder comprender esta aparente contradicción es necesario recurrir a la explicación de Spaemann, *Personen*, p. 209 y ss., que diferencia entre voluntad primaria y secundaria, en donde la primera implica una determinación al valor, mientras que la segunda ofrece a la persona un espacio libre de juego. Mientras que Welzel se refiere a la voluntad primaria, Rudolphi tiene la mirada puesta en la voluntad secundaria.

existencia de la libertad[31], sino mediante su configuración como un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona[32]. No compartimos por ello las interpretaciones deterministas construidas sobre la base de la imposibilidad de comprobación empírica del libre albedrío[33], así como tampoco las posturas agnósticas que formulan la libertad como un concepto puramente sociológico, esto es, como una eventual atribución social desprendida de todo tipo de referencia antropológica[34]. Si bien coincidimos con estas

(31) Una determinación que según RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, p. 9 y ss., no puede hacerse de ninguna forma desde las ciencias empíricas.

(32) En este sentido, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, p. 78, que considera que la libertad no es un *factum* verificable, sino que se fundamenta en un reconocimiento recíproco y liberación del ser natural. En la misma línea, para el Derecho penal, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 114; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 214, aunque con un concepto distinto de persona.

(33) Vid., así, por ejemplo, BÖRNER, *Die Willensfreiheit*, p. 12 y ss.; GRAF ZU DOHNA, *Willensfreiheit*, pp. 9, 15 y ss.; ENGISCH, *Die Lehre*, pp. 23, 42 y ss.; KARGL, *Handlung*, p. 485. Pero en el fondo estos intentos de fundamentación no hacen más que trasladar la discusión a la cuestión de si una decisión humana, condicionada por la constitución física e incluso psicológica de la persona (personalidad, carácter o determinismo estructural), no excluye la capacidad de decidir sobre tal constitución, lo cual vuelve a lo mismo, es decir, a si la persona es capaz de expresar directa o indirectamente libertad. Si bien autores como ENGISCH, *op. cit.*, p. 52 no consideran necesario entrar en estas consideraciones para fundamentar la culpabilidad jurídico-penal, resulta correcta la observación de KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 279, cuando se pregunta cómo se puede hablar de la responsabilidad del hombre por su carácter o su constitución personal si no se presupone la libertad.

(34) En este sentido se presenta el pensamiento de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 97, en el sentido de una libertad imputada por el orden jurídico en tanto se considera al hombre sujeto de una imputación jurídica. Similar es la identificación que hace JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 17, n.m. 24; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392, de la libertad con la autónoma organización de la propia esfera de organización sin la intervención de terceros; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 199. Por el contrario, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 154 y s.; EL MISMO, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss.; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 88 y s., intentan explicar el libre albedrío y el "poder actuar de otro modo" a partir del uso del

últimas en que la libertad constituye un concepto normativo, disentimos en el total abandono de puntos de partida antropológicos para fundamentarla normativamente. La normatividad del estatus de persona no está determinada por condicionalidades sociales(35), sino por su finalidad: la realización individual en sociedad. Y para poder individualizar la realización de la persona en sociedad resulta indispensable la libertad.

B. La socialidad

La sola individualidad de la persona no basta para determinar su actuación práctica(36), sino que resulta necesario considerar la socialidad que dota a su actuación de un sentido comunicativo específico(37). Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social(38). Pero esto no quiere decir que siempre se le atribuya el mismo sentido comunicativo o tenga la misma capacidad de conexión en los distintos ámbitos sociales. Para poder comunicar socialmente se requiere que la actuación de la persona exprese algo necesitado de una respuesta social específica para el mantenimiento o desarrollo del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable(39). Esta responsabilidad

---

lenguaje ordinario como estructuras elementales de nuestras comunicaciones sociales. Desde el punto de vista del consenso fundamenta la libertad, Günther, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 334.

(35) Al parecer en esta línea, Piña Rochefort, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 283 y ss.

(36) Por el contrario, en la construcción de la culpabilidad penal de Frank, *Das Strafgesetzbuch*, p. 147 y ss., bastaba únicamente la libertad de voluntad y negaba por tanto la culpabilidad si esa libertad no se manifestaba en la acción.

(37) Similarmente, Kargl, *Kritik*, p. 137, en el sentido de rechazar una fundamentación de la libertad en una idea abstracta de libertad y la necesidad de vincularla a factores económicos, técnicos e históricos.

(38) De otra opinión, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 60, en tanto el actuar sin culpabilidad es naturaleza, es decir, carece de sentido.

(39) Vid., en este sentido, van der Ven, en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 33. Como lo pone de relieve Lesch, *Injusto y culpabilidad*,

de la persona constituye un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra(40). No obstante, esta afirmación no debe llevar a entender la responsabilidad como un aspecto basado exclusivamente en la necesidad social de imputar a alguien o incluso a algo (animales, cosas o espíritus) determinado resultado. La responsabilidad está necesariamente ligada al ejercicio de la libertad personal frente a los demás, aunque la forma de responder requiera evidentemente contextualizar socialmente la actuación de la persona.

2. La configuración dogmática de la imputación personal

La imputación personal en el Derecho penal debe construirse sobre la base de la individualidad y la socialidad de la persona. La individualidad de la persona no debe entenderse en un sentido naturalista como capacidad de motivarse psicológicamente, sino como capacidad de ser autor de un suceso externo. Por esta razón, para el juicio de culpabilidad no interesa la constitución motivacional del autor(41), sino solamente la posibilidad de reconducir un hecho a una unidad, a algo indivisible: a una persona. Dado que el delito se basa en una acción, resultaría incorrecto configurar la imputación personal sin el presupuesto antropológico de la libertad de las personas(42).

---

p. 8: (...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura "arbitrariedad *subjetiva*" (las cursivas son del original).

(40) En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 83 y s. De una opinión distinta, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 143, en tanto entiende que el hombre es responsable ya en un plano existencial.

(41) Vincula la culpabilidad a esta constitución del autor, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 19, n.m. 36.

(42) Sobre la importancia de la antropología filosófica como fundamento para la comprensión de la constitución espiritual del hombre, vid. WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429. Igualmente, este reconocimiento a partir de la dignidad de la persona constitucionalmente reconocida, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 33. De una opinión contraria sobre la necesidad de entrar en estas cuestiones antropológicas, NOWAKOWSKI, *Freiheit*, p 10; JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, pp. 71, 80; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, Apdo 17 n.m. 23; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392.

En la actualidad la doctrina penal renuncia cada vez más a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad(43). Pero hay que precisar que sin la atribución de libertad no es posible fundamentar la imputación de un hecho a la persona como propio(44). En tanto se trata de una sociedad de personas, la imputación personal sólo puede tener sentido considerando la individualidad de la persona, es decir, su capacidad de manifestar libertad en sus actuaciones(45).

La imputación penal, como aspecto derivado de la actuación práctica de la persona, tampoco puede sustentarse solamente en la individualidad, pues únicamente la socialidad permite un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social correspondiente. La configuración de la imputación personal no puede realizarse únicamente con la capacidad de la persona de poder manifestar libertad en sus actuaciones, sino que requiere además la presencia de responsabilidad(46), lo que quiere decir que el sistema social necesita, para el mantenimiento de su identidad, *responder* ante el sentido expresado por la persona: negación del orden social(47). En este sentido, la persona debe poder expresar el

(43) Vid., el abandono de puntos de partida antropológicos en los conceptos modernos de culpabilidad jurídico-penal, Pinto de Albuquerque, *ZStW* 110 (1998), 646 y s.

(44) Similarmente, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208: "La persona está orientada a su autorrealización y ella decide libremente sobre los objetivos de sus acciones y responde por sus acciones".

(45) Similarmente, van der Ven, en *Schuld und Verantwortug*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 37 y s.

(46) Un concepto de responsabilidad, que como se verá, no tiene coincidencia con la categoría de la responsabilidad de Roxin, *FS-Henkel*, p. 182 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT, § 19, n.m. 3.

(47) El concepto funcional de culpabilidad se centra precisamente en este aspecto. Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 17, n.m. 22; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 63; El Mismo, *ADPCP* 1989, p. 646; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 27 y ss. Ya Mittermaier, *Kritische Beiträge*, p. 12 y s., hizo mención dentro del tratamiento de la culpabilidad a la responsabilidad como ser competente o deber de responder por algo, aunque reconoció que no formaba parte de la culpabilidad, sino que era una expresión de la misma.

sentido social de una conducta prohibida en el ámbito jurídico-penal que requiere, por tanto, de una respuesta social para mantener el orden social.

La individualidad y la socialidad necesarias para poder recibir una imputación penal se alcanzan con la atribución del estatus de ciudadano a la persona[48], pues, por un lado, solamente el ciudadano puede organizarse libremente en sociedad y, por el otro, sólo a él se le reconoce la capacidad de poder cuestionar el orden normativo vigente de la sociedad[49]. En este sentido, la culpabilidad jurídico-penal implica la capacidad individual de una persona (ciudadano) de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos. Por lo tanto, la culpabilidad jurídico-penal en un sentido material estará configurada por la falta de fidelidad al Derecho del ciudadano, puesta de manifiesta por la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos.

Configurada la imputación personal a partir de la libertad y la responsabilidad del ciudadano, se presenta como siguiente cuestión a decidir su ubicación en la teoría del delito. Como lo hemos indicado al empezar este capítulo, la doctrina penal mayoritaria ubica la culpabilidad como una categoría posterior al injusto penal, manteniéndose de esta manera en la tradición iniciada por el método dogmático causalista. Nuestra comprensión de la teoría del delito como una teoría de la imputación penal nos pone, por el contrario, en una tradición anterior a la causalista y que actualmente está tomando de

---

(48) Desde el concepto de persona en Hegel, persona en Derecho (penal) solamente es el ciudadano, aunque, como lo ha puesto de manifiesto PÉREZ DEL VALLE, *LH-Bacigalupo* (España), p. 643, esto no significa que este concepto debe coincidir con el concepto de persona protegida. Si bien puede ser que muchas veces se llegue a consecuencias similares por vías argumentales y conceptos distintos (persona formal o material, personalidad potencial o real, persona o ciudadano), también es verdad que muchas veces las conclusiones no resultan coincidentes.

(49) JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50, habla de la competencia para poder intervenir en asuntos públicos.

nuevo fuerza a raíz de los trabajos de Jakobs. Este autor, con base en una construcción teórica basada en la función del Derecho penal de mantener la vigencia de la identidad normativa de la sociedad, admite la posibilidad de insertar la culpabilidad en el concepto de acción, pues entiende que sólo un sujeto culpable (persona) puede realizar una acción jurídico-penal, esto es, una defraudación de expectativas normativas de conducta(50). Los hechos realizados por sujetos no culpables no constituyen acciones en el sentido del Derecho penal, en tanto no tienen capacidad para defraudar las expectativas normativas de conducta penalmente garantizadas y afectar, por tanto, la identidad normativa de la sociedad(51).

Pese a la viabilidad dogmática de una construcción del delito que parta de la culpabilidad como capacidad de imputación, nada impide, sin embargo, que podamos partir de un injusto provisional supeditado a la existencia de una imputación personal posterior, como lo admite incluso el propio Jakobs. En la medida que se trata de un único proceso que puede diferenciarse sólo con fines expositivos, la colocación de un aspecto en primer lugar o en segundo lugar, no afecta la unidad del proceso de imputación penal. En este sentido, puede decirse que son más razones de tradición las que nos impulsan a colocar en segundo lugar la imputación personal o tradicionalmente llamada culpabilidad. Si la evolución del pensamiento dogmático hubiese llevado a una exposición en primer lugar de la culpabilidad, seguramente habríamos seguido este orden y no el que ahora utilizamos.

3. La imputación personal en los sujetos económicos

En la medida que los sujetos económicos tienen capacidad para celebrar operaciones económicas o negocios de carácter patrimonial, poseen el estatus de ciudadano que permite sustentar, de ser el caso, una imputación jurídico-penal. Su individualidad se expresa en la libertad de organización económica que tienen para poder alcanzar

(50) Vid., con mayores referencias, Jakobs, en *Estudios*, p. 121 y ss.

(51) Vid., Jakobs, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75.

sus objetivos de optimización de beneficios, mientras que su socialidad les hace destinatarios de expectativas normativas de conducta en el sistema económico. En consecuencia, la infracción del rol general de ciudadano (no lesionar) o de roles especiales (ayuda) atribuidos a los agentes económicos permite imputarles personalmente el hecho delictivo. La imputación personal de los hechos delictivos a los sujetos económicos no presenta ninguna particularidad respecto de cualquier otro ciudadano.

III. LOS ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL

En la doctrina tradicional desde el finalismo, la culpabilidad abarca tres elementos constitutivos: la imputabilidad, el conocimiento del carácter prohibido del hecho y la exigibilidad de otra conducta. En nuestra comprensión de la imputación personal no consideramos que la cuestión de la exigibilidad de otra conducta constituya un tema de culpabilidad, sino que este aspecto debe manejarse en el plano de la imputación del hecho. Si a una persona no se le puede imputar un hecho lesivo porque no se le puede exigir actuar conforme a Derecho, entonces se estará tratando el suceso como un infortunio o hecho accidental, pero no se estará negando la imputación personal. Las situaciones de inexigibilidad lo que hacen propiamente es descargar la imputación penal y no, por el contrario, negar la culpabilidad del autor. Por otra parte, el conocimiento del carácter prohibido del hecho tampoco entra a tallar en la culpabilidad del autor, sino que resulta necesario ya para la configuración del dolo, tal como lo hemos expuesto en el capítulo IX. Con estas precisiones puede decirse que dentro de la imputación personal solamente deben quedar la imputabilidad y el conocimiento del ordenamiento jurídico como elementos constitutivos de la culpabilidad material.

1. La imputabilidad

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de poder recibir imputaciones penales. En nuestro sistema penal esta capacidad empieza a partir de los 18 años, siendo restringida hasta los 21 años y luego cuando se tiene más de 65 años (artículo 22 del Código penal). La persona mayor de edad debe estar en pleno uso de sus

facultades mentales que le permitan no sólo percibir adecuadamente la realidad, sino también comprender el orden social y determinarse conforme a esta comprensión. Solamente bajo estas condiciones una persona es imputable. Estas reglas generales de la imputabilidad no son distintas para el caso de los sujetos económicos.

2. El conocimiento del ordenamiento jurídico

A. Cuestiones generales

Como ya se ha indicado, dentro de la categoría de la culpabilidad se incluye usualmente el llamado conocimiento del carácter antijurídico del hecho. La determinación de este elemento de la culpabilidad resulta en el Derecho penal económico muy problemática, sobre todo por la necesidad de conocimientos especializados y la existencia de leyes penales en blanco con remisiones a normas administrativas. Esta situación ha llevado precisamente a que un sector importante de la doctrina penal considere conveniente aplicar en estos casos criterios similares a la teoría del dolo, esto es, requerir para la imputación dolosa también un conocimiento efectivo de la antijuricidad del hecho[52]. No obstante, esta solución trae consigo también ciertos inconvenientes; concretamente: el peligro de fomentar la indiferencia ante el Derecho por parte de los agentes económicos, en tanto el desconocimiento de las normas jurídicas produciría un aligeramiento de la responsabilidad penal, cuando no su exclusión[53].

---

(52) En este sentido, Lange, *JZ* 1956, p. 73 y s.; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.; El Mismo, *FS-Lange*, p. 189 y s.; Hardwig, *ZStW* 78 (1966), p. 21; Noll, *ZStW* 77 (1965), p. 6; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 41; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, 206 y ss.; El Mismo, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 281 y ss., 327; Weber, *ZStW* 92 (1980), p. 340; El Mismo, *ZStW* 96 (1984), p. 391 y ss.; Muñoz Conde, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281 y s. Niegan esta necesidad, Welzel, *JZ* 1956, p. 238; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 459.

(53) Una crítica que Welzel, *JZ* 1952, p. 341 hacía ya a los defensores de la teoría del dolo en los supuestos de error. Vid., en este mismo sentido, en referencia al Derecho penal económico, Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 181.

Para dar solución a esta situación problemática en el Derecho penal económico, debe llevarse a cabo primeramente algunas consideraciones sistemáticas. En nuestro planteamiento del delito como una teoría de la imputación, hay que tener presente que la culpabilidad se vincula funcionalmente con el injusto, siendo sólo razones expositivas las que autorizan una diferenciación. En el análisis del injusto penal, funcionamos con una categoría provisional que nos permite imputar un hecho a una persona. Esta imputación no solamente debe cumplir con ciertos requisitos objetivos, sino que también debe tener una base subjetiva. Esta imputación subjetiva no se limita, como ya se vio, a una imputación de conocimiento de la realización de un suceso, sino que incluye también su carácter socialmente defraudador. En consecuencia, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho constituye un aspecto que debe determinarse en la imputación del hecho y no propiamente en la imputación personal. La pregunta obligada será entonces: ¿Qué queda del conocimiento en el ámbito de la culpabilidad?

La imputación personal significa que la persona posee la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico-penal y recibir, por tanto, la imputación de hechos del sistema penal. Tal capacidad solamente existe si la persona puede ajustar su actuación al ordenamiento jurídico, lo que implica poder realizar una valoración del mismo[54]. Para poder llevar a cabo esa valoración debe existir primeramente un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico –o la posibilidad de este acceso–[55], pues de lo que no se conoce o puede conocerse difícilmente se puede decir algo. Por otra parte, tampoco basta que exista cierto acceso

(54) Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 9 y ss.

(55) Vid. MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 21 y s. No debe entenderse el conocimiento del ordenamiento jurídico como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídicos, sino como un orden de valores que permiten el desarrollo de la persona en sociedad (vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 329). Sobre la imposibilidad de conocer el conjunto de normas jurídicas en un determinado momento, REHBINDER, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.; HIRSCH, E., *FS-Schelsky*, p. 215.

cognitivo al ordenamiento jurídico, sino que los sujetos deben tener además la capacidad de enjuiciar suficientemente tal ordenamiento y orientar sus actuaciones con base en el mismo. Un sujeto es susceptible de recibir una imputación si puede atribuírsele la capacidad general de conocer y valorar suficientemente el ordenamiento jurídico[56]. El conocimiento del ordenamiento jurídico constituye, por tanto, un requisito necesario para la culpabilidad o imputación personal[57].

Para poder decidir la configuración del elemento del conocimiento del ordenamiento jurídico, no necesitamos de teorías epistemológicas[58] ni psicológicas[59], sino que constituye también una imputación. Si se aprecia detenidamente, podrá comprobarse con facilidad que los tribunales no verifican si el procesado ha tenido efectivamente, o ha podido tener, el conocimiento de las normas jurídicas infringidas[60], sino que con base en ciertos criterios normativos se le

---

(56) Esto explica también por qué un sector importante de la doctrina penal considera la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto; vid., así, Mayer, Hellmuth, *Strafrecht*, AT, p. 125; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 153; Dreher, *GA* 1957, p. 98; Schröder, *GA* 1957, p. 298; Blei, *JA* 1970, p. 667; Kaufmann, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; Groteguth, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22. Sostiene, por el contrario, la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

(57) Entiende, por el contrario, que la obligación del conocimiento del derecho es una cuestión del injusto, Hardwig, *ZStW* 78 (1966), p. 4.

(58) Muestra las limitaciones de una teoría del conocimiento para explicar y justificar el concepto jurídico-penal del error, Gössel, *Bedeutung des Irrtums*, p. 8 y s.

(59) Entiende el conocimiento del hecho a partir de un presupuesto psicológico para un juicio de culpabilidad, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 33. Crítico ante esta perspectiva, Groteguth, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 34.

(60) Vid., en este sentido, Schmidhäuser, *FS-H. Mayer*, p. 322 y s. Por el contrario, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 55, entiende que se tiene que determinar este aspecto, en tanto sólo así el autor habría podido adecuar su conducta concreta conforme al derecho.

atribuye el conocimiento del ordenamiento jurídico[61]. En este contexto cobra una especial relevancia el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*)[62], aunque hay que precisar que no se trata de una imputación general de conocimiento a todas las personas, sino que también aquí se requiere de un presupuesto normativo: debe tratarse de una persona integrada en la sociedad como ciudadano[63].

---

(61) Una interpretación vinculada a una comprensión psicologicista pretende afirmar en estos casos la existencia de una presunción [vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 269; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 50]. No se trata, sin embargo, de una presunción, pues no interesa si psicológicamente el sujeto conoce o no el ordenamiento jurídico, sino si normativamente posee tal conocimiento.

(62) En este sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Superior de Lima Exp. N° 3016-97 de 26 de agosto de 1997 [*Revista peruana de jurisprudencia* 23 (2003), p. 35 y s.]. Se trata de un principio fundamental ya en la antigua teoría de la imputación, como lo señala, KAUFMANN, Arthur, *FS-Lackner*, p. 185. El cuestionamiento de esta formula romana en la dogmática penal comenzó a raíz de su vinculación con el hecho y la inclusión, por tanto, del conocimiento del derecho en el dolo, como se desprende de la crítica de KOHLRAUSCH, *Irrtum*, p. 84 y ss. En este sentido, la *ignorantia iuris* pasó de ser una cuestión de capacidad de imputación (referencia a la persona) a un presupuesto de la imputación del hecho (referencia al hecho). Pero, como lo señala correctamente KÖHLER, A., *Rechtsirrtum*, p. 83, los supuestos relevantes en el Derecho romano de ignorancia del derecho no dependieron del hecho cometido, sino de ciertas cualidades especiales del autor. Por ello no podría sorprender que actualmente, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 37 reconozca que una consideración estricta del principio de culpabilidad llevaría al *error iuris nocet*. Críticamente, frente a esta apreciación, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 142 y s.

(63) En este lugar no pretendemos entrar a precisar qué debe entenderse por ciudadano, algo que en los escritos de filosofía social constituye objeto central de estudio. Basta por ahora con señalar que no recurrimos a un concepto formal de ciudadano como poseedor de una determinada ciudadanía o nacionalidad, sino a un concepto material en el sentido de una persona integrada u obligada a integrarse en una determinada sociedad. En este sentido, pueden dejarse de lado los casos de personas con ciudadanía formal (nativos de la selva o hijos de nacionales que han vivido siempre fuera de nuestro país, pese a tener la nacionalidad peruana), así como incluirse casos de ciudadanía

En la medida que sólo el ciudadano puede y debe reproducir internamente el orden jurídico y orientar sus actuaciones conforme al mismo, solamente éste es capaz de recibir una imputación del sistema jurídico (-penal) por hechos que afectan tal ordenamiento(64). Por el contrario, el conocimiento en el caso concreto del carácter antijurídico del hecho no constituye en estricto un aspecto perteneciente a la imputación personal(65). Para afirmar la culpabilidad se requiere determinar solamente que el ciudadano conocía o debía conocer el ordenamiento jurídico por la posición social en la que se encontraba(66).

B. El conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos económicos

En los sujetos económicos no se presentan mayores inconvenientes para la atribución del estatus de ciudadano que fundamenta la imputación de conocimiento del ordenamiento jurídico, en la medida que puede observarse con suma facilidad que el sistema económico actual requiere la participación de personas socializadas en el

material, esto es, extranjeros que dentro del país se identifican con el orden normativo de nuestra sociedad (vid., así, Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 174). Sobre la necesidad precisamente de una conciencia cívica del ciudadano, Welzel, en *Abhandlungen*, p. 263.

(64) Se trata del conocimiento general de las normas jurídicas de actuación, algo similar a "las reglas generales del actuar" de Aristóteles (*Ética a Nicómaco* III, 2-1110b), citado por Welzel, *SJZ* 1948, p. 370. No obstante, Welzel, *MDR* 1952, p. 587 y Kaufmann, Arthur, *Die Parallelwertung*, p. 5, entienden que este conocimiento incluía también la antijuricidad del hecho concreto (no la prohibición, sino el estar prohibido). Sobre el error en la teoría de la imputación en Aristóteles, vid., Loening, *Die Zurechnungslehre*, p. 168 y ss., 210 y ss.

(65) En este sentido, Radbruch, *SJZ* 1948, p. 309, a partir de un predominio de la norma de valoración sobre la norma de determinación. De una opinión contraria, Welzel, en *Abhandlungen*, pp. 250, 256; Felip i Saborit, *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y s., en tanto constituye una garantía del ciudadano frente a posibles abusos de Estado.

(66) Sobre esta tendencia en el Derecho penal económico, Donini, *RTDPE* 1-2 (1999), p. 17.

sentido de conocedoras del ordenamiento jurídico[67]. La exigencia cada vez mayor de autorizaciones administrativas o licencias de funcionamiento, la imposición de deberes de informarse, el control de organismos fiscalizadores, etc., permiten atribuirles un nivel suficiente de socialización como para poder responder penalmente[68]. Los sujetos económicos se encuentran plenamente integrados en la sociedad y capaces de acceder, por tanto, al conocimiento del Derecho. Resulta realmente poco plausible admitir la presencia de intervinientes en la economía que muestren defectos de socialización en el sentido de ausencia de conocimiento de las reglas jurídicas que rigen el funcionamiento del sector correspondiente[69].

IV. LA AUSENCIA DE IMPUTACIÓN PERSONAL O CULPABILIDAD

En la medida que la imputación personal se fundamenta en el estatus de ciudadano, parece lógico negarla si no se presentan los presupuestos para la imputación del mencionado estatus. En este sentido, la ausencia de imputación personal significa, o bien ausencia de libertad para ejercer la ciudadanía, o bien ausencia de la

---

(67) Pero no se trata de una comprobación empírica al estilo de los estudios criminológicos de la criminalidad de cuello blanco [vid., SUTHERLAND, *White-Collar criminal*, Gilbert Geis (ed.), p. 40 y ss.], sino de una cuestión normativa derivada de las condiciones jurídicamente establecidas.

(68) Vid., en este sentido, PUPPE, en *El error*, p. 119. Debe recordarse que no se trata de un conocimiento exacto de todas las normas jurídicas, sino de las líneas fundamentales sobre las que se construye la regulación jurídica de la economía, como por ejemplo la libertad y lealtad de la competencia, la confianza y buena fe en los negocios, la obligación de pago de tributos, la obligación de un orden contable, etc. Sobre la inexistencia de leyes penales económicas que no respondan a estos aspectos centrales del sistema, WELZEL, *JZ* 1956, p. 241.

(69) De una opinión distinta, DROST, *NJW* 1949, p. 740, quien a partir de una norma especial del Derecho penal alemán sobre el error en los delitos económicos, deduce la posibilidad de sujetos económicos desconocedores de las normas jurídicas que regulan su sector de actuación. En el mismo sentido, DONINI, *RTDPE* 1-2 (1999), p. 18.

responsabilidad que configura el estatus de ciudadano. En el primer grupo de casos se encuentran los supuestos en los que la persona se presenta eventualmente como un objeto o un instrumento incapaz de expresar libertad, mientras que en el segundo grupo la persona se muestra como tal, pero su actuación no requiere de una respuesta social para mantener el orden jurídico-penal. Esta comprensión de la falta de imputación personal nos obliga a presentar una clasificación de las causas de ausencia de culpabilidad en función de la manera cómo se manifiesta tal ausencia, es decir, por ausencia de libertad o de responsabilidad.

1. Causas de ausencia de libertad

La ausencia de imputación personal tiene lugar en estos casos por una ausencia absoluta de libertad de actuación y, por tanto, por una imposibilidad de reconducir el hecho a una actuación personal[70]. Si en el suceso ocurrido la persona no se ha mostrado como tal, resultaría contradictorio tratarla como persona en la reacción del sistema social. Dentro de estos casos se incluyen los supuestos de fuerza irresistible, sonambulismo, movimientos reflejos, situaciones de absoluta inconsciencia que en la tradicional dogmática penal se tratan como supuestos de ausencia de acción[71]. La persona "participa" aquí de un modo absolutamente pasivo, de manera que la realización del hecho sólo podría reconducirse a la naturaleza, imputarse a otra persona que organiza este suceso (autoría mediata) o al mismo inculpable por una organización anterior con capacidad de imputación (*actio libera in causa*). Lo que queda claro, en todo caso, es que la persona que se encuentra en estas circunstancias no tiene culpabilidad debido a que no puede actuar libremente.

---

[70] Vid., similarmente, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6 n.m. 7; Hruschka, *Strukturen*, p. 22 y ss.; Joerden, *Strukturen*, p. 32; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 214.

[71] Vid., sobre la falta de justificación para separar en dos categorías la incapacidad de acción y de culpabilidad, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 224; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 146 y s.

2. Causas de ausencia de responsabilidad

En este grupo de casos la falta de imputación personal no se fundamenta en una ausencia de libertad, sino en una incompetencia de la persona para negar el modelo normativo de la sociedad[72] debido a que es incapaz de valorar suficientemente la vinculatoriedad del orden jurídico-penal vigente[73]. Dentro de estos supuestos se encuentran, en primer lugar, los casos de menores de edad debido a que en nuestro sistema social se ha llegado a determinar que los menores de 18 años no tienen la suficiente madurez como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito jurídico-penal[74]. La incompetencia para negar el orden jurídico se muestra también en el caso de las personas con anomalías psíquicas o alteraciones graves a la conciencia o percepción, en tanto no poseen la capacidad de conocer el orden jurídico penal y/o comprender la vinculatoriedad de dicho orden[75]. Finalmente, en

---

(72) Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, pp. 122, 385; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 213, 215. Si bien esta situación puede explicarse también desde la individualidad [vid., así de alguna manera, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 434, en el sentido de que el deber pertenece al ser del hombre], no se opone a una fundamentación en la capacidad de la persona de negar el modelo social, sino que muestra nuevamente la unidad de estos dos aspectos de la persona.

(73) En este sentido, se encuentra también la fundamentación de JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75 y s., en el sentido de fundamentar la comprensión social de la culpabilidad en el principio de igualdad, en el sentido de igualdad en el uso de la razón, o, según nuestras palabras, la capacidad de comprender el orden normativo social. En el mismo sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 215, requiere para la culpabilidad el conocimiento del Derecho.

(74) Una fundamentación de la comprensión cognitiva desde el sujeto podría encontrarse en la exposición de KARGL, *Kritik*, p. 35 y ss. (esp. 76) sobre el realismo moral en los niños desde los estudios psicológicos de Piaget, en donde se demuestra que los deberes se configuran en los niños de manera cognitiva, es decir, como cosas fijadas externamente de manera análoga a los sucesos naturales. Una capacidad de defraudación normativa no podría fundamentarse mientras su modelo de orientación sea puramente cognitivo. Desde el punto de vista de la sociedad, también estos casos se tratan de manera cognitiva, como lo señala JAKOBS, en *Estudios*, p. 130.

(75) No se trata, por tanto, de la comprobación de libertad o falta de libertad en los enfermos mentales (críticamente, en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der*

una realidad con grandes diferencias sociales y culturales tanto entre los distintos países como sobre todo al interior del nuestro, resulta necesario negar también la imputación personal en el caso de personas no socializadas conforme al esquema de valores de nuestra sociedad, en tanto estos sujetos no se encuentran en condiciones de acceder al conocimiento y comprensión del orden normativo vigente, y actuar, por tanto, responsablemente(76). La relevancia de este último grupo de casos para el Derecho penal económico, justifica que le dediquemos un tratamiento más específico.

3. En especial: el error de prohibición en el Derecho penal económico

La atribución de conocimiento del ordenamiento jurídico fundamenta la imputación personal del sujeto económico con independencia de que las normas jurídicas hayan sido internalizadas, actualizadas al momento del hecho o configuradas como simples costos de transacción. En tanto se trata de una atribución general, esta imputación personal no se ve afectada por dificultades interpretativas, atribuibles al autor o al propio sistema jurídico, para determinar el carácter delictivo de un hecho concreto. Los defectos de valoración respecto del carácter prohibido del hecho concreto pueden constituir un error que excluiría en todo caso la imputación del hecho al autor, pero que no cuestionarían la imputación personal(77). Sólo en

---

Freiheit, p. 71), sino de ausencia de responsabilidad, en tanto socialmente se considera a estos enfermos incapaces de poder decidir sobre la configuración del orden social.

(76) Vid., así los casos de socialización exótica, Jakobs, en *Estudios*, p. 375; Timpe, *GA* 1984, p. 54; González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 145. En este contexto puede comprenderse por qué Merkel, por ejemplo, consideró que el conocimiento de la antijuricidad del hecho constituía un presupuesto de la imputación culpable (vid., sobre esto, Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 46).

(77) Muy, por el contrario, el planteamiento de Tiedemann, *ZStW* 81 (1969), p. 879, al menos en el ámbito del Derecho penal accesorio, de un error de prohibición de la norma concreta situada en el hecho concreto.

el caso de defectos relevantes de socialización puede negarse la imputación personal, en tanto nadie puede negar un ordenamiento jurídico desconocido[78]. Como puede verse, mientras el *error iuris* (error sobre el carácter antijurídico del hecho) constituye un error que excluiría el dolo, la *ignorantia legis* (desconocimiento del ordenamiento jurídico) afectaría la culpabilidad o imputación personal.

Como puede verse con facilidad, nuestra interpretación del error de prohibición no se corresponde plenamente con la concepción dominante del mismo, pues se limita únicamente a ciertos supuestos excepcionales de ignorancia del ordenamiento jurídico. Esta vinculación con la ignorancia del derecho no debe llevar, sin embargo, a calificar nuestra propuesta como un retorno a la vieja clasificación del error: error de derecho y error de hecho[79]. El error de derecho defendido por el RG alemán se encontraba referido a un hecho concreto[80], mientras que nuestra interpretación del error de prohibición alude a un desconocimiento del Derecho atribuido a la persona sin referencia al hecho concreto[81]. Por esta razón, mantenemos la bipartición error de prohibición y error de tipo, aunque debemos

(78) Sobre la relatividad de la norma penal en atención a la cultura correspondiente, HASSEMER, *FS-E.A. Wolff*, p. 104.

(79) Esta clasificación del error fue utilizada por los antiguos tribunales alemanes (vid., sobre este rechazo general, por todos, BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 420 y s.), aunque un sector minoritario de la doctrina penal actual destaca su plausibilidad (HERZBERG, *JuS* 1980, p. 469 y ss.; KUHLEN, *Unterscheidung*, p. 333 y ss.; PUPPE, en *El error*, p. 137). Algunos autores sostienen que la clasificación actual de error de tipo/error de prohibición se mantiene en la misma línea de interpretación del error del RG, MAYER, H., *MDR* 1952, p. 392; SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 361 y ss.; KUHLEN, *op. cit.*, p. 161 y ss.

(80) Sobre la interpretación del RG, vid., KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 48; FRISCH, en *El error*, p. 17 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Torío López*, p. 337 y s.

(81) Más cercanos nos encontramos, por ello, a la clasificación de SAVIGNY, *System*, III, p. 327: "El error de derecho tiene por objeto el contenido de una regla jurídica, esto es, el derecho objetivo; el error de hecho se refiere a los hechos jurídicos, es decir, a las condiciones reales de aplicación de una regla jurídica".

reconocer que con un contenido distinto[82]. Si bien nuestro Código penal en el artículo 14 ha seguido de alguna forma la interpretación dominante del error de prohibición y error de tipo[83], entendemos que tampoco se opone categóricamente a otra forma de interpretar el contenido del error[84]. Hay que admitir ciertamente que tendremos que recurrir a una interpretación forzada de la redacción del artículo 14 del Código penal, pero consideramos que este proceder resulta dogmáticamente más correcto que ofrecer soluciones ajustadas a la letra de la ley, aunque con claras incoherencias internas[85]. En este sentido, no interpretamos los artículos 14 segundo párrafo y 15 del Código penal como supuestos de error sobre si el hecho

---

(82) Sobre la necesidad de una comprensión normativa del error, Manso Porto, *RPCP* 12, p. 73 y ss. No obstante, debemos advertir que los defensores de la normativización del error consideran conveniente que la norma que regula el error permita un manejo de las consecuencia jurídicas en los supuestos de error (atenuación facultativa) que posibilite dejar de lado los supuestos de ceguera (vid., Jakobs, *Sociedad norma y persona*, p. 55 y s.; Lesch, *JA* 1996, p. 351; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 48). Esta solución me parece, sin embargo, contradictoria, pues si se asume una comprensión normativa del error, no tiene porqué partirse de una comprensión psicológica del error que luego deba ser corregida normativamente en las consecuencias. Si el error es definido en clave normativa, entonces no interesa lo que el autor conoció psicológicamente, sino que el ordenamiento jurídico considera que hubo un error relevante y, por tanto, aplica la consecuencia jurídica pertinente. Los supuestos de ceguera no constituyen un supuesto de error jurídico-penalmente relevante y, por tanto, no debe discutirse siquiera la posibilidad de una disminución de la pena.

(83) Así Armaza Galdós, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 51, que incluso refiere qué se asume la teoría estricta de la culpabilidad. En el mismo sentido, de inspirarse en la teoría de la culpabilidad, Cerezo Mir, *LH-Peña Cabrera*, p. 229.

(84) En el mismo sentido respecto de la regulación en el Código penal alemán Sauer, *ZStW* 69 (1957), p. 10; Otto, *ZStW* 87 (1975) p. 595; Langer, *GA* 1976, p. 214; Schünemann, H., *NJW* 1980, p. 738; Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 87. Sobre la poca relevancia de las cuestiones terminológicas en la denominación del error Manso Porto, *RPCP* 12, p. 70.

(85) En este mismo sentido, Schmidhäuser, *JZ* 1979, p. 369 para interpretar la regulación positiva del error en el Código penal alemán. De una opinión contraria, Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 298.

concreto constituye un delito o no, sino como desconocimiento de la ilicitud del hecho debido a una falta de acceso cognitivo del autor al ordenamiento jurídico en general. El error de prohibición constituye un desconocimiento del ordenamiento jurídico que no puede imputarse al autor.

Los supuestos de error de prohibición podrían tener lugar respecto de los sujetos económicos solamente en ciertos casos-límite. Puede pensarse, por ejemplo, en el extranjero que por desconocimiento de nuestro sistema jurídico introduce al país productos prohibidos o no declara su ingreso y evade con ello el pago de los impuestos correspondientes. Este supuesto de incapacidad de imputación, sin embargo, tampoco aparece tan claro, en tanto un posible error de prohibición podría fácilmente desvirtuarse por el ofrecimiento previo de información sobre las prohibiciones y deberes de declaración aduanera, tal como sucede por ejemplo en los vuelos aéreos internacionales. En este sentido, solamente podría afirmarse una situación de error en los casos de ausencia de información, lo cual resulta muy difícil en las circunstancias actuales del tráfico de personas por las fronteras.

A partir de este supuesto ideado de desconocimiento del derecho, puede deducirse un criterio general para los casos de *ignorantia iuris* de los sujetos en el tráfico económico. Las propias características de la economía requieren la participación de sujetos socializados y en los casos en los que puedan presentarse supuestos de falta de socialización, resulta común el establecimiento por parte del propio sistema de fuentes de información a las que el sujeto desconocedor de la legislación puede recurrir[86]. Si el agente debía recurrir a tales fuentes de información, pero no lo hizo, su error es absolutamente irrelevante para el Derecho penal, de manera que no podrá alegar un desconocimiento del derecho[87]. Si, por el contrario, la in-

---

(86) Recurre a la diferencia entre Derecho penal esencial y no esencial para explicar la menor admisión de error de prohibición en el caso de extranjeros, LAUBENTHAL/BAIER, *GA* 2000, p. 214 y ss.

(87) Así, KIENAPFEL, *ÖJZ* 1976, p. 118, señala que al extranjero le competen en alta medida deberes de información. Similarmente, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB* § 17, n.m. 17.

formación sólo se ofrece, pero no se exige su conocimiento, podrá configurarse según la situación concreta un error vencible que justificaría una reducción de la penalidad conforme al artículo 14 segundo párrafo del Código penal[88]. Solamente en los casos en los que el propio sistema no establezca fuentes de información o si existiendo tales fuentes de información, éstas no han prestado información alguna o sólo una información incorrecta, podrá configurarse un error de prohibición invencible impune debido a una imposibilidad de acceso cognitivo al ordenamiento jurídico no imputable al autor[89].

La imputación de conocimiento del derecho se muestra controvertida en las leyes penales económicas debido a que se tratan de normas penales no esenciales (*Randbereich*), esto es, normas que no se corresponden con el Derecho penal tradicional[90]. Este alejamiento del núcleo de prohibición del Derecho penal trae como consecuencia que sujetos plenamente socializados puedan desconocer la existencia y sentido de las normas no esenciales, de manera que un reproche jurídico-penal apenas podría justificarse en una infracción

---

(88) Parte de la doctrina ha utilizado para estos casos el criterio de la culpa o imprudencia ante el derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*), el cual constituye un criterio normativo que centra su atención en la relación entre el autor y las normas jurídicas. Vid., con mayor detalle, Lange, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; Zaczyk, *JuS* 1990, p. 892 y s.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 458; Timpe, *GA* 1984, p. 69; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 112; Torío López, *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 330 y ss. Crítico ante la viabilidad dogmática de este concepto, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 74 y ss.

(89) Los defectos de socialización sólo pueden excluir de responsabilidad si mejores condiciones de socialización no estaban a disposición del autor, vid., en este sentido, Jakobs, en *Aspekte der Freiheit*, p. 76 y s.; El Mismo, *Strafrecht*, AT, Apdo 17, n.m. 28. Sobre la invencibilidad de los errores por inaccesibilidad a la información, vid., Neumann, *JuS* 1993, p. 798; Laubenthal/Baier, *GA* 2000, p. 220.

(90) En este sentido, Lange, *JZ* 1956, p. 77; El Mismo, *JZ* 1957, p. 234 y s.; Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C52. Por el contrario, Glandien, *Verbotsirrtum*, p. 306, admite la teoría del dolo sólo para las contravenciones, pero en el Derecho penal accesorio, donde se encontraría el Derecho penal económico, se mantiene en la teoría de la culpabilidad.

del autor[91]. Para resolver este problema de desconocimiento sobre normas penales no esenciales, la doctrina ha recurrido a dos vías argumentativas: mientras que algunos autores consideran que en estos casos el desconocimiento de la norma excluye el dolo[92], otros trasladan el fundamento de la culpabilidad de la reafirmación del contenido de la norma a la razón de su validez, de manera que un error de prohibición sobre estas normas no esenciales (error en ámbito disponible) pueda perdonarse sin un especial estado psíquico, esto es, sin una socialización exótica[93]. Como puede verse, la rigidez del principio del conocimiento del Derecho se ve claramente menguada en ambos casos, en tanto se podría admitir supuestos de desconocimiento relevante, pese a tratarse de sujetos plenamente integrados en la sociedad.

El mismo problema dogmático se presenta respecto de las leyes penales en blanco, en donde el acceso no ya a la propia norma penal,

---

(91) Vid., LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 11. Críticamente frente a esta distinción WELZEL, *JZ* 1956, p. 240; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 28, sobre todo por una dificultad de delimitación entre normas penales esenciales y no esenciales.

(92) Vid., así, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 191 y ss.; LANGE, *JZ* 1956, p. 76; TIEDEMANN, *ZStW* 81 (1969), p. 879, para el llamado error de prohibición abstracto; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 393; ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 157 y ss.; TORÍO LÓPEZ, en *La reforma penal y penitenciaria*, p. 257. Críticamente frente a este parecer, WELZEL, *JZ* 1956, p. 238 y ss.; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 296 y ss.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 180 y s.

(93) Vid., con mayores indicaciones, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 7, 11 y ss. Críticamente frente a esta propuesta, VELTEN, *Normkenntnis*, p. 148. Un aligeramiento de la teoría de la culpabilidad en estos casos sostienen igualmente MEYER, J., *JuS* 1983, p. 513; TIMPE, *GA* 1984, p. 54 y s.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 21, n.m. 40; GLANDIEN, *Verbotsirrtum*, p. 305; ROMEO CASABONA, *ADPCP* 1981, p. 758; CEREZO MIR, *ADPCP* 1985, p. 277 y ss.; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 36. En esta misma línea de relajamiento de las reglas del error de prohibición se mueve la propuesta de BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 586; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 185, al estimar todo error de prohibición en el Derecho penal económico como invencible. Críticamente frente a esta última propuesta, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 182 y s.

Como puede desprenderse de lo expuesto, el desconocimiento de las normas penales no esenciales y el desconocimiento de las leyes penales en blanco se deben a un mismo problema[98]: se trata de normas jurídicas cuyo conocimiento requiere una búsqueda de información de los ciudadanos[99]. Si se pretende solucionar estos supuestos en el ámbito de la imputación personal, habrá que ofrecer un criterio general que permita reconocer grados diferentes de socialización entre los ciudadanos[100]. Pero ya que un criterio tal no podría admitirse sin caer en contradicciones con el principio de igualdad de los ciudadanos[101], sólo queda trasladar la solución de estos supuestos al ámbito del dolo y configurarlos, por tanto, como errores del tipo global. En nuestra opinión, la solución dogmática al problema del desconocimiento de leyes penales económicas resulta más conveniente hacerla en el ámbito de la imputación del hecho, en donde en atención a las características del sector en el que se desenvuelve el agente económico, podrá determinarse más adecuadamente la relevancia de las dificultades de acceso cognitivo a las normas

---

SCHRÖDER, *MDR* 1951, p. 389; LANGE, *JZ* 1956, p. 75 y s.; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 393; PUPPE, en *El error*, p. 117 y s.; HERZBERG, *GA* 1993, p. 457 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 107 y ss.; EL MISMO, *Revista penal* 1 (1998), p. 74 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 132. Utilizan criterios de diferenciación TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 281 y ss.; EL MISMO, *FS-Geerds*, p. 99 y s., con base en el error de prohibición concreto y error de prohibición abstracto; SCHÜTZ, *Tatbestandsirrtum*, p. 38, mediante una determinación sólo en el caso específico.

(98) Contemplan estos casos dentro del mismo círculo de problemas, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y s.; BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 420; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 19.

(99) WELZEL, *JZ* 1956, p. 241, replica, sin embargo, que esto también puede suceder en el llamado Derecho penal esencial.

(100) Algo de lo que tendría que partir la teoría elástica de la culpabilidad. Vid., con mayores indicaciones, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 18 y ss.

(101) Vid., la importancia normativa del principio de igualdad para la solución de los casos de error sobre el ordenamiento jurídico, HIRSCH, E., en *FS-Schelsky*, p. 1978. Por el contrario, TIEDEMANN, *FS-Geerds*, p. 103, considera que precisamente el principio de igualdad debería llevar a un tratamiento diferenciado.

sino a las normas extrapenales de complemento resulta difícil en la medida que tales normas se encuentran, por lo general, dispersas en diversos reglamentos administrativos(94). Fue precisamente esta problemática la que motivó que los antiguos tribunales alemanes intentaran relativizar el principio del conocimiento del derecho en estos casos mediante la diferenciación del error de derecho sobre normas penales y error de derecho sobre normas extrapenales, permitiendo en este último supuesto una exclusión del dolo(95). Sin embargo, el recurso a esta bipartición del error de derecho no pudo solucionar satisfactoriamente estos problemas, en tanto resulta muy difícil encontrar un criterio de delimitación entre lo penal y extrapenal que excluya la arbitrariedad de los tribunales(96). Por el contrario, en el actual contexto doctrinal, dominado por la distinción error de tipo/error de prohibición, la discusión se centra en el efecto excluyente de dolo o de culpabilidad del error sobre las normas complementarias de las leyes penales en blanco(97).

---

(94) En este sentido, Lange, *JZ* 1956, p. 74.

(95) Vid., la línea jurisprudencial del RG alemán que siguió esta interpretación del error de derecho, Kohlrausch, *Irrtum*, p. 118 y ss.; Warda, *Abgrenzung*, p. 21 y ss. Vid., la referencia a los autores que defendieron esta partición del error de derecho, Köhler, A., *Rechtsirrtum*, p. 8 y s. Un replanteamiento de esta diferenciación intentan hoy en día, Herzberg, *JuS* 1980, p. 469 y ss.; Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 361 y ss. Crítico ante el planteamiento de Kuhlen, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 49, nota 109.

(96) Ya críticos se mostraron Kohlrausch, *Irrtum*, p. 178; von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 344; Warda, *JR* 1950, p. 547; Welzel, *NJW* 1953, p. 487; El Mismo, *JZ* 1952, p. 341; El Mismo, *JZ* 1956, p. 239 y s.; Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 59. Actualmente, rechazan esta categoría intermedia Baumann, *Strafrecht*, AT, p. 421; Schlüchter, *Irrtum*, p. 41; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 4; Lesch, *JA* 1996, p. 347; Bacigalupo Zapater, *LH-Cobo del Rosal*, p. 38.

(97) Considera un error de prohibición el desconocimiento de las leyes complementarias que impiden el conocimiento de la prohibición de la ley penal en blanco, Hartung, *JR* 1950, p. 546; Warda, *JR* 1950, p. 550; El Mismo, *Abgrenzung*, p. 28; El Mismo, *NJW* 1951, p. 210; Welzel, *MDR* 1952, p. 586; Backes, *Steuerstrafrecht*, p. 43; Lohmeyer, *GA* 1964, p. 19; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 12, n.m. 100. Por el contrario, consideran que en estos casos se excluye el dolo,

jurídicas correspondientes[102]. La atribución del estatus de ciudadano significa imputar el conocimiento de todo el ordenamiento jurídico, lo cual no se opone ciertamente a una exclusión de la imputación del hecho por problemas de procesamiento de la información legal atribuibles al propio sistema. Pero hay que reconocer que al tratarse de un error sobre el carácter antijurídico del hecho concreto, constituye un error de valoración de la conducta típica y no un desconocimiento de las normas jurídicas.

(102) En este sentido, resulta llamativo que Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 662 señale que la medida de lo tolerable respecto de desconocimiento de normas no esenciales se determine de manera análoga a como se procede con el riesgo permitido.

Capítulo XIII
LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS

I. INTRODUCCIÓN

En la exposición general realizada sobre la teoría de la imputación jurídico-penal en los delitos económicos no nos hemos ocupado especialmente de la imputación penal en el ámbito de las empresas, siendo evidente que se trata de un tema fundamental del Derecho penal económico por el desplazamiento que la empresa ha hecho del comerciante individual en su papel hegemónico dentro del mercado[1]. Esta omisión se explica, sin embargo, porque hemos preferido dedicar este capítulo por completo a estudiar específicamente la imputación penal en el seno de la empresa, perfilando los criterios de imputación anteriormente abordados en función de las particularidades de la organización empresarial.

Como punto de partida para llevar a cabo la exposición del tema de la imputación penal en el ámbito de la empresa consideramos conveniente seguir la clasificación, asumida por la doctrina penal de forma casi mayoritaria[2], que distingue entre los delitos cometidos

---

(1) Vid., en este sentido, SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1996, p. 2 y s.

(2) Esta bipartición es formulada por SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1988, p. 529 y s. La siguen, DE FARIA, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 429 y s., que utiliza

desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*) y los delitos cometidos dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*). Mientras los primeros abarcan los delitos que la empresa realiza como sujeto participante en el sistema económico, los segundos se refieren a los delitos cometidos en el seno de la empresa por un órgano de la empresa contra otros órganos o la empresa misma. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de precisar cómo se configuran los criterios de imputación de responsabilidad penal en cada uno de estos ámbitos delictivos. Hay que precisar que esta diferenciación de los criterios de imputación no tiene simplemente una finalidad expositiva, pues de la ubicación de un caso concreto en uno u otro grupo de delitos se derivan consecuencias materiales y procesales decisivas, como, por ejemplo, constituir a la persona jurídica como parte civil o tercero civilmente responsable, o decidir la imposición de una consecuencia accesoria.

II. LOS DELITOS COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

En los delitos cometidos desde la empresa, la persona jurídica se presenta como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían tener en cuenta esta circunstancia[3]. Las personas individuales, cuyas acciones pertenecen a la estructura de la empresa, no forman parte del sistema empresarial, sino de su

los términos de centrífuga y centrípeta para identificar la criminalidad desde la empresa y la criminalidad dentro de la empresa respectivamente; CESANO, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 1, en www.unifr.ch/derechopenal/artículos/Cesano2.1 [consulta: 20 de diciembre, 2002], p. 4; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 26 y ss.; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 883; CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas*, p. 37; PASTOR MUÑOZ, *InDret* 4/2006 (380), www.indret.com, p. 3.

(3) Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 66; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 522, en donde además me pronuncié a favor de la coexistencia entre la prevención general negativa y la función de restabilización de la pena (notas 178 y 51 respectivamente). Con lo expuesto en el capítulo II queda suficientemente claro mi cambio de parecer. Hace también hincapié en la necesidad de comprender a la empresa en estos casos como una unidad independiente, CESANO, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 1, en www.unifr.ch/derechopenal/artículos/Cesano2.1 [consulta: 3 de febrero 2002], p. 8.

entorno[4]. Por esta razón, el Derecho penal no podría reafirmar adecuadamente la vigencia de la expectativa normativa defraudada en estos casos si se dirige únicamente a los miembros de la empresa y no a la empresa misma, quien es la que actúa en el sistema económico y de quien ha surgido, con independencia de su formación interna[5], la conducta disfuncional[6]. Sin embargo, nuestro ordenamiento penal no considera al delito cometido desde la empresa un hecho imputable a la empresa misma, sino una acción común de sus miembros y se esfuerza, por ello, en fundamentar la imputación de responsabilidad penal a estos últimos.

A efectos de imputación penal, la persona jurídica es considerada como una coordinación de distintas esferas de organización de sujetos individuales, en la que solamente éstos resultan titulares de competencias por organización e institucionales penalmente relevantes[7]. No obstante, una imputación jurídico-penal desde esta perspectiva sólo puede ser satisfactoria en el caso de pequeñas empresas con una estructura organizativa elemental[8], mostrándose, por el contrario, a todas luces insuficiente cuando se trata de empresas modernas complejamente organizadas. Esta situación ha llevado a que un sector de la doctrina penal proponga un cambio de paradigma en la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas con la finalidad de considerarlas también como una unidad de imputación jurídico-penal[9].

---

(4) Vid., así, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 66; Gómez-Jara Díez, *RECPC* 08-05 (2006).

(5) En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 44, quien afirma que lo interno dentro de las asociaciones (empresa) no tiene relevancia jurídico-penal en cuanto a la posible aplicación de sanciones a la empresa misma (asociaciones).

(6) En el mismo sentido, Marxen, *NK* § 14, n.m. 14; Zugaldía Espinar, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 497.

(7) De similar opinión, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 262.

(8) En este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, pp. 31, 249.

(9) En este sentido, Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 579 y ss.; Vogel, *Revista penal* 8 (2001), p. 104; Bacigalupo, S., en *La responsabilidad*

Pese a la opción tomada por el legislador penal peruano de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consideramos necesario, por las razones acabadas de exponer, hacer una exposición diferenciada de los delitos cometidos desde la empresa en función de si el sujeto de imputación es la empresa misma o sus miembros. Por consiguiente, la determinación de los sujetos penalmente responsables por los delitos cometidos desde la empresa abarcaría dos ámbitos distintos: la determinación de la responsabilidad penal de la empresa misma y la responsabilidad penal de sus miembros. Respecto del primer ámbito, vamos a intentar hacer de *lege ferenda* un breve esbozo de los posibles criterios de imputación penal a la empresa. En cuanto al segundo, nos ocuparemos, *de lege lata*, de desarrollar los criterios de imputación penal a los miembros de la empresa que solventen de mejor manera las necesidades punitivas en este ámbito de actuación.

1. La responsabilidad penal de la empresa misma

La responsabilidad penal de las empresas (personas jurídicas) constituye un tema de permanente discusión en la doctrina penal. A pesar de que nuestro sistema penal se mantiene aún en la tradición jurídica del principio *societas delinquere non potest*[10], la discusión doctrinal sobre la validez de este principio se ve renovada constantemente por el papel preponderante que tienen las empresas en la economía moderna[11]. Hay que indicar, sin embargo, que el acento

penal, García Cavero (ed.), p. 129. Por el contrario, no admiten que la organizada irresponsabilidad justifique una imputación *penal* a personas jurídicas VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 262 y ss.; OTTO, *Strafbarkeit*, p. 8; ROTSCH, *Individuelle Haftung*, p. 215; EL MISMO, *wistra* 1999, p. 374 y s.

(10) Vid., sobre el origen histórico de este principio vid., SCHROTH, *Unternehmen*, p. 159; BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 42 y ss.

(11) Lo cual no reduce la cuestión de la responsabilidad penal sólo a las personas jurídicas con finalidad de lucro, sino que incluye a las que tienen en general finalidad económica. Excluidas de estas consideraciones se encuentran, las empresas unipersonales en las que la responsabilidad se puede reconducir al titular de la empresa (vid., así, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 30), las fundaciones

del debate no siempre se ha puesto en el mismo punto de discusión, sino que éste ha ido cambiando a lo largo de la historia de la dogmática. En efecto, si repasamos esta historia podremos identificar fundamentalmente tres momentos en los que se ha debatido intensamente esta cuestión. Es importante destacar que si bien la cuestión en discusión ha sido la misma, los tópicos sobre los que ha girado el debate en cada momento histórico y su repercusión en el ordenamiento penal han sido claramente distintos. Para apreciar esto con mayor claridad, hagamos un recuento de esta discusión con un poco de mayor detalle.

Desde finales del S. XVIII las personas jurídicas comenzaron a tener una participación más intensa en el tráfico jurídico-patrimonial. Este fenómeno llevó a la discusión sobre la esencia de la persona jurídica, que dio lugar fundamentalmente a dos posturas encontradas en la dogmática jurídica. Por un lado, hay que destacar el planteamiento de Savigny, quien a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, negó la realidad jurídica de las personas jurídicas a las que calificó no más que de una ficción[12]. Esta ficción, por otra parte, solamente podría utilizarse en el Derecho civil, pero no en el Derecho penal, pues en este ámbito las personas son tratadas como seres pensantes y con voluntad[13]. A este planteamiento se opuso la teoría de la realidad de Gierke[14], quien, en atención a teorías organicistas del ámbito de la biología, consideró que la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener una personalidad colectiva real[15]. La persona jurídica expresa su voluntad social a través de sus órganos.

(Busch, *Grundfragen*, p. 22; Schmitt, *Maßnahmen*, p. 12; Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 43 y s.) y las comunidades derivadas del Derecho de familia y sucesorio (Busch, *op. cit.*, p. 20 y ss.; Schmitt, *op. cit.*, p. 13; Seiler, *op. cit.*, p. 49).

(12) Savigny, *System*, II, p. 312 y ss. Vid., la exposición de este planteamiento, Bacigalupo, S. en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 109 y ss.

(13) Vid., Savigny, *System*, II, p. 312.

(14) Vid., así, Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 65.

(15) Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 754 y ss.; El Mismo, *Das Wesen, passim*.

Si bien se ha dicho que no fue el debate brevemente esbozado sobre la esencia de la persona jurídica, sino las teorías de la pena del siglo XVIII lo que influyó en la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX[16], lo cierto es que ambos aspectos resultan mutuamente implicados. En efecto, para poder decidir si la pena despliega su función, hay que precisar quiénes son los sujetos del Derecho penal. Por ello, no sería inexacto sostener que defensores de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas como BERNER, BINDING o VON LILIENTHAL se apoyaron de alguna forma en la teoría de la ficción de la persona jurídica[17], mientras que autores como VON LISZT, HAFTER y MESTRE afirmaron la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de su realidad social[18]. En cualquier caso, la posición doctrinal que finalmente se impuso en esta etapa de la historia de las ideas dogmáticas fue aquélla que negaba la responsabilidad penal de los entes colectivos, sintetizándose su conclusión central en el extendido aforismo de *societas delinquere non potest*. La legislación penal, por su parte, se mantuvo fiel a esta formulación de principio, de manera que ante la comisión de hechos delictivos en el marco de las actividades de personas jurídicas, se consideró suficiente sancionar a las personas naturales que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.

El segundo momento de replanteamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se dio a raíz del surgimiento de un Derecho de ocupación en Europa luego de la segunda guerra mundial[19]. En esta época, varios principios de la tradición jurídica anglosajona aterrizaron en la Europa occidental y empezaron a ser recepcionadas por las legislaciones y los tribunales europeos. Joaquín GARRÍGUES sintetiza este fenómeno con una for-

(16) Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Jakobs*, p. 192 y ss.

(17) Vid., BERNER, *Lehrbuch*, § 40; BINDING, *Handbuch*, I, p. 310; VON LILIENTHAL, *Grundriss*, p. 32.

(18) Vid., VON LISZT, *Lehrbuch*, 3. Aufl., p. 114 y ss.; HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit*, p. 75 y ss.; MESTRE, *Les personnes morales*, p. 211 y ss.

(19) Vid., VON WEBER, *GA* 1954, p. 237; BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 126 y ss.

mulación más de carácter literaria que científica: "en las mochilas de los soldados norteamericanos se trajeron a Europa también muchos principios propios del sistema jurídico norteamericano". En el terreno propiamente penal, se presentaron varios casos en la década de los cincuenta en los que los tribunales penales alemanes utilizaron principios de tradición anglosajona para castigar penalmente a las personas jurídicas por delitos cometidos a partir de sus actividades. Esta situación judicial llevó a que en la doctrina volviera a plantearse la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El remecimiento del principio de la irresponsabilidad penal de las personas juridicas motivó que en 1953 se discutiera en el Congreso Alemán de Juristas la cuestión de si la persona jurídica podía cometer delitos o no. La opinión dominante fue entender que la persona jurídica no podía tener responsabilidad penal por carecer fundamentalmente de capacidad de acción[20]. La importancia que tuvo el argumento de la falta capacidad de acción se explica porque en ese momento el concepto de acción era un tema central en la discusión sobre la teoría del delito (la llamada lucha de escuelas)[21]. Pese a las claras diferencias de formulación entre las concepciones causalista y finalista que en ese entonces se encontraban en disputa, ambas coincidieron en entender que la persona jurídica no podía realizar una acción penalmente relevante, sea porque carecía de una voluntad psicológicamente entendida, sea porque no era capaz de actuar finalmente.

Hay que precisar, sin embargo, que la discusión penal en esta época no se quedó en el simple rechazo de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se presentaron propuestas que intentaron fundamentar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas[22], lo cual significaba reconocerles a

---

(20) Vid., así, Engisch, *DJT*, I, p. E 24 y ss.; Hartung, *DJT*, I, p. E 44 y ss.; Bruns, *JZ* 1954, p. 253 y s.; Jescheck, *SchwZStr* 65 (1955), p. 243; Niese, *JZ* 1956, p. 463; Schmitt, *Maßnahmen*, pp. 182 y ss., 215 y ss.; Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 52 y ss.

(21) En este sentido, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 91.

(22) Heinitz, *DJT*, I, p. 84 y ss.

las personas jurídicas una cierta capacidad de acción. Pese al esfuerzo de un sector de la doctrina, estas propuestas no se materializaron en disposiciones legales fundamentalmente por la falta de una definición clara de sus presupuestos: ¿La acción y la peligrosidad eran de las personas naturales o de la persona jurídica?[23] Por otra parte, era lógico que las medidas pensadas contra las personas jurídicas no intentaban tratarlas como inimputables a los que había que corregir, lo que impedía enmarcarlas en la comprensión tradicional de las medidas de seguridad[24]. Por el contrario, en el plano legislativo se desarrollaron con cierta extensión medidas de carácter administrativo contra las personas jurídicas como multas e inhabilitaciones, lo cual se condice con el creciente desarrollo que tuvo el Derecho administrativo sancionador en la segunda mitad del siglo XX.

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha vuelto a poner en el tapete de la discusión dogmática a raíz de la política unificadora de los mercados en Europa. La Comunidad Europea dio en 1988 una directiva a los estados miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger así las condiciones del mercado común[25]. En este contexto, más político que jurídico, los cambios se han producido rápidamente en el plano legislativo[26], mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen estando encontradas. Pese a que no se ha llegado a un consenso sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas y los fundamentos de su afirmación, muchas legislaciones

---

(23) Vid., así, la discusión en SCHMITT, *Maßnahmen*, p. 200 y ss.; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 106 y ss.

(24) Por ello, resulta comprensible el parecer de SCHMITT, *Maßnahmen*, p. 204 de rechazar la posibilidad de aplicar medidas de seguridad subjetivas (que se dirigen a la psique del autor) a las personas jurídicas.

(25) Vid., ACHENBACH, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 381 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 82 y s. BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 143 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *CDJ*, VII, p. 103; PIETH, *SchwZStr* 120 (2001), p. 3; SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 358; ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC* 53 (1994), p. 617.

(26) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 146.

penales de países europeos han incorporado ya sanciones para las mismas. Muy gráfica al respecto es la exposición de motivos de la reforma al Código penal suizo que incorpora sanciones penales a las personas jurídicas: "No es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática, la que decide si esta regulación resulta permitida"[27].

El apuro político por crear medidas aplicables a las personas jurídicas no debe, sin embargo, hacerse a costa de sacrificar la seguridad jurídica. En esta línea, conviene recordar la crítica que hace Seelmann a las ideas expresadas por el legislador suizo, en el sentido de que sólo teniendo en cuenta el razonable juego en equipo entre la política y la dogmática el Derecho puede enseñarse, aprenderse y controlarse, de lo contrario se entrará en una crisis en la que solamente ambas partes pueden perder[28]. Por esta razón, la incorporación legislativa de medidas aplicables a las personas jurídicas requiere no sólo de una decisión política, sino también de una fundamentación dogmática. Si no se trabaja la legitimación jurídica de estas medidas, habremos vuelto a la época en la que Administración de Justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer de forma general la posible configuración de la culpabilidad y el injusto de las personas jurídicas.

A. La imputación personal de la empresa: la capacidad de culpabilidad

En la actual discusión penal, el primer escollo dogmático para poder hacer penalmente responsables a las empresas radica en la falta de atribución del estatus de ciudadano a las personas jurídicas, es decir, en su capacidad de culpabilidad. Que la persona jurídica conforma un ámbito de organización al que se le pueden atribuir socialmente determinados hechos, constituye una afirmación

---

[27] Citado por Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 171 y s.

[28] Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 172.

extendida en los estudios de sociología de la organización[29] que encuentra reconocimiento incluso en regulaciones jurídicas como la civil y la comercial[30]. Desde la perspectiva de las características del hecho y la organización de la persona jurídica, no parecen presentarse objeciones de peso contra este proceder e incluso tampoco contra una imputación jurídico-penal directa a la persona jurídica, pues de la esfera de organización de una persona jurídica pueden derivarse sucesos defraudatorios de expectativas sociales esenciales del mismo modo que de la esfera de organización de una persona natural. La dificultad no se encuentra, por tanto, en la imputación de un riesgo prohibido a la esfera de organización de la persona jurídica, sino en la capacidad de la persona jurídica para poder recibir una imputación personal[31]. La doctrina penal aún mayoritaria niega que la competencia penalmente relevante por la defraudación producida por la producción de un riesgo prohibido recaiga sobre las personas

---

(29) Vid., por todos, WILLKE, *Systemtheorie*, p. 178 y ss.; WIELAND, en *Verantwortung*, Alwart (Hg.), p. 53. En el Derecho penal hacen ya referencia a esta constitución de modelos colectivos de comportamiento, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 571 y ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 31 y ss.; SEELMANN, *FS-Niklaus Schmid*, p. 177.

(30) Algunos autores como MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, I, § 15, n.m. 8, mantienen una incapacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas con el fundamento de que este concepto es distinto al jurídico-civil. Por el contrario, SCHROTH, *Unternehmen*, p. 186, considera que entre ambos ámbitos jurídicos debe haber una base común que evite contradicciones y, en este sentido, se inclina por una responsabilidad de las personas jurídicas también en el Derecho penal. En el mismo sentido, HIRSCH, *ADPCP* 1993, p. 1107, quien acepta esto con base en la falta de una diferencia cualitativa entre el delito y la contravención.

(31) En este sentido, no basta con decir, como WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 411, que el Derecho determina por sí mismo cuál es el punto final de una imputación de un comportamiento relevante, sino que es necesario precisar si según la función asignada al Derecho penal, resulta posible esa imputación a un determinado "punto final". Si la pena presupone un comportamiento con pretensión de validez general de un sujeto capaz de autodeterminarse moralmente, la capacidad de imputación de las personas jurídicas encuentra insalvables objeciones (así, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 59).

jurídicas, pues entiende que solamente las personas naturales (sus miembros) pueden responder por la configuración de tal esfera de organización[32].

Frente al parecer dominante en la doctrina penal, se levantan cada vez más voces insatisfechas ante un simple traslado de la responsabilidad penal a las personas naturales que actúan en nombre o en lugar de la persona jurídica[33]. Un sector de la doctrina que se mantiene aún en la afirmación de una incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, reconoce la necesidad de aplicarles sanciones administrativas o ciertas medidas de seguridad. Otro sector, por el contrario, justifica la imposición de penas a las personas jurídicas, pero se dividen al precisar el fundamento dogmático de tal proceder: mientras algunos autores se esfuerzan por encontrar fundamentos dogmáticos distintos a la culpabilidad, otros reconocen una culpabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas. A continuación vamos a exponer brevemente los argumentos que estas interpretaciones invocan a favor de sus conclusiones, aunque hay que advertir que muchos de estos planteamientos carecen de un respaldo legal. Sin embargo, ello no les niega viabilidad en la actual situación del sistema penal peruano, pues la afirmación de que la capacidad de culpabilidad está negada de *lege lata* a las personas jurídicas, tiene una validez discutible: ni el Código penal, ni leyes penales

---

(32) De este parecer, en tanto se niega la capacidad de culpabilidad, en Alemania: Engisch, *DJT*, I, E-25 y ss.; Hafter, *Lehrbuch*, AT, p. 64-65 Heinitz, *DJT*, I, p. 65 y ss.; Lange, *JZ* 1952, p. 264; Niese, *JZ* 1956, p. 457; Otto, *Strafbarkeit*, p. 22; Seiler, *Strafrechliche Massnahmen*, p. 257; Stratenwerth, *FS-R. Schmitt*, p. 302 y ss.; von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 262 y ss. En España: Bajo Fernández, *en La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 20 y s.; Barbero Santos, *AP* 23 (1987), p. 1088; Gracia Martín, *en La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 68; Pérez Manzano, *AP* 2 (1995), p. 20 y ss.; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho penal español*, PG, p. 390; Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, PG, p. 228; Reyna Alfaro, *Actualidad jurídica* 98 (2002), p. 37.

(33) Sobre las razones argumentadas en esta línea vid., Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 34 y ss., si bien referidas al medio ambiente, pero extrapolables a todo el Derecho penal económico.

especiales rechazan expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, parece ser que la imposibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas constituye más un determinado modo de interpretación judicial que una prohibición legislativa. Incluso el artículo 27 del Código penal que regula la figura del actuar en lugar de otro, no niega una responsabilidad de la persona jurídica, sino que afirma simplemente la responsabilidad de sus órganos o representantes en el caso de ciertos delitos especiales(34). No cabe duda que para hacer viable una responsabilidad de la persona jurídica se requiere de una legislación penal más orientada a la persona jurídica (sobre todo en el tema de las sanciones), pero también hay que admitir que muchas veces es la práctica judicial la que impulsa precisamente la reforma legislativa requerida.

a. La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas: sanciones administrativas y medidas de seguridad

En la doctrina penal predomina aún el parecer de que las personas jurídicas son penalmente irresponsables. Este reconocimiento no ha impedido, sin embargo, que se admita la posibilidad de imponerles sanciones administrativas o incluso medidas de seguridad. La imposición de sanciones administrativas a la empresa no ha encontrado mayores objeciones(35). Su fundamento gira esencialmente en torno a la idea de prevención general de riesgos que casualmente también tiene un reconocimiento legitimante en el Derecho penal. En el trasfondo de esta argumentación puede apreciarse sin mayor dificultad el criterio cuantitativo de diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, defendido por la doctrina dominante(36). Para evitar, sin embargo, que esta equiva-

(34) En el mismo sentido, respecto del Derecho español DE LA GÁNDARA VALLEJO, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 50 y s. De otro parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 230.

(35) Vid., así, VOLK, *JZ* 1993, p. 431.

(36) En este sentido, por ejemplo, se muestra el parecer de DANNECKER, *GA* 2001, p. 120 y s. Crítico ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente por producir esta equiparación HAMM, *NJW* 1998, p. 662.

lencia funcional diluya la identidad del Derecho penal, se recurre a la idea de culpabilidad por el hecho como criterio específico de la imputación penal. Con este parecer se abre la posibilidad de entrada a soluciones administrativas equivalentes a las del Derecho penal que no necesariamente desnaturalizarían sus principios rectores.

Siguiendo la lógica arriba expuesta se presenta, por ejemplo, la propuesta de Otto, quien a partir del rechazo de una capacidad delictiva de las personas jurídicas por falta de culpabilidad, propone un sistema de medidas sancionatorias de supervisión administrativa(37). En el trasfondo de su argumentación se esconde la idea de que las necesidades de prevención penal frente a la criminalidad empresarial pueden cubrirse suficientemente en el ámbito administrativo sancionador(38). En una orientación más radical todavía, Gracia Martín considera que ni siquiera resulta dogmáticamente posible imponerles sanciones administrativas a las personas jurídicas, pues al carecer de capacidad de acción, no podrían realizar una acción infractora de una disposición admnistrativa. Para evitar un vacío legal intolerable, Gracia Martín recurre a la idea de las medidas preventivas de carácter asegurativo que se ocuparían de eliminar estados objetivos de riesgos, en este caso, la peligrosidad objetiva de la cosa (la persona jurídica)(39). Pese a la coherencia interna de la argumentación de Gracia Martín consideramos que su argumentación no se ajusta a una visión actual de la realidad económica, en donde la persona jurídica actuá plenamente como agente económico autónomo celebrando y ejecutando negocios jurídicos y contratos.

---

(37) Vid., Otto, *Strafbarkeit*, p. 25 y ss., que si bien no las considera expresamente sanciones administrativas, sino muy cercanas a las impuestas en el ámbito de la unión europea, resulta al fin y al cabo medidas sancionatorias administrativas. Insatisfecho se mostró ya ante una solución administrativa del problema, Busch, *Grundfragen*, p. 124 y ss. Actualmente crítico ante la propuesta de Otto se muestra von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 228.

(38) Vid., Otto, *Strafbarkeit*, p. 25 y s.: "El aspecto personal es sustituido por el aspecto instrumental". Muestra las insuficiencias de la prevención con sanciones administrativas, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 155 y ss.

(39) Vid., Gracia Martín, *en La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 69 y ss.

Tampoco consideramos correcto el punto de partida que toma como suficiente la simple fundamentación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, en tanto se sustentaría en una equivalencia funcional de la sanción administrativa y la sanción penal. El Derecho penal cumple una función de restabilización de expectativas sociales esenciales defraudadas que el Derecho administrativo sancionador no puede solventar por sí mismo[40]. En efecto, al Derecho administrativo sancionador le corresponde asegurar simplemente el orden general de determinados sectores parciales, de manera que en sus criterios de imputación no se atiende a la subjetividad de las unidades sancionadas, lo que se hace evidente en el caso de sanciones no sólo a personas jurídicas, sino sobre todo a consorcios y unidades económicas[41]. La sanción administrativa a la persona jurídica no resulta lícita porque esta última carezca de capacidad de culpabilidad, pues la culpabilidad constituye un aspecto que no es esencial en el Derecho administrativo sancionador[42]. La responsabilidad penal de la persona jurídica es un problema totalmente ajeno a la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a las personas

(40) En este sentido, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 72. Destaca el significado simbólico de la intervención penal, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 156 y s.

(41) Crítico ante esta fundamentación, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 227 y ss.

(42) En este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 302 y s. De opinión distinta, KREMNITZER/GHANAYIM, *ZStW* 113 (2001), p. 551, en tanto indican que también en este ámbito se requiere de una culpabilidad. En España se discute precisamente si en el ámbito del Derecho administrativo sancionador la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en una comprensión distinta de la culpabilidad o simplemente en criterios de responsabilidad objetiva [vid., sobre esto, BAJO FERNÁNDEZ, *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 13 y ss.; EL MISMO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 88 y ss.; GARCÍA ARÁN, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 52 y s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 58 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 65 y ss.]. En nuestro legislación administrativa (Ley 27444), no se ha hecho expreso reconocimiento del principio de culpabilidad, sino más bien del principio de causalidad, lo que parecería inclinar la balanza a favor de una responsabilidad objetiva en el Derecho administrativo sancionador (vid., así la apreciación de ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 35 y s.).

jurídicas, de manera que el manejo de los mecanismos de rección penal y administrativos no depende de consideraciones dogmáticas, sino de una decisión de política legislativa. Pero en el plano dogmático, la pena y la sanción administrativa resultan completamente independientes la una de la otra. Si bien se estima conveniente evitar una eventual doble imposición a las personas jurídicas, se trataría de una cuestión de *non bis in idem* que no afecta en nada la fundamentación de una pena a las corporaciones, del mismo modo que sucede con los casos de doble imposición a las personas naturales[43].

Si queda claro que el recurso exclusivo a las sanciones administrativas depende de factores de política criminal, parece lógico que deba responderse a la pregunta de si basta con sancionar penalmente a los miembros de la empresa y administrativamente a la empresa. Dos razones muy secillas y ampliamente conocidas abogan a responder negativamente a esta cuestión. En primer lugar, las multas administrativas resultan de fácil contabilización en los costos operativos e incluso trasladables a los consumidores, por lo que su fuerza disuasoria resulta cuando menos limitada[44]. En segundo lugar, nadie puede poner en tela de juicio que el sentido social de una pena no puede ser alcanzado de ninguna forma por alguna sanción administrativa. No es lo mismo pasarse un semáforo en rojo que ser responsable de un delito contra la seguridad en el tráfico. Por estas razones, en la doctrina penal se han emprendido esfuerzos desde hace mucho para sustentar la imposición de medidas de carácter penal.

Si bien los elementos sobre los que se sustenta la imposición de una pena no pueden afirmarse pacíficamente en el caso de las personas jurídicas, la doctrina ha debatido desde diversos fundamentos dogmáticos la posibilidad de imponerles medidas de seguridad[45]. En un principio, la procedencia de medidas de seguridad

---

(43) Vid., así, Dannecker, *GA* 2001, p. 124, que soluciona el problema del *bis in idem* con el principio de subsidiariedad.

(44) Similarmente, Schünemann, en *XXV Jornadas*, p. 296 y s.

(45) Vid., por ejemplo, las exposiciones de Exner, *Theorie*, p. 53; Hafter, *Lehrbuch*, p. 64; von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, p. 126; Bruns, *JZ* 1954, p. 254; Schmitt, *Maßnahmen*, p. 214, con ciertos límites; Seiler, *Strafrechtliche*

contra las personas jurídicas se sustentó en la idea de un sujeto peligroso no culpable. La discusión jurídico-penal giró en torno al presupuesto previo de la acción[46] y su correspondencia a la persona jurídica o a sus representantes[47], pues la imposición de una medida de seguridad dependía de la peligrosidad de la persona jurídica manifestada a través de la acción[48]. Esta alternativa de las medidas de seguridad no se vio reflejada, sin embargo, en la legislación penal, pues la persona jurídica no era considerada un inimputable peligroso al que había que resocializar (prevención especial), sino, más bien, una fuente de peligro que debía ser controlada o, en todo caso, eliminada. En la actualidad muchas de las llamadas consecuencias accesorias aplicables directamente a la persona jurídica responden a esta lógica preventiva. Por esta razón, para poder abarcar el amplio espectro de medidas que el Código penal y las leyes penales autorizan al juez a imponer, la doctrina penal ha empezado a desarrollar nuevos criterios de fundamentación[49]. Criterios como el interés público[50] o el estado de necesidad preventivo[51] constituyen una

Massnahmen, p. 96 y ss.; BRICOLA, *RIDPP* 1970, p. 1012 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, PG, p. 177.

(46) Vid., en este sentido, EXNER, *Theorie*, p. 52.

(47) Vid., así, por ejemplo, la exposición de SCHMITT, *Maßnahmen*, p. 200 y ss.; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 106 y ss. Para FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 125 y ss., se trata de una peligrosidad de las personas físicas, pero no de las personas jurídicas.

(48) Vid., así, JESCHECK, *SchwZStr* 70 (1955), p. 264. En este sentido se comprende la discusión sobre las medidas de seguridad subjetivas y objetivas, y la posibilidad de hacerlas compatible con la peligrosidad de las personas jurídicas, HARTUNG, *DJT*, I, p. E 43 y ss.; JESCHECK, *SchwZStr* 70 (1955), p. 246; SCHMITT, *Maßnahmen*, p. 204 y ss.

(49) BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 92, considera, sin embargo, que las medidas aplicables a las personas jurídicas se resisten a una ordenación con un criterio general, pues mezclan cuestiones preventivas con punitivas.

(50) Así, STRATENWERTH, *FS-R. Schmitt*, p. 304.

(51) Así, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 236 y ss.; EL MISMO, *CuCGPJ* 1992, p. 43; EL MISMO, *LK* § 14, n.m. 78. Críticamente, LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 731; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 197; CARO CORIA, *RPCP* 11, p. 520 y s.

muestra de este abandono de la naturaleza jurídica tradicional de las medidas de seguridad y su ampliación hacia finalidades de prevención general[52].

El acercamiento del fundamento de las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas a criterios generales de prevención ha llevado a que en la actualidad se entienda que la imposición de estas medidas de seguridad se deba al rechazo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas y a una cierta insuficiencia de las penas a las personas individuales para cubrir las necesidades de prevención[53]. Frente a esta interpretación, nos atrevemos a replicar que el fundamento de las mencionadas medidas de seguridad no puede encontrarse en el déficit de prevención de las sanciones penales, pues de lo contrario existirían razones fundadas para reprochar un fraude de etiquetas[54]. Resulta claramente contradictorio otorgar a las medidas de seguridad funciones de prevención general, si justamente tal prevención se niega en la persona jurídica por su incapacidad de poder motivarse a actuar conforme a Derecho[55]. Por esta razón, el fundamento jurídico de las medidas de seguridad no puede hallarse en una función preventiva similar a la del Derecho penal de la culpabilidad, sino en cualquier caso en el plano de la lógica preventiva de la Administración frente a situaciones de riesgo socialmente intolerables[56]. Si bien a esta comprensión

---

(52) Vid., en este sentido, la apreciación crítica de Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1108 y s.; Heine, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html [consulta: 3 de febrero 2002]; von Freier, *Verbandsstrafe*, pp. 189, 199; Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 180; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 168.

(53) Vid., Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 579 y s.; El Mismo, en XXV *Jornadas*, p. 273 y s.; Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 153 y ss. Anteriormente Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 128 y s.

(54) En este sentido, Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1108, nota 38; Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 181; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 123.

(55) En este sentido, Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 180 y s.

(56) Vid., en este sentido, Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 98. En la doctrina penal, sin embargo, se afirma que las medidas de seguridad tienen una

podría reprochársele convertir el Derecho penal en un fácil expediente para resolver todo tipo de problemas administrativos, cabe replicar ante esto que las medidas administrativas que pueden imponerse en un proceso penal se encuentran claramente determinadas por la ley penal, de manera que quede asegurada una decisión judicial que tomaría igualmente la Administración con base en la idea del interés público[57]. Lo que queda claro, en cualquier caso, es que tales medidas de seguridad aplicables en un proceso penal no requieren de un fundamento jurídico-penal específico[58], sino sólo de una delimitación objetiva que evite un eventual dispersamiento de la actividad preventiva del juez penal[59]. Por esta razón, la posibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas no tiene por qué impedir la imposición de medidas preventivas[60], del mismo modo que la condena a una persona por un delito en la circulación no impide incautar un objeto peligroso o retirarle la licencia de conducir. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe verse afectada en lo absoluto por la aceptación o no de medidas preventivas aplicables a las mismas.

---

naturaleza penal a diferencia de las llamadas consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas [vid., en este sentido, CEREZO MIR, *Curso*, PG, II, p. 69; GRACIA MARTÍN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 71 y s.; EL MISMO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín (coord.), p. 437 y ss.; CARO CORIA, *Thémis* 24, p. 76; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 276 (1999), p. A-55] e incluso algunos autores defienden el parecer de que también las consecuencias accesorias tendrían, al igual que las medidas de seguridad, una naturaleza penal [vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 191 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 146]. Por nuestra parte, consideramos que tanto las medidas de seguridad como las consecuencias accesorias responden a una lógica ajena a la imputación penal basada en la culpabilidad (la única propiamente penal).

(57) De opinión contraria, STRATENWERTH, *FS-R. Schmitt*, p. 305.

(58) Similarmente, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 255 y s.

(59) Ciertamente hay medidas de seguridad que sólo pueden ser impuestas por jueces debido a que implican una privación de derechos fundamentales, pero esto constituye sólo una garantía que no afecta el carácter administrativo de las medidas.

(60) Vid., así, por ejemplo, DANNECKER, *GA* 2001, p. 127.

b. Imputación personal sin culpabilidad

La aceptación generalizada de sanciones administrativas a las personas jurídicas, no impide que cada vez más la doctrina penal considere insuficiente hacer frente a la criminalidad corporativa a través de medidas administrativas impuestas dentro o fuera de un proceso penal(61), como lo demuestra precisamente el hecho de que aquéllos que desde posturas preventivo-generales defienden la imposición de medidas específicas a las personas jurídicas tan radicales como la curatela empresarial(62) o incluso su disolución, se esfuerzan por fundamentar también la imposición de sanciones propiamente penales(63). Para evitar caer en contradicciones evidentes, estos autores recurren a la salida dogmática de reconocer una cierta capacidad de imputación jurídico-penal de la empresa(64), pero fundamentan la imposición de la pena en criterios preventivos ajenos al principio de culpabilidad (como el estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos de Schünemann(65)). En este sentido, el fundamento de las sanciones penales termina siendo el mismo criterio preventivo que legitima la imposición de medidas de seguridad

(61) Del mismo parecer, Volk, *JZ* 1993, p. 435.

(62) Vid., con detalle, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 78; El Mismo, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 139 y ss.; El Mismo, en *XXV Jornadas*, p. 301 y ss.; Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 97.

(63) En este sentido, Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 589, reconoce que el estado de necesidad preventivo puede legitimar sanciones independientes de la culpabilidad similares a las viejas medidas de seguridad, pero luego se esfuerza por fundamentar también la imposición de sanciones económicas a las personas jurídicas que difícilmente tienen un parecido con las medidas de seguridad (p. 590). Similarmente, Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 96 y s. Crítico frente a esta fundamentación se muestra con razón Brender, *Die Neuregelung*, p. 95 y ss.; Otto, *Strafbarkeit*, p. 22 y ss.; Hirsch, *ZStW* 107 (1995), p. 291 y s.; von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 190.

(64) Esto puede afirmarse en cuanto Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 591 admite que su fundamentación no depende en lo absoluto de una infracción culpable del deber de vigilancia de un órgano de dirección.

(65) Vid., Schünemann, *Responsabilidad penal*, p. 10 y s.

a las personas jurídicas[66], lo que hace aún más evidente el fraude de etiquetas antes mencionado[67].

En esta línea de argumentación se mueve también la propuesta de ALWART de un modelo subsidiario de responsabilidad penal de las empresas que se fundamenta no en su culpabilidad, sino en un fracaso de la imposición de la pena a los sujetos individuales debido a la organización de la empresa[68]. Si bien ALWART se esfuerza por fundamentar una complementariedad de imposición y exención entre las asociaciones y los sujetos individuales que justificaría su modelo subsidiario de responsabilidad, lo cierto es que su propuesta termina configurando finalmente una responsabilidad por el resultado[69]. El reconocimiento de una imputación de segundo nivel a la persona jurídica se hace a costa de renunciar al principio de culpabilidad, lo cual levanta sospechas fundadas de una ausencia de fundamento para imponer una sanción penal[70].

Otra posibilidad de fundamentar la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas sin la culpabilidad, ofrecen BAJO FERNÁNDEZ y BAIGÚN. El autor español parte de la idea de que debe renunciarse a la idea de fundamentar penas a la persona jurídica con base en el concepto de culpabilidad manejado en el Derecho penal liberal[71], de manera que la única posibilidad sería la creación de un

---

(66) En este sentido, SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 590.

(67) Vid., así, OTTO, *Strafbarkeit*, p. 23; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 184. Opina, por el contrario, que no existe un fraude de etiquetas, CARO CORIA, *RPCP* 11, p. 521.

(68) Vid., con mayores indicaciones, ALWART, *ZStW* 105 (1993), pp. 759 y ss.; 769 y ss.; EL MISMO, *Zurechnen*, p. 28 y ss.; EL MISMO, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 75 y ss. Entiende como sustentable la propuesta de Alwart, GRÖSCHNER, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 66. Crítico se muestra, por el contrario, SEELMANN, *FS-Niklaus Schmid*, p. 175.

(69) En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 209; GARCÍA CAVERO, *REDUP* 2 (2001), p. 263 y ss.

(70) En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 210.

(71) Vid., BAJO FERNÁNDEZ, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 118.

Derecho penal propio de las personas jurídicas que no se sustente en el principio de culpabilidad, sino en la responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad[72]. En la misma línea se mueve la propuesta del Profesor argentino, en tanto emprende el difícil proyecto de elaborar un sistema de imputación para las personas jurídicas en el que la categoría de la culpabilidad es sustituida por la llamada responsabilidad social[73]. No resulta difícil estar de acuerdo con el punto de partida de estas propuestas: no es posible utilizar el mismo principio de culpabilidad en la imposición de sanciones a personas individuales y jurídicas. Pero consideramos que se lleva la problemática al otro extremo, pues el Derecho sancionatorio de las personas jurídicas propuesto se aproxima en el fondo más a los criterios del Derecho administrativo sancionador que a los criterios propiamente penales. Por supuesto que no puede manejarse un concepto de culpabilidad idéntico para las personas físicas y las jurídicas, pero ello no impide formular una culpabilidad propia de las personas jurídicas con la cual se pueda fundamentar igualmente una pena. No se trata de crear un nuevo Derecho sancionatorio, sino de adaptar los criterios de imputación penal a las particularidades de las personas jurídicas.

Las consideraciones críticas efectuadas a los modelos expuestos nos permiten llegar a la conclusión de que para poder mantener la identidad del Derecho penal en la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, debe rechazarse necesariamente fundamentos punitivos ajenos al principio de culpabilidad[74]. La imputación jurídico-penal de conductas delictivas a personas jurídicas sólo puede ser producto del reconocimiento de una capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas[75].

---

(72) Vid., Bajo Fernández, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 129.

(73) Vid., Baigún, *La responsabilidad penal*, pp. 32, 119 y ss.

(74) En este sentido, Otto, *Strafbarkeit*, p. 22; Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1109.

(75) En este sentido, Schroth, *Unternehmen*, p. 192; Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1108 y s.

c. Imputación personal con base en la culpabilidad

Como lo hemos indicado, el camino correcto para imponer sanciones penales a las personas jurídicas va por reconocer una culpabilidad de las mismas. La doctrina penal que se ocupa de ello no sigue, sin embargo, una misma línea de argumentación, sino que discurre entre dos modelos de interpretación. Mientras que un sector procura adaptar el concepto individual de culpabilidad a la persona jurídica, otros se dedican a desarrollar una categoría de la culpabilidad específica para las personas jurídicas, pero que se corresponda igualmente con la función propia del Derecho penal(76).

aa) La adaptación del concepto tradicional de culpabilidad

Para poder hablar de una adaptación del concepto de culpabilidad, debe presuponerse que no se trata de un concepto estático o absoluto, sino que su comprensión posee cierta historicidad(77). A lo largo de la historia de la dogmática penal han tenido lugar distintas concepciones de culpabilidad que aspiran a comprender o justificar mejor la imputación de un hecho delictivo a un sujeto. La posibilidad de incluir dentro de los sujetos con capacidad de culpabilidad jurídico-penal a la persona jurídica, ha dependido, en este sentido, de la concepción de culpabilidad asumida. Por ello, parece lógico decir que una representación individualista de la culpabilidad conduce forzosamente a negar la culpabilidad de las personas jurídicas(78), mientras que en una comprensión social de la culpabilidad podría admitirse de manera más fácil(79). No obstante, hay que indicar que

(76) Vid., BACIGALUPO, S., en *La responsabilidad penal*, García Cavero (ed.), p. 119.

(77) Vid., así, la concepción de KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 217 y ss.

(78) Precisamente en este sentido se dirigieron ya las críticas de BUSCH, *Grundfragen*, p. 81 a una concepción individualista de la teoría del delito que impide comprender también la realidad de las personas jurídicas o asociaciones. Se mantuvo en una visión individualista de la culpabilidad y negó, por ello, la responsabilidad de las personas jurídicas, LANGE, *JZ* 1952, p. 262 y ss.

(79) Actualmente se empieza a admitir por algunos como BRENDER, *Die Neuregelung*, p. 122; SCHROTH, *Unternehmen*, p. 198 y s., la capacidad de la persona

esta afirmación no es del todo correcta, pues aún partiéndose de un concepto de culpabilidad muy vinculado a sujetos individuales existen autores, como von Weber[80] o Hirsch[81], que han emprendido la labor de fundamentar desde una concepción individualista de la culpabilidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y lo mismo puede decirse, aunque en el sentido inverso, del reciente planteamiento de Jakobs, quien pese a fundamentar la culpabilidad desprendida de toda base individualista, ha negado la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas[82].

Las apreciaciones precedentes nos llevan a requerir en los intentos de fundamentación de una responsabilidad de las personas jurídicas no sólo una determinada concepción de culpabilidad, sino también la indicación de cómo a partir de tal concepto se puede llegar a fundamentar la pena a las asociaciones. Tiedemann, por ejemplo, parte de un concepto social de culpabilidad que le permite englobar la

---

jurídica a raíz de una configuración social de la culpabilidad. Por el contrario, Otto, *Strafbarkeit*, p. 17 y ss., niega que una normativización hacia lo social de la culpabilidad permita una responsabilidad de las personas jurídicas.

(80) Vid., von Weber, *Grundriss*, p. 109 y s.; El Mismo, *GA* 1954, p. 239 y s. En esta misma línea, Henkel, A. *Verantwortlichkeit*, p. 100 y ss.

(81) Vid., Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1009 y ss.; El Mismo, *ZStW* 107 (1995), p. 291 y ss. Sigue en general las líneas de su maestro, Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 194 y ss. Resulta paradójico en este sentido que el padre del finalismo, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 139, señale que sólo una persona individual puede ser culpable, pues sólo ella posee voluntad.

(82) Vid., así, el reciente parecer de Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 559 y ss., en donde niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas por carecer de autoconciencia (crítico ante este argumento, Orce, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 371 y ss.). En este sentido, parece negar las líneas de desarrollo que trazara en su manual de Derecho penal (*Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 45), en donde se mostraba al parecer abierto a una culpabilidad también de las personas jurídicas (crítico ante este primer parecer, Schünemann, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 137). Un desarrollo del primer punto de partida de Jakobs llevan a cabo Bacigalupo, S., en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 123 y ss.; De la Gándara Vallejo, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 63 y s.

llamada culpabilidad de organización de la persona jurídica(83), pero se ve en la necesidad de encontrar además la vía dogmática para vincular la culpabilidad de la persona jurídica con la acción de sus órganos, para lo cual recurre a una argumentación similar a la figura de la *actio libera in causa*(84). Del mismo modo, a HIRSCH no le basta el deber de la corporación de organizarse de manera que no se produzca ningún delito, sino que requiere además que el hecho hubiese podido evitarse por la corporación mediante una mejor selección y control de los órganos, una correcta política de negocios, etc.(85). En este sentido, la divergencia con estos planteamientos puede presentarse en dos niveles de discusión diferentes: por un lado, en la concepción de

(83) La culpabilidad por la organización se fundamenta en la ausencia de medidas de la empresa para garantizar un negocio conforme a Derecho y evitar conductas delictivas. Vid., sobre esto, TIEDEMANN, *NJW* 1988, p. 1172 y s.; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal*, 1996 Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/kl96.html [consulta: 3 de febrero 2002]; DERUYCK, *Verbandsdelikt*, p. 145 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 103 (1991), 728 y s.; BRENDER, *Die Neuregelung*, p. 101 y ss.; SCHROTH, *Unternehmen*, p. 191 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 101 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 30. Críticos se muestran SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 587; EL MISMO, *LK* § 14, n.m. 78; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 729; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 208; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html [consulta: 3 de febrero 2002]; GRACIA MARTÍN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.), p. 68 y s.; PÉREZ MANZANO, *AP* 2 (1995), p. 21 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 228 y ss.; EL MISMO, *Sanciones*, p. 69 y ss.; CARO CORIA, *RPCP* 11, p. 522. La idea de una culpabilidad por defecto de organización para fundamentar la pena a las asociaciones se encuentra presente de alguna forma ya en BUSCH, *Grundfragen*, p. 181.

(84) Vid., TIEDEMANN, *NJW* 1988, p. 1172 y s.; EL MISMO, en *Old ways*, Eser/Thormundsson (ed.), p. 170 y ss.; BRENDER, *Die Neuregelung*, p. 102; DERUYCK, *Verbandsdelikt*, p. 164; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 102 y s. Críticamente, SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 586 y ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 243 y s.; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 107 y ss.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 63; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 77 y s.

(85) Vid., HIRSCH, *ADPCP* 1993, p. 1122 y s. Críticamente, SCHÜNEMANN, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 136 y s.; CARO CORIA, *RPCP* 11, p. 523.

culpabilidad de la que se parte y, por el otro, en la fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas que se hace desde tal concepto.

La fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas a partir de un determinado concepto de culpabilidad constituye sobre todo una cuestión de coherencia y de ausencia de contradicción, de manera que un análisis crítico puede emprenderse por cualquiera, incluso por aquellos que no comparten el concepto de culpabilidad sobre el que se sustenta la argumentación. Hay que reconocer, sin embargo, que tales críticas no cuestionan en sí los intentos de adaptación del concepto individual de culpabilidad a las personas jurídicas, sino únicamente la corrección del hilo lógico de la argumentación a partir de cierto concepto de culpabilidad. Sólo mediante una discusión del concepto de culpabilidad asumido puede desestimarse la elaboración de un concepto unitario de culpabilidad, en tanto que solamente aquí cabe preguntarse si resulta conveniente un concepto de culpabilidad tan general que permita incluir dos realidades distintas, cuando menos en el plano empírico[86]. Por nuestra parte, consideramos que la ampliación del concepto de culpabilidad jurídico-penal para incluir la realidad de las personas jurídicas se hace a costa de afectar la identidad de la culpabilidad individual sobre la que se asienta todo el Derecho penal tradicional. La adaptación de la culpabilidad individual a las personas jurídicas lleva consigo el peligro de hacer perder consistencia al Derecho penal tradicional y hacer realidad el dicho popular de que lo que mucho abarca, poco aprieta[87]. Un único concepto de culpabilidad para personas

(86) Schroth, *Unternehmen*, p. 201 y s., no tiene problemas en equiparar culpabilidad individual y culpabilidad de la empresa a partir del destinatario de la norma, la formación de la voluntad delictiva y la capacidad de motivación. Críticamente frente al parecer de Schroth, Otto, *Strafbarkeit*, p. 19 y s.; Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 586, nota 55.

(87) Opuestos a una ampliación del concepto de culpabilidad tradicional para alcanzar a las personas jurídicas, Volk, *JZ* 1993, p. 435; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 267; El Mismo, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html [consulta: 3 de febrero 2002]; Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 180; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 217. Niega también una fundamentación unitaria para la pena de las personas

naturales y jurídicas no parece conveniente en atención a la determinabilidad de los criterios de imputación, pues generaría una situación de inseguridad conceptual que podría dar pie a la entrada de criterios ajenos de imputación a la lógica constitutiva del Derecho penal contemporáneo.

bb) Una culpabilidad propia para las personas jurídicas

De lo hasta ahora expuesto puede concluirse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede fundamentarse mediante el desarrollo de una culpabilidad propia de las personas jurídicas que se corresponda con sus particularidades(88). Negar tal posibilidad porque las personas jurídicas no tienen una existencia humana(89), constituye, según nuestro parecer, una reducción injustificada del panorama social. No cabe duda que se trata de realidades distintas en el plano empírico y que una identidad tampoco puede encontrarse en el plano ontológico, pues la individualidad de la persona jurídica a través de la libertad constituye desde ya una exigencia imposible de cumplir(90). Pero estas diferencias no impiden

---

naturales y jurídicas, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 179 y ss., si bien rechaza igualmente la posibilidad de un Derecho penal de las asociaciones.

(88) En este sentido van dirigidas las construcciones dogmáticas de HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 264 y ss.; LAMPE, *ZStW* (106), 1994, p. 732 y s.; DANNECKER, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 27; EL MISMO, *GA* 2001, p. 112 y ss. Anteriormente en este mismo sentido, BUSCH, *Grundfragen*, pp. 49, 55 y ss.; 63 y ss. En España defiende esta construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas GARCÍA ARÁN, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 54; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 230 y s. Críticos ante esta vía de fundamentación VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 183 y ss.; JAKOBS, *FS-Lüderssen*, p. 570 y s.

(89) ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 8, n.m. 58, por ejemplo, niega la capacidad de acción de las personas jurídicas por carecer de una sustancia psíquico-espiritual. Crítico frente a este parecer, SCHROTH, *Unternehmen*, p. 177.

(90) En este sentido, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 262 y s.; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html [consulta: 3 de febrero 2002]; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 723; DANNECKER, *GA* 2001, p. 107 y s. Por su parte OTTO, *Strafbarkeit*, p. 18;

que las personas naturales y las jurídicas participen en un orden único del sistema social[91], pese a reconocerse que la individualidad de las personas jurídicas se configura a través de criterios convencionales[92]. En este sentido, la persona jurídica no posee libertad[93], ni la toma prestada de las personas naturales que actúan como sus órganos o representantes[94], sino que conforma una culpabilidad propia que se ajusta a sus particularidades.

En la medida que la culpabilidad penal de la persona natural se sustenta todavía de manera dominante en el ejercicio de una libertad de actuación, la culpabilidad penal de las personas jurídicas no intenta sustentarse en una culpabilidad de acto. Es así como puede entenderse que las formulaciones actuales sobre la culpabilidad de la empresa discurren por una especie de culpabilidad de autor, como es el caso de Heine con la culpabilidad por la conducción de la

---

Busch, *Unternehmen*, p. 444, se apoyan finalmente en esto para rechazar la culpabilidad de las personas jurídicas, pues entienden que no son poseen la libertad de decisión de la persona individual.

(91) Vid., en este sentido, Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 724; Teubner, *KritV* 1987, p. 64 y ss.; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 70. Acepta la realidad de las personas jurídicas, pero rechaza que puedan tener capacidad delictiva como las personas naturales, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 179.

(92) Por ello no puede comprenderse a la persona jurídica si la libertad de asociación de las personas naturales que se manifiesta en un acuerdo convencional (contrato societario). Sobre las distintas formas jurídicas de las asociaciones, Busch, *Grundfragen*, p. 14 y ss.

(93) En este sentido, la persona jurídica no constituye una persona en sentido ontológico, si bien por una analogía puede utilizarse el mismo término, aunque reducido al ámbito social en el que actúa [similarmente, Lampe, *ZStW* 106 (1994), p. 723, Heine, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 103 y s.]. Si fuese una persona en sentido estricto podría incluso cuestionarse su disolución por los socios, en tanto le correspondería un derecho a seguir existiendo. De una opinión distinta, Busch, *Grundfragen*, p. 22, apoyado en las ideas de Binder. Crítico frente a este último parecer con razón, Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 568 y ss.

(94) Esto sucede, por ejemplo, en el llamado modelo de imputación mencionado por Heine, *SchwZStr* 120 (2001), p. 35; El Mismo, en *Verantwortung*, Alwart (Hg.), p. 95 y s.; Kremnitzer/Ghanayim, *ZStW* 113 (2001), p. 541 y ss.

empresa[95], sustentada en la libertad por conducción de vida de MEZGER[96], o el caso de LAMPE con la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa[97], sustentada en las ideas de ENGISCH[98]. Como puede verse, la culpabilidad de la empresa sería desde estas concepciones una culpabilidad que renuncia de alguna manera al acto por la falta de una libertad de acto. No obstante, llama la atención que tanto HEINE, LAMPE como BOTTKE requieran finalmente de efectos socialmente dañosos o un injusto de resultado mediante una acción de un miembro de la empresa respectivamente[99], por lo que podría decirse que se trataría de una fundamentación de la culpabilidad de la emprea desde el autor, pero con una condición de acto para la imposición de una pena. Por el contrario, en el horizonte moderno se presenta mucho más convincente el planteamiento de GÓMEZ-JARA DÍEZ, quien con base en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo considera que la empresa puede autoorganizarse de forma penalmente relevante y responder socialmente por dicha organización, de manera que no sería necesario abandonar la culpabilidad del acto para fundamentar una culpabilidad empresarial[100]. Pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, creemos que al final lleva a una identidad mediante conceptos tan abstractos que desdibuja aspectos irrenunciables de la persona[101].

---

(95) Vid., HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 249, 265 y ss., como administración defectuosa del riesgo en el manejo de la actividad empresarial (*Betriebsführungsschuld*).

(96) Vid., MEZGER, *ZStW* 1937, p. 675 y ss.

(97) Vid., LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 709, 715, como culpabilidad por el *carácter o ser así* de la empresa en el sentido de tener una organización deficiente o en una filosofía empresarial criminógena. En una línea similar, aunque con propios matices la concepción de culpabilidad de la empresa de BOTTKE, *wistra* 1997, p. 253, como reproche al sujeto colectivo como sistema autopoiético por su organización defectuosa.

(98) Vid., ENGISCH, *MschKrim* 1967, p. 108 y ss.

(99) Vid., BOTTKE, *wistra* 1997, p. 253; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 267; y LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 703, 716, 731).

(100) Vid., el desarrollo de su concepción, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, p. 201 y ss.

(101) Similarmente SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal*, p. 8 y ss.

En nuestra opinión, la culpabilidad de la empresa solamente puede alcanzarse mediante un concepto analógico[102]. Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, la empresa alcanza una individualidad derivada de su capacidad de autoorganización y desarrolla intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios[103]. La cuestión de cómo se determina esta identidad autónoma, requiere evidentemente de estudios de teoría de la organización que superan nuestra pretensión de una exposición general[104], aunque podemos adelantar que tal identidad va más allá de lo establecido en los estatutos y el organigrama formal de la persona jurídica[105]. La individualidad que adquiere la persona jurídica a través de su organización se muestra igual de palpable que en las personas naturales, aun cuando las particularidades dependan en ambos casos de estudios más específicos[106]. Una persona

---

(102) Por su parte, Gómez-Jara Diez, *RECPC* 08-05, habla de una equivalencia funcional con la culpabilidad individual.

(103) Una idea que se encuentra ciertamente ya en Busch, *Grundfragen*, p. 7 y ss., en el sentido de comunidad organizada: "esa falta de «realidad vital en si psicofísica» es compensada mediante el momento positivo de la vinculación supraindividual y de la *organización*" (las cursivas son nuestras). Actualmente, desde un punto de vista sistémico, Teubner, *KritV* 1987, p. 68; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 250; El Mismo, *SchwZStr* 120 (2001), p. 24 y s.; Gómez-Jara Díez, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 429 y ss.; El Mismo, «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», en *RECPC* 08-05 (2006). Escépticos ante estas consideraciones se muestran Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 48; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 177.

(104) Una breve exposición sobre la organización de la empresa, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 62 y ss.

(105) Como, por ejemplo, parecen reducirlo Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 569; Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 180; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 85, a los estatutos de la persona jurídica.

(106) Una cuestión central en este punto constituye la existencia de una autoconciencia o capacidad de reflexión de la persona jurídica a través de su organización (vid., las importantes afirmaciones en este línea de Gómez-Jara Díez, *RECPC* 08-06 (2006). En tanto niegan tal capacidad, von Freier, *Verbandsstrafe*, pp. 125 y ss., 180, y Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 568 y ss., rechazan ambos una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, Teubner,

jurídica se individualiza por su organización, la cual configura modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen(107).

La simple autoorganización de una persona jurídica no es suficiente, sin embargo, para fundamentar su responsabilidad jurídico-penal, en tanto se requiere además que la organización de la persona jurídica pueda defraudar expectativas sociales esenciales(108). Este segundo aspecto resulta posible por el reconocimiento de la socialidad de las personas jurídicas a raíz de su participación individualizada en el tráfico económico-patrimonial(109). La persona jurídica no

---

KritV 1987, p. 64, reconoce en la persona jurídica como capaz de autodescribirse y poseer, por tanto, identidad, a partir de lo cual pueden comprenderse también las posiciones de HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 248 y ss.; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 683 y ss.; SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 572, y de alguna manera también de SCHROTH, *Unternehmen*, p. 202, a favor de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un aspecto muy importante en el reconocimiento de la capacidad de autorreflexión de las personas jurídicas es lo destacado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss., en el sentido de que la persona jurídica, al igual que la persona natural, requiere una cierta complejidad interna para poder afirmar su capacidad de autoorganización, por lo que pueden diferenciarse empresas imputables y no imputables en función de su complejidad organizativa.

(107) Vid., así la llamada cultura o identidad corporativa, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskrimiminalität*, 22 y ss.; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), 698 y ss.; HEINE, en *Verantwortung*, Alwart (Hg.), p. 101 y s.; DANNECKER, *GA* 2001, p. 108; VON FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 22 y ss., 144, con consideraciones críticas. Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoiéticos, TEUBNER, *KritV* 1987, p. 74; SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 572; EL MISMO, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 132; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 75.

(108) Por esta razón, HIRSCH, *ADPCP* 1993, p. 1122; TIEDEMANN, *NJW* 1988, p. 1172; SCHROTH, *Unternehmen*, 206 y ss., requieren, además de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, un hecho de sus órganos que les permita mantener una culpabilidad por el hecho (¿ajeno?).

(109) Sobre la realidad social de las empresas, vid., EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, p. 145; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 95; EL MISMO, *wistra* 1997, p. 248; FELLINI, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.),

se presenta en este ámbito en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de negociación[110]. Es titular igualmente del estatus de ciudadano[111], lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad)[112]. La ausencia de derechos políticos atribuidos a la persona jurídica no puede cuestionar en lo absoluto la atribución del estatus de ciudadano[113], pues si se aprecia detenidamente la política, podrá constatarse con facilidad el papel relevante que tienen los partidos políticos y las empresas en las campañas electorales y en las decisiones de gobierno.

---

p. 433; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 65 y s. Pero esta participación en el tráfico económico-patrimonial no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse sólo a infracciones económicas, sino que, como lo señalan Dannecker, *GA* 2001, p. 115 y s.; Pieth, *SchwZStr* 120 (2001), p. 13; Kremnitzer/Ghanayim, *ZStW* 113 (2001), p. 555 y s., puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

(110) Vid., Hurtado Pozo, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 462.

(111) Vid., en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del Derecho estadounidense expuesta por Dannecker, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 6 y ss.; Weiland, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 55; Tiedemann, *Einführung*, p. 122, quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por Gómez-Jara Díez, *Referat*; El Mismo, *RECPC* 08-05, para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal. Por el contrario, Rodríguez Estéves, *El Derecho penal*, p. 310, cree que no es posible atribuir el estatus de ciudadano a las personas jurídicas.

(112) En este sentido, Teubner, *KritV* 1987, p. 73 y ss.; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 263 y s.; Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1109; El Mismo, *ZStW* 107 (1995), p. 292; Vogel, *JZ* 1995, p. 341; Wieland, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 58,. Crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales, von Freier, *Verbandsstrafe*, pp. 65, 77 y ss. También crítico se muestra Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 568, pero por la ausencia en la persona jurídica de una capacidad de tomar postura ante la norma, lo cual presupone el acoplamiento de una conciencia con la capacidad de expresión.

(113) Vid., esta apreciación, Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 83.

Con base en lo hasta ahora dicho puede concluirse que la individualidad y la socialidad de la persona jurídica permiten atribuirle el estatus de ciudadano en sentido jurídico-penal, de manera que están en plena capacidad de realizar culpablemente hechos delictivos. Culpabilidad jurídico-penal en las personas jurídicas, o mejor dicho imputación personal, significa haber manifestado socialmente una autoorganización en infracción de los roles que socialmente les corresponde a la personas jurídicas por su participación en el tráfico económico-patrimonial. Cómo se defraudan los roles atribuidos como ciudadano en el caso de las personas jurídicas, constituye una cuestión que corresponde resolver a la teoría de la imputación jurídico-penal del hecho.

B. La imputación jurídico-penal del hecho a la empresa: el injusto penal

Aunque la doctrina penal no haya alcanzado unanimidad sobre la cuestión de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, el tema del injusto penal de la empresa se ha comenzado a discutir vivamente porque muchos países han incorporado por razones políticas sanciones penales a las empresas sin haber dilucidado previamente en qué se fundamentan dogmáticamente las sanciones. En algunos casos se ha seguido simplemente la llamada *alter ego theory* o teoría de la identificación[114], desarrollada en el ámbito anglosajón[115], según la cual a la empresa se le atribuye el injusto de resultado realizado por sus órganos o representantes. En consecuencia,

[114] Sobre este modelo de responsabilidad por atribución, vid., KREMNITZER/GHANAYIM, *ZStW* 113 (2001), 541 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 161 y ss. Críticamente JAKOBS, *FS-Lüderssen*, p. 569 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 220 y ss.

[115] La teoría del *alter ego* tuvo su origen en Inglaterra por el juez Haldane (1915). Esta teoría está siendo actualmente cuestionada desde estudios procedentes del mismo ámbito angloamericano, en el sentido de fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en un defecto propio de organización, esto es, una culpabilidad propia de la persona jurídica [vid., las referencias bibliográficas en KREMNITZER/GHANAYIM, *ZStW* 113 (2001), p. 560, nota 89].

bastará con que la imputación jurídico-penal del hecho lesivo se haga objetiva y subjetivamente al órgano o representante de la empresa, sin que sea necesario fundamentar nada adicional en relación con ella[116]. Esta configuración del injusto penal tiene, sin embargo, serios incovenientes. En primer lugar, permitiría sustentar una responsabilidad penal por el hecho de tercero[117] y, en segundo lugar, tendría que aceptar que el representante de la empresa no ha actuado a título personal y, por tanto, no podría responder penalmente. Sólo la persona jurídica sería responsable penal por el injusto cometido. Pero si, como sucede con muchas legislaciones, se pretende imputar responsabilidad penal tanto al órgano o representante de la empresa como a la empresa misma se llevaría a cabo una doble imputación penal con base en un mismo hecho, siendo dogmáticamente difícil argumentar, al menos en nuestro sistema dogmático, la imputación penal de un hecho en dos niveles distintos de organización[118]. El hecho del órgano no puede imputarse a la persona jurídica en el Derecho penal, sino que se trata siempre de una organización propia del actuante[119].

Las críticas a la configuración del injusto penal de la empresa como la imputación del injusto realizado por su órgano o represen-

---

(116) Vid., igualmente en el sentido de imputar la acción del órgano, Schmitt, *FS-Lange*, p. 877; von Weber, *GA* 1954, p. 238; Tiedemann, *NJW* 1988, p. 1172; Brender, *Die Neuregelung*, p. 54 y ss.; Ackermann, *Strafbarkeit*, p. 239; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 198, 240 (quien en el caso de personas jurídicas no habla de una acción, sino de una imputación de la acción de sus órganos a la persona jurídica).

(117) Así fundamentalmente la crítica de Schünemann, en *XXV Jornadas*, p. 283 y ss.; Robles Planas, *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com, p. 5.

(118) En este sentido, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 98, en tanto sostiene que hay una circularidad en la construcción de esta imputación; Köhler, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 84; Alwart, *MschrKrim* 1995, p. 199; Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 565; Cesano, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 3, www.unifr.ch/derechopenal/articulos/Cesano2.3 [consulta: 20 de diciembre 2002], p. 3 y ss. Mantiene, por el contrario, un sistema de doble imputación, Baigún, *La responsabilidad penal*, p. 27 y s.

(119) En este sentido, Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 565.

tante, ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que el injusto de la empresa es un injusto propio consistente en una organización defectuosa[120] atribuible directamente a la persona jurídica que ha favorecido la realización de un injusto de resultado del órgano o representante[121]. Como puede verse, la persona jurídica realizaría un injusto propio de organización diferente a los injustos de resultado de sus órganos o miembros. En este sentido, el injusto de la persona jurídica sería uno solo: un injusto de organización. En términos dogmáticos incluso podría castigarse a la persona jurídica por la sola realización de un injusto de organización, aunque ningún miembro haya realizado (aún) un injusto de resultado. Esta situación no parece compatible con un sistema penal anclado en los injustos de resultados[122], aunque podría corregirse, en términos de mínima intervención, estableciendo como condición objetiva de punibilidad la realización e un injusto de resultado por parte de un miembro de la empresa.

Por nuestra parte, sin embargo, consideramos que el defecto de organización de la persona jurídica no forma un injusto independiente del injusto de los órganos o miembros de la empresa, sino que se trata de un hecho común único como en el caso de la autoría y participación. Puede incluso que el órgano o representante no sea responsable por la producción del resultado desvalorado, pero la empresa sí lo sea, como sucede en los casos en los que la organización del órgano se muestra individualmente correcta y lo que fracasa

---

(120) El planteamiento original de esta culpabilidad por organización defectuosa fue desarrollado por TIEDEMANN [*NJW* 1988, p. 1172; *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), p. 118] en el Derecho de contravenciones alemán. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 167 y s., cuestiona que este criterio sea un modelo de responsabilidad por hecho propio, pues entiende que siempre será necesario recurrir al hecho de una persona física (órganos de control o vigilancia).

(121) Sostiene también que el hecho debe imputarse directamente a la persona jurídica, GARCÍA ARÁN, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 54.

(122) Vid., así, SCHÜNEMANN, en *XXV Jornadas*, p. 292; ROBLES PLANAS, *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com, p. 15.

es la organización global de la empresa[123]. En este contexto de ideas, la persona jurídica, como titular de un ámbito de organización, utiliza la configuración organizativa de sus órganos y miembros[124]. Por el contrario, si la prestación del órgano trae consigo además una infracción de sus propias competencias, cabrá perfectamente atribuirle responsabilidad penal junto con la persona jurídica. Pero debe quedar claro que se trata de una responsabilidad penal de cada uno que se sustentaría en sus propios ámbitos de organización[125]. La persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización[126]. No se trata, por tanto, de una infracción de sus órganos o representantes que simplemente se le imputa a la persona jurídica, sino de una infracción propia de la persona jurídica[127]. La persona

---

(123) A diferencia de la teoría de la identificación en donde se presentarían vaciós de punibilidad si la acción del órgano no resulta típica, pero en conjunto la acción de la empresa sí lo es. Vid., por ello, críticamente, Kremnitzer/Ghanayim, *ZStW* 113 (2001), p. 562 y ss.; Seelmann, *FS-Niklas Schmid*, p. 174; Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), pp. 163 y ss., 166.

(124) Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73, nota 128 reconoce la competencia por organización en una organización incluso cuando las personas naturales actuantes no son *per se* competentes.

(125) Similarmente, Orce, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 385.

(126) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 73, nota 148; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 66. Similarmente Hirsch, *ZStW* 107 (1995), p. 291, en el sentido de infracción de deberes jurídicos.

(127) Vid., en este sentido, como acción de la persona jurídica, Teubner, *KritV* 1987, p. 63; Schroth, *Unternehmen*, p. 187 y ss.; Willke, *Systemtheorie*, p. 178; Hirsch, *ZStW* 107 (1995), p. 289; Pieth, *SchwZStr* 120 (2001), p. 4; Heine *SchwZStr*, 120 (2001), p. 24; Seelmann, *FS-Niklas Schmid*, p. 177; Zugaldía Espinar, *CPC* 53 (1994), p. 624. Como un injusto propio que no se corresponde necesariamente con una acción, se presenta la actitud criminal de Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 571 y ss., o el injusto del sistema de Lampe, *ZStW* 106 (1994) p. 723. En España, Gracia Martín, *en La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 40, rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas precisamente porque éstas pueden ser sujeto de imputación, pero no sujeto de acción. Siguen en nuestro país los planteamientos de

jurídica realiza una acción jurídico-penal en la medida en que, por la infracción de su rol, defrauda expectativas normativas de conducta esenciales[128]. La infracción penalmente relavante de los roles por parte de las empresas se pueden expresar, al igual que en las personas naturales, como delitos de dominio o delitos de infracción de un deber.

a. Los delitos de dominio

La persona jurídica, en tanto ciudadano, es poseedora de un rol general que le permite configurar libremente su esfera de organización[129]. Como contrapartida a esta libertad de organización, se le impone el deber de evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas[130]. Si la persona jurídica infringe este deber negativo, deberá ser responsable por las consecuencias del exceso en su propia organización, lo cual se castiga mediante los llamados delitos de dominio[131]. Dado que los presupuestos normativos de los delitos de dominio cometidos por personas jurídicas terminan siendo los mismos que los cometidos por personas naturales, no existe una razón justificada para darle a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una configuración dogmática propia[132]. No obstante, parece evidente que tampoco podemos

---

Gracia Martín, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 137; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 116.

(128) Por el contrario, ALWART, *ZStW* 105 (1993), p. 756 y s., entiende que en el contexto (gramatical) actual sólo el sujeto individual puede actuar, lo cual está negado a los colectivos.

(129) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *RPDJP*, 1 (2000), p. 524.

(130) Vid., GÓMEZ-JARA DIEZ, *RECPC* 08-05.

(131) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73, nota 128.

(132) En otra dirección, la propuesta de interpretación esbozada por LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 687 y ss., quien señala que la dogmática de las acciones de injusto debe complementarse con la dogmática de los sistemas de injusto. Los sistemas de injusto surgen de la relación entre injusto y sociedad, de manera que se trata de sistemas sociales, de relaciones organizadas de individuos. Hay siste-

hablar en los mismos términos, pues el nivel de complejidad de la organización de una persona jurídica resulta mucho mayor que la que posee, por lo general, una persona natural. Por esta razón, puede comprenderse perfectamente los esfuerzos de la doctrina penal por desarrollar una teoría de la imputación objetiva[133] y subjetiva[134] para las personas jurídicas que atienda a sus propias particularidades. En esta exposición general del Derecho penal económico no vamos a ocuparnos, sin embargo, de desarrollar tal particularización de la imputación jurídico-penal, pues excede el marco legislativo que nos hemos establecido: la legislación penal peruana. Sólo quisiéramos precisar algunos aspectos referidos a la autoría y la participación de la persona jurídica, pues ello nos permitirá una mejor comprensión de muchos puntos de la legislación penal vigente, como, por ejemplo, la regulación del actuar en lugar de otro.

Como lo ha puesto de relieve Jakobs de modo convincente, el dominio fáctico del hecho no constituye el criterio normativo de imputación en los delitos de dominio, sino la competencia por el dominio[135]. En este sentido, no se requiere que la persona jurídica

---

mas de injusto simples y constituidos, los primeros son los casos de autoría y participación, mientras que los segundos se dividen en tres clases: sistemas con finalidad criminal (asociaciones criminales), sistemas potencialmente criminales (la actitud criminal de las empresas) y sistemas criminalmente pervertidos (instituciones estatales ilícitas). En el caso que nos interesa –el de la actitud criminal de las empresas–, el injusto del sistema tiene lugar en la deficiencia organizativa, aunque debido al injusto de relación este injusto (de la organización) tiene que vincularse con un injusto de resultado.

(133) Vid., así, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 253 y ss., 271 y ss.; El Mismo, en *Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), p. 114, con los criterios de una defectuosa administración del riesgo y la realización de un peligro típico de la empresa. Similarmente, Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 379 y ss.

(134) Vid., sobre esto, Hirsch, *ZStW* 107 (1995), p. 312 y ss.; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 258; El Mismo, en *Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), p. 115; Dannecker, *GA* 2001, p. 119 y s.; Kremnitzer//Ghanayim, *ZStW* 113 (2001), p. 556 y ss.; Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 175 y ss.

(135) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 21, n.m. 3; El Mismo, en *Modernas tendencias*, p. 621 y s.

realice por sí misma el hecho –una imposibilidad física–, sino que se trata de un riesgo por cuyo dominio es competente la persona jurídica. En el caso de delitos cometidos desde la empresa siempre tendrá que participar fácticamente una persona natural como miembro de la organización, pero, debido a que no interesa el dominio fáctico del hecho, la determinación jurídico-penal de la autoría no tendrá necesariamente que incluir a esta persona natural[136]. Sólo en caso que la persona natural sea también competente por el dominio del riesgo, puede plantearse una posible organización conjunta del hecho, a no ser que la persona jurídica no resulte competente por el dominio del hecho y se presente, por tanto, una responsabilidad penal sólo de la persona natural. En caso de existir desde el punto de vista normativo un dominio conjunto del hecho entre la persona jurídica y la persona natural (reparto del trabajo vinculante[137]), será necesario recurrir a criterios cuantitativos para decidir si tiene lugar una coautoría o una participación[138]. Los intervinientes han infringido colectivamente los deberes negativos que les corresponden como ciudadanos[139], por lo que habrá que precisar únicamente la mayor o menor gravedad de la infracción de tales deberes. En la mayoría de los casos se considera que los hechos anteriores o preparatorios constituyen una infracción menos grave que los actos de ejecución[140], pero en el plano normativo esto no tiene que ser necesariamente así[141]. Puede, por tanto, que el miembro de la empresa

(136) La mera causación no puede fundamentar la codelincuencia; así, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 623.

(137) Vid., sobre esto, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 625; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 66.

(138) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 3; EL MISMO, *PJ* 59, p. 130 y ss.; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 623; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 70 y ss.

(139) Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 633: "*Infracción colectiva del deber*, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata" (cursivas en el original).

(140) Vid. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 72 y s.

(141) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 630; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 316 y s.

que ejecuta finalmente la acción prohibida infrinja levemente su deber específico, a diferencia de la persona jurídica que ha organizado completamente el hecho delictivo, de manera que su responsabilidad penal resulte limitada al ámbito de la complicidad[142].

b. Los delitos de infracción de un deber

La persona jurídica puede ser también portadora de un rol especial en virtud de una vinculación institucional que le obliga a cumplir con deberes positivos y mantener así una situación social deseable[143]. En la economía moderna puede apreciarse con mucha facilidad la existencia de ciertas competencias institucionales atribuidas a personas jurídicas. La creciente complejidad de los distintos sectores económicos obliga a la Administración, por ejemplo, a delegar en los administrados ciertas competencias en principio reservadas a organismos públicos, en la medida que le resulta imposible controlar suficientemente todos los ámbitos económicos sujetos a supervisión. En este contexto puede comprenderse el delito de negación de información económica requerida del artículo 242 del Código penal. Si bien este delito sanciona directamente a los directores y administradores de la empresa, no cabe duda que su fundamento se encuentra en una competencia institucional atribuida a la persona jurídica.

---

[142] Vid., así Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 402. En la jurisprudencia alemana llama la atención la sentencia del OLG Braunschweig, en *NJW* 1954, p. 1777, que asume de alguna manera esta posición al sancionar penalmente como cómplice en la organización de una lotería no autorizada al colector de tal lotería, a pesar de que el organizador era una persona jurídica. Sobre la posibilidad dogmática de sancionar al ejecutor como cómplice, Schild, *Täterschaft*, p. 44 y s. Críticamente frente a este parecer, Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 23 y s.; Roxin, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 170 y s.

[143] Vid., en este sentido, García Cavero, *RPDJP* 1 (2000), p. 527 y s. Sobre las competencias institucionales, vid., en general, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7, Apdo 29, n.m. 57 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 142 y ss.; El Mismo, en *Modernas tendencias*, p. 641; Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt*, p. 79 y ss.

La configuración de la autoría en los delitos de infracción de un deber no depende de la competencia por el dominio del hecho, sino de la infracción de una competencia institucional específica[144]. En este sentido, el obligado institucionalmente responderá por no haber contribuido a la configuración de una situación socialmente deseable[145], lo que, por otro lado, conlleva que en ningún caso podrá considerársele un partícipe, sino que será siempre un autor[146]. Si la persona jurídica se encuentra obligada institucionalmente, la vulneración de la relación institucional debería hacerla penalmente responsable a título de autor. Los miembros de la empresa que han participado fácticamente en el hecho no podrán responder como autores del delito de infracción de un deber[147], sino solamente en virtud de propias competencias por organización[148] o institucionales. En nuestra regulación penal, sin embargo, las competencias institucionales de la persona jurídica se transfieren a determinados miembros de la misma mediante la regla general del actuar en lugar de otro o en los propios tipos penales de la parte especial[149], lo que permite sancionarles directamente aunque no posean el rol especial exigido. Sobre las particularidades de este caso de actuar en lugar de otro nos ocuparemos más adelante.

Hay que indicar finalmente que para la imposición de una pena no interesa determinar si la defectuosa estructura organizativa de la persona jurídica se mantiene o existe una actitud colectiva criminógena, sino simplemente que la persona jurídica se ha organizado de

---

(144) JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 21; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 67.

(145) Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 641.

(146) Vid., en este sentido, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, p. 148.

(147) Ya hemos precidado que los extranei no pueden responder ni siquiera como partícipes en el delito de infracción de un deber. No hay forma de que el dominio de pie a una institución específica.

(148) Sobre este supuesto, en general, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68 y s.

(149) Por el contrario, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68, considera que los deberes institucionales son intransferibles.

una manera tal que ha defraudado expectativas sociales esenciales. Si la organización permanente de la empresa se muestra defectuosa o existe una actitud o filosofía criminógena de forma tal que levanta la sospecha de futuros delitos, entonces resultará una cuestión central para la imposición de medidas de seguridad, pero no para una pena.

2. La responsabilidad penal de los miembros de la empresa

Aun cuando pueda considerarse a la persona jurídica una unidad de imputación, las personas naturales, cuyas prestaciones forman parte de la organización de una empresa, no pierden su propia identidad, esto es, no se constituyen en simples partes de la corporación(150). En consecuencia, pueden también responder penalmente por la realización de un delito cometido desde la empresa. Los estudios de Derecho penal de la empresa se ocupan precisamente de desarrollar los mecanismos dogmáticos de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa. Hay que señalar, sin embargo, que esta determinación de la responsabilidad de los miembros de la empresa no se limita a las infracciones propias de su ámbito personal de actuación, sino que incluye también aspectos de la organización de la empresa que no pueden cubrirse penalmente debido a la irresponsabilidad penal de las mismas en nuestro sistema penal(151). Como ya tuvimos oportunidad de indicarlo de manera general, estas construcciones dogmáticas parten de la cuestionable idea de una acción individual realizada por un sujeto individual, lo cual trae consigo una considerable limitación de las posibilidades de imputación de responsabilidad penal en el ámbito de la empresa(152).

---

(150) Vid., sobre esto, Spaemann, *Personen*, p. 47.

(151) En este sentido, resulta correcta la apreciación de Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 214, que los criterios de imputación o desconocen la realidad de la autoría del sistema o recurren a paradigmas ajenos al Derecho penal.

(152) Schünemann, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 224 y s.; Zúñiga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré Olivé/Anarte Borrallo (eds), p. 205.

A. Los mecanismos actuales de imputación de base naturalista

La determinación tradicional de la responsabilidad penal en el seno de la empresa parte de ubicar a la persona que ha producido directamente el resultado lesivo penalmente relevante. Este esquema de determinación de la responsabilidad penal que funciona, sin mayores complicaciones, en la produción individual de un homicidio, apenas resulta útil en el caso de delitos cometidos en el seno de la empresa. Si acaso, resultaría adecuado solamente para el caso de una empresa individual, cuyas estructuras no se han diferenciado y el manejo completo de la actividad económica se mantiene plenamente en las manos de una persona o una cúpula dirigencial. No obstante, si la empresa ha diferenciado la propiedad de la gestión, la decisión de la ejecución, los canales de flujo de la información y las labores de coordinación, no resulta difícil concluir que el esquema tradicional de imputación penal llevaría a la llamada "organizada irresponsabilidad" en el ámbito de la empresa[153]. El sistema penal se mantiene en lógica tradicional de imputación de responsabilidad penal, por lo que ha ensayado tanto en el plano legislativo como jurisprudencial mecanismos de imputación para evitar los intolerables vacíos de impunidad generados por la organizada irresponsabilidad. En concreto, se ha recurrido a técnicas de tipificación como los delitos de peligro concreto y las diversas formas de culpa, así como la flexibilización de diversos criterios de imputación como la responsabilidad por omisión y las diversas formas de autoría y participación. Veamos detenidamente cómo se ha hecho esto.

a. Los delitos de peligro abstracto

En primer lugar, resulta usual configurar los tipos penales del Derecho penal de la empresa como *delitos de peligro abstracto*, de manera que pueda castigarse el solo aporte preparatorio realizado por

---

(153) Vid., sobre la llamada organizada irresponsabilidad en la empresa moderna, SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 572 y ss.; EL MISMO, en *XXV Jornadas*, p. 274 y s.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 31 y ss.; EL MISMO, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 91y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 151 y ss.

un miembro de la empresa que, por sí mismo, no afecta aún el bien jurídico protegido[154]. Un ejemplo claro de esta forma de proceder es el delito de contabilidad paralela del artículo 199 del Código penal que castiga el incumplimiento de las disposiciones mercantiles o administrativas que imponen una manera determinada de llevar la contabilidad[155]. Se trata claramente de un acto de desobediencia que, por sí mismo, no podría fundamentar una responsabilidad penal[156]. Para poder fundamentar esta responsabilidad penal se vincula este acto de desobediencia con un bien jurídico, de lo que se encarga la doctrina penal al considerar este acto como dirigido, por lo general, a afectar patrimonialmente en el futuro a la persona jurídica o a posibles acreedores de la misma[157]. Esta fundamentación dogmática se muestra, sin embargo, altamente cuestionable desde la perspectiva de la lesión de un bien jurídico individual (patrimonio) y tampoco sirve de mucho su formulación mediante bienes jurídicos intermedios o abstractos, en tanto se mantiene en la misma línea de interpretación, llevando a cabo solamente un cambio nominal. Si bien la incriminación de conductas de peligro abstracto permite formalmente una sanción a un sujeto individual, su justificación material resulta apenas conciliable con la exigencia de incriminar solamente aquellas conductas que lesionan o pongan en peligro un bien jurídico.

b. Los delitos culposos

La ampliación del ámbito de responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma, se ha llevado a cabo también mediante la incriminación de mayores espacios de

---

(154) Vid., sobre este fenómeno en el Derecho penal económico denominado "autor en virtud de la ley" sobre todo en los casos de complot, Volk, *FS-Roxin*, p. 565 y ss.

(155) Vid., García Cavero, *Fraude*, p. 106.

(156) Vid., en este sentido, Kindhäuser, en *Hacia un Derecho penal*, p. 452; Gracia Martín, *La infracción*, p. 42.

(157) Similarmente, para delitos societarios de la legislación penal alemana, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 190.

culpa[158], como sucede, por ejemplo, en delitos como el tráfico de productos nocivos (artículo 288 segundo párrafo)[159], en los atentados contra el sistema crediticio (artículo 210) o en los delitos contra el medio ambiente (artículo 304). En estos supuestos, los miembros de la empresa no sólo responderán por haber contribuido dolosamente a la realización de los delitos económicos mencionados, sino también por haber infringido en general determinados deberes de cuidado, sobre todo aquellos cuya infracción configura la llamada culpa por emprendimiento[160]. Actualmente se discute incluso sobre la posibilidad de aceptar una coautoría culposa[161] y el castigo de la participación imprudente[162], lo que facilitaría la imputación general de deberes de cuidado en todos los niveles de la empresa. Esta ampliación de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa a través de la incriminación de la culpa, no resuelve, sin embargo, los problemas de vinculación de la infracción del deber de cuidado con el resultado típico[163], derivados de la compleja orga-

---

(158) Vid., en este sentido el paso de los delitos dolosos a los culposos en el ámbito de la empresa mostrado por RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 201 y ss.

(159) Vid., la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 996-98 de 1 de julio de 1998 [*Diálogo con la jurisprudencia*, 25 (2000), p. 160 y s.].

(162) Sobre el uso de esta forma de culpa en el Derecho penal económico, VOGEL, Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5.

(161) Defienden una coautoría en los delitos culposos, con diferentes matices, WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 146 y ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 67 y ss.; OTTO, *Strafbarkeit*, p. 9; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 175 y ss.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 181 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *FS-Roxin*, p. 326; SCHAAL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 209 y ss.; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 322. En contra de la coautoría culposa, BOCK, *Produktkriminalität*, p. 79; SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, pp. 43, 48. Un camino intermedio, RIEDO/CHVOJKA, *SchwZStr* 120 (2002), p. 152 y ss.

(162) Vid., PAREDES CASTAÑÓN, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425.

(163) Sobre la necesidad de vincular la infracción del deber con la realización del resultado en los delitos culposos cometidos de la empresa, OTTO, *Jura* 1998, p. 411.

nización de las empresas modernas[164]. La única forma de poder salvar estos inconvenientes sería considerar el resultado como una simple condición objetiva de punibilidad, centrando el injusto, por tanto, en la sola infracción de un deber de cuidado. Una comprensión tal del injusto resultaría, sin embargo, también poco compatible con la idea del delito como lesión individual de un bien jurídico concreto, pues convertiría el delito en una simple infracción de deberes del tráfico.

c. Los delitos de omisión

La responsabilidad penal de personas naturales por delitos cometidos desde la empresa se ha intentado fundamentar también a través de *la omisión*. Por un lado, se ha recurrido a la figura de la comisión por omisión con base en una posición de garante del titular de la empresa frente a los delitos cometidos desde la empresa[165]; y, por el otro, se ha propuesto la creación de un deber de vigilancia del titular de la empresa frente a posibles delitos cometidos desde la misma[166]. Veamos esto de manera más detenida.

aa) La posición de garantía del titular de la empresa

Una forma de cubrir los vacíos de punibilidad derivados de la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en la configuración jurídico-penal de una posición de garantía del titular de la empresa. Si bien desde hace mucho se ha reconocido en la discusión doctrinal la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados, el debate sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad[167]. A pesar

---

(164) Vid., en este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 145.

(165) Vid., Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 173; Schünemann, *GS-Meurer*, p. 50; Bacigalupo Zapater, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 65. En el Perú, Reátegui Sánchez, *El delito de omisiñon impropia*, p. 19.

(166) Vid., Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 173.

(167) Esta discusión ha empezado propiamente con los trabajos de Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 12 y ss.; Göhler, *FS-Dreher*, p. 611 y ss.

de los distintos trabajos doctrinales ya emprendidos y la extensa jurisprudencia en Alemania, tampoco existe suficiente claridad sobre el alcance de esta figura[168]. Dos son los aspectos que se presentan especialmente discutibles: el fundamento y los límites de la posición de garante del titular de la empresa[169].

En lo que atañe al fundamento de la posición de garantía del titular de la empresa, existe prácticamente unanimidad en el rechazo a una teoría de las fuentes formales de la posición de garantía y el recurso, más bien, a teorías materiales[170]. El consenso de la doctrina llega incluso hasta su ubicación en la clasificación de las posiciones de garantía ofrecida por la teoría de las funciones de Armin KAUFMANN[171]; más exactamente, que la posición de garantía del empresario no se deriva de una función de protección de un determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro[172]. No obstante, esta clasificación de las posiciones de garantía ha sido objeto de crítica en el sentido de no mostrar con suficiente claridad su fundamento[173], por lo que numerosos estudios

---

(168) Vid., así, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 525; WALTER, *Pflichten*, p. 1.

(169) Vid., en este sentido, BOTTKE, *wistra* 1991, p. 85; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 203.

(170) Vid., así desde un principio, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 13 y ss.; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 619; TIEDEMANN, en *Tagungsberichte* 10, I, p. 207; SCHÜNEMANN, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 237; BACIGALUPO ZAPATER, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 66. Una reintroducción de consideraciones formales en la fundamentación de la posición de garantía del empresario realiza, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 146 y ss.

(171) Vid., con mayor detalle, KAUFMANN, Armin, *Dogmatik*, 283 y ss.

(172) Vid., así, con distintos matices THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 15; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 620 y s.; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, p. 272; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 614; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 116; MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 16.

(173) Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 242; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 27; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 2; WALTER, *Pflichten*, p. 40 y s.; BATISTA GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 123.

se han abocado precisamente a cumplir esta tarea[174]. La mayor investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado finalmente a que en la actualidad la doctrina penal configure la posición de garante del titular de la empresa con base en diversos criterios: la injerencia[175], la relación de autoridad sobre los dependientes[176] o el dominio sobre fuentes de peligro[177]. En función de la asunción de uno u otro fundamento, las consecuencias penales

---

[174] Así, por ejemplo, la idea del dominio en Schünemann, *Grund und Grenzen*, p. 229 y ss.; la "figura central del suceso" en Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik*, p. 96 y ss.; o las "expectativas sociales" en Otto/Brammsen, *Jura* 1985, p. 536 y ss.

[175] Admiten una fundamentación por injerencia, en tanto no interesa si el riesgo es antijurídico o no, Seelmann, *NK* § 13, n.m. 131; Bock, *Produktkriminalität*, p. 128 y ss.; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 223; Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 212; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 144. Rechaza esta posibilidad, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 16, en la medida que, por el contrario, entiende la injerencia como un comportamiento previo jurídicamente desaprobado. Por su parte, Hilgers, *Verantwortlichkeit*, pp. 135 y ss.; 152, recurre a la idea del comportamiento precedente, pero no sólo como peligroso, sino también como asunción de responsabilidad.

[176] En este sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 17; Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 101 y ss; El Mismo, *ZStW* 96 (1984), p. 310; El Mismo, *GS-Meurer*, p. 50 y s.; Rogall, *ZStW* 98 (1986), p. 618; Bacigalupo Zapater, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 75; Batista González, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 125; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 903.

[177] Vid., con matices propios, Jescheck, *LK* § 13, n.m. 45; Rudolphi, *SK* § 13, n.m. 32, 35; Vest, *SchwZStr* 105 (1988), p. 300 y ss.; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 171 y s.; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 118; El Mismo, *SchwZStr* 119 (2001), p. 32; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 16; Ransiek, *Unternehmenstrafrecht*, p. 33 y ss.; Bottke, *Haftung*, p. 25 y ss.; El Mismo, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89; Hoyer, *Verantwortlichkeit*, p. 32; Walter, *Pflichten*, p. 143 y s.; Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 125 y s.; Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 40; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 48. Aceptan esta posibilidad de fundamentación en determinados supuestos, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 36; Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 213; Gimbernat Ordeig, *FS-Roxin*, p. 661; Mazuelos Coello, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 180.

pueden variar, como se ha puesto de manifiesto en el tema de la responsabilidad penal por la omisión de las llamadas de retirada de productos defectusos. Por otra parte, en determinados delitos, como por ejemplo el medio ambiente, algunos autores consideran que el fundamento de la posición de garantía se encuentra en una posición de deber específico, de manera tal que no se requerirá una forma especial de dominio en el garante, sino solamente la existencia de un deber institucional específico[178].

La discusión se torna más polémica cuando se entra en los límites de la posición de garantía. Por una parte, se plantea la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones el titular de la empresa resulta garante. Respecto de los miembros de la empresa –se afirma– no existe mayores dificultades, pues la relación de autoridad del titular de la empresa justificaría la posición de garantía[179]. La discusión se centra en las personas ajenas a la empresa, pero que realizan actividades dentro de la organización de la misma. La doctrina penal se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa[180], mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización[181]. Por otra parte, se discute sobre el tipo de acciones por las que el titular de la empresa aparece como garante, siendo la doctrina penal prácticamente unánime al restringir la posición de garantía a las acciones vinculadas a la actividad empresarial[182],

---

(178) Vid., amoliamente, WITTECK, *Der Betreiber, passim*.

(179) Vid., en este sentido, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 17; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 620 y s.

(180) Vid., así, LANDSCHEIDT, *Zur Problematik*, p. 111; SCHUBARTH, *SchwZStr* 92 (1976), p. 390 y s.

(181) Limitadamente, para personas sobre las que existe un poder de dirección por parte del titular de la empresa, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 18 y s. De manera más amplia, GIMBERNAT ORDEIG, *FS-Roxin*, p. 661.

(182) Vid., THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 19 y ss.; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 621; BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 277; SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, I, p 65 y ss. De una opinión contraria, en el sentido de incluir también los excesos, GIMBERNAT ORDEIG, *FS-Roxin*, p. 661.

aunque ciertamente no se limita a delitos económicos, sino que incluye delitos contra la vida, la integridad física, el honor, etc[183]. Se destaca, en este sentido, que la simple posibilidad de impedir un delito desde la empresa no puede fundamentar aún la responsabilidad penal de garante del titular del negocio, sino que es necesario que se trate de hechos que se deriven de sus facultades de mando o administración[184].

El problema de la posición de garantía en la empresa resulta todavía más complejo cuando el titular del negocio delega sus funciones de administración y control en los llamados directivos o se trata simplemente de socios fundadores que en ningún momento han asumido funciones de dirección en la empresa. En efecto, la discusión sobre la posición de garantía en la empresa se centró, un primer momento, en el titular de la empresa, como se desprende de la propia denominación que se le ha dado a este instituto jurídico-penal. Sin embargo, este entendimiento solamente se explica en las primeras formas empresariales en las que el titular de la empresa asumía la gestión del negocio, pues el desarrollo actual del fenómeno societario ha producido una escisión entre la propiedad y el control de la empresa[185], que ha traído como consecuencia que la posición de garantía en la empresa no se plantee respecto del empresario, sino respecto de los directivos o administradores de la empresa[186]. El modelo de empresa no es más la empresa individual, en la que el empresario dirige efectivamente la empresa, sino una empresa en la

---

183 En este sentido, Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 215 y s. Por el contrario, limita esta deber solamente a delitos graves, Brammsen, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 277.

184 Vid., en este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 116 y ss.; Otto, *Jura* 1998, p. 413.

185 Sobre este fenómeno, Silva Sánchez, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 365; Ferré Olivé, *Revista penal* 1 (1998), p. 21; Suárez González, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 214 y s.; Meini Méndez, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 18 de julio 2004); Zúñiga Rodríguez, *Actualidad jurídica* 91 (2001), p. 50.

186 Vid., en este sentido, Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión*, p. 109 y ss.

que los propietarios son sólo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de la misma, como lo muestran las diversas empresas que cotizan en bolsa. La posición de garantía respecto a las actividades de la empresa deberá pasar del empresario a los directivos de la empresa, independientemente de si éstos son también propietarios de la misma.

En la lógica del delito de omisión impropia, la posición de garantía de los directivos o administradores sólo podría admitirse como un supuesto de delegación de los deberes de control y vigilancia sobre los riesgos que se desprenden de la actividad empresarial(187), aunque habría que resaltar que esta situación no lleva consigo necesariamente la liberación completa de responsabilidad por parte del dueño del negocio(188). Sobre el titular de la empresa delegante permanecerían ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podrían fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal(189). No obstante, se presentan serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón, un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se tratará, más bien, de una simple participación por omisión(190), de un incumplimiento de deberes de salvamento(191) o de una omisión pura de deberes de vigilancia(192).

---

(187) Vid., así, ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 619; OTTO, *Jura* 1998, pp. 411, 413.

(188) En este sentido, BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 273 y s.; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 96 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 218. De una opinión contraria en el sentido que la posición de garantía decae, SCHUTZBACH, *Die strafrechtliche Verantwortung*, p. 137.

(189) Vid., así, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 96 y ss.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 121 y ss.; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 329; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 219 y ss.

(190) Vid., sobre la posibilidad de una participación del obligado como garante, BOTTKE, *Haftung*, p. 31 y ss.; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 27.

(191) Vid., así las posibilidades de fundamentación de un deber tal, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 302 y ss.

(192) En este sentido, HSÜ, *Garantenstellung*, p. 254 y s.

bb) El deber de vigilancia en la empresa

En estrecha vinculación con la posición de garantía del titular de la empresa, se encuentra el castigo al mismo por la infracción dolosa o culposa de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones desde la empresa[193]. Desde un punto de vista político-criminal, este castigo serviría para cubrir los vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad en comisión por comisión del titular de una empresa complejamente organizada[194]. En el plano dogmático, se trataría de un tipo de recogida[195] que solamente podría aplicarse subsidiariamente en caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o directivos[196]. Esta configuración dogmática de la infracción del deber de vigilancia permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular o directivo de la empresa con el hecho cometido desde la empresa, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia[197]. Se trata, por tanto, de

---

(193) Vid., así, Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C56 y s.; Göhler, *FS-Dreher*, p. 621; Schünemann, Voz: "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 99. Considera, por el contrario, que se trata de dos sistemas distintos de sanción, Hsü, *Garantenstellung*, p. 138.

(194) Apuntan estas dificultades Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 10 y s.; Rogall, *ZStW* 98 (1986), p. 578; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 19 y ss.

(195) En este, sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 58; Schünemann, Voz: "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; Hermanns/Kleier, *Grenzen*, p. 10; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 22; Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 132.

(196) Vid., en este sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 59; Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 111 y ss.; El Mismo, Voz: "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; Hermanns/Kleier, *Grenzen*, p. 10; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 22 y s.; Rogall, *ZStW* 98 (1986), p. 620; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 98; Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir Puig/Luzón Peña (coords), p. 125.

(197) Vid. Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 60; Rogall, *ZStW* 98 (1986), p. 620.

un injusto independiente del delito cometido desde la empresa[198], aunque lo usual es vincular la infracción del deber de vigilancia con la producción de este delito[199].

En nuestra legislación penal económica no existe una incriminación de la infracción del deber de vigilancia en la empresa, así como tampoco una sanción administrativa general por esta infracción[200]. En cualquier caso, mientras la infracción de un deber de vigilancia se considere simplemente un ilícito administrativo, no se presentarán mayores problemas de legitimación. Las dificultades dogmáticas aparecerán en la medida en que se considere la infracción del deber de vigilancia un hecho merecedor de responsabilidad penal[201],

---

(198) Vid., THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 66.

(199) En este sentido, exigen una relación de fin de protección, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 118 y ss.; EL MISMO, Voz: "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 573, 607 y ss.; MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 32 y s.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 102; HILGERS, *Verantwortlichkeit*, p. 33. La realización del delito desde la empresa constituiría una condición objetiva de punibilidad [vid., así, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 405; HERMANNS/KLEIER, *Grenzen*, p. 9; KOHLMANN/OSTERMANN, *wistra* 1990, p. 124; OTTO, *Jura* 1998, p. 414; RANSIEK, *op.cit.*, p. 101; BRAMMSEN, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 132; BATISTA GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 126; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 911].

(200) En este sentido, MAZUELOS COELLO, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 179, lleva la infracción del deber de vigilancia al terreno de la responsabilidad civil.

(201) TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C57, considera que en los casos en los que se trate de un delito, la infracción del deber de vigilancia puede configurar incluso un injusto penal. Por el contrario, se muestran críticos por afectar el mandato de determinación y el principio de culpabilidad, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 217 y ss.; KOHLMANN/OSTERMANN, *wistra* 1990, p. 130 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 212 y s.; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 910 y s.; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 591; FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 125; NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 74; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 220 y s. Por su parte, HILGERS, *Verantwortlichkeit*, p. 34 y ss, desestima los reproches de una infracción a los principios

especialmente si el injusto no depende, como tal, del delito cometido desde la empresa[202]. Resulta claro que una incorrecta administración de la empresa no se muestra aún suficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal[203], por lo que los defensores de la incriminación de la infracción de deberes de vigilancia han intentado vincular la sanción de esta infracción con una protección en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos por delitos cometidos desde la empresa[204]. Esto, sin embargo, va en contra del supuesto carácter autónomo de esta infracción y lo vuelve a poner en relación con los delitos cometidos desde la empresa[205]. Por esta razón, no cabe más que reconocer que el castigo por la infracción de un deber de vigilancia solamente podría fundamentarse si tal infracción se vincula como autoría o participación al delito cometido desde la empresa.

---

de legalidad y culpabilidad. De *lege ferenda* Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 418 y ss., ofrece dos vías para sancionar penalmente la infracción de deberes de control en la empresas: mediante una figura típica de favorecimiento o mediante la tipificación de una omisión propia agravada.

(202) Hsü, *Garantenstellung*, p. 254 y s., considera que al no poder justificarse una posición de garante del empresario, sólo queda elevar a la categoría de delito la infracción del deber de vigilancia.

(203) Vid., en este sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 70; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 25; Hermanns/Kleier, *Grenzen*, p. 6. Por el contrario, Hilgers, *Verantwortlichkeit*, p. 21, considera que el bien jurídico protegido en la infracción del deber de vigilancia es el interés público en una organización de la empresa que impida peligros.

(204) Vid., Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 71; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 27; Kohlmann/Ostermann, *wistra* 1990, p. 124; Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 132. Crítico se muestra Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 217, en el sentido de que ni siquiera, como en los delitos de peligro abstracto, se precisa la conducta típicamente peligrosa.

(205) Vid., en este sentido, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 219, con lo que no podría diferenciarse estos casos de los supuestos de omisión impropia.

d. La autoría y la participación

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma, se ha pretendido finalmente justificar mediante el uso de las distintas formas de *autoría y participación*[206]. Como se sabe, la responsabilidad penal no se reduce a la realización directa del hecho delictivo, sino que puede abarcar otras formas de participación. En este sentido, se ha procedido a fundamentar supuestos de autoría y participación en el ámbito de la empresa atendiendo a las particularidades de la organización empresarial[207].

En las llamadas estructuras horizontales de la empresa, se ha procurado rentabilizar los criterios de imputación de la autoría no sólo mediante el desarrollo dogmático de una responsabilidad como coautores en el caso de decisiones colegiadas[208], sino también mediante el aligeramiento de los requisitos de la coautoría, en el que se renuncia al elemento subjetivo del acuerdo común[209]. En este sentido, se estarían flexibilizando los elementos para fundamentar la responsabilidad penal a título de coautor en las estructuras empresariales, pues, por un lado, la aportación del coautor no tendría que

---

(206) Sobre este modelo, HEINE, *SchwZStr* 119 (2001), p. 27 y ss. En nuestro medio, defiende la solución de los problemas de imputación mediante los criterios de autoría y participación, MAZUELOS COELLO, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 177 y ss.

(207) Vid., HEINE, *SchwZStr* 119 (2001), p. 27; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 75.

(208) Vid., RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 58 y ss.; OTTO, *Jura* 1998, p. 410 y s.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 159 y ss.; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, p. 9; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 81; HEINE, en *Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), p. 97 y s.

(209) Vid., en este sentido, HEINE, *SchwZStr* 119 (2001), p. 28; SEELMANN, *Kollektive Verantwortung*, p. 9. Niega en general la necesidad de un acuerdo común en la autoría, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 21 n.m. 43; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 89 y ss.; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281 y ss. Por el contrario, BOLEA BARDON, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 257, sostiene que sin el acuerdo común no es posible apreciar coautoría.

ser esencial (al menos causal del resultado) y, por el otro, bastaría con una simple distribución del trabajo sin que sea necesario un acuerdo previo para la realización conjunta del hecho delictivo.

En el ámbito de las llamadas estructuras verticales, se ha recurrido a la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a los miembros de la empresa que ocupan cargos de dirección, en la medida que sobre ellos recae el dominio sobre la decisión de las actuaciones de la empresa(210), y esto con independencia de si los dependientes resultan penalmente responsables(211). En este último supuesto, un sector de la doctrina penal sostiene, sin embargo, que

(210) Vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 49; Seelmann, *FS-Niklaus Schmid*, p. 173; Knaeur, *Die Kollegialentscheidung*, p. 75 y ss.; Hilgers, *Verantwortlichkeit*, p. 108 y ss.; Bottke, *JuS* 2002, p. 321 y s.; El Mismo, *Revista penal* 4 (1999), p. 24 y ss.; Castillo Alva, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 628. Con dudas frente a la existencia de tal dominio en grandes empresas, Heine, *SchwZStr* 119 (2001), p. 30.

(211) Vid., Hilgers, *Verantwortlichkeit*, p. 110; Heine, *SchwZStr* 119 (2001), p. 29; Silva Sánchez, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 369 y s.; Cesano, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 4, www.unifr.ch/derechopenal/articulos/Cesano2.4 [consulta: 20 de diciembre 2002], p. 4 y s.; Meini Méndez, *Ius et veritas* 13, p. 209 y s. Críticos sobre la posibilidad de fundamentar esta solución con base en la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Schulz, *JuS* 1997, p. 113; Ambos, *GA* 1998, p. 239; Murmann, *GA* 1996, p. 275 y ss.; Brammsen, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 134 y ss.; Bottke, *Revista penal* 4 (1999), p. 27; Bolea Bardon, *Autoría mediata*, p. 400; Muñoz Conde, *Revista penal*, 9 (2002), p. 80 y s.; El Mismo, *FS-Roxin*, p. 609 y ss. (espec. p. 624); Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 200; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 412 y s.; La misma, *Revista penal* 9 (2002), p. 115; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 185 y ss.; Lascano, en *Nuevas formulaciones*, p. 388 y s.; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 889; Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal*, p. 324; Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs..), I 3, n.m. 30. Un cuestionamiento general a la teoría del dominio en aparatos de poder realiza Herzberg, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 33 y ss. (espec. 51 y ss.). El propio Roxin, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 56, afirma que la sola calidad de directivo no fundamenta una autoría mediata.

sólo procede una responsabilidad penal por inducción del superior sobre los dependientes, en tanto éstos (los ejecutores directos) mantienen aún su responsabilidad penal por el hecho[212]. En cuanto a los subordinados, una imputación penal no se encuentra excluida, ya que también puede afirmarse una coautoría entre directivos (decisión) y empleados con conocimiento del hecho (ejecución)[213]. La posibilidad de fundamentar una responsabilidad de los directivos como cómplices de los delitos cometidos directamente por sus dependientes también ha sido defendida[214], al igual que una posible complicidad del ejecutor directo (trabajador) en un delito cometido por los directivos[215]. La doctrina penal mayoritaria señala además que todas estas formas de participación podrían tener lugar igualmente mediante una conducta omisiva[216].

Como puede apreciarse del breve esbozo que hemos realizado, las posibilidades de imputación de un delito cometido desde la empresa a sus miembros mediante las distintas formas de autoría y

---

[212] En este sentido, RUDOLPHI, *FS-Lackner*, p. 870 y s.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 510; HOYER, *Verantwortlichkeit*, p. 29; MURMANN, *GA* 1996, p. 279; SCHALL, *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 102 y s.; HERZBERG, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 51 y ss.; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 413; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 120. Por el contrario, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 49, considera que una inducción sólo puede darse en caso de sujetos que no están incorporados en la organización.

[213] En este sentido, de manera general, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 402; NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 240 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 92 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 205; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 121. De una opinión contraria, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 73 y s.; BOTTKE, *JuS* 2002, p. 323; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 50 y s., en concreto para la empresa.

[214] Vid., KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 79 y s.

[215] Vid, NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 205; JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 237; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 120. Las bases para tal reconocimiento en SCHILD, *Täterschaft*, p. 44 y ss.

[216] Vid., en este sentido, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 22 y ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 51 y ss.; OTTO, *Jura* 1998, p. 411; BOTTKE, *JuS* 2002, p. 323.

participación son muy diversas, lo cual muestra también que en la doctrina penal no reina un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa. Esta situación de falta de consenso se debe seguramente a la insatisfacción de las distintas propuestas para cubrir las necesidades de imputación en estructuras empresariales(217). En nuestra opinión, una imputación de responsabilidad penal de los miembros de la empresa sólo podrá alcanzarse de manera más completa si se utilizan los roles jurídicamente relevantes como criterios de determinación, aunque debe reconocerse que esta interpretación de la imputación no podrá resultar plenamente satisfactoria debido a la negación de una responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.

B. La imputación de responsabilidad penal con base en roles

Como hemos podido apreciar de lo anteriormente expuesto, las construcciones dogmáticas que se han desarrollado para conseguir imputar responsabilidad penal a los miembros de la empresa por un delito cometido desde la misma, presentan una complejidad tal que apenas puede descubrirse con claridad el fundamento de la imputación. El apremio político-criminal por cubrir las necesidades de imputación penal y las dificultades de fundamentación dogmática llevan consigo el peligro de motivar finalmente el recurso a fórmulas simplistas (delitos de peligro o la infracción de un deber de vigilancia(218)) que, por otra parte, permiten una imposición de sanciones que muy poco se corresponden con las necesidades reales de imputación penal. Por esta razón, consideramos dogmáticamente mucho más adecuado construir un sistema de imputación con base en roles y dejar de lado las limitadas posibilidades dogmáticas de los puntos de partida naturalistas antes referidos.

---

(217) Vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 46; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 32 y ss.; Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 131 y s.; Rodríguez Estéves, *El Derecho penal*, p. 70.

(218) Vid., la referencia a esta aplicación extensiva del deber de vigilancia para evitarse el complejo camino de comprobar una posición de garantía, Hermanns/Kleier, *Grenzen*, p. 11; Maschke, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 29.

La reconfiguración de la imputación penal en la empresa que proponemos debe comenzar por dejar de entender que el punto central de la imputación penal es la ejecución fáctica del hecho que produjo directamente el resultado lesivo y, a partir de ahí, definir al autor y a los demás responsables del delito. La determinación de la responsabilidad penal no se sustenta en el dominio fáctico-individual sobre la ejecución del hecho, sino en la competencia por el hecho[219]. En este contexto de ideas, los miembros de la empresa que intervienen en las actividades empresariales mantienen sus propias competencias de organización e institucionales, de manera que en caso de defraudación deberán responder penalmente por ello[220]. Pero debe señalarse que este ámbito personal de responsabilidad penal de los sujetos que participan en la organización de una empresa se ve ampliado en la actual configuración de nuestro sistema penal, precisamente porque el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deja abiertos considerables vacíos de punibilidad que deben cubrirse con los ámbitos de competencia de sus miembros[221]. Se carga así a los miembros de la empresa con mayores competencias de organización e institucionales que las estrictamente personales[222]. En cualquier caso, la idea central es que la responsabilidad penal de los miembros de la empresa no depende del aporte fáctico en el hecho, sino de la competencia por el mismo, lo que requiere determinar si el delito cometido desde la empresa es un delito de dominio o un delito de infracción de un deber, pues el rol atribuido y las competencias infringidas se configuran de forma distinta.

---

(219) Vid., de manera general, JAKOBS, en *Modernas Tendencias*, p. 621; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 292.

(220) Vid., similarmente, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 8.

(221) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *RPDJP* 1 (2000), pp. 524, 528.

(222) En esta línea se encuentra la propuesta de CESANO, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 4, www.unifr.ch/derechopenal/articulos/Cesano2.4 [consulta: 20 de diciembre 2002], p. 2 y s, de extremar la imputación individual a los administradores y representantes.

a. Delitos de dominio

En el caso concreto de los delitos de dominio, el criterio central de imputación se encontrará en el rol general de ciudadano que poseen todos los sujetos que participan en la organización de la empresa. Los distintos miembros de la empresa que hayan infringido individual o conjuntamente este rol general, deberán responder penalmente por ello. No obstante, el tipo penal puede imponer cierto condicionamiento formal para poder ser autor del delito, por lo que resulta necesario diferenciar la exposición en función de si estamos ante un delito común o ante un delito especial.

aa) Los delitos comunes de dominio

Los delitos comunes no exigen en la descripción típica una calidad especial del autor, de manera que pueden aplicarse, en principio, a todos los ciudadanos. Todas las personas naturales participantes en el ámbito de la organización de la empresa pueden ser hechas responsables, siempre y cuando resulten competentes por el dominio del riesgo que se desprende de la organización empresarial[223]. En este sentido, resulta necesario que los criterios de imputación penal se adapten a la realidad empresarial, por lo que debe tenerse en cuenta el reparto de funciones y del trabajo en la empresa, la distribución selectiva de la información, el desarrollo de una cultura empresarial, etc.[224]. En los apartados siguientes nos vamos a ocupar de exponer de manera detallada cómo debe tener lugar esta determinación de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa, atendiendo precisamente a las competencias asumidas en la organización empresarial.

---

[223] Vid., similarmente, Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs..), I 3, n.m. 2; Rodríguez Estévez, *LH-Jakobs* (Perú), p. 424. El criterio de la competencia ha sido expresamente asumido por jurisprudencia de la Corte Superior de Lima, Exp. 8380-97 "A" de trece de mayo de 1998 (cit. Reategui Sánchez, *El delito de omisión impropia*, p. 87 y s.),

[224] Vid., en este sentido, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 210 y s.

aaa) La imputación penal a los propietarios de la empresa

Para determinar la responsabilidad penal del *titular o socios de una empresa* en los delitos de dominio, no necesitamos fundamentar una especial posición de garantía o la imposición de un deber *ad hoc* de vigilancia, sino, más bien, precisar las competencias por organización derivadas de su rol de ciudadano en la creación de una empresa(225). A partir de esta idea, un sector de la doctrina penal atribuye al titular de la empresa una competencia general por la organización de la empresa, de manera tal que respondería penalmente por los defectos de organización realizados directamente por los empleados(226). Esta extensión del ámbito de organización de los dueños de un negocio resulta perfectamente comprensible en el caso de una pequeña empresa familiar en la que el dueño del negocio lleva de manera directa toda la actividad empresarial(227). Pero si se trata de una empresa con una organización compleja, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede justificar trasladar las categorías de imputación de la responsabilidad del dueño del negocio a las grandes empresas(228).

Si nos centramos en el principio de autorresponsabilidad, no podremos aceptar semejante ampliación de las competencias de administración en el caso de empresas complejamente organizadas(229).

---

(225) Ya GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 619, habló de una distribución de roles para fundamentar la posición de garantía del empresario, aunque sólo para los casos de ausencia de regulación legal. Recurren también a la figura del rol del órgano de dirección, SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, I, pp. 99, 111 y ss.; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 170 y s.

(226) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 36. De una opinión distinta, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 80.

(227) En este supuesto resulta correcto el parecer de SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 14, de atribuir a los empresarios una posición de garantía inicial.

(228) Niegan en la distribución del trabajo de la empresa un dominio del empresario sobre las personas, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 116 y ss.; HSÜ, *Garantenstellung*, p. 241 y ss.

(229) Lo cual se hace más patente aún a partir de la escisión de propiedad y control de la empresa moderna. Sobre este fenómeno, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*,

Los titulares de una empresa, al igual que los socios de una sociedad, son competentes sólo por la adecuada constitución de la empresa y por las líneas generales de orientación de la actividad empresarial[230] –lo cual se aprecia claramente en el reconocimiento expreso de su responsabilidad civil y social durante la etapa de constitución de una sociedad–, así como por las decisiones generales reservadas a órganos como, por ejemplo, la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas[231]. Estos son los aspectos relevantes de la esfera de organización de los socios de la empresa y por lo que deberán responder en caso de realización de un hecho delictivo (sea por su propia actuación, sea por la de un miembro de la empresa), a no ser que voluntariamente asuman la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización específicos dentro de la empresa[232]. Por encima de estos aspectos, sólo podría admitirse un mayor ámbito de responsabilidad en caso de creación de un riesgo especial generado por la propia actividad de la empresa (por ejemplo, por la utilización de sustancias tóxicas)[233], pero hay que admitir

---

Silva Sánchez (ed.), p. 365; Ferré Olivé, *Revista penal* 1 (1998), p. 21; Suárez González, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 214 y s.; Meini Méndez, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002); Zúñiga Rodríguez, *Actualidad jurídica* 91 (2001), p. 50.

(230) Vid., así, sobre la responsabilidad del propietario de la empresa como organizador originario de la estructura de división de funciones, Yacobucci, *La responsabilidad*, García Cavero (coord.), p. 389; Rodríguez Estévez, *LH-Jakobs* (Perú), p. 432.

(231) Y aquí se presenta un problema altamente complejo debido a la manera de determinar la responsabilidad de los sujetos individuales en decisiones gremiales cuando el número de miembros es bastante grande. Un proceso de imputación en estos casos resulta muy difícil. La responsabilidad penal por la toma de decisiones colegiadas la veremos seguidamente.

(232) Vid., en este sentido, Jescheck, *LK* § 13, n.m. 45; Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 157 y s.; Walter, *Pflichten*, p. 147 y s. En estos supuestos se incluye también los supuestos de administración fáctica por parte del titular o los socios de la empresa; vid., sobre este supuesto, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 123 y s.

(233) En este sentido, Jescheck, *LK* § 13, n.m. 45; Rudolphi, *SK* § 13, n.m. 32, 35; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 171 y s.; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 118 y ss.;

que la competencia se reducirá a este peligro en concreto. Si se impone una responsabilidad penal más allá de estos límites, se estará afectando el principio de autorresponsabilidad por el dominio del riesgo(234) y recurriendo a una especie de responsabilidad institucional, aunque sin el fundamento material para ello: esto es, la existencia de una institución social específica.

bbb) La imputación penal a los directivos de la empresa

Las competencias por organización son mayores, por el contrario, en el caso de los *directivos de la empresa*, sean éstos propietarios o no de la empresa(235). Un sector de la doctrina penal pretende, por ello, atribuirle una amplia competencia sobre el negocio de la empresa (*Allzuständigkeit*)(236). No obstante, en los delitos cometidos desde la empresa las competencias organizativas de sus directivos se limitan sólo a decidir sobre las actividades globales de la empresa y no comprenden, por tanto, todas las decisiones y actuaciones realizadas en la estructura empresarial(237). En este sentido, su respon-

---

WALTER, *Pflichten*, p. 143 y s. También JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 36, reconoce precisamente en estos casos la responsabilidad penal del titular de la empresa.

(234) En este sentido, RUDOLPHI, *SK* § 13, n.m. 32, 35a; SCHLÜCHTER, *FS-Salger*, p. 148 y ss.; WALTER, *Pflichten*, p. 140 y s.

(235) CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 109, señala que en las sociedades mercantiles, el empresario se identifica con los administradores.

(236) Vid., en este sentido, SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, I, p. 111. Limita considerablemente el principio de la competencia global de los directivos NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 39 y ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 371, pone de manifiesto que "no puede afirmarse que todos los directivos respondan por omisión de los delitos cometidos en la empresa". La jurisprudencia alemana admite una competencia global solamente en caso de situaciones de emergencia, como por ejemplo en caso de retirada de un producto defectuoso [vid., sobre esto, VOGEL, *Revista penal* 8 (2001), p. 97].

(237) Hace mención, en este sentido, a una atomización de la toma de decisiones en la empresa, GARCÍA ARÁN, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 45. Vid., esta situación en relación con las competencias de conocimiento, RAGUÉS I VALLÈS, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 247. .

sabilidad penal debe abarcar sólo la toma de decisiones antijurídicas en la administración de la empresa[238], así como también la ejecución, por ellos mismos[239] o por subordinados[240], de los aspectos establecidos en las mismas. Hay que reconocer, sin embargo, que su posición en la estructura empresarial les impone además competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa[241], así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delictivos de otros miembros. Con base en estas competencias se debe fundamentar tanto la imputación objetiva como la imputación subjetiva.

aaaa) La imputación objetiva

La imputación objetiva del hecho puede tener lugar de diversas formas en función de la estructura empresarial. La infracción de las competencias por organización puede dar lugar a una responsabilidad penal del directivo en los siguientes casos:

- *Responsabilidad por decisiones colegiadas*: La responsabilidad penal de un directivo se presenta fácil de precisar cuando se trata de un órgano de decisión unipersonal. No obstante, en la empresa moderna es muy común que las decisiones se tomen de manera colegiada, por lo que resulta necesario determinar la responsabilidad penal en estos casos. De forma unánime la doctrina penal contemporánea rechaza la posibilidad de configurar un delito colegial sustentado únicamente en la pertenencia a un

(238) Vid., así, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 43 y ss., en relación con el famoso caso del pulverizador para el cuero.

(239) Vid., sobre esta posibilidad, ciertamente inusual, de responsabilidad de los directivos, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 103; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 206.

(240) Vid., Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 105 y ss.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 206.

(241) Vid., con mayor detalle, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), pp. 115, 117 y ss.

órgano colegial[242], exigiendo, más bien, un proceso de individualización al interior del órgano pluripersonal de la responsabilidad penal de cada uno de sus miembros[243]. Para determinar esta responsabilidad se ha propuesto diferenciar dos planos de imputación: uno horizontal y otro vertical[244]. Ante esta afirmación, quisiéramos acotar que la imputación penal se realiza de una sola manera –esto es, a partir de las competencias de cada miembro del órgano colegiado–, aunque el ámbito de organización comprometido pueda abarcar aspectos horizontales o verticales de la estructura empresarial.

En el caso de estructuras horizontales, la responsabilidad penal se configura con el solo acuerdo del órgano colegiado de la empresa. Ciertamente se trata de una incriminación excepcional, en tanto la toma de una decisión constituye normalmente un estadio previo a la realización del delito, todavía impune[245]. Sin embargo, el recurso usual en el Derecho penal de la empresa a delitos de peligro abstracto permitiría una incriminación ya en la fase preparatoria (una toma de decisión)[246], como es el caso, por ejemplo, del delito financiero de concentración de créditos del artículo 244 del Código penal. En estos casos, todos los que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto al momento de emitirse puede considerarse causal o

---

(242) Vid., MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 461 y ss.

(243) Vid., FERRÉ OLIVÉ, *Revista penal* 1 (1998), p. 28; PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 109; MEINI MÉNDEZ, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002)]; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 152.

(244) En este sentido, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 39 y ss. Anteriormente FRANKE, *FS-Blau*, p. 230 y s., había diferenciado ya en los casos de decisiones colegiadas los delitos que no se realizan con la toma de decisión, de los delitos que sí se realizan con la toma de decisión.

(245) Vid., así, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 419; DENCKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 65.

(246) NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 243 y s.

no del sentido de la votación[247], responderán como coautores[248], pues no se trata de un hecho propio de cada uno, sino de un hecho del órgano colegiado[249]. En este sentido, tiene poca relevancia para la imputación de responsabilidad penal el hecho que la votación se haya desarrollado de manera simultánea o sucesiva[250].

---

(247) Considera que la fórmula de la conditio-sine-qua-non permite solucionar los casos de decisiones colegiadas cuando menos en los delitos activos, Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 91 y ss., mediante la consideración de la forma combinada de causalidad alternativa con causalidad cumulativa. Requieren, por el contrario, la llamada teoría de la condición ajustada a leyes causales para determinar la responsabilidad penal de los miembros de un órgano colegiado, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 224 y s.; Weißer, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 113 y ss. Por su parte, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 52 y ss., recurre a la fórmula de la inus-condición (una parte necesaria de una condición suficiente del resultado). De forma similar, Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 36, n.m. 22. Críticamente frente a estos intentos de fundamentación, Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 83 y ss.

(248) Vid., en este sentido, Rodríguez Montañés, *FS-Roxin*, p. 325; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 417 y s.; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 162; Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 477. Sobre la falta de necesidad de una comprobación individual de la causalidad del voto de cada miembro del órgano colegiado para fundamentar la co-autoría, Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 164, 179 y ss.; El Mismo, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 67; Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 180; Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 192 y ss.; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 446. Por el contrario, Weißer, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 128; Bock, *Produktkriminalität*, p. 81; Schmucker, *Die "Dogmatik"*, p. 229, afirman que también debe quedar demostrada la causalidad de cada miembro del órgano de decisión respecto del resultado.

(249) Vid., con mayor detalle, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 421 y ss. Similarmente, Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 158; Rodríguez Montañés, *FS-Roxin*, p. 309.

(250) Vid., Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 11. Un parecer distinto se aprecia en la exposición de Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 291 y ss.; Meini Méndez, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002)]; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 155 y ss. En el caso de una votación secreta, habría que afirmar la impunidad de los votantes (vid., Nuñez Castaño, *op. cit.*, p. 160). Para evitar la dificultad de demostrar la responsabilidad penal en caso de votaciones secretas existen dos posibilidades de solución: o prohibir en general esta forma de votación (Pérez Cepeda, *op. cit.*,

Todos los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión son competentes por la misma[251], mientras que no lo serán aquellos que lo hicieron en contra[252] o no estuvieron presentes[253]. Estos últimos no están ni siquiera obligados a impedir la realización de tal votación[254].

La situación resulta un tanto más discutible en caso de una conformidad informal, esto es, aquella que se ofrece después del acto formal de la votación. No se presenta mayores problemas

---

p. 303), o fundamentar una asunción como propio del resultado final de la votación, lo cual ciertamente podría acercar la responsabilidad penal a la figura del delito colegial.

(251) Mucho más discutible se presentan los casos de aquéllos que se abstuvieron de votar. En contra de una responsabilidad penal de los que se abstienen, WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 208 y ss.; NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 11. A favor NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 208; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 302 y s., si con ello se permite la decisión antijurídica. Por nuestra parte, consideramos que para decidir esta cuestión habría que determinar si todos los miembros del órgano colegiado son competentes para impedir decisiones antijurídicas, ante lo cual puede darse una respuesta afirmativa, aunque habrá que discutir el grado cuantitativo de su competencia (vid. GARCÍA CAVERO, *Actualidad Jurídica*, 62-B 1999, p. 36; REATEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 143, a favor de una complicidad).

(252) Igualmente, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, pp. 203 y ss., 245; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 74; DENCKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 69; WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178; MEINI MÉNDEZ, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002)]. Exige además la dimisión o la impugnación del acuerdo para liberarse de responsabilidad, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 120; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 460. Críticamente ante esta ampliación de los deberes extrapenales al ámbito penal, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 168.

(253) En este sentido, WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 193 y ss., si no tienen la posibilidad de dar luego su voto. De otra opinión, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 250, para los casos de una ausencia intencionada.

(254) Vid., en este sentido, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 430 y ss.; NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 196 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 55; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 471 y s.

para reconocer la responsabilidad penal en caso de una decisión informal que permite adoptar un acuerdo que no se habría alcanzado en la sesión formal[255]. Los problemas aparecen, más bien, cuando una conformidad informal recae sobre un acuerdo que ya se ha tomado en la sesión correspondiente. Ya que nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el simple acuerdo configura ya el delito, la conformidad informal con una decisión ya tomada, con mayor o menor convencimiento, no puede configurar ninguna forma de participación punible en el hecho.

En caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, no basta un acuerdo, sino que éste debe necesariamente realizarse para que tenga lugar una conducta penalmente punible. En estos casos, debe partirse de la idea de que la responsabilidad de los miembros del órgano colegiado no surge sino hasta que se comience a ejecutar la decisión previamente tomada[256]. La responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que han votado a favor de la realización del hecho delictivo no ofrece mayores problemas, en la medida que resultan competentes por los efectos delictivos de la ejecución de la decisión por ellos tomada. La discusión tiene lugar, más bien, en la determinación del grado de participación de los directivos, es decir, si deben responder como coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión[257].

En la estructura empresarial son normalmente los órganos de gestión y finalmente los trabajadores los que ejecutan las deci-

---

(255) Vid., en este sentido, Puppe, *JR* 1992, p. 34.

(256) Vid., en este sentido, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 433; Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 240. Por el contrario, Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 478, entiende que, por regla general, la aprobación del acuerdo constituye un acto de ejecución y, por ende de tentativa.

(257) Vid., en este sentido, Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 50; Rodríguez Montañés, *FS-Roxin*, p. 319.

siones de los directivos[258], pero esta circunstancia no tiene por qué fundamentar su responsabilidad penal, en la medida que sus prestaciones se ajusten a sus obligaciones de subordinación. En estos casos, las consecuencias derivadas de la actuación de los subordinados deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, concretamente: a los directivos que votaron a favor de la realización de un hecho delictivo[259]. A los miembros del órgano colegiado que no votaron a favor de la decisión, sólo podrá alcanzarles responsabilidad penal por otras razones[260]: un miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación y luego muestra su conformidad informal, podrá responder como cómplice moral en la medida que refuerza la decisión ya tomada[261], mientras

(258) En el caso que sean los propios directivos los que ejecuten la decisión, serán éstos penalmente responsables [RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *FS-Roxin*, p. 319; MEINI MÉNDEZ, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002); EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 464], incluidos aquellos que no votaron a favor de la decisión (vid., en este sentido, BOCK, *Produktkriminalität*, p. 83), salvo que se encuentren en una situación de desconocimiento de la relevancia penal del hecho que ejecutan. Por su parte, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 422 y s.; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 119, si bien acepta la figura de coautoría si uno de los directivos ejecuta la decisión tomada por el órgano colegiado, la niega cuando quien ejecuta es un subordinado, pronunciándose a favor de una inducción.

(259) En este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 61; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 485. En favor de una autoría mediata se pronuncia MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 82; MEINI MÉNDEZ, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002), en caso de que el ejecutor actúe como instrumento.

(260) Hace referencia, por el contrario, a una posición de garantía, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 99; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 473. Sobre la necesidad de una posición de garantía específica, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 109.

(261) Similarmente, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 427 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 120. Sobre la posibilidad de sancionar como partícipe a quien no habiendo participado en la configuración de la voluntad delictiva, ayuda a la ejecución del hecho, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 109.

que a los miembros que votaron en contra les corresponderá en cualquier caso un deber general de socorro si se cumplen los presupuestos del artículo 127 del Código penal[262]. Por el contrario, en caso de existir una situación riesgosa frente a la cual los miembros del órgano colegiado son competentes, no se necesitará participar en un acuerdo de no impedir la realización del riesgo para responder penalmente[263], sino que el solo incumplimiento de contribuir a un deber de aseguramiento o salvamento configurará su responsabilidad como autores[264].

- *Delegación de facultades de dirección*: Un tema muy discutido tiene lugar en la responsabilidad penal del directivo que delega facultades de decisión por los delitos cometidos por el delegado en el ejercicio de sus funciones. Si se admite, por un lado, que el delegante se vea liberado de responsabilidad por el simple hecho

---

(262) En la medida que estos miembros no han infringido sus competencias, no hay fundamentos para una responsabilidad penal por omisión impropia (en este sentido, Weißer, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178 y ss.; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, pp. 168, 180, aunque sólo para el que votó en contra). Por el contrario, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 248 y ss., afirma un deber de evitar la realización del acuerdo a pesar de haber votado en contra del mismo, aunque reconoce que se trata de una infracción más leve del deber. Por su parte, Tiedemann, *Einführung*, p. 95, considera que hay ámbitos especiales en los que existe una responsabilidad conjunta de los directivos que daría lugar a un deber de intervención sobre la decisión de los otros.

(263) A favor de una intervención en la decisión para configurar una posición de garante específica, Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 308 y ss.

(264) En este sentido, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 432 y s.; Rodríguez Montañés, *FS-Roxin*, p. 327. Similarmente, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 193 y s.; Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 202; Puppe, *La imputación objetiva*, p. 32 y ss. Restrictivos se muestran, por el contrario, Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 332 y s., quienes requieren los presupuestos de una coautoría; Dencker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 68, en tanto exige que parezca aún posible el cumplimiento de las acciones por parte de los otros obligados; Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 161 y ss., en tanto considera que solamente podrá atribuirse responsabilidad en estos casos si el garante hubiese evitado el resultado con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza mediante un comportamiento adecuado al deber, lo que significa que existan ya suficientes votos a favor de la acción de salvamento requerida.

de la delegación, se advierte que esto puede llevar a consolidar la llamada "organizada irresponsabilidad" en el ámbito de la empresa(265). Pero, por otra parte, se afirma también que si la delegación no produce un descargo de competencias, no sólo perderá su sentido, sino que aumentará de una manera incontrolable las competencias de control de los directivos sobre sus dependientes(266). Ante esta situación, la solución tiene que ir necesariamente por una camino intermedio, esto es, por negar una liberación de responsabilidad de los directivos delegantes, pero sin extender todas las competencias de organización al dominio del ámbito de organización del delegante(267).

Una solución satisfactoria debe partir de la base de que en toda actividad de administración existe un conjunto de competencias indelegables(268), de manera que ciertas delegaciones de funciones no tendrán relevancia alguna en la imputación penal. Ahora bien, la posibilidad de una delegación de competencias(269)

(265) Vid., NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 144; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 42.

(266) Vid., así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 222.

(267) Habla en este sentido de una competencia residual del delegante, SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 15 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 208; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 200; REATEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 91 y s.; GÓMEZ MARTÍN, *LH-Cobo del Rosal*, p. 422. Por su parte, ALESSANDRI, *Manuale*, p. 74; CARMONA, *Premesse*, p. 240, señalan que la delegación cambia las competencias del delegante: se pasa del cumplimiento en primera persona al deber de controlar el cumplimiento de lo confiado a otro. De una cotitularidad de la custodia hablan SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1988, p. 536 y ss.; LASCUARÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 577.

(268) Vid., GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, pp. 93, 95; PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 110, como deberes básicos entre los que menciona, citando un estudio comparativo de Tiedemann, los deberes estrictamente personales de control de una sociedad de capitales, deberes de declarar rentas sujetas a tributación, pago de tasas aduaneras, deberes de control de encargados específicos de seguridad en el trabajo.

(269) Sobre los requisitos exigibles para que la delegación surta efectos, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 110 y s.

no significa liberar al delegante de responsabilidad, pues en determinados casos éste mantiene plenamente sus competencias de organización a pesar de un acto de delegación o, en todo caso, tiene el deber de reasumirlas. Así, permanecen en el delegante competencias de organización cuando ha elegido con conocimiento de causa un delegado incapaz de cumplir con las tareas encomendadas (deber de selección[270]) o no cumple con darle los medios o las instrucciones suficientes para que lleve a cabo de manera correcta sus funciones (deber de dotación de medios[271] y deber de instrucción[272]). Por otra parte, existe un deber de reasumir sus competencias de organización en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido[273] o se muestre posteriormente como incompetente para el desempeño de las funciones delegadas (deber de intervención)[274]. La situación cambia, sin embargo, respecto del incumplimiento de simples deberes de vigilancia sobre el delegado[275], pues con ello solamente se favorece la confi-

---

[270] Sobre el deber de selección, vid., de manera más detallada, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 145 y s.; Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), pp. 107, 121; Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 17; Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 221; El Mismo, *LH-Cobo del Rosal*, p. 577 y ss.; Alessandri, *Manuale*, p. 76; Batista González, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 130; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 908; Rodríguez Estévez, *LH-Jakobs* (Perú), p. 433.

[271] Vid., Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 19 y s.; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 908; Lascuarín Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 578.

[272] Vid., sobre esto, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 146; Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 121; Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 219 y s.

[273] Vid., en este sentido, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 144.

[274] Vid., así, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 148 y s. Vid., sobre este deber que rompe el principio de confianza de la delegación en la setencia Exp. 8380-97 "A" de 13 de mayo de 1998 (cit. por Reategui Sánchez, *El delito de omisión impropia*, p. 88).

[275] Acerca de los deberes de vigilancia sobre los delegados, Lascuraín Sánchez, *La protección penal*, p. 272 y ss.; Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 17 y ss.;

guración delictiva de la esfera de organización del delegado (competente primario)[276]. Por esta razón, el grado de competencia por el incumplimiento de deberes de vigilancia podrá justificar una responsabilidad penal del delegante sólo en calidad de partícipe[277], aunque hay que reconocer que en caso de un delito culposo la asunción de un concepto unitario de autor llevaría a una responsabilidad a título de autor[278]. No obstante, debe señalarse que nuestro Código penal hace mención solamente a que la participación sea dolosa, pero no exige que también el hecho principal sea doloso[279], de manera que resultaría posible diferenciar también en los delitos culposos entre autor y partícipe. Así las cosas, el delegante respondería penalmente como partícipe también en los delitos culposos cometidos por el delegado[280],

---

ALESSANDRI, *Manuale*, p. 77 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, pp. 52, 201; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 908. En contra de un deber de vigilancia genérico, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 112.

(276) Afirma la responsabilidad del delegante en estos casos, pero sin precisar el grado de participación, FRISCH, *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 121.

(277) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Empresa y delito*, p. 17 y s.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 105; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 271. Señala también que el incumplimiento de deberes de control configuran normalmente una participación omisiva, PAREDES CASTAÑÓN, *El caso colza*, pp. 154 y s., 191. Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 223, reconoce este menor dominio del directivo delegante, pero por consideraciones criminológicas parece no aceptar una responsabilidad penal sólo por participación. En esta última dirección parece ir la exposición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 208 y s.

(278) Vid., así, en el Derecho penal alemán, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 573 y ss. En el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 53, n.m. 866. Considera, por el contrario, más adecuado diferenciar también entre autor y partícipe también en los delitos culposos, ROBLES PLANAS, *RDPC* 6 (2000), p. 227.

(279) En el Derecho penal alemán, en el sí se exige un hecho principal doloso, también se ha discutido si esta regla puede levantarse para delitos económicos. Vid., la referencia, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 118.

(280) De este parecer, ROBLES PLANAS, *RDPC* 6 (2000), p. 246 y s.

aunque debe reconocerse que nuestra regulación positiva obligaría a dejar sin sanción los casos de participación culposa(281).

- *Responsabilidad por los hechos de otros directivos*: En la empresa moderna resulta usual que el gobierno de las empresas no se reduzcan a un único superior jerárquico, sino que la estructura organizativa de la empresa asuma ciertos rasgos heterárquicos, es decir, de coordinación sin jerarquías. La existencia de directivos en un plano de absoluta coordinación, plantea el tema jurídico-penal de si a un directivo le alcanza responsabilidad penal –y, dado el caso, hasta qué grado– por el hecho delictivo de otro directivo con el que coordina la dirección de la empresa. El punto de partida en esta estructura horizontal es el principio de confianza, de manera que no cabrá imputar responsabilidad penal a un directivo por la infracción de las competencias de administración de otro(282). No obstante, tal como se explicó en el capítulo IX, este principio no tiene una vigencia absoluta, no siendo aplicable en los casos en los que resulta objetivamente evidente que el otro directivo no ha cumplido correctamente su parte del trabajo conjunto. En este sentido, si un directivo contribuye a la realización de un hecho delictivo derivado de la infracción de competencias de otro directivo, será penalmente responsable solamente si existen elementos de juicio objetivos que rompan la vigencia del principio de confianza. En este caso de excepción, habría que decidir si la responsabilidad penal es a título de coautor o solamente de cómplice. En la medida que el hecho realizado conjuntamente pertenece a ambos directivos, consideramos que la imputación penal al directivo no cubierto por el principio de confianza será a título de coautor.
- *Responsabilidad por los hechos de sus dependientes*: Ya hemos adelantado que las prestaciones de los dependientes de los directivos

(281) Propone en determinados delitos, como en la responsabilidad por el producto, sancionar también la participación imprudente, Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425.

(282) Vid., con mayores referencias bibliográficas, Tiedemann, *Einführung*, p. 119; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 11.

forman parte de la esfera de organización de éstos, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por un dependiente, la autoría directa le corresponderá al directivo[283]. En este sentido, cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo[284]. No obstante, existe la posibilidad de que el hecho realizado por el dependiente no se corresponda con la organización dispuesta por el directivo, de manera tal que no resulte posible hablar de aspectos que formen parte del ámbito de organización del directivo[285]. En estos casos, solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes[286] o ha configurado aspectos de la empresa de una forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes[287]. En estos supuestos, no es que el dependiente configure la esfera de organización del directivo, sino que ambos realizan una organización defectuosa común. Si la aportación del directivo al hecho

(283) BOTTKE, *JuS* 2002, p. 322, reconoce solamente una autoría directa cuando el dependiente es utilizado como un objeto. Por su parte, JAKOBS, *Modernas tendencias*, p. 634 y ss., es mucho más extensivo, en tanto considera autoría directa disfrazada los casos de competencia primaria por el comportamiento no responsable de otro. Considera, más bien, una autoría mediata por omisión, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 183 y s.

(284) Similarmente, JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 40.

(285) Vid., en este sentido, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 107 y s. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 10, señala que "el riesgo a controlar o el bien a salvaguardar debe estar dentro del específico ámbito de competencia que cada directivo tenga asignado en el interior de la empresa".

(286) Sobre el deber de vigilancia respecto de los trabajadores de niveles inferiores, SCHMID, *SchwZStr* 105 (1988), p. 178; FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 117 y ss.

(287) Vid., así, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 107 para el caso de aquellas acciones cuyo sentido último está dirigido única y exclusivamente al favorecimiento de acciones ajenas delictivas.

delictivo de su subordinado constituye, por el contrario, un acto neutral, su responsabilidad penal no podrá afirmarse[288].

bbbb) La imputación subjetiva

En cuanto a la imputación subjetiva, la complejidad de las estructuras empresariales presenta ciertos problemas para fundamentar esta faceta de la imputación penal del hecho al directivo de la empresa. La imputación del conocimiento requerido para el dolo, por ejemplo, se presenta problemática debido a la distribución de la base de información en diversos sujetos[289]. Para poder salir al paso frente a estas dificultades de imputación de conocimiento, la legislación penal recurre cada vez más a figuras que mezclan los delitos de peligro y la imputación culposa[290]. No obstante, como ya lo hemos visto, el recurso a esta técnica de regulación de los tipos penales resulta cuestionable desde el punto de partida que define al delito como una lesión del bien jurídico atribuible a una persona individual. En este sentido, la imputación del conocimiento fundamentador del dolo a los directivos de la empresa debe reconfigurarse también en atención a las competencias de conocimiento y las características de la organización empresarial.

La división del trabajo y la canalización de información en las estructuras empresariales complejas dificultan que los órganos de dirección de una empresa puedan conocer el alcance y la peligrosidad de las acciones individuales respecto de determinados bienes jurídicos, así como la antijuricidad penal del hecho[291]. Estos

---

[288] Vid., en este sentido, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 106.

[289] Vid., en este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 46; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 201; Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 207; Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 244.

[290] Vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 202; Prittwitz, *Strafrecht*, p. 353.

[291] Vid., Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 24; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 47 y s.; Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 207 y s.; Ragués i Vallès, *El dolo*,

problemas de insuficiencia de conocimiento se han pretendido solucionar con las nuevas formulaciones del dolo basadas solamente en el conocimiento del riesgo(292). No obstante, debe reconocerse que las dificultades de imputación del dolo no se resuelven del todo mediante un recurso al conocimiento del peligro generado, pues incluso los elementos de juicio de un peligro pueden faltar en las complejas estructuras empresariales. En este contexto, adquiere una especial importancia la configuración normativa que hemos dado a la imputación subjetiva en el sentido de competencias de conocimiento. Por ello, no interesa si el miembro de la cúpula de dirección de una empresa tiene o no los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, sino si en sus concretas circunstancias personales *debe* tenerlos consigo(293). Si mediante el manejo de la información remitida y las labores de control o vigilancia exigidas le resulta posible al directivo acceder a los conocimientos necesarios para tener un juicio exacto sobre el peligro de su actuación, podremos afirmar una imputación dolosa. Si, por el contrario, el cumplimiento de las competencias de información y control no le ha permitido acceder a la información necesaria, la imputación del dolo no podrá llevarse a cabo.

---

p. 436 y s.; EL MISMO, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 245 y s., en relación con lo que llama delegaciones de conocimiento.

(292) Vid., sobre estas tendencias, aunque en un sentido crítico, PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 353 y ss. En la doctrina italiana, vid., igualmente, CARMONA, *Premesse*, p. 268 y ss.

(293) De especial dificultad se presentan los casos de imprudencia (culpa) dirigida, en los que el empresario decide conscientemente no tener conocimiento de ciertos aspectos de las actividades de la empresa que puedan comprometerlo penalmente (vid., una exposición de la problemática, JAKOBS, en *Estudios*, p. 138 y s.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 439 y ss.; EL MISMO, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 265 y s.). De conformidad con nuestros puntos de partida, no vemos objeción alguna para no imputar el conocimiento de lo que le corresponde al empresario o directivo de una empresa. Su actuación precedente muestra que en sus circunstancias personales ha podido acceder a la información debida y, por tanto, le resulta penalmente exigible (en el mismo sentido, JAKOBS, *op. cit.*, p. 139; de un parecer contrario, SCHÜNEMANN, en *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 70).

En lo que atañe a la imputación subjetiva de la culpa, resulta de especial importancia el manejo de la base de información, pues la exigencia de la cognoscibilidad en los miembros de la empresa se presenta muy difícil en la complejidad de las organizaciones empresariales modernas[294]. En este sentido, debe precisarse si la imputación culposa fracasa completamente en la empresa o, pese a todo, puede imputarse a sus miembros la realización de ciertos delitos a título de culpa[295]. En nuestra opinión, la imputación subjetiva culposa en el seno de la empresa puede tener lugar a pesar de las dificultades derivadas de la distribución selectiva de la información entre los miembros de la organización. En la empresa moderna, la responsabilidad penal se configura no sólo por una contribución activa en la producción cognoscible de un riesgo penalmente desaprobado, sino también por el incumplimiento de deberes de control y vigilancia[296]. En este sentido, puede vincularse a ciertos miembros de la empresa con la realización de determinados delitos recurriendo a la infracción de estos deberes. Si para un miembro de la empresa resulta cognoscible que el incumplimiento de sus competencias de vigilancia y control permitirá la realización de ciertos hechos delictivos, entonces una imputación culposa podrá tener lugar[297]. Pero con ello no se agota la problemática, pues la discusión se traslada a

---

(294) Sobre la necesidad de cognoscibilidad y evitabilidad para la imputación de responsabilidad en el seno de organizaciones, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 222.

(295) Como lo ponen de manifiesto, Stratenwerth, *FS-R. Schmitt*, p. 298; Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 172, una responsabilidad imprudente (culposa) que se determine globalmente a nivel de la empresa y luego se reparta de forma general, no se encuentra reconocida en el Derecho penal.

(296) Vid., en este sentido, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 224 y ss.

(297) Debe reconocerse, sin embargo, que muchos delitos económicos no se castigan a título de culpa, lo que llevaría a la impunidad de las infracciones de los deberes de control o vigilancia (vid, en este sentido, Ragués i Vallès, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 249 y s.), pero esta situación se debe a particularidades del Derecho positivo y no a defectos en los criterios de imputación penal.

la cuestión de si todas las infracciones culposas de los deberes de control y vigilancia pueden castigarse penalmente. Si se asume el parecer doctrinal que defiende un concepto unitario de autor en los delitos culposos[298], toda infracción de tales deberes deberá conducir a su sanción a título de autor. Sin embargo, este punto de partida no se deriva de la redacción de nuestro Código penal, en donde parece regir, más bien, la idea de que en los delitos culposos también existe una imputación a título de partícipe[299]. En este sentido, la infracción de deberes de control y vigilancia solamente podrá castigarse si se trata de un competente primario (autor) o si se contribuye dolosamente mediante el incumplimiento de estos deberes a la realización imprudente de un hecho. Nuestra regulación penal deja impune la participación culposa.

Para concluir estas consideraciones generales sobre la imputación subjetiva del hecho a los directivos de la empresa quisieramos abordar brevemente la conformación de la imputación subjetiva en el caso de decisiones colegiadas antijurídicas. El supuesto perfecto sería la imputación dolosa a todos los miembros del órgano colegiado que han participado en la votación penalmente relevante. No obstante, es bastante posible que a los participantes en la votación sólo pueda alcanzarles una imputación culposa. Si todos actúan de manera culposa, cabrá una imputación a todos a título de autores[300].

---

[298] Vid., sobre esta uniformidad de la autoría en los delitos culposos, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 111.

[299] Se decanta por una diferencia dentro de la producción conjunta culposa de las aportaciones, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 230 y ss.

[300] Vid., JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 433 y s. Defienden, incluso, la posibilidad de una coautoría en los delitos culposos, con diferentes matices, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, p. 174 y ss.; WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 146 y ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 67 y ss.; OTTO, *Strafbarkeit*, p. 9; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 181 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *FS-Roxin*, p. 326; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 481; SCHAAL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 209 y ss., aunque reconoce un vacío en el caso de la inactividad de un miembro sin que forme parte de una decisión colegiada. En contra de la coautoría culposa, BOCK, *Produktkriminalität*, p. 79;

En caso que uno actúe dolosamente, se presentarán dos posibles supuestos: en caso que el autor doloso sea competente por el menor conocimiento de los otros miembros, se presentará entonces una autoría mediata(301); por el contrario, si el autor doloso no es competente por la situación de menor conocimiento de los otros miembros, concurrirán una autoría dolosa con una culposa(302).

ccc) La imputación penal a los miembros de los órganos de control interno de la empresa

Otro grupo importante de miembros de la empresa respecto de los que se discute su responsabilidad penal son los órganos internos de control de la empresa. La importancia cada vez mayor de la empresa en la vida económica impone la necesidad de mecanismos de control sobre la misma, lo cuales no se reducen a la creación de órganos fiscalizadores externos, sino que resulta también usual constituir órganos de control al interior de la empresa misma (por ejemplo, un consejo de vigilancia en una sociedad anónima). En tanto se le atribuyen a estos órganos competencias de control, una responsabilidad penal de sus miembros por delitos cometidos desde la empresa podrá discutirse. Pero para poder determinar tal responsabilidad será necesario que precisemos primeramente el alcance de las mencionadas competencias de control.

En cuanto a los llamados consejos de vigilancia, el silencio que la nueva Ley General de Sociedades hace respecto de éstos en los artículos correspondientes a las sociedades anónimas deja un vacío que tendrá que ser cubierto por la doctrina y la práctica judicial. Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, puede partirse de la idea de que a estos órganos de control no les alcanza un deber de control general sobre todo lo que sucede al interior de la empre-

---

Schünemann, *GS-Meurer*, pp. 43, 48. Un camino intermedio, Riedo/Chvojka, *SchwZStr* 120 (2002), p. 152 y ss., con la idea de comunidad en el descuido.

(301) Vid., igualmente, Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 481.

(302) Similarmente, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 72. Sobre la competencia por el error, vid., en general, Jakobs, *La autoría mediata*, p. 18 y ss.

sa, sino que estos deberes se limitan fundamentalmente a un control sobre los actos de decisión más importantes de los directivos(303). Estos deberes de control autorizan a los órganos de vigilancia a impedir determinadas medidas de administración, pero no les permite imponerlas(304), pues de lo contrario se iría en contra de la autonomía funcional de los órganos de dirección(305). La separación de las competencias al interior de la empresa lleva a la conclusión de que resultan muy difíciles supuestos de codelincuencia entre los directivos y los miembros de un órgano de vigilancia(306). Una coautoría solamente podría tener lugar si en los estatutos de la sociedad se estableciera, por ejemplo, la participación necesaria del órgano de vigilancia en ciertas actividades negociales de los directivos (un derecho de veto, por ejemplo)(307) o en caso de una asunción fáctica de las competencias de administración(308). No obstante, una responsabilidad penal como autor podría sustentarse en los órganos de vigilancia desde la lógica de un deber especial derivado de la confianza especial de la sociedad, en el caso de delitos que la perjudican patrimonialmente. Por lo demás, la infracción de las competencias de vigilancia de los miembros de un órgano de control podrá configurar una responsabilidad penal como partícipe en un delito realizado por los directivos(309) o un delito de omisión de denuncia en caso de tomar conocimiento de hechos delictivos cometidos desde la em-

(303) Vid., en similar sentido, pero apoyados en la regulación jurídica alemana, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 81; POSECK, *Haftung*, p. 25 y ss.

(304) Vid., en este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 81.

(305) Vid., en este sentido, POSECK, *Haftung*, p. 35.

(306) Niegan, en este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 81; POSECK, *Haftung*, p. 117 y ss., una posición de garantía de los miembros del consejo de vigilancia similar a los directivos por delitos cometidos desde la empresa. Por el contrario, TIEDEMANN, *FS-Tröndle*, p. 322, afirma una posición de garantía de los miembros del consejo de vigilancia frente a terceros.

(307) Similarmente, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 82 y s.

(308) Vid., en este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 84.

(309) En el mismo sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 83; POSECK, *Haftung*, p. 142.

presa (artículo 407 del Código penal)[310]. Para determinar la responsabilidad en caso de decisiones colegiadas del órgano de control nos remitimos a lo dicho para los directivos.

Dentro de los órganos de control de la empresa conviene señalar también a los auditores internos que en una reciente modificación del Código penal han sido incorporados como posibles autores de los delitos de administración fraudulenta de persona jurídica y del delito financiero de ocultamiento de información. Al igual que lo indicado para los consejos de vigilancia, la responsabilidad penal de los auditores internos no se fundamenta en actos de administración de la empresa, sino en la específica labor de control que sobre ellos recae. Por lo tanto, y en la medida que la labor de control de los auditores internos se refieren a la información económica y financiera de la empresa, su responsabilidad penal estará vinculada a la falta de idoneidad o veracidad de los estados financieros elaborados por la administración de la empresa para informar sobre su situación patrimonial a órganos de supervisión o a terceros interesados. En estos casos, su competencia específica al interior de la estructura organizativa los hace autores de los delitos referidos a los estados financieros y los informes sociales de la persona jurídica.

ddd) La imputación penal a los mandos medios

No muy tratado en la doctrina se encuentra la responsabilidad penal de *los miembros de los órganos de gestión* o llamados mandos medios en teoría de la organización empresarial[311]. A estos miembros de la empresa les corresponde en sentido estricto funciones de ejecución, pero debido a que se llevan a cabo en un nivel intermedio, requieren de cierto grado de decisión dentro del marco establecido por los directivos. Esta situación ha llevado en la práctica a que se les haga penalmente responsables o se les libere de tal responsa-

---

(310) De otra opinión, Tiedemann, *FS-Tröndle*, p. 321; Poseck, *Haftung*, p. 58, desde la regulación legal alemana.

(311) Hizo referencia a la necesidad de abarcar este sector de miembros de la empresa en la norma del actuar en lugar de otro, Tiedemann, *NJW* 1986, p. 1843.

bilidad en función de si es posible o no llegar a los directivos de la empresa. Para poder precisar su responsabilidad penal hay que tener en cuenta que estos miembros de la empresa cumplen una función de catalizador entre las decisiones y la ejecución de las mismas, por lo que no debería alcanzarles, en principio, una responsabilidad penal, en tanto las decisiones vienen de arriba y quienes las ejecutan son los de abajo(312). Sin embargo, debe señalarse que en la mencionada función de concreción de las decisiones empresariales, resulta posible también que estos miembros de la empresa infrinjan su rol de ciudadano y aparezcan, por tanto, como penalmente responsables. La cuestión será determinar, entonces, cómo se manifiesta tal responsabilidad.

Como ya tuvimos oportunidad de referirlo al tratar la responsabilidad penal de los directivos en los casos de delegación de facultades, también a los delegados les alcanza una responsabilidad penal en caso de un incumplimiento penalmente relevante de las facultades delegadas. En este sentido, si en el ejercicio de sus facultades limitadas de decisión un mando medio configura su esfera de organización de manera que resulten afectadas personas ajenas a la empresa, su responsabilidad penal se encontrará fundamentada con independencia del incumplimiento de funciones de vigilancia por parte de los directivos. Esta responsabilidad penal puede también fundamentarse en la asunción de tareas que le superan (culpa por emprendimiento) o en la omisión de informar a sus superiores sobre los problemas que le impiden cumplir adecuadamente con sus tareas(313). En consecuencia, a los mandos medios también les alcanza una responsabilidad penal por delitos de dominio cometidos desde la empresa si puede determinarse que infrigió sus propias competencias de organización al interior de la empresa.

Un supuesto especial de responsabilidad penal se presenta en el caso de que el mando medio solamente se limite a transmitir a los

(312) Por el contrario, los considera sobre todo cooperadores necesarios, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 120.

(313) Vid., sobre estos supuestos, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 155; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 221.

ejecutores la orden impartida por los directivos de realizar una conducta delictiva. Si bien el mando medio podría alegar en su defensa que se limitó únicamente a cumplir con transmitir una orden del superior, resulta evidente que si la orden es manifiestamente delictiva el contexto objetivo excluye la posibilidad de alegar una conducta neutral. En este sentido, no habrá problema en fundamentar su responsabilidad penal por el hecho lesivo. No obstante, resulta discutible si la responsabilidad penal del mando medio debe ser a título de autor o cómplice. En la medida que el dominio preferente del hecho lo tiene el directivo, la intervención del mando medio solamente podría fundamentar una responsabilidad penal a título de coorperador necesario(314).

eee) La imputación penal a los trabajadores

La responsabilidad penal de los *trabajadores* se presenta en principio incuestionable debido a que normalmente son éstos quienes ejecutan directamente la conducta típica. En este sentido, si se dan los presupuestos subjetivos necesarios (dolo o culpa) no tendría que haber ningún inconveniente para atribuirles responsabilidad penal por el hecho producido(315). No obstante, en un sistema de imputación penal basado en roles, la comprobación de una evitabilidad fáctica del hecho no resulta suficiente para atribuir responsabilidad, sino que es necesario además que se trate de personas competentes por la organización del riesgo penalmente prohibido(316). En el caso concreto de la organización empresarial, los trabajadores no tienen la competencia organizativa, pues ésta les corresponde a los supe-

(314) Vid., en igual sentido, Castillo Alva, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 635, para lo que llama mandos intermedios inferiores.

(315) Vid., en este sentido, Schall, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 102, quien sólo admitiría una irresponsabilidad del trabajador en caso de una amenaza de despido, por ejemplo; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 198; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 171 y s.; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 885.

(316) En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 236 y s. De una opinión distinta Pérez Cepeda, *Revista penal* 9 (2002), p. 111 y s.

riores. En este sentido, aun cuando los trabajadores conozcan el efecto dañoso de su aportación, no responderán penalmente por lo ejecutado, o en cualquier caso sólo por la infracción de un deber general de socorro(317). La única posibilidad de hacer responsables a los trabajadores por un delito cometido desde la empresa se presenta en supuestos de órdenes que no se ajustan en lo absoluto a la actividad empresarial y que llevan a la realización de una conducta antijurídica(318). Así, por ejemplo, si a los trabajadores de una empresa aceitera encargados de embotellar aceite de consumo humano, se les ordena incluir una sustancia claramente tóxica, entonces la responsabilidad penal de los trabajadores que realizan conscientemente esta aportación podrá perfectamente afirmarse(319). Cuestión a discutir será, sin embargo, si su aporte al hecho conjunto fundamenta una autoría o una participación(320).

fff) La imputación a los asesores de la empresa

La cuestión de la responsabilidad penal de los asesores resulta ampliamente discutida en la doctrina penal. En términos simplificantes, podría decirse que la discusión se reduce a dos temas: la repercusión de su actuación respecto de la responsabilidad de su

(317) Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 237 y s. Coincide con las conclusiones de Jakobs, GRACIA MARTÍN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 84, nota 7; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 264. De un parecer distinto, HOYER, *Verantwortlichkeit*, p. 25 y ss., quien señala que la orden en las organizaciones privadas no es vinculante, de manera que si el trabajador conoce del hecho prohibido, debe responder por el mismo; las órdenes de sus superiores no son plenamente confiables.

(318) Así, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 58, señala que la responsabilidad limitada a los competentes por la decisión en la empresa deja de ser determinante cuando la actividad empresarial resulta claramente delictiva, de manera que a partir de entonces toda aportación al hecho puede configurar una participación o una (co)autoría.

(319) Por ello, SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 43, exige, para poder sancionar a los trabajadores, el abandono de su exclusivo papel laboral e intervención en la reorganización delictiva del hecho.

(320) Vid., JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 237.

asesorado y la fundamentación de su propia responsabilidad[321]. El primer aspecto de la discusión ya fue abordado en el capítulo referido a la imputación subjetiva, en el marco concreto del error por información técnica defectuosa. En este apartado nos vamos a ocupar exclusivamente del segundo aspecto en el marco de la actuación de las personas jurídicas.

El fundamento de la responsabilidad penal de los asesores de empresas en temas contables, administrativos, legales, etc., se ha discutido en dos ámbitos de la teoría del delito. Concretamente, en el marco de la imputación objetiva (prohibición de regreso) y en el marco de las causas de justificación (ejercicio legítimo de una profesión). Si bien el análisis estratificado del delito permite diferenciar ambos planos, ya hemos puesto de manifiesto que la diferencia no implica el manejo de criterios de imputación distintos. En el fondo, en la discusión sobre las estructuras de descargo de la imputación se sigue discutiendo sobre la competencia jurídico-penal por el hecho. En todo caso, el proceder sistemático debe intentar solucionar el caso analizado en el primer nivel de análisis (tipicidad) antes de pasar a encontrar la solución en el segundo nivel (justificación). Por esta razón, considero que la responsabilidad penal de los asesores de empresas debe determinarse, en primera línea, con el instituto jurídico-penal de la prohibición de regreso.

La regla general de la imputación objetiva establece que mientras el asesor se mueva objetivamente en el marco de su ámbito de actuación profesional, no podrá atribuírsele una imputación penal a título de partícipe. Solamente si introduce o adapta su actuación profesional a un contexto objetivamente delictivo, su aportación pierde su carácter neutral y, por lo tanto, autoriza imputarle objetivamente la realización del hecho delictivo[322]. El punto de discusión se encuentra en determinar cuándo la labor de asesoramiento entra en un contexto delictivo. Es evidente que si la información suministrada se limita a exponer una situación u orden de cosas, la presta-

---

[321] Vid., así, Silva Sánchez, *El nuevo escenario*, p. 80.

[322] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 164.

ción se mantiene en el ámbito de lo permitido[323]. Solamente cuando la labor de aesoramiento implica aconsejar la realización de un hecho delictivo se abandona la neutralidad y se adquiere un carácter objetivamente delictivo. En este caso, la responsabilidad se enmarca en el ámbito de la complicidad, pues en la medida en que no se determina al asesorado sino simplemente se le aconseja, difícilmente se puede hablar de una instigación[324].

En la doctrina penal, se ha discutido especialmente sobre la posibilidad de castigar penalmente a los asesores que actuaron objetivamente sin entrar en un contexto marcadamente delictivo, pero con conocimiento cierto de la utilización delictiva futura de sus aportaciones. La respuesta debe encontrar ciertas matizaciones. Si se trata de actos de asesoramiento sobre temas objetivamente riesgosos, el conocimiento de la voluntad criminal fundamentaría una responsabilidad penal. Sin embargo, si el Estado entra a administrar centralizadamente los casos en los que el asesor puede concluir la existencia de una voluntad criminal del otro, no podrá imputársele responsabilidad penal por el conocimiento subjetivo. La determinación de los estándares de conocimiento por parte del Estado, lo hace competente por la falta de idoneidad de esos estándares en un caso concreto.

bb) Los delitos especiales de dominio

Los criterios de imputación en los delitos de dominio cometidos desde la empresa sufren en el caso de los delitos especiales una considerable restricción, en tanto la conducta prohibida no puede ser cometida como autor por cualquier miembro (competente) de la empresa, sino sólo por aquellos que se encuentran dentro del círculo de autores de la norma[325]. La calidad especial exigida por los delitos especiales puede recaer sobre la empresa o directamente sobre un miembro de la misma. En caso que sea la persona jurídica la que posea la calidad exigida por el tipo penal, una imputación

(323) Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 90.

(324) En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 91.

(325) Vid., así, GRACIA MARTÍN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 91.

penal directa a los miembros de la empresa daría lugar a una infracción del principio de legalidad, pues la calidad especial recae sobre la empresa y no sobre el miembro. Para evitar precisamente este reproche se ha desarrollado el instituto del "actuar en lugar de otro". En caso que el círculo de autores del propio tipo penal de la parte especial incluya expresamente a miembros de la empresa, será necesario fundamentar la imputación del hecho delictivo a estos miembros de la empresa. En ambos supuestos, se plantea adicionalmente la cuestión de cómo sancionar a los partícipes en estos delitos especiales. A continuación vamos a ocuparnos de todas estas cuestiones.

aaa) Los delitos especiales de dominio dirigidos a la empresa: el actuar en lugar de otro (I)

Para la doctrina penal actual el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas, como naturales(326). Algunos autores amplían incluso su ámbito de aplicación a sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)(327). La razón histórica (político-criminal) del desarrollo de este instituto jurídico-penal

(326) Una afirmación que viene desde hace mucho en la doctrina penal alemana (vid., por ejemplo, Bruns, *JZ* 1954, p. 14; Gallas, *ZStW* 80 (1968), p. 21), y que es destacada permanentemente por Gracia Martín, *El actuar*, I, pp. 20, 26. Del mismo modo, en el Derecho penal español Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.), pp. 317, 324 y s.; Octavio De Toledo, *ADPCP* 1984, p. 28. En el Perú, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 147; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A62; Meini Méndez, *La responsabilidad penal*, p. 96. Por esta razón, la figura del actuar en lugar de otro se ha ampliado a situaciones en las que la asunción de posiciones o transferencias de deberes provenientes de una especial situación jurídica no viene impuesta por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación. Vid., en este sentido, Gracia Martín, *op. cit.*, p. 20 y ss.

(327) Vid., por ejemplo, Schünemann, *LK* § 14, n.m 12; Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 351. Vid., para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords)p. 124.

es, sin embargo, un tanto más limitada. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes(328). El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica se le uniera un respeto estricto del principio de legalidad por parte de los tribunales, llevó a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por los órganos o representantes de la persona jurídica(329). En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma: mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida(330). Sucedía, pues, que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente(331).

La situación de impunidad descrita llevó a que el legislador en los distintos ordenamientos penales estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos. Se formularon, en concreto, cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos

(328) Vid., así, BRUNS, *JZ* 1954, p. 12; LABSCH, *wistra* 1985, p. 4; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 6; ROXIN, *LK* 10. Aufl., § 14, n.m. 3; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP* 1984, p. 24; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, *I*, pp. 3 y ss., 6, 168 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 576; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L 7/54; SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios*, p. 126; CARO CORIA, *Thémis* 24, p. 77.

(329) Vid., BRUNS, *JZ* 1954, p. 13; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 37; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A62.

(330) Vid., BRUNS, *JZ* 1954, p. 12.

(331) Vid., WIESENER, *Verantwortlichkeit*, p. 18; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 407 y s.; ROGALL, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 145; CARO CORIA, *Thémis* 24, p. 76; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 146; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A62.

tipos penales a los administradores de las sociedades (así, por ejemplo, la llamada quiebra impropia del artículo 254 del Código penal de 1924[332] o el artículo 19 segundo párrafo del Decreto Ley 18275 de 1971 de regulación del mercado de giros de moneda extranjera). Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en la responsabilidad penal de órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales, presentó rápidamente sus defectos, pues si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, tales vacíos se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba[333]. Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal buscó fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes de las personas jurídicas[334]; y de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general que ampliasen la sanción penal también a los representantes[335].

Las propuestas de interpretación para justificar sin una regulación específica la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma, han sido muy diversas. En primer lugar, cabe destacar la tesis de Ribka,

---

(332) Vid., Hurtado Pozo, www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hu96.html [consulta: 23 de abril 2002]. En el mismo sentido, respecto del Derecho español, Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 4, II, p. 45 y ss. De otra intepretación, Ugaz Zegarra, *Revista bibliotecal* 7, p. 144.

(333) Vid., en este sentido, referido al Derecho penal alemán, Bruns, *JZ* 1954, p. 13; Blauth, *Handeln*, p. 17; Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 408.

(334) Vid., así la propuesta de Rimmelspracher, *JZ* 1967, p. 475 y ss., respecto del delito de frustración de ejecución forzosa. Otra alternativa en este sentido fue la que para los delitos de insolvencia en el Derecho penal español propuso Muñoz Conde, *CPC* 3 (1977), p. 168 y ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

(335) Vid., en este sentido, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 408 y s.; Muñoz Conde, *CPC* 3 (1977), p. 172; Octavio de Toledo, *ADPCP* 1984, p. 38.

quien partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que el órgano de la persona jurídica podía responder como un cómplice *extraneus* al tipo penal especial(336). Por su parte, NAGLER fundamentó mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo(337) la necesidad de trasladar en el caso de los incapaces de actuar el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del Derecho penal(338). Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida por BRUNS y WIESENER, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del tipo penal correspondiente(339).

Pese a los argumentos esgrimidos por las propuestas de interpretación brevemente mencionadas, la legislación penal de diversos países no las ha considerado suficientemente convincentes, de manera tal que se ha optado por una regulación expresa del actuar en lugar de otro, como sucede en el Perú en el artículo 27 del Código penal. La doctrina penal se esfuerza ahora por explicar, más bien, el fundamento dogmático de tal cláusula de extensión de la punibilidad y establecer así sus límites. El punto de partida se encuentra en los delitos especiales, en tanto la regulación del "actuar lugar de otro" se vincula expresamente a ellos. En efecto, la norma del actuar en lugar de otro se utiliza únicamente para el caso de los delitos

(336) Vid., así, RIBKA, *Strafbares Handeln*, p. 40 y ss.

(337) Vid., NAGLER, *Die Teilnahme*, p. 4 y ss. Vid., también, el juicio al pensamiento de Nagler de BLAUTH, *Handeln*, p. 31; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 3.

(338) Vid., en este sentido NAGLER, *LK* II, 7. Aufl., p. 547. Vid., igualmente la exposición crítica de BLAUTH, *Handeln*, p. 31.

(339) BRUNS, *Können?*, pp. 84 y ss., 110 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1954, p. 15; WIESENER, *Verantwortlichkeit*, p. 25 y ss.

especiales. Por esta razón, la regulación del actuar en lugar de otro es irrelevante en los delitos comunes[340], pues en estos casos los miembros de la empresa podrán responder perfectamente como autores sin que se infrinja el principio de legalidad. En este sentido, el primer requisito general para la aplicación del artículo 27 es que el tipo penal de la parte especial al que sirve de complemento, constituye un delito especial[341]. No obstante, la doctrina penal entiende que existen ciertos delitos especiales en los que el uso del instituto del actuar en lugar de otro resulta innecesario. Estos delitos son aquéllos que regulan una actividad específica y que, por ello, limitan de alguna manera el círculo de destinatarios[342]. En estos casos una interpretación autónoma del propio tipo penal permitiría hacer responsables también a los representantes[343]. Un ejemplo de estos

---

(340) Vid., Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A64; Meini Méndez, *Revista jurídica del Perú*, 28, noviembre 2001, p. 129; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 178; Gómez Martín, *LH-Cobo del Rosal*, p. 427. De otro parecer la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. 7012-97 de 30 de marzo de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 34], en la medida que recurre al artículo 27 para el delito de libramientos indebidos.

(341) Vid., en este sentido, Bruns, *GA* 1982, p. 14 y s.; Blauth, *Handeln*, p. 59; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.), p. 315; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 10; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht* AT, § 29, n.m. 19; Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 88; Marxen, *NK* § 14, n.m. 2; Mir Puig, *Derecho penal*, PG, L 7/67; Rodríguez Mourullo, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (drg.), p. 176; Silva Sánchez, en *Estudios*, p. 125 y s.; Schünemann, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A64; Meini Méndez, *Revista jurídica del Perú* 28 noviembre 2001, p. 129; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 113.

(342) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 14; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 90; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 20 y ss; El Mismo, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 200 y ss., a las que denomina actuaciones en lugar de otro impropios.

(343) Vid., similarmente, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 4; Marxen, *NK* § 14, n.m. 23. Con ciertas dudas, por el contrario, frente a esta solución, Tiedemann, *NJW* 1986, p. 1844.

supuestos en nuestra legislación penal podría ser el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego del artículo 243 A del Código penal en el que se podría sancionar directamente al representante de una persona jurídica que "organiza o conduce casinos de juego requeridos de autorización administrativa".

Más discutido se presenta la inclusión de los llamados delitos especiales impropios en el ámbito de aplicación de la norma del actuar en lugar de otro. Como lo reconoce unánimemente la doctrina penal, dentro de los delitos especiales se distinguen los propios de los impropios. En los delitos especiales propios el elemento especial de autoría opera fundamentando la pena, mientras que en los delitos especiales impropios el elemento especial de autoría sólo agrava la penalidad(344). Nuestra regulación legal limita, sin embargo, la utilización de la norma del actuar en lugar de otro únicamente a los delitos especiales propios, en la medida que el artículo 27 señala que se trata de un delito que contiene elementos especiales que *fundamentan* la penalidad(345). En el caso de delitos especiales impropios no cabrá una actuación en lugar de otro, pero ciertamente tampoco un vacío de punibilidad, pues la conducta podrá castigarse de todas formas por el delito común base de la agravante especial(346).

Para precisar los requisitos para aplicar la cláusula general del actuar en lugar de otro a un delito especial concreto, hay que determinar necesariamente el sentido material de los delitos especiales. Un sector de la doctrina penal considera a tales delitos como delitos

(344) Vid., BLAUTH, *Handeln*, p. 60; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 129; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 261 y s.; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 95.

(345) En el mismo sentido, para el Derecho penal alemán, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8. Respecto del Derecho nacional, CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A64; MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28, noviembre 2001, p. 129, nota 19.

(346) Vid., en este sentido, BRUNS, *JZ* 1958, p. 463; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 95; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 99; CARO CORIA, *Thémis* 24, p. 77; MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28, noviembre 2001, p. 129 y s., quien destaca ciertamente una "laguna de agravación".

de infracción de un deber y determina, a partir de esta comprensión, el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Así, por ejemplo, considera Blauth que el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un "deber secundario" derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado(347). Por su parte, Roxin señala que el actuar en lugar de otro responde a un uso extendido en el tráfico económico en donde muchos asumen los deberes de otros (*Ersatzvertretung*) y, por ello, deben responder también penalmente en caso de incumplimiento(348). Frente a esta comprensión de los delitos especiales en relación con el actuar en lugar de otro se oponen aquéllos que consideran que los delitos especiales constituyen también delitos de dominio. Tanto Schünemann(349) como Gracia Martín(350), aunque con propias particularidades, afirman que en los casos del actuar en lugar de otro se sanciona a un garante no por poseer el estatus al que normalmente se le atribuye el dominio requerido, sino por un acto de asunción del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico(351) o del dominio social(352). Lo central será, pues, determinar si el órgano o representante de la persona jurídica posee el dominio exigido por el tipo penal respectivo.

Por nuestra parte, consideramos que para precisar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro y su alcance, resulta necesario

---

(347) Vid., así, Blauth, *Handeln*, p. 81. En el mismo sentido, la interpretación de Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 297.

(348) Roxin, *LK*, 10. Aufl., § 14, n.m. 9.

(349) Vid., Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 93; El Mismo, *CCGPJ* 1991, p. 39 y s.; El Mismo, *LK* § 14, n.m. 11 y ss.

(352) Vid., Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 344.

(351) Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 138; Schünemann, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 992. Similarmente, Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89.

(352) Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 361 y ss. Se adhieren a tal criterio, Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez González, *Manual*, PE, p. 577; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A69.

diferenciar al interior de los delitos especiales los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales en sentido estricto)[353]. En el caso de los delitos de dominio, la idea fundamental en la regulación del instituto del actuar en lugar de otro se encuentra en la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma[354]. En principio, cualquier persona puede entrar a dominar normativamente aspectos de la esfera de organización de un *intraneus* al tipo y, en este sentido, responder penalmente. Para ello no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino solamente el dominio normativo del *extraneus* sobre el ámbito de organización del *intraneus* que lesiona o pone en peligro la esfera de organización de terceros[355]. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio normativo sobre una esfera de organización ajena[356], sino en la traslación al *extraneus*

---

(353) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *RDPC* 9 (2002), p. 133 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 113 y ss., 121 y ss. Por su parte, ROGALL, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 165, ha propuesto recurrir al criterio del rol para determinar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Si bien Rogall no diferencia el rol general (delitos de dominio) de los roles especiales (delitos de infracción de un deber), define al representante como aquél que tiene la competencia para la determinación de sentido colectivo.

(354) Vid., esto en SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 12; BRUNS, *GA* 1982, p. 20; BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 11; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, I, p. 394 y ss. También ROXIN, *LK* 10. Aufl., § 14, n.m. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro sólo para los casos de delitos de infracción de un deber, habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía. Por su parte, SCHÜNEMANN, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 998 y s., se esfuerza en resaltar que su planteamiento del domino no resulta conciliable, ni teórica ni prácticamente, con la competencia por organización de Jakobs. Si bien puede ser cierto que ambos planteamiento tienen diferencias de principio, no puede negarse que parte de la misma idea (dominio de la organización).

(355) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *RDPC* 9 (2002), p. 134 y ss.

(356) Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 167.

de deberes positivos institucionales del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación[357].

aaaa) Los requisitos del actuar en lugar de otro en los delitos especiales de dominio

Los delitos especiales de dominio que requieren de la cláusula del actuar en lugar de otro, delimitan el rol de ciudadano atribuido a la empresa[358]. Esta situación provoca que los miembros de la empresa queden fuera del ámbito de regulación del delito especial y, por tanto, en la imposibilidad de responder como autores. En determinados casos, sin embargo, puede que normativamente algunos miembros resulten competentes por la organización del ámbito de actuación de la empresa delimitado por el delito especial. El artículo 27 del Código penal establece precisamente los requisitos normativos para que estos supuestos tengan lugar.

- *La relación de representación*: El primer requisito particular de la regulación del artículo 27 del Código penal es la exigencia de que el *extraneus* del tipo penal (aquél que no reúne la calidad especial de autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. Como puede apreciarse, esta regulación asume la llamada teoría de la representación[359], según la cual requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro es que entre el *extraneus* y el *intraneus* exista una relación de representación. En este punto, nuestro Código penal sigue al derogado Código penal español de 1973, que a su vez se inspiró en el §14 del StGB alemán. Pero lo paradójico es que la crítica de la doctrina penal a la

(357) Vid., en este sentido, García Cavero, *RDPC* 9 (2002), p. 137 y ss. De parecer contrario, en el sentido de aceptar criterios fácticos, Meini Mendez, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 27, p. 993.

(358) Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 101.

(359) Vid., Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A67.

regulación alemana[360] y la que se hizo en España al anterior Código penal español y que llevó a una reformulación de la fórmula del "actuar en lugar de otro" en el nuevo Código penal de 1995[361], estuvieron dirigidas precisamente a la limitación de los supuestos de actuación en lugar de otro a los casos de representación.

La asunción de la teoría de la representación en la regulación positiva del "actuar en lugar de otro" produce ciertas limitaciones en los llamados delitos especiales de dominio, ya que no bastaría una asunción del ámbito de organización del *intraneus*, sino que además tendría que darse una relación de representación. En efecto, para la legislación nacional la sola asunción de la posición de *intraneus* no permite aún fundamentar una responsabilidad del *extraneus* como autor del delito especial, sino que requiere además que se acredite que actúa como órgano de representación. No obstante, hay que precisar que la sola relación de representación tampoco autoriza a imputar el hecho al representante, pues en la medida que se trata de un delito de dominio, resulta indispensable que el representante sea también competente por el dominio. El hecho que el artículo 27 del Código penal haya asumido la teoría de la representación no significa que los representantes responderán siempre en caso de un delito especial cometido desde una persona jurídica, sino que de los que aparecen como competentes por el dominio del hecho delictivo solamente responderán aquellos que tienen una relación de representación con el *intraneus* del delito especial.

Conviene advertir que el concepto de representación asumido por la cláusula del actuar en lugar de otro no se corresponde con el utilizado en el ámbito jurídico-civil[362]. En este sentido, cabe afirmar una representación penalmente relevante aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales

---

(360) Vid., en este sentido, la crítica de BRUNS, *JZ* 1958, p. 463 al § 14 del entonces proyecto de StGB de 1958.

(361) Vid., resumidamente, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, p. 18 y ss.

(362) De parecer distinto, MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28 noviembre 2001, p. 131.

en el representado o exceda las facultades conferidas[363]. En esta misma línea de interpretación, el Código penal alemán admite expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro aunque el título que genera la relación de representación sea ineficaz[364]. Si bien nuestro Código penal no ha asumido expresamente esta posibilidad, una interpretación en este sentido tampoco se encuentra excluida, pues el artículo 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o el socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que "actúe como tal"[365]. Así, pues, una persona cuyo nombramiento como representante adolece de algún vicio formal, pero que actúa pese a todo como tal, podrá estar dentro del ámbito de regulación del artículo 27 y, por tanto, responder penalmente.

En otro orden de ideas, debemos señalar que nuestra Código penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha limitado a determinados tipos de representación[366]. Solamente podrá actuar en lugar de otro con relevancia para el Derecho penal el órgano de representación de

---

(363) Vid., en este sentido, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 44; Marxen, *NK* § 14, n.m. 38.

(364) La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del StGB no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque éste no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. Vid., en esta línea, Weber, *StV* 1988, p. 17; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 93 y ss.; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 42/43; Marxen, *NK* § 14, n.m. 43. De una interpretación más amplia, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 67 y ss.; Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89.

(365) Así se esfuerza Meini Méndez, *Revista jurídica del Perú*, 28 noviembre 2001, p. 137 y ss., por mantener esta interpretación respecto del artículo 27 del Código penal. De opinión contraria, Mazuelos Coello, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 191.

(366) Vid., en este sentido, Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A67; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 186.

las personas jurídicas y el socio representante en el caso de sociedades. Esta regulación reduce el ámbito de aplicación en dos aspectos. Por un lado, deja de lado las actuaciones en lugar de otro entre particulares[367] y, por el otro, no incluye otras formas de representación como apoderados o delegados, los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes[368]. Nuestro Código penal parece, pues, no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales la que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en su regulación de la teoría de la representación.

Como primer supuesto de representación, el artículo 27 regula la representación orgánica de las personas jurídicas[369]. Repre-

---

[367] La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; vid., así, BRUNS, *JZ* 1954, p. 14; EL MISMO, *JZ* 1958, p. 463; GALLAS, *ZStW* 80 (1968), p. 21; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 16; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADPCP* 1984, p. 28; BACIGALUPO ZAPATER, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (drg.), p. 323 y ss.; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 96; UGAZ ZEGARRA, *Revista bibliotecal* 7, p. 151. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema en las sentencias N° 3963-96 Ancash de 24/10/97 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, T I, Lima, 1999, p. 84) y N° 3469-99 de 20/12/99 (CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 105 y s.) que entiende que el artículo 27 se limita a salvar el *societas deliquere non potest*.

[368] Vid., en este sentido, críticamente frente al StGB, BRUNS, *JZ* 1954, p. 16; EL MISMO, *JZ* 1958, p. 463. Igualmente frente a la reforma de 1968 que amplió la responsabilidad a ciertos representantes voluntarios, SCHMITT *JZ* 1968, p. 124; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 203; EL MISMO, *NJW* 1986, p. 1843; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 142 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 29, n.m. 25; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 410 y s.; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 84; HEINE/MEINBERG, *GA* 1990, p. 31 y s. En nuestro país, resalta este vacío, CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A71.

[369] Vid., CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A71. Sobre las particularidades de la representación orgánica, frente a la representación legal y voluntaria, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 57.

sentante en estos supuestos es el que en virtud de la regulación legal pertinente y los estatutos sociales está llamado a formar la voluntad de la persona jurídica y a representarla[370]. La representada es una persona jurídica, esto es, una organización social con personalidad jurídica propia, sea de Derecho privado o de Derecho público[371]. Para que esta relación de representación tenga lugar no es necesario que se trate de una organización perfectamente constituida, sino que pueden incluirse también las que adolecen de algún defecto en su constitución[372]. Por el contrario, en los casos de sociedades inexistentes, no será necesario recurrir a la norma del actuar en lugar de otro, pues por lo general la calidad especial de autor recaerá directamente sobre sus miembros (deudor, contribuyente, etc.)[373]. Si la sociedad se

---

(370) Vid., Blauth, *Handeln*, p. 133 y s.; Bacigalupo Zapater, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 328. En la doctrina se ha discutido si el socio de una sociedad comercial puede ser considerado también órgano representante de la persona jurídica (a favor de esta interpretación en los delitos concursales, aunque sin aplicar la norma del actuar en lugar de otro, Fleischer, *NJW* 1976, p. 96 y s.; en contra, Binz, *NJW* 1978, p. 802). Por nuestra parte, consideramos que las facultades de representación normalmente no recaen sobre los socios, aunque no puede excluirse la posibilidad que por vía de estatutos se otorgue tal facultad a algunos de los mismos. En este último supuesto, una responsabilidad penal conforme al artículo 27 del Código penal podrá tener lugar perfectamente.

(371) Vid., en este sentido, Blauth, *Handeln*, p. 137; Schünemann, LK § 14, n.m. 43; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 15; Marxen, *NK* § 14, n.m. 35; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 180 y ss. Por ello, resulta correcta la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 2507-99 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 309 y ss.), sólo en cuanto admite un "actuar en lugar de otro" en caso de organismos públicos, pero no en su aplicación a delitos comunes.

(372) Vid. Schünemann, *LK* § 14, n.m. 43. De una opinión contraria, Marxen, *NK* § 14, n.m. 37, en tanto exige que la persona jurídica se encuentre efectivamente constituida. No incluyen las llamadas sociedades irregulares, Bajo Fernández/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 104; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A72; Ugaz Zegarra, *Revista bibliotecal* 7, p. 151.

(373) Similarmente, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 15.

encuentra en liquidación, la representación estará a cargo del liquidador[374].

El segundo supuesto de relación de representación establecido por nuestro Código penal es el de los socios representantes de una sociedad. Esta regulación llama especialmente la atención, pues parece tratarse de una especificación hasta cierto punto innecesaria, en tanto se trata igualmente de un representante y de una persona jurídica. Esta mención especial tiene una explicación en la legislación alemana, de donde ha sido tomada de manera incompleta. El § 14 inciso 1 numeral 2 del StGB incluye como posible actuante en lugar de otro al socio representante autorizado de una sociedad *comercial de personas*, debido a que no se trata de personas jurídicas con una representación orgánica[375]. En una sociedad comercial de personas, la representación se asimila, más bien, a un mandato entre particulares. En este contexto de ideas, resulta comprensible la precisión que se hace en el § 14 del StGB[376], pero en nuestra legislación carece de todo sentido, pues las sociedades colectivas y las en comanditas (que son las equivalentes a las sociedades de personas del Derecho alemán), sí son personas jurídicas y admitirían, por tanto, una representación orgánica[377]. Con ello queda otra vez al des-

---

(374) Vid., MARXEN, *NK* § 14, n.m. 41; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 111 y ss.

(375) Vid., en este sentido, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 20/21.

(376) Aunque debe reconocerse que también en el Derecho penal alemán, este supuesto de representación resulta muy cuestionado. Vid., al respecto ROXIN, *LK* 10. Aufl., § 14, n.m. 26; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1844; WINKELBAUER, *JR* 1988, p. 34; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 46; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 20/21; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 47.

(377) Vid., en este sentido también MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú* 28, noviembre 2001, p. 140. Una cuestión aparte será determinar los casos en los que la calidad especial recae directamente sobre los socios, de manera que no resulta necesario recurrir a la fórmula del actuar en lugar de otro. Vid., así, en el Derecho penal alemán, SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 46; WEBER, *StV* 1988, p. 16.

cubierto esa importación de la legislación extranjera muy usual en nuestros países sin ni siquiera saber el porqué de esa forma de legislar en los lugares de procedencia.

- *Actuar como órgano de representación o como socio representante*: La regulación del actuar en lugar de otro exige además que el órgano de representación y el socio representante actúen como tales. La discusión doctrinal se centra en la determinación de cuándo se entiende que ha actuado como representante de la persona jurídica. En disputa se encuentran la llamada teoría de los intereses y la llamada teoría de la función. La teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación pero siempre en interés de su representado(378). Estos intereses deben precisarse con base en criterios puramente económicos(379), de manera tal que no resulta relevante si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse que actúa en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante(380). La teoría de

(378) Ésta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (vid. la referencia, Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 13; Jordan, *Jura* 1999, p. 304). En la doctrina penal defienden esta teoría Schünemann, *LK* § 14, n.m. 50; El Mismo, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Bottke, *wistra* 1991, p. 84; Rodrígues Estéves, *El Derecho penal*, p. 345 y s. Críticamente, ante la teoría de los intereses, Tiedemann, *NJW* 1986, p. 1844; Weber, *StV* 1988, p. 17; Labsch, *wistra* 1985, p. 59; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 13; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 91; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 220; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 150. Cuestiona la teoría de los intereses concretamente en los delitos omisivos, Blauth, *Handeln*, p. 141.

(379) Vid., así, la indicación de Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Marxen, *NK* § 14, n.m. 31.

(380) Vid., en este sentido, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada de los intereses, según la cual es posible abarcar la actuación en propio interés del representante si sirve a la vez a los

la función entiende, por contra, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación(381). Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado(382). Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente(383). Tampoco aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representante(384). Solamente en caso de que el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona, podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación(385).

Para resolver la disputa entre la teoría de los intereses y la teoría de la función, hay que partir del dato de que el tenor literal del artículo 27 no excluye ninguna de las dos posibilidades de

---

intereses del representado (vid., la referencia, LABSCH, *wistra* 1985, p. 5; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 32).

(381) Vid., en este sentido, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1844 y s.; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 26; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 30; ARLOTH, *NStZ* 1990, p. 575; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 12 y s.; JORDAN, *Jura* 1999, p. 305. En un aligeramiento de la pespectiva de la función, TIEDEMANN, *LK* previos al § 283, n.m. 87, requiere la sola posesión de la posición especial de representante, lo que vincularía este interpretación del actuar en lugar de otro con la teoría de la apariencia de procedencia jurídico-mercantil.

(382) Vid., así, WEBER, *StV* 1988, p. 17.

(383) Vid., así, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60. Por su parte, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 91 y s., entiende que este requisito adicional no tiene sentido, pues los delitos especiales contienen ya esta referencia al ámbito de actuación del representante.

(384) Vid., LABSCH, *wistra* 1985, p. 60 y s.

(385) Vid., WEBER, *StV* 1988, p. 17; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 26; LABSCH, *wistra* 1985, p. 61 y s.

interpretación[386]. En este sentido, debe optarse por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. En este sentido, nos inclinamos por una teoría de la función que incluye dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado[387]. Esta relación funcional se pierde cuando el representante abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado[388], de manera que en estos casos responderá de manera directa por el perjuicio patrimonial producido (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

El requisito de "actuar como representante" se muestra problemático en los casos, muy comunes en la práctica, de órganos de representación pluripersonales. Precisamente por ello la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a "los miembros del órgano de representación", aunque debe indicarse que esto no significa que en caso de un delito cometido desde la empresa todos ellos deban responder penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. Si un miembro del órgano de representación ha asumido la representación de la empresa y en estas circunstancias comete un delito, resultará plenamente responsable, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación[389]. En este supuesto, una responsabilidad

---

(386) Vid., similarmente, respecto de la regulación penal alemana, Jordan, *Jura* 1999, p. 305. Por el contrario, Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría de los intereses.

(387) Similarmente, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 13; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 188.

(388) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 13.

(389) Vid., Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 18; Labsch, *wistra* 1985, p. 61; Schünemann, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*,

penal de los miembros restantes por vía del artículo 27 solamente podrá tener lugar en caso de admitir una coautoría por la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no es usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido(390).

Otro supuesto de especial discusión en el requisito que ahora examinamos es la responsabilidad penal de aquellos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica. Más allá de los supuestos de nombramientos con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro(391), la doctrina penal se centra en aquéllos que simplemente asumen sin nombramiento alguno funciones de representación y son así reconocidos hacia fuera. La redacción del artículo 27 parece no dar cabida a estos supuestos, lo cual ha sido precisamente objeto de crítica en los escritos especializados(392). No obstante, una aceptación general

---

Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; MARXEN, *NK* § 14 n.m. 46; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 84.

(390) Similarmente, BLAUTH, *Handeln*, p. 136; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminlaität*, p. 229; EL MISMO, *LK* § 14, n.m. 52; EL MISMO, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 87; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 185. Si bien NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 171; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 46, admiten esta solución, señalan que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*). Por el contrario, admite deberes de vigilancia y control en estructuras horizontales, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 224.

(391) Vid., así en el Derecho penal alemán, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 42/43; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 43. Sobre los distintos supuestos de administración fáctica, vid., con detalle, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 110 y ss.

(392) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 146 y ss.; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 28; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A68.

de estos supuestos no puede ser de recibo, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos de los respectivos delitos especiales[393]. Para decidir la admisión de supuestos de asunción fáctica debe diferenciarse los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber, ya que, como hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de una responsabilidad del actuante en lugar de otro no es el mismo en ambos casos[394]. En los delitos de dominio, que son los que aquí nos interesan, no se presentarán mayores inconvenientes para admitir una responsabilidad penal del representante de hecho, en tanto exista una efectiva asunción de tal posición y, por tanto, de las competencias del órgano de representación[395]. No obstante, en el caso de los delitos de infracción de un deber, como veremos luego, esta posibilidad se encuentra en principio negada.

---

(393) En este sentido, el temor de Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 87 y ss., de afectar la seguridad jurídica.

(394) Este punto de partida metodológico en el análisis de la responsabilidad del actuar en lugar de otro, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 144 y ss.; Gallego Soler, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 163; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 122 y ss.

(395) Vid., con mayor detalle, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 70; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 174 y ss.; Gallego Soler, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 165. Críticamente sobre el requisito de la exteriorización del dominio social, Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 126 y ss., 136 y ss. Esta autora, sin embargo, parece identificar la figura del testaferro con la ausencia de apariencia en el ejercicio del dominio social típico del *extraneus*. No obstante, cabe recordar que en el caso de los testaferros, éstos aparecen como administradores sólo formalmente, mientras que los actos de administración los lleva a cabo un administrador de hecho. Si en el ejercicio de estos actos de administración existe una exteriorización del dominio social típico por parte del administrador de hecho, entonces no habrá el supuesto vacío señalado por Nuñez Castaño (p. 136), respondiendo el administrador de hecho como autor. Por el contrario, si el que aparece como administrador de derecho realiza actos de administración dirigidos por un socio oculto, entonces ya no estaremos ante un simple testaferro, sino ante un coadministrador de derecho. Solamente en caso de un dominio sobre la propia apariencia, podrá renunciarse al requisito de la exteriorización del dominio social (vid., con detalle, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 178).

- *La realización del tipo penal*: El artículo 27 del Código penal peruano establece también que el representante realice el tipo penal(396). Esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante(397). Para determinar la realización del tipo penal, resulta de importancia central precisar si se trata de un delito de dominio o de un delito de infracción de un deber. En los delitos de dominio, la imputación del hecho al representante dependerá de la infracción de su rol de ciudadano. Ya que en los delitos especiales de dominio el propio tipo penal delimita el rol general de ciudadano en un ámbito concreto, deberá precisarse primeramente si el representado es competente por la organización en este ámbito. La competencia del representante se deriva, por su parte, de un acto de asunción de los asuntos del representado, lo que significa que desde ese momento la competencia por la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante(398).

(396) Ya BRUNS, *JZ* 1954, p. 12 criticaba respecto de la legislación alemana la solución simplista en los delitos cometidos en las actividades de una persona jurídica de enfocar directamente a sus órganos o representantes sin especificar el fundamento de su responsabilidad penal. Sobre la necesidad de una realización del tipo por parte del representante o administrador BRUNS, *JZ* 1958, p. 463; SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 376; ZUGALDÍA ESPINAR, en *Empresa y delito*, p. 218; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 101; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 223 y ss.; GALLEGO SOLER, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 152; GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 112; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A65; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 134; ; EL MISMO, *Actualidad jurídica* 98 (2002), p. 35. Por su parte, MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú* 28, noviembre 2001, p. 139 y s., reconoce un avance, aunque se muestra crítico ante la incorrección gramatical del artículo 27. El requisito de la realización del tipo penal por parte del representante no se aprecia con claridad en la sentencia N° 3469-99 de 20/12/99 (CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 105 y s.).

(397) En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 214; MAZUELOS COELLO, *Advocatus* diciembre 2001, p. 187; UGAZ ZEGARRA, *Revista bibliotecal 7*, p. 149.

(398) Sobre la idea de la asunción como fundamento del actuar en lugar de otro, con distintos matices, SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 12; BRUNS, *GA* 1982, p. 20;

Establecida esta competencia y su infracción, resulta irrelevante precisar si el delito se comete mediante una omisión o una acción[399], pues lo normativamente decisivo se encuentra en la competencia del representante por la realización del delito especial[400].

- *Los elementos especiales deben concurrir en la representada*: El artículo 27 requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no se den en el representante, se den en el representado. La primera cuestión que debe precisarse es qué se entiende por elemento especial en el contexto del "actuar en lugar de otro". Ya que el artículo 27 se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría[401]. Esta indicación es, sin embargo, demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría

---

Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89; Jakobs, *Strafrecht*, Apdo 21, n.m. 11; Gracia Martín, *El actuar, I*, p. 394 y ss.

(399) Vid., Jakobs, en *Estudios*, pp. 114 y s., 350, 363. En general sigue esta comprensión, Vogel, *Norm und Pflicht*, p. 354 y ss. Por el contrario, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 6; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 24 y ss.; Marxen, *NK* § 14, n.m. 29, hacen hincapié en el ámbito de los delitos de omisión y consideran que en los delitos especiales de omisión propia la utilización de la fórmula del "actuar en lugar de otro" sería necesaria para sancionar penalmente a los representantes de personas jurídicas. En el caso de los delitos de omisión impropia, se considera también necesario recurrir a la cláusula del "actuar en lugar de otro" en caso que el tipo penal activo de correspondencia constituya un delito especial (Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 396 y ss., II, p. 92; de un parecer distinto, Blauth, *Handeln*, pp. 117, 125; Bruns, *GA* 1982, p. 24 y s.). Por el contrario, si el tipo penal activo de correspondencia está configurado como un delito común, no será necesario recurrir al "actuar en lugar de otro", ya que el representante en estos casos será por sí mismo garante y alcanzable por el propio tipo penal de la parte especial.

(400) Vid., con mayores referencias, Jakobs, en *Estudios*, pp. 114 y s.; 347 y ss.; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 131 y ss.

(401) En el mismo sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 231; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 35, aunque limitado solamente a la idea del dominio.

(motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos de autoría[402] y lo limita a los casos de elementos objetivos de autoría[403]. No obstante, tampoco todos los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos se procede a hacer una diferenciación. En primer lugar, se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (así, por ejemplo, el caso de los funcionarios)[404], así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)[405], ya que en ambos

---

(402) Vid., BLAUTH, *Handeln*, p. 109 y s.; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1843 y s.; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 140; EL MISMO, *LK* § 14, n.m. 38; EL MISMO, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 28; SCHROTH, *Unternehmen*, p. 36; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 61; BACIGALUPO ZAPATER, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 330; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 148; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A64. De otra opinión, BRUNS, *GA* 1982, p. 30 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 127.

(403) En este sentido, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8; SCHÜNEMANN, Voz: "Handeln für einen anderen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 106.

(404) En este sentido, BLAUTH, *Handeln*, p. 88; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1843 y s.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 11; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 27; SCHROTH, *Unternehmen*, p. 36; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 62; BACIGALUPO ZAPATER, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 331; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 148. De otra opinión, aunque fuera de la regulación positiva, SCHÜNEMANN *LK* § 14, n.m. 34; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 151 y ss. Escéptico ante la irrepresentabilidad de los llamados elementos especiales personalísimos, BRUNS, *GA* 1982, p. 16 y ss.

(405) BLAUTH, *Handeln*, p. 84 y s.; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 25; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 40; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 62; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 129.

casos no parece posible una representación[406]. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen, por tanto, a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)[407]. Las llamadas circunstancias personales especiales que hacen mención a una situación transitoria del autor[408], solamente podrían tenerse en cuenta si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento concursal debe interpretarse como tener la posición de deudor)[409].

Cabe precisar finalmente que la redacción del artículo 27 no ha sido muy feliz en la regulación del requisito analizado, pues limita la responsabilidad a los casos de representación directa y no sanciona relaciones de representación de segundo orden[410]. Por ejemplo, la Ley general de sociedades en su artículo 193 establece la posibilidad de que el gerente de una sociedad anónima sea una persona jurídica. Si una persona jurídica es nombrada gerente de una sociedad, los actos de representación (artículo 188 inciso 2 de la Ley general de sociedades) los llevará a cabo a través de su representante legal[411]. Esto quiere decir que si el representante de la persona

---

(406) Vid., en este sentido, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8 y s.; Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 129.

(407) Vid., Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 10/11; Marxen, *NK* § 14, n.m. 25; Octavio de Toledo y Ubieto, *ADPCP* 1984, p. 62; Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 129.

(408) Vid., Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 128; Marxen, *NK* § 14, n.m. 25, quien entiende que no hay necesidad de incluirlos.

(409) En este sentido, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 12; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 40.

(410) Vid., Gracia Martín, *AP* 1993, p. 223; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 221; Zúñiga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 216; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 152; Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A68.

(411) Vid., los supuestos de personas jurídicas administradoras, Gómez Benítez, *Curso de Derecho penal*, p. 101.

jurídica (gerente) realiza un delito especial no podrá sancionarse con el artículo 27, pues el elemento especial de autoría no se dará en su representado, sino en el representado de su representado, es decir, en la sociedad mercantil.

bbbb) Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro

La consecuencia jurídica del artículo 27 del Código penal es que el representante responderá como autor del correspondiente delito especial. Sobre esta calificación hay que hacer algunas precisiones, pues es distinto considerarle autor que decir que se le castiga con la pena del autor. Al establecerse que el representante responde como autor, quiere decirse que el *extraneus* se convierte en *intraneus* con todas las consecuencias derivadas de la autoría, es decir que puede ser coautor, que puede castigarse como partícipes a quienes le auxiliaron o como instigadores a quienes le indujeron a la comisión del hecho(412). Pero hay que señalar que esta extensión del círculo de autores no autoriza a castigar siempre como autor al representante de una persona jurídica, sino que su competencia por la realización del hecho delictivo debe de ser de tal grado que permita una imputación penal como autor(413).

cccc) Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro en delitos de dominio desde la empresa

En la parte especial del Código penal se regulan de manera específica supuestos de actuar en lugar de otro para delitos cometidos desde la empresa. El caso más claro es el delito de atentado al sistema crediticio, en donde el propio artículo 209 ha recurrido a una cláusula de extensión especial quizá con la intención de escapar al límite de la relación de representación que exige el artículo 27 del CP(414). En el delito de atentado contra el sistema crediticio "cometido" por una persona jurídica se considera como autor de manera

(412) Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 111.

(413) En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 106 y s.

(414) Ver, detalladamente, GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5, p. 238 y s.

berar o reducir las competencias del delegante[421]. Esto quiere decir que las competencias por organización se mantienen, pese a la delegación, en el delegante, de manera que lo realizado por el delegado se imputa directamente al ámbito de organización del delegante. La responsabilidad penal como autor del miembro de la empresa que reúne el elemento especial de autoría, no se fundamentará en una competencia directa de dominio sobre el hecho, sino en su competencia por la organización de sus subordinados. El delegado podrá responder solamente como partícipe, en tanto no reúne el elemento especial de autoría.

bbbb) La responsabilidad penal de los órganos fácticos

La doctrina penal ha intentado fundamentar la responsabilidad penal también de aquél que fácticamente ha ejercido el dominio correspondiente cuando no sea posible castigar a los miembros formales de la empresa por ausencia del dominio suficiente para atribuirles el delito[422]. Para ello se recurre a una interpretación fáctica dentro del tenor del tipo penal respectivo[423], aunque debemos precisar que este proceder interpretativo no resulta suficiente. Para poder afirmar la asunción de las competencias organizativas de la empresa que, en principio, le corresponderían al miembro formal, no basta que un sujeto lleve a cabo fácticamente funciones de un miembro formal, sino que tal miembro fáctico debe encontrarse en la misma posición social del miembro formal[424]. Solamente en caso que el

(421) Vid., así Neudecker, *Verantwortlichkeit*, pp. 40, 143; Alessandri, *Manuale*, p. 71.

(422) Sobre la problemática en general del administrador de hecho de la empresa, vid., Conti, *Trattato*, p. 231 y ss.; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 109 y ss.; Marra, *Legalità*, p. 69 y ss.; Alessandri, *Manuale*, p. 65 y ss.; Ferré Olivé, *Revista penal* 1 (1998), p. 22 y s.; Gallego Soler, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 149 y ss.; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 73 y ss.; Gómez Benítez, *Curso de Derecho penal*, p. 105 y ss.; Carmona, *Premesse*, p. 230 y ss.; Pradel, en *Derecho penal económico*, II, Conde-Pumpido Tourón (dr.), p. 28.

(423) Vid., en este sentido, Lenckner/Perron, en *StGB* Schönke/Schröder, § 14, n.m. 4.

(424) Sobre el dominio social, vid., Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 354 y ss.; Bajo Fernández, *Actividad empresarial*, p. 262; El Mismo/Pérez Manzano/Suárez

miembro fáctico de la empresa tenga la capacidad de poder desempeñarse como un miembro formal, podrá admitirse una identidad normativa y, por tanto, una misma responsabilidad penal.

Dentro del tema de la responsabilidad penal de los órganos fácticos, quisiéramos abordar brevemente el caso en el que una persona dirige fácticamente una empresa valiéndose de un hombre de paja como administrador formal. Una respuesta única para esta constelación de casos sería una simplificación poco rigurosa de la problemática y, por ello, creemos que deben diferenciarse diversos supuestos en el caso de existencia de las llamadas personas-pantalla. En primer lugar, puede plantearse el caso del administrador de derecho que no asume labores de administración y simplemente se limita a aparecer formalmente como administrador de la empresa, firmando incluso documentos sociales, pero dejando la administración de la empresa completamente en manos de un administrador de hecho. La situación cambia si el administrador de derecho no sólo cumple una función de simple pantalla, sino que adicionalmente ejecuta actos de administración, pero siguiendo estrictamente las órdenes expedidas por una persona de atrás que decide sobre la administración de la empresa. Finalmente, puede suceder que el administrador de derecho se encuentre sometido por alguna razón penalmente relevante (coacción o error) a la voluntad del hombre de atrás, de forma tal que actúa como mero instrumento en la administración de la empresa. Si bien puede hablarse de manera general en estos casos de un uso de "testaferros", solamente en el primero de estos casos existe un testaferro en sentido estricto.

En el caso de uso de un simple testaferro, no habrá inconveniente para considerar autor de los delitos de dominio al administrador de hecho que asume realmente las funciones de administración. Como nos encontramos ante delitos especiales de dominio, para hablar de un efectivo dominio social será necesario que el administrador aparezca ejerciendo las labores de administración[425]. El testaferro

---

GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 577; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 174 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 64 y ss.

[425] Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 176, con amplias referencias doctrinales.

aparece sólo formalmente como administrador, pero en la realidad no se presenta como tal, pues la labor de administración es realizada frente a los demás por el administrador de hecho. En consecuencia, el administrador de derecho sólo podrá ser considerado partícipe del delito cometido por el administrador de hecho, siempre que con su apariencia formal contribuya a la realización del delito(426). Esta propuesta de solución de la imputación de responsabilidad penal ha sido cuestionada por algunos autores que no comparten, por un lado, que el testaferro responda solamente como partícipe del delito y, por el otro, la exigencia de una exteriorización de la asunción de las funciones de administración por parte del administrador de hecho(427).

Respecto a la responsabilidad penal del testaferro, no vemos que exista base suficiente para sustentar una responsabilidad penal a título de autor en un delito de dominio(428). El que el administrador de derecho aparezca simplemente como administrador de la empresa sin ejercer realmente ninguna función de administración, no parece conciliable con la exigencia de un dominio funcional del hecho que permita hacerlo tan responsable como el administrador de hecho(429).

---

(426) Vid., en el mismo sentido, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 150; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 9.

(427) Vid., Núñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 136 y ss.

(428) Distinto el parecer de Núñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 136 y s. En esta línea se mueve también la jurisprudencia italiana, Carmona, *Premesse*, p. 235 y ss., aunque hay una orientación minoritaria que descarta que el solo hecho de tener la posición de administrador de derecho fundamente una responsabilidad penal por los actos del administrador de hecho. En el Derecho penal francés, tal como lo manifiesta Pradel, en *Derecho penal económico*, II, Conde-Pumpido Tourón (dr.), p. 29, el testaferro es tambien punible, pero resulta poco castigado por el hecho de no hacer nada.

(429) Distinto es el caso en el que un administrador de derecho que efectivamente ha asumido labores de administración deja que un administrador de hecho de la misma empresa realice un hecho delictivo. En estos casos, podría plantearse una responsabilidad penal como autor en caso resulte competente por la organización del ámbito desde el cual se ha realizado el hecho delictivo. Pero, como puede verse, no se trata ya de un testaferro, sino de un administrador con funciones reales de administración.

No cabe duda que con su aparición como administrador formal puede haber aportado a la realización del hecho, pero de ahí a afirmar que tiene el dominio del hecho propio de un autor, creemos que constituye una conclusión apresurada. El dominio del hecho del autor en delitos de administración requiere cuando menos ejercer ciertas facultades de administración, lo cual no puede afirmarse en el caso de un testaferro en sentido estricto. Por consiguiente, consideramos que en estos casos el administrador de hecho resulta responsable como autor del delito por poseer el dominio social de las funciones de administración, mientras que el testaferro, en la medida que haya apoyado con su participación la realización del delito, sólo podrá responder como partícipe. No hay dos partícipes, sino un autor, el administrador de hecho, y un partícipe, el administrador de derecho.

En cuanto al cuestionamiento a la exigencia del requisito de la exteriorización de la asunción de las funciones de administración, consideramos que no se puede prescindir de este requisito tan fácilmente como lo hacen NÚÑEZ CASTAÑO y RÍOS CORBACHO[430]. Para que una persona resulte competente por un ámbito que no tiene asignado jurídicamente, debe existir un acto exteriorizado que permita la atribución social de este ámbito de organización. En la doctrina penal de la asunción de la comisión por omisión, por ejemplo, queda claro que para que la asunción constituya una posición de garantía debe ser apreciada por terceros. Sólo puede hablarse de una asunción penalmente relevante si ésta resulta socialmente apreciable, esto es, si se presenta como un compromiso efectivo[431]. Tanto SCHÜNEMANN[432] como GRACIA MARTÍN[433] han expresado que los delitos especiales son delitos de garante, por lo que sería una gran incoherencia no exigir en los criterios de imputación penal de los delitos especiales lo mismo que en la figura de la comisión por omisión. Debe quedar

---

(430) Vid., NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 138; RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho*, p. 83.

(431) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 16; GRACIA MARTÍN, *Estudios*, p. 159.

(432) Vid., SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., § 14, n.m. 12.

(433) Vid., GRACIA MARTÍN., *El actuar*, I, p. 394 y ss.

claro que la asunción frente a terceros de las funciones de administración no implica exigir la apariencia formal de administrador, pues en estos casos ya no sería necesaria la figura del testaferro. En los casos de un simple testaferro, el hombre de atrás siempre aparece realizando las labores de administración, de manera que el requisito de la apariencia se cumple perfectamente. Por el contrario, si el hombre de atrás no asume de forma ostensible las funciones de administración de la empresa, el administrador de derecho no será propiamente un testaferro, sino un administrador sumiso, pero competente primario por el dominio del riesgo.

Cuando el administrador de derecho no sólo aparece formalmente como tal, sino que ejerce además los actos de administración en estricto cumplimiento de las órdenes de un hombre de atrás, responderá penalmente por los delitos de dominio en calidad de autor. Tanto para los delitos comunes como para los especiales, el administrador de derecho tiene el dominio que fundamenta su responsabilidad como autor. Más discutible podría ser la responsabilidad penal del hombre de atrás. En el caso de los delitos especiales de dominio especiales, la autoría requiere un dominio especial que abarca la asunción hacia fuera (aparente) de las labores de administración. Si bien el hombre de atrás puede tener un cierto dominio sobre la decisión de las funciones de administración, queda claro que no se muestra como administrador y carece, por tanto, del dominio social exigible. En consecuencia, el administrador de derecho será autor del delito, mientras que al hombre de atrás sólo le quedará una responsabilidad como inductor.

El tercer supuesto de hombre de paja se presenta cuando el hombre de atrás maneja al administrador formalmente nombrado mediante coacción o error. En estos casos, la responsabilidad penal del administrador de hecho de atrás resulta indiscutible, pues utiliza al administrador formal como instrumento para la ejecución del delito. Pero en el caso de delitos especiales, se plantea la cuestión de si la responsabilidad penal puede alcanzar a este administrador de atrás, pese a no tener el dominio social requerido. Si bien en estos casos no existe la apariencia en el ejercicio de las funciones de administración, no hay inconveniente en considerarlo un administrador de hecho

con todas las consecuencias penales, pues el hombre de atrás no sólo tiene el dominio social respecto al bien jurídico protegido, sino también un dominio sobre la apariencia(434). El elemento especial de autoría que recae sobre el administrador de derecho podría alcanzar al administrador de hecho mediante una perspectiva fáctica de análisis basada en la interpretación autónoma del Derecho penal.

ccc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de dominio

La determinación de la sanción de aquellas personas que han participado en un delito especial sin tener la calidad de exigida por el tipo constituye un tema que ha levantado cierta discusión en nuestro país. En el ámbito de la criminalidad empresarial se plantea esta cuestión respecto de los asesores de la empresa que no reúnen la calidad exigida por el tipo penal. Para abordar esta cuestión resulta necesario precisar que nos estamos referiendo a delitos especiales de dominio, los cuales se sustentan en la infracción de las competencias por organización atribuidas como deber general negativo a los ciudadanos. En disputa se encuentran fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación(435). Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina con base en el marco penal del delito especial, la segunda considera que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena para el autor. En nuestra opinión, la solución no va por un camino alternativo, sino que la asunción de una u otra teoría depende de si el delito está configurado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber(436). A mayor abundamiento, la pena para los partí-

(434) Vid., con toda claridad, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 178.

(435) Vid., sobre esta discusión, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos*, p. 57; ROJAS VARGAS, *Delitos*, p. 76; PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 760 y ss. En el Derecho español, ZUGALDÍA ESPINAR, *LH-Cobo del Rosal*, p. 965 y ss.

(436) Vid., GARCÍA CAVERO, *Fraude*, pp. 77 y ss., 96. Sigue este planteamiento diferenciador, PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 769 y s., aunque en un sentido completamente distinto al que proponemos.

cipes en los delitos especiales de dominio deberá determinarse con base en el marco penal del delito especial, en la medida que si bien el tipo penal ha delimitado el círculo de destinatario, se sustenta materialmente en las competencias por organización que son comunes a todos los ciudadanos[437]. Tanto autor como partícipe infringen el deber general negativo de ciudadano, aunque normalmente con una posible menor intensidad en el caso del último.

b. Delitos de infracción de un deber

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma no acaba con los delitos de dominio, sino que puede tener su origen en delitos de infracción de un deber. Se trata de situaciones de responsabilidad por competencias institucionales que en un principio corresponden a la empresa, en tanto poseedora de un rol especial, pero que por su irresponsabilidad penal se trasladan a sus representantes mediante la norma del «actuar en lugar de otro» o directamente a un miembro de dirección de la persona jurídica por concretos tipos penales de la parte especial. Sobre las cuestiones generales de estas posibilidades de imputación a los miembros de la empresa ya nos hemos pronunciado, de manera que aquí nos vamos a limitar a las cuestiones particulares de los delitos de infracción de un deber.

aa) Los delitos de infracción de un deber dirigidos a la empresa: el actuar en lugar de otro (II)

La teoría de la representación asumida por el artículo 27 del Código penal parece ajustarse sin problemas a los delitos de infracción de un deber, pues los deberes institucionales se transfieren normalmente mediante una relación de representación (otra relación institucional)[438].

---

[437] Vid., Silva Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 907.

[438] Hay que precisar que en estos casos no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes institucionales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal. Vid., en este sentido, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 171; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 187.

El representante resulta competente por el cumplimiento de deberes positivos derivados de una relación institucional específica que afecta, en principio, a su representado (la persona jurídica). En los delitos de infracción de un deber una asunción fáctica incluso hacia fuera de las labores de administración de la persona jurídica, no justifica la responsabilidad penal del que asume de hecho estos aspectos(439). Solamente un representante de derecho podrá ser responsable por el incumplimiento de los deberes institucionales de su representado.

La imputación del hecho al representante cobra una especial configuración en los delitos de infracción de un deber. No se trata de demostrar una competencia por el dominio de la esfera de organización del representado, sino una transferencia de deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante la relación de representación. El representante habrá realizado el tipo penal correspondiente por el incumplimiento de un deber institucional transferido por el representado, siendo aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión(440). Un ejemplo de delito especial de infracción de un deber se encuentra en los delitos tributarios. La obligación tributaria originaria le corresponde a la persona jurídica y, por tanto, el pago debería hacerla, en un principio, ella(441). El incumplimiento de la obligación tributaria mediante ciertos medios fraudulentos debería llevar a una sanción penal contra el poseedor del rol institucional, esto es, contra la persona jurídica. Sin embargo, en estos casos se hace responsable penalmente al representante de la persona jurídica.

(439) Vid., sobre la excepcionalidad de la asunción en los delitos de infracción de un deber, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 178 y ss. Niega, en principio, la responsabilidad penal del administrador de hecho en caso de deberes del órgano, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 71, admitiéndolo solamente en caso de falta de un administrador nombrado.

(440) Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber, vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 362 y s.

(441) Vid., similarmente en el Derecho penal español, GRACIA MARTÍN, *AP* 16 (1993), p. 213.

El deber de pago de los tributos por parte de la persona jurídica se transfiere al representante, el cual responde penalmente por haber dejado de pagar fraudulentamente los tributos correspondientes, aunque materialmente el acto de defraudación tributaria haya sido llevado a cabo con pleno dominio del hecho por parte de otros sujetos (contadores, abogados, socios, etc.)[442]. Sólo basta para imputar responsabilidad penal, verificar la calidad de representante de la empresa y la posibilidad de haber cumplido con el deber de pago regular de los tributos. La simple asunción de las labores de administración no hace competente institucional al administrador de hecho frente al deber de pago de los tributos de la empresa. En el artículo 16 inciso 3 del Código tributario solamente se utiliza criterios fácticos para el caso de entes colectivos que carecen de personería jurídica.

bb) Los delitos de infracción de un deber dirigidos a los miembros de la empresa

Otra posible configuración de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos de infracción de un deber cometidos desde la empresa, tiene lugar a través de delitos especiales dirigidos directamente a determinados miembros de la empresa. En estos casos no resulta posible una delegación y mucho menos una asunción fáctica de las competencias[443]. Los miembros de la empresa expresamente mencionados en el tipo penal responden penalmente por el incumplimiento del deber, aun cuando en la realidad hayan delegado este deber o dejado en manos de otra persona. El delito de rehusamiento de información económica y financiera del artículo 242 del Código penal constituye un ejemplo de un delito de infracción de un deber dirigido directamente a los miembros de la empresa. En este supuesto, la competencia institucional de la empresa de favorecer las labores de control y supervisión de la Admi-

---

[442] Vid., así, Quintero Olivares, *RDFHP* 137 (1978), p. 1327; Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 45 y s. En contra, Aparicio Pérez, A., *Delitos contra la Hacienda Pública*, pp. 46, 112; Muñoz Baños, *Infracciones tributarias*, p. 358; Rossy, *El delito fiscal*, p. 71.

[443] Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 172.

nistración es transferida directamente por el tipo penal a los directores, administradores o gerentes. Resulta obvio que la posición institucional recae sobre la empresa, pero debido a su irresponsabilidad penal tal competencia se transfiere penalmente a los miembros de dirección. Quién ha ejecutado físicamente la obstaculización de las labores de supervisión en la empresa, no interesa para la configuración típica de estos delitos, sino solamente el incumplimiento por parte de los directores, administradores o gerentes de garantizar las labores de control al interior de la empresa.

cc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de infracción de un deber

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas a las de los delitos de dominio, es decir, no se seguiría la teoría de la unidad del título de imputación(444). La razón del cambio de criterio radica en que la infracción de la competencia institucional sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber solamente puede ser realizada por los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden infringir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, al partícipe no podrá sancionársele con base en el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber(445).

A la solución propuesta se le ha hecho diversas críticas, siendo quizá la más relevante la impunidad en la que quedarían los que ayudan o auxilian a la comisión de un hecho delictivo(446). Esta

(444) De otro parecer, GÓMEZ MARTÍN, *LH-Cobo del Rosal*, p. 452 y s.

(445) Correctamente, ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 242 y s., señala que ésta es la solución coherente para los defensores de los delitos de infracción de un deber. Si bien SILVA SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 909, asume este planteamiento lo matiza en algunos delitos de infracción de un deber en los que existe un componente de dominio o competencia por organización.

(446) Considera más recomendable la unidad del título de imputación en los delitos de infracción de un deber, REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 40; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 73, n.m. 1134.

crítica es, sin embargo, relativa. En primer lugar, la conducta del partícipe podrá, en el caso de los delitos especiales impropios, enmarcarse en un delito común de dominio, de manera tal que el partícipe podrá recibir una pena con base en el marco penal de este último delito[447]. Pero lo que no puede admitirse, tal como lo establece el artículo 26 del Código penal, es que las circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal de un autor se amplíen a los partícipes que no tienen una relacion institucional[448]. Muy a diferencia de aquel sector de la doctrina nacional que entiende que el artículo 26 del Código penal hace referencia únicamente a las cualidades o circunstancias que afectan la culpabilidad de alguno de los autores o partícipes, consideramos que estas cualidades o circunstancias personales no se refieren a los elementos propios de la categoría de la culpabilidad, sino a los que se ubican en el injusto[449]. El fundamento de esta conclusión se encuentra en que la accesoriedad limitada en la participación, admitida casi unánimemente por la doctrina, excluye ya, por regla general, la comunicabilidad de los elementos de la culpabilidad a los otros intervinientes en el hecho[450]. En este sentido, cuando se habla en el artículo 26 de cualidades o circunstancias personales

---

(447) En este sentido, no resulta del todo correcto señalar, como lo hace Pariona Arana, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 748 que en materia penal las consecuencias prácticas de la problemática de la participación en los delitos especiales significan la imposición de una pena o la impunidad.

(448) Vid., en el mismo sentido respecto del § 28 del Código penal alemán, Cramer/Heine, en *Schönke/Schröder StGB Kommentar*, 26ª ed., Munich, 2001, § 28, n.m. 8.

(449) Vid., al respecto, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 26, p. 962. En el Derecho penal de otros países vid., igualmente, Welzel, *Derecho penal alemán*, PG, (trad. Bustos/Yánez), Santiago de Chile, 1987, p. 172 y s.; Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho penal*, PG, 2, (trad. Bofill), Buenos Aires, 1995, p. 499 y s.; Bacipalupo Zapater, *Principios de Derecho penal*, PG, Madrid, 1991, p. 234.

(450) Vid., así, Boldova Pasamar, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995, p. 77.

que afectan la responsabilidad penal, habrá que entender, más bien, que se está haciendo referencia a aspectos vinculados al injusto.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, la incomunicabilidad de una agravante no se determina por su ubicación en la estructura del delito, sino por su naturaleza estrictamente personal. En los casos de delitos de infracción de un deber formalmente configurados como delitos especiales impropios[451], es decir, aquellos casos en los que se establece como criterio de agravación de la penalidad la infracción de un deber institucional[452], tiene lugar precisamente una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Así es el caso, por ejemplo, de los supuestos de agravación por la calidad de funcionario o servidor público del autor[453]. La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber especial se fundamenta en el hecho de que si este deber se comunicase a otros partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Por consiguiente, la responsabilidad penal de los que han participado en el hecho delictivo y no tienen la calidad de funcionario o servidor público no podrá verse afectada por la agravante prevista, sino que su responsabilidad penal se determinará a partir del delito de dominio base de la agravación.

---

(451) Si bien SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 285 y s., critica diferenciar los delitos de infracción de un deber en propios e impropios, no se puede olvidar que formalmente si pueden someterse a la clasificación de delitos especiales propios o impropios, dependiendo de si la conducta puede ser alcanzada (fenomenológicamente) por un delito común (de dominio) o no. En el otro extremo, ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 238 y s., considera que los delitos especiales impropios no son en realidad delitos especiales, sino delitos comunes con una agravante personal especial.

(452) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 23, n.m. 25.

(453) Así expresamente JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 23, n.m. 25. Sostiene igualmente la incomunicabilidad de la circunstancia de funcionario o servidor público en delitos especiales impropios de funcionario, JESCHECK, *Tratado*, PG, II, p. 904.

En caso que el delito de infracción de un deber constituya un delito especial propio, el vacío de punibilidad se presentaría más evidente. Sin embargo, consideramos que en estos casos el legislador penal debe proceder a castigar expresamente la aportación especial de un *extraneus* a la materialización de un delito de infracción de un deber, sea mediante una cláusula general para el castigo de la participación en los delitos de infracción de un deber o mediante tipos penales específicos(454). De esta última forma se opera cuando, por ejemplo, se tipifica el delito de cohecho activo que, siguiendo la lógica de la unidad del título de imputación, no tendría que ser específicamente sancionado, en tanto son cooperadores necesarios del delito de cohecho pasivo ya contemplado expresamente como delito. El hecho es que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes no son suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial propio de infracción de un deber. Si queremos mantenernos en los presupuestos materiales de los delitos especiales, no puede hacerse una incriminación de la participación a través de una cláusula general igual para los delitos de dominio y de infracción de un deber(455). En una solución intermedia, aunque rodeado de diversas críticas, el Tribunal Supremo Español ha aplicado en algunas sentencias referidas a delitos de infracción de un deber una atenuante analógica a los partícipes *extranei* consistente en no reunir la característica personal(456). En el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos problemas, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse(457).

---

(454) Vid., Robles Planas, *La participación*, p. 243, respecto de tipificaciones específicas.

(455) Así parece ser el parecer de Robles Planas, *La participación*, p. 243.

(456) Vid., Silva Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 904 y s.; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 8. En la doctrina penal española propuso tempranamente esta alternativa para algunos delitos especiales, Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, p. 272 y ss. Críticamente sobre esta posibilidad, Gómez Martín, *LH-Cobo del Rosal*, p. 444.

(457) Vid., Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, § 38, n.m. 23.

III. LOS DELITOS COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

En el caso de los delitos cometidos dentro de la empresa, la perspectiva de análisis cambia radicalmente en relación con los delitos cometidos desde la empresa. En efecto, la empresa es entendida como una organización dentro de la cual pueden producirse conductas disfuncionales que vulneren la vigencia de las normas jurídico-penales. El perjudicado por estas conductas es el propio sistema empresarial o miembros individuales que operan en la estructura de la empresa –por ejemplo: socios minoritarios, trabajadores, etc.[458]. Los miembros de la empresa no son hecho responsables por aspectos de la esfera de organización de la empresa misma, sino por aspectos referidos a su propia esfera de organización y, concretamente, a sus competencias al interior de la empresa[459]. En tanto los miembros de la empresa tienen una esfera de organización propia, tendrán que observar en su desarrollo personal tanto el mandato general de no afectar a terceras personas como las competencias institucionales que les correspondan por su función dentro de la empresa. En consecuencia, el alcance de su responsabilidad penal en los delitos cometidos dentro la empresa dependerá, al igual que en los delitos cometidos desde la empresa, de si se trata de un delito de dominio o delito de infracción de un deber, ya que, como lo hemos visto, la responsabilidad penal se estructura de manera distinta en cada grupo de delitos.

1. Delitos de dominio cometidos dentro de la empresa

En los delitos de dominio, como ya se ha destacado de manera general en el capítulo VII, el criterio de imputación es el dominio del riesgo. En principio, cualquier miembro de la empresa que domine

---

[458] Vid., así, SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1988, p. 529 y 530; DE FARIA, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 429 y s.; CESANO, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 1, en www.unifr.ch/derechopenal/artículos/Cesano2.1 [consulta: 20 de diciembre 2002], p. 8.

[459] Vid., sobre esto con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 88 y ss.

el riesgo de forma penalmente relevante podría ser autor del delito. Sin embargo, en la tipificación del injusto penal el legislador penal recurre, por lo general, a la calidad del órgano de la empresa como elemento especial de autoría, convirtiendo el tipo penal en un delito especial y, por tanto, limitando el ámbito de la autoría a determinados órganos de la empresa(460). Por esta razón, resulta necesario exponer diferenciadamente los delitos de dominio en función de si se trata de un delito común o un delito especial. En el primer caso, la amplitud del círculo de posibles autores ofrecerá mayores posibilidades de imputación a los miembros de la empresa, mientras que en los delitos especiales estas posibilidades se encuentran limitadas a un círculo reducido de autores(461).

A. Los delitos comunes de dominio cometidos dentro de la empresa

Los delitos comunes de dominio cometidos dentro de la empresa no tienen un círculo reducido de destinatarios de la norma, pues, en principio, pueden ser realizados por cualquier ciudadano(462). Ejemplo de esta clase de delito sería las lesiones que el administrador inflige a algún subordinado, sea directamente o por una mala o arriesgada organización de las actividades dentro del centro empresarial. El tipo penal de lesiones no está dirigido expresamente a los miembros de la empresa, sino a cualquier ciudadano que, al ejercer su libertad organizativa, pueda crear un riesgo prohibido para la integridad corporal de otra persona. En este sentido, sólo será necesario, para imputar responsabilidad penal, verificar que el miembro de la empresa resulte efectivamente competente por el dominio del riesgo(463).

---

(460) Vid., en este sentido, referido concretamente al administrador, García Cavero, *RPDJP* 1 (2000), p. 529.

(461) Vid., Alessandri, *Manuale*, p. 56 y s.

(462) Vid., en este sentido, Schall, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 102.

(463) Vid., García Cavero, *RPDJP* 1 (2000), p. 530.

En los delitos comunes de dominio cometidos dentro la empresa, la estructura organizativa de esta última sirve únicamente para establecer el ámbito de responsabilidad de cada uno de sus miembros, pero no condiciona la competencia por el dominio. Por lo tanto, un directivo y un trabajador se encuentran prácticamente en una misma posición dentro de la empresa: cada uno tiene una esfera de organización que debe configurar sin afectar a la de otros miembros de la empresa o a la de la empresa. La determinación de cuándo se produce una infracción de las competencias de organización, constituye una tarea de la teoría de la imputación en general y de la interpretación del específico tipo penal de la parte especial.

B. Los delitos especiales de dominio cometidos dentro de la empresa

Puede suceder que el mandato general de no dañar a los demás se particularice en el ámbito de las relaciones entre los órganos de la empresa, de manera que el tipo penal exija, para poder ser autor del delito correspondiente, tener la calidad de miembro de la empresa[464]. Así, por ejemplo, está tipificado el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 del Código penal en su modalidad de fraude contable (inciso 1)[465]. En este tipo penal, el mandato general se dirige a los directivos de la empresa con el fin de impedir que la configuración de su esfera de organización afecte a los accionistas, socios o asociados[466]. El criterio de imputación no está determinado por una vinculación institucional, sino por el dominio del riesgo en el ámbito concreto de la administración de la empresa[467]. Para poder imputar el hecho al miembro de la empresa no basta acreditar su competencia por el dominio conforme a

(464) Vid., en concreto para la responsabilidad penal del administrador, GARCÍA CAVERO, *RPDJP* 1 (2000), p. 530 y s.

(465) Sobre este delito vid., en general, GARCÍA CAVERO, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 29 y ss.

(466) GARCÍA CAVERO, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 34.

(467) Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 55.

los criterios generales, sino que el autor debe reunir el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal respectivo. Una responsabilidad penal de los miembros fácticos de la empresa que poseen el dominio social exigido por el tipo penal puede tener lugar perfectamente, siempre que la interpretación no rebase el tenor literal del elemento especial de autoría. La responsabilidad penal se sustenta en el dominio del riesgo, no en los deberes positivos derivados del estatus.

2. Delitos de infracción de un deber cometidos dentro de la empresa

En los delitos cometidos dentro de la empresa también pueden encontrarse supuestos que configuran delitos de infracción de un deber. En estos casos, existe una competencia institucional que se atribuye al miembro de la empresa por el hecho de ser tal y no deberes institucionales de la empresa que se trasladan a éste[468]. Este es el caso, por ejemplo, del delito de fraude en la administración de la persona jurídica en su modalidad de no comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo o similar, o al auditor externo o interno, la existencia de intereses propios incompatibles con los de la persona jurídica (artículo 198 inciso 6 Código penal)[469]. Tal delito de infracción de un deber tiene como base la relación institucional que surge entre el administrador y la persona jurídica que confía especialmente en que el administrador cumplirá sus funciones sin la intervención de otro tipo de intereses más que los de la persona jurídica misma[470]. La infracción de este deber específico genera la responsabilidad penal independientemente de que el autor no haya creado un riesgo prohibido en la regularidad de la administración de la empresa[471].

---

[468] Vid., García Cavero, *RPDJP* 1 (2000) p. 531.

[469] García Cavero, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 37; El Mismo, *Fraude*, p. 47.

[470] Sobre la institución de la confianza especial, vid., con mayor detalle, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 67; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 149 y s.; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 183 y s.

[471] Vid., así, García Cavero, *Fraude*, p. 48.

IV. LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN EL SENO DE LA EMPRESA

La imputación objetiva y subjetiva que fundamentan la imputación penal del hecho a los miembros de la empresa no excluye la posibilidad de que se presenten ciertas estructuras de descargo de la imputación en el marco de la empresa. En especial cabe resaltar los supuestos de necesidad que pueden tener su origen en la situación de crisis de una empresa o en la amenaza de despido del trabajador, así como los casos de obediencia debida en las estructuras jerarquizadas de la empresa. Veamos esto de forma más detenida.

1. El estado de necesidad en el ámbito de la empresa

A. Situación de necesidad por crisis económica de la empresa

En la doctrina penal se acepta que ciertas circunstancias excepcionales de crisis de la empresa justifiquen la realización de un delito económico[472]. Una afirmación general no puede realizarse, sin embargo, sin un análisis del supuesto concreto. Por esta razón, para poder determinar si la situación de crisis de una empresa permite un descargo de la imputación, debe atenderse a los delitos económicos específicos que tienen que realizarse para salvar la situación de crisis económica en la empresa. En lo que sigue, nos ocuparemos de los delitos económicos en los que, por lo general, se discute la posibilidad de un estado de necesidad por una situación de crisis de la empresa.

a. Los delitos contra los trabajadores

La posibilidad de un estado de necesidad se ha discutido primeramente en los casos de retención o incumplimiento de pago de los beneficios laborales por parte de los administradores de una empresa con problemas financieros[473]. Hay que señalar, sin embargo,

---

[472] Vid., TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 697; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 133. Con dudas, NIETO MARTÍN, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 125.

[473] Vid., con detalle, TAG, *Das Vorenthalten*, p. 139; BENTE, *Die Strafbarkeit*, p. 77 y ss.

que la redacción actual del artículo 168 segundo párrafo del Código penal castiga únicamente el incumplimiento ante el requerimiento de la autoridad competente, de manera que una responsabilidad penal sólo podrá tener lugar ante la negativa de pago requerida por una resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad competente(474). Para decidir si en estos casos procede un descargo de la imputación por un estado de necesidad, debemos hacer previamente una delimitación de los supuestos. Fuera de consideración están, en primer lugar, los casos en los que la empresa no tiene capacidad de pago al momento del requerimiento, pues ya la posibilidad de una imputación objetiva se encuentra excluida si no existe la posibilidad de cumplir la obligación impuesta(475). Una imputación penal en estos casos sólo podrá tener lugar si los administradores han organizado la empresa de manera culpable para llegar así a la incapacidad de cumplimiento(476). Tampoco importan en este contexto los casos en los que la empresa está incursa en un procedimiento concursal, pues la situación de inexigibilidad de obligaciones lleva a una situación especial que levanta la exigencia de pago(477). En este sentido, una discusión sobre la existencia de un estado de necesidad solamente se presenta cuando la empresa puede y debe hacer los pagos exigidos, pero debido a una situación económica difícil incumple la obligación requerida oficialmente, destinando los dineros a paliar su crisis. Si en estos casos cabe afirmar un descargo de la imputación,

(474) Vid., así, la sentencia de la Corte Suprema Exp. 4542-97 Lima (Villavicencio Terreros, *Código penal*, p. 349).

(475) Vid., en este sentido, Rönnau, *wistra* 1997, p. 13. En esta línea se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de 6 de enero de 1998, Sala penal, Exp. N° 1097-97, Huara (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 363), donde señala que si los acusados han cumplido con el mandato de pagar los beneficios laborales dentro de las posibilidades económicas de la institución, no se configura un delito contra la libertad de trabajo.

(476) Vid., la solución con base en la *omissio libera in causa* y la *omissio per commissionem*, Tag, *Das Vorenthalten*, p. 121 y ss.; Bente, *Die Strafbarkeit*, p. 63; Rönnau, *wistra* 1997, p. 13.

(477) Sobre estos supuestos y la responsabilidad penal, más bien, en caso de pago, Rönnau, *wistra* 1997, p. 14 y ss.

depende de si están presentes los requisitos constitutivos del estado de necesidad.

Una situación de peligro solamente podrá aceptarse si a la empresa le amenaza una crisis económica que pone en peligro su propia existencia. En caso que se trate efectivamente de un peligro de tales dimensiones, debe decidirse si los bienes jurídicos en conflicto permiten concluir que lo preservado resulta predominante sobre lo sacrificado. Si en el lado de lo preservado se pone no sólo el patrimonio de los titulares, sino también los puestos de trabajo(478), será evidente que los beneficios adicionales de los trabajadores sacrificados no alcanzan la importancia de los primeros(479). No obstante, no basta simplemente la preponderancia esencial de lo preservado, sino que debe resolverse si la conducta lesiva dirigida a alejar el peligro se muestra como necesaria. Y es precisamente en este nivel en el que se presentan los problemas para admitir un descargo de la imputación. La regulación comercial pone a disposición medios adecuados para salir de una situación de crisis, con los que, por otra parte, se busca proteger los derechos de todos los acreedores (incluidos los trabajadores con un crédito preferente)(480). Por esta razón, puede concluirse que la situación de crisis económica en la empresa no puede autorizar a dejar de pagar los beneficios laborales exigidos por la autoridad competente, sino que la solución al conflicto se encuentra en el recurso a algunos de los procedimientos concursales regulados por ley. Solamente si resulta posible la atribución de una situación de error sobre la presencia de una situación de justificación, podrá procederse a una exclusión o disminución de la responsabilidad penal correspondiente(481). Pero el des-

(478) Sobre la posibilidad de la adición de intereses preservados para el juicio de ponderación, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 13, n.m. 32; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 266 y ss.

(479) De una opinión contraria, WINKELBAUER, *wistra* 1988, p. 18; TAG, *Das Vorenthalten*, p. 139. Considera que se trata de bienes jurídicos cuando menos del mismo rango, BENTE, *Die Strafbarkeit*, p. 78.

(480) Similarmente, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 235.

(481) En este sentido, TAG, *Das Vorenthalten*, p. 139.

cargo de la imputación se producirá en estos casos por ausencia de la imputación subjetiva.

b. Los delitos tributarios

La misma problemática expuesta respecto de los delitos contra los trabajadores, se presenta en el marco de los delitos tributarios. La doctrina dominante se inclina a negar la posibilidad de un estado de necesidad cuando para evitar los efectos de una crisis financiera se decide no pagar los tributos correspondientes(482). Con esta solución hay que estar de acuerdo en la medida que para hacer frente a las dificultades de pago de los impuestos, se ha previsto un conjunto de medidas de solución del conflicto (por ejemplo, fraccionamiento o aplazamiento de la deuda tributaria)(483). Si la situación de la empresa es tan grave que ni siquiera estas medidas resultan suficientes para alejar la situación de crisis financiera, el camino no es la defraudación tributaria, sino el inicio de un procedimiento concursal o su disolución y liquidación extrajudicial. La posibilidad de un error sobre la existencia de una estructura de descargo de la imputación se encuentra también presente en estos delitos(484).

c. Los delitos contra el medio ambiente

Igualmente discutido aparece el descargo de la imputación penal por una situación de necesidad en el marco de los delitos contra el medio ambiente(485). En concreto, se cuestiona si en la contaminación ambiental realizada por falta de instalación de mecanismos de

---

(482) Vid., en este sentido, Lenckner, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7; Mösbauer/Meine, en *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), § 7 II, n.m. 131; Kohlmann, *Steuerstrafrecht*, Die strafrechtlichen Grundbegriffe, n.m. 24.2, § 370, n.m. 199.

(483) En este sentido, Joecks, *Steuerstrafrecht*, en Franzen/Gast/Joecks, § 369, n.m. 95.

(484) Así, Welzel, *NJW* 1953, p. 487.

(485) Vid., en este sentido, Michalke, *Umweltstrafsachen*, § 324, n.m. 76; De la Cuesta Arzamendi, *Revista penal* 4 (1999), p. 40.

protección del medio ambiente que la empresa no puede costear, se cumple con el requisito de la mayor preponderancia del interés preservado. Si se parte de la idea antropocéntrica de que los delitos contra el medio ambiente constituyen una protección de la vida y salud de los habitantes de un determinado lugar, entonces no podrá afirmarse la preponderancia del interés económico de la empresa(486). Si, por el contrario, se considera que las normas penales que protegen el medio ambiente no son más que disposiciones de orden con un carácter preventivo, una situación de necesidad relevante podría aceptarse, pues las disposiciones de orden deben ceder ante afectaciones concretas(487). Por nuestra parte, somos del parecer que no debe tomarse una decisión en uno o en otro sentido, sino que para ello es necesario centrarnos en la específica situación de conflicto(488). Si se trata de delitos medioambientales que ponen en peligro la vida o salud de las personas, o amenazan con producir daños catastróficos (artículo 305 del Código penal), parece claro que una preponderancia de los intereses económicos de la empresa no resulta de recibo(489). La situación se torna distinta cuando se lesionan normas administrativas de prevención sin que se afecte con ello siquiera la estabilidad de los ecosistemas. Igualmente si, por ejemplo, se trata de una empresa ubicada en una zona poco desarrollada, de la cual vive prácticamente la población, la imputación de una infracción de las normas de protección del medio ambiente podrá descargarse, en la medida que solamente se afecten condiciones óptimas del entorno natural(490). De más está decir que igualmente se requiere en estos casos que no exista otro medio conforme a Derecho para salir de la crisis(491).

---

(486) Vid., DALLINGER, *MDR* 1975, p. 723.

(487) En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 16, n.m. 25; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 193; EL MISMO, en *Temas*, p. 151 y s.

(488) En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Revista penal* 4 (1999), p. 40.

(489) Vid., TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 14; EL MISMO, *Einführung*, p. 103.

(490) En la misma línea, MICHALKE, *Umweltstrafsachen*, § 324, n.m. 76.

(491) Vid., TIEDEMANN, *Lecciones*, pp. 191, 194 y s.; EL MISMO, en *Temas*, p. 153; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Revista penal* 4 (1999), p. 41.

d. Los delitos culposos

En los delitos culposos, la posibilidad de estructuras de descargo de la imputación se encuentra igualmente reconocida(492). Por ello, resulta pertinente que nos preguntemos si la situación de necesidad de una empresa puede justificar el que no se tomen las medidas de cuidado exigidas para evitar accientes. El argumento principal para negar el descargo de la imputación en estos casos es que una conducta descuidada frente a bienes personalísimos no puede justificarse con la finalidad de conservar intereses patrimoniales(493). Así, una situación de necesidad no podrá tener un efecto excluyente de la imputación, cuando los deberes de cuidado en el ámbito de la empresa se imponen sobre todo para evitar lesiones personales en los trabajadores o consumidores. Solamente en caso de medidas de cuidado impuestas para mantener un cierto orden en el mercado o destinadas a evitar lesiones exclusivamente patrimoniales, se podría admitir una situación de necesidad con el consiguiente efecto de descargo de la imputación.

B. La amenaza de despido

Una especial polémica ha desatado la posibilidad de un estado de necesidad por parte del trabajador ante la amenaza de despido. En la medida que del puesto de trabajo depende la propia existencia del trabajador, e incluso la de su familia(494), se plantea la cuestión de si la realización de una conducta indebida puede justificarse en la conservación de la plaza de trabajo. Una parte de la doctrina penal admite la posibilidad de un estado de necesidad, sea justificante(495)

---

(492) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 30.

(493) En este sentido, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 235.

(494) Vid., la dependencia que genera el puesto de trabajo, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 23.

(495) Vid., Tiedemann, *JuS* 1989, p. 697; El Mismo, en *Temas*, p. 154; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 154.

o exculpante[496]. Otro sector, por el contrario, niega que la conservación del puesto laboral pueda traer consigo un efecto justificante, sobre todo para el caso de los delitos contra el medio ambiente[497]. No obstante, hay que admitir que la negativa al efecto justificante de la amenaza de despido no encuentra su explicación en razones dogmáticas, sino en la intención de la doctrina dominante de evitar una aplicación ilimitada del estado de necesidad en el delito de contaminación de aguas del Derecho penal alemán[498]. En este sentido, no se niegan las estructuras de descargo de un estado de necesidad, sino que se busca impedir las consecuencias indeseadas de una revisión inabarcable de las situaciones de conflicto en cada delito de contaminación ambiental. Con base en todo lo anterior, puede decirse que no existen razones de fondo para negar el efecto de descargo de la imputación en el caso de amenaza de despido, de manera que si dan los presupuestos necesarios de un estado de necesidad (sobre todo la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en el caso concreto y la necesidad de la defensa), podrá liberarse de responsabilidad al trabajador afectado.

2. La obediencia debida en las estructuras jerárquicas empresariales

Un descargo de la imputación en el ámbito de la empresa se ha pretendido fundamentar también en una posible obediencia debida del trabajador frente a las órdenes de su superior[499]. Si bien los su-

---

(496) Así, VOGEL, voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 8, señala que no cabe justificar la inobservancia de los deberes de cuidado por el mantenimiento de la plaza de trabajo, pero no excluye una inexigibilidad individual en el ámbito de la culpabilidad. En el mismo sentido, aunque restrictivo, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 235.

(497) En este sentido, LENCKNER, voz: "rechtfertigende Notstand", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7.

(498) Vid., RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 196.

(499) Vid., TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 697; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 208. En nuestro ámbito se han mostrados

puestos de obediencia debida se han expuesto normalmente en el ámbito de actuación de funcionarios o militares[500], especiales consideraciones criminológicas se han encargado de demostrar también una vinculatoriedad del trabajador frente a las órdenes de la cúpula de dirección de la empresa, derivada de la existencia de una actitud de grupo o cultura empresarial[501]. El punto a decidir es si esta vinculatoridad empírica en el ámbito de la empresa, puede trasladarse también al Derecho penal.

Para responder a la posibilidad de un descargo de la imputación por obediencia debida al interior de la empresa, debe señalarse primeramente que fuera de consideración se encuentran los supuestos de obediencia en los que se niega desde un inicio la imputación objetiva de la conducta debido a que el trabajador se ajusta a sus competencias dentro de la empresa, y ello aunque sepa que con su actuación puede contribuir a la realización de un hecho delictivo (sobre esto, *supra*, sobre la responsabilidad de los trabajadores). Los supuestos que aquí nos interesan son, más bien, aquellos en los que el trabajador contraviene sus competencias jurídicas, pero argumenta, como descargo de la imputación, que solamente se ha limitado a seguir las órdenes emitidas por su superior jerárquico. Si se asume directamente las conclusiones criminológicas, la obediencia del trabajador debería liberarlo de responsabilidad. Pero una conclusión tal no puede ser de recibo, pues, por un lado, confunde el plano empírico (criminología) con el normativo (Derecho penal) y, por el otro, pone el esquema de valores de la empresa por encima del ordenamiento jurídico. La posibilidad de fundamentar una ausencia de responsabilidad en consideraciones referidas a la culpabilidad

---

reacios a aceptar la eximente de la obediencia debida en las relaciones laborales, Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 809 y ss.

[500] Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal*, PG, p. 348.

[501] Vid., así las referencias de Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 23; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 150 y ss.; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 884 y s.

debe rechazarse igualmente, ya que el trabajador en ningún momento abandona su rol de ciudadano[502].

V. LAS SITUACIONES DE ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Como ya se ha precisado en el capítulo XII, el error de prohibición que excluye la culpabilidad solamente es aquél que tiene lugar por un déficit de acceso cognitivo al ordenamiento jurídico-penal. Este déficit cognitivo solamente puede sostenerse respecto de empresas que no desarrollan sus actividades usuales en el territorio nacional. No obstante, las empresas extranjeras modernas cuentan actualmente con sufientes fuentes y recursos para acceder a la información necesaria, sobre todo aquellas de carácter transnacional que deciden realizar actividades explotativas en nuestro país.

La imputación del conocimiento del ordenamiento jurídico a las empresas extranjeras no se debe a que éstas antes de su incursión en determinada actividad explotativa realizan estudios de mercado que incluyen las reglas jurídicas nacionales del sector, pues este proceder constituye simplemente un dato estadístico que no puede fundamentar por sí mismo un criterio normativo. La imputación de conocimiento en el caso de empresas extranjeras se fundamenta, más bien, en que su intervención en el mercado nacional depende muchas veces de requisitos administrativos que le imponen el conocimiento de la legislación nacional, como sucede, por ejemplo, en el sector financiero, en la explotación de recursos, importación y exportación, etc. En tanto se trata de una obligación, el desconocimiento del derecho no puede ni siquiera fundamentar un error de prohibición vencible que atenúe la penalidad, pues no interesa si el sujeto tenía efectivamente conocimiento del derecho, sino que tal conocimiento se le imputa[503]. Sólo en caso de no existir una obligación de

[502] En el mismo sentido, DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 28; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 101.

[503] Similarmente, LAUBENTHAL/BAIER, *GA* 2000, p. 220. La indiferencia ante el cumplimiento del Derecho no puede premiarse con la exoneración de responsabilidad, como lo señala JAKOBS, en *Estudios*, p. 142 y ss.; 373 y ss.

conocimiento en el sector correspondiente (sectores no requeridos de autorización administrativa) y haber podido acceder a la información necesaria por otras vías, puede fundamentarse un error de prohibición vencible[504]. El espacio para un error de prohibición invencible se encuentra en estos casos prácticamente excluido.

Un punto ciertamente discutible tiene lugar en los casos de información errónea sobre las líneas generales o especiales de la regulación jurídica nacional. Ya que una información falsa no permite un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, no podrá imputársele el conocimiento del derecho a la empresa o sus representantes[505]. A pesar de ello, cabrá imputarles un desconocimiento del derecho vencible, si la información defectuosa proviene de fuentes privadas que no han sido seleccionadas correctamente por la empresa o sus representantes (por ejemplo, pedir una opinión técnica a no especialistas)[506]. Igualmente tampoco podrá alegarse un error sobre el ordenamiento jurídico si solamente se pide informes sobre la relevancia jurídica de determinados actos o actividades económicas y éstos resultan incorrectos, pues existe la obligación por parte de la empresa de informarse sobre el ordenamiento jurídico. En este sentido, puede también entenderse por qué los informes técnicos exponen primeramente la situación legal y luego emiten sus opiniones y recomendaciones. En estos casos, sólo podría alegarse un desconocimiento de la antijuricidad del hecho que, con base en el principio de confianza, podría excluir la imputación del delito. Pero como puede apreciarse, se tratará de una cuestión de imputación del hecho, pero no de imputación personal.

---

(504) Esta situación de error puede fundamentarse en principio en los representantes de la empresa, aunque eso no excluye que una situación de error de prohibición de las propias personas jurídicas, como lo acepta, por ejemplo, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 260.

(505) En este sentido, sobre las fuentes de información confiables, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44; Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 104 y ss.; 235 y ss., 240 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 91.

(506) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44.

Otra cuestión problemática se presenta en las estructuras organizadas de la empresa, en donde la existencia de la llamada actitud criminógena genera un orden de valores interno que favorece el desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente[507]. En estos casos, cabe preguntarse si ha tenido lugar una socialización al interior de la empresa que de alguna manera suprime la socialización general y coloca al miembro de una empresa en una situación de incapacidad de imputación. Pese a que muchos estudios criminológicos hablan a favor de una tal enajenación, desde el punto de vista normativo resulta infundado hablar en estos supuestos de una falta de imputación personal. Los miembros de una empresa no pueden proceder a una supresión interna del ordenamiento jurídico y su sustitución por un código de actuación empresarial, ya que la empresa y ellos mismos siguen actuando comunicativamente en la sociedad. Ciertamente puede que estos aspectos puedan tener relevancia en la imputación del hecho o en temas de medición de la pena, pero no excluyen en lo absoluto la imputación personal de los miembros de una empresa. Las personas naturales que desempeñan un rol al interior de la empresa conservan su capacidad de imputación a pesar de la superposición de valores empresariales y, por ello, tienen capacidad de recibir una imputación penal por la infracción de los roles que se le atribuyen como ciudadano.

(507) Vid., SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 23; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 571 y s.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, p. 150 y ss.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 55.

Capítulo XIV

LOS GRADOS DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

Como puede fácilmente apreciarse en un modelo ideal de actuación racional, todo comportamiento intencional tiene un conjunto de pasos claramente diferenciados[1]. En primer lugar se encuentra el propósito de realizar una conducta, luego una labor de preparación, de ejecución de los actos tendentes a alcanzar el objetivo planteado, la efectiva obtención de ese resultado y, finalmente, la satisfacción del interés perseguido. El delito económico, en tanto se trata de un comportamiento, no es ajeno a este proceso, por lo que en su realización pueden identificarse el propósito serio de cometer un delito, los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito. La pregunta que se suscita es si cabe una imputación jurídico-penal en todos los grados de desarrollo del hecho delictivo. En este capítulo nos ocuparemos precisamente de señalar en cuáles de estas fases resulta posible una imputación y el fundamento de la misma. Incluso la posibilidad de negar la imputación o realizarla con una reducción de la pena, depende

(1) Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 2.

del nivel de desarrollo que tiene el hecho delictivo. En el Derecho penal económico, este último aspecto adquiere una especial relevancia.

II. IDEACIÓN O PROPÓSITO SERIO DE COMETER UN DELITO

La etapa de ideación o propósito serio de cometer un delito se presenta propiamente en la esfera de los pensamientos, por lo que una punición en esta fase significaría ir en contra del principio del hecho del Derecho penal (*cogitationis poenam nemo patitur*)[2]. La impunidad de esta fase del delito se debe fundamental a dos razones: a la dificultad de controlar los pensamientos (principio de evitabilidad) y a la pertenencia de los mismos al ámbito estrictamente interno (mandato de neutralidad del Derecho)[3]. Si se sanciona, mediante diversas fórmulas, un suceso que tiene lugar en este ámbito de desarrollo, se estará destruyendo el reconocimiento de la persona como libre[4].

III. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios constituyen un estado previo a la ejecución del delito y que, en tanto se desarrollan al interior de la esfera de organización del ciudadano, se encuentran fuera del ámbito de lo punible. Por otra parte, al ser actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, la regla general es la impunidad de esta etapa del *iter criminis*[5]. No obstante, si los actos preparatorios tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, podrá sancionarse en los casos excepcionales en los que con esta expresión de sentido se cuestiona ya la vigencia de la norma (conspiración contra el Estado, terrorismo,

---

(2) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 1a. Similarmente, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 3 y ss.

(3) Vid., JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 25, n.m. 1a.

(4) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 1a.

(5) Vid., similarmente, MEINECKE, *Gesetzsgebungssystematik*, p. 74 y s.; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 56, n.m. 880. En la misma línea la sentencia de la Corte Suprema Exp. N° 111-94 Lima de 18 de mayo de 1994 [*Diálogo con la jurisprudencia* 5 (1999), p. 179 y s.].

etc.)[6]. Puede decirse, por tanto, que los actos preparatorios no se consideran actos prohibidos por el ordenamiento jurídico-penal en los delitos económicos, salvo que se decida penalizar algunos de ellos por las razones antes señaladas (p.e. delitos monetarios o prácticas colusorias contra la libre competencia). Ya que en estos casos el legislador se mueve en el límite de lo legítimamente posible, el cumplimiento del principio de legalidad adquiere una importancia central.

III. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN: TENTATIVA

1. Fundamentación y delimitación de lo punible

Los actos de ejecución implican la utilización concreta de los medios elegidos con la finalidad de crear las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo delictivo deseado[7]. Cuando estos actos de ejecución no llegan a consumar el delito por causas ajenas a la voluntad del autor, se produce la llamada tentativa. En la historia de la dogmática penal se han ofrecido una serie de fundamentos para el castigo de la tentativa[8]. Se han intentado todas las formulaciones posibles: desde teorías purámente objetivas[9] o puramente

---

(6) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 1e; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 8; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 56, n.m. 881. Señala que la punibilidad excepcional de los actos preparatorios apenas tiene importancia en el Derecho penal económico, NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 21.

(7) Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, PG, p. 438.

(8) Sobre esto, con detalle, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 1 y ss.

(9) Vid., sobre la antigua teoría de la peligrosidad objetiva, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 41 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 13 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 512 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 17; ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 163 y s.; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 26 y ss. Otras variantes de la teoría objetiva de la tentativa son: la teoría de la tentativa como injusto parcialmente realizado (vid., sobre esto, ZACZYK, *op. cit.*, p. 52 y s.), la llamada teoría de la falta de tipo (vid., sobre esto, JAKOBS, *op. cit.*, Apdo 25, n.m. 16; JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 513, nota 12; ZACZYK, *op. cit.*, p. 53; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, p. 197 y ss.).

subjetivas[10], hasta teorías apoyadas en ambos aspectos[11] o que ponen el acento más en la parte objetiva[12] o en la subjetiva[13]. Como bien lo ha puesto de manifiesto STRATENWERTH, en ningún otro punto de la dogmática penal se ha mostrado tan fuerte la oposición entre teorías objetivas y subjetivas del delito[14]. Esta disputa entre teorías en la fundamentación de la tentativa se encuentra actualmente inclinada a favor de las teorías subjetivas[15], en tanto la perspectiva de análisis de la tentativa va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa hacia lo interno[16]. Sin pretender negar el papel de

(10) Vid., sobre las teorías subjetivas, vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 17; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 513; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 19; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 76 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 374 y ss. Críticamente, ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, p. 215 y ss.; ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 164 y ss.; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 28 y s.

(11) Vid., así, las llamadas teorías dualistas defendidas por SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 11/2; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, p. 182 y ss. Igualmente constituye una teoría objetivo-subjetiva de la tentativa, la teoría de la voluntad ejercida contraria al Derecho (sobre esto, vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 513, con referencias bibliográficas; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 3) y la llamada teoría de la unión defendida por ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 161. En España predominan las teorías mixtas, como lo señala con mayores referencias, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 105 y s.

(12) Vid., así, la teoría de la impresión (sobre esto, vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT p. 514; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 21; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 29 y s.; críticamente, JAKOBS, *Strafrecht* AT, Apdo 25, n.m. 20; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, p. 208 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 21 y ss.; ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 169 y s.; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 4; SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 371 y ss.).

(13) Vid., así, la llamada teoría del autor (vid., sobre esto, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 19; ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 167; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT p. 514).

(14) Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 16.

(15) Vid., así, la indicación de ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 230.

(16) Vid., así, por ejemplo, la comprensión de STRUENSEE, *GS-Armin Kaufmann*, p. 531; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 37. Críticamente frente a estas comprensiones de la tentativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 301. Si bien JAKOBS, en *Estudios*, p. 235, resalta la representación del autor, no significa que

lo subjetivo (como atribución) en el proceso de imputación, consideramos que la fundamentación de la tentativa debe buscarse, más bien, en el ámbito social[17], de manera tal que se deje de lado la interioridad de la persona.

La tentativa, para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador[18]. Quedan fuera de la tentativa, por tanto, los pensamientos, las conductas desarrolladas únicamente en el ámbito privado y también las conductas externas que sean *per se* irrelevantes[19]. No obstante, debe precisarse que el carácter perturbador de un hecho externo no debe entenderse en relación con un bien jurídico[20], pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios[21], sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea[22]. En efecto, como hasta ahora lo hemos venido precisando en la exposición de la imputación objetiva, la actuación de una persona resulta penalmente

---

reconozca ahora que el proceso interpretativo vaya de lo interno a lo externo, sino que este proceso no debe depender de fantasías, sino de la determinación comunicativamente relevante (externa) de la representación del autor.

(17) Vid., en este sentido, también, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 126 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 128.

(18) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 302; FRISCH, *ZStW* 101 (1989), p. 610, nota 229. En la misma dirección, pero basados en la comprensión neokantiana de la lesión de las relaciones de mutuo reconocimiento, ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 231 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 5.

(19) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

(20) Como modernamente lo han intentado fundamentar, KRATZSCH, *JA* 1983, p. 578; ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 308; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 42.

(21) Vid., sobre ello, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 79.

(22) Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 113, 135. En este sentido, la única alternativa posible sería recurrir a criterios subjetivos para fundamentar la punibilidad relativa de la tentativa inidónea, vid., así, ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, p. 42 y ss.; RUDOLPHI, en *El sistema moderno*, p. 91, o en criterios puramente preventivos basado en la peligrosidad del autor, BURKHARDT, *Der "Rücktritt"*, p. 99 y s.

relevante sólo si constituye la infracción de un rol[23]. Para poder afirmar tal infracción, se requiere atribuir al portador del rol la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de su libertad de organización o de sus competencias institucionales[24]. Sin esa infracción objetiva de deberes, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño o incumplir deberes especiales, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa[25]. Con una fundamentación de la tentativa basada en su significado normativo se levantaría la dificultad de delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa[26], pues la tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tiene el significado comunicativo de ser una defraudación de la norma[27]. Por otra parte, el castigo de la tentativa inidónea con base racional se encontraría perfectamente fundamentado, en tanto constituiría también una actuación socialmente relevante[28]. De la primera cuestión nos ocuparemos al abordar la imputación objetiva en la tentativa, por lo que no se centraremos aquí de delimitar los casos de tentativa que resultan punibles.

La comprensión de la tentativa con base en el significado social del hecho requiere precisar cuándo resulta afectada la configuración social, de manera que podamos delimitar lo punible como tentativa. Puede afirmarse, en primer lugar, que la configuración de la sociedad no puede verse afectada por comportamientos supersticiosos, pues la estabilidad de las expectativas sociales no se encuentra

---

(23) Vid., similarmente, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 87.

(24) Vid., en este sentido, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 326.

(25) Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 304; FRISCH, *Verhalten*, p. 46.

(26) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 229, en donde pone de relieve además la necesidad de recurrir al contexto para determinar el significado de la conducta. Vid., en el mismo sentido, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 126 y ss. Críticamente sobre la posibilidad de esta delimitación, ROXIN, *FS-Nishihara*, p. 168.

(27) Vid., así, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 87.

(28) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 23; VEHLING, *Abgrenzung*, p. 131; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 130.

condicionada por las creencias personales. El carácter estrictamente individual de las actuaciones supersticiosas se refleja claramente en el hecho de que nuestra sociedad no está dispuesta a admitir que los deberes de salvamento, por ejemplo, puedan cumplirse realizando plegarias a los espíritus[29]. En consecuencia, los supuestos de tentativas irreales no pueden considerarse tentativas penalmente relevantes[30]. Por otra parte, las interpretaciones muy personales de la realidad tampoco tienen relevancia social, ya que una infracción de la norma por parte de un individuo solamente puede ser considerada tal si expresa socialmente un sentido infractor[31]. La llamada tentativa burda queda, por ello, fuera del ámbito de la tentativa punible[32].

Discutida es la punibilidad del llamado delito imposible, en donde se realiza una acción delictiva contra un objeto absolutamente inapropiado o mediante medios absolutamente inidóneos. Siguiendo la lógica de la tentativa burda, no podría castigarse penalmente estos casos, pues la ausencia de toda posibilidad de daño deja intacta la identidad normativa de la sociedad. Solamente aquello que produce una perturbación social, esto es, una afectación a la identidad normativa de la sociedad, puede dar lugar a una sanción penal, y ciertamente aun cuando nadie haya salido realmente perjudicado por ello. En esta línea de pensamiento, el artículo 17 del Código penal deja fuera de lo punible el delito imposible, es decir, aquellos casos que desde una perspectiva social al momento del hecho (*ex ante*) resultan absolutamente inidóneos para producir un resultado lesivo[33]. En el ámbito de la tentativa punible se encuentran las conductas que valoradas previamente de forma general son idóneas para producir el resultado lesivo, pero no lo producen. Esta falta de consumación *ex post* de la tentativa puede presentarse de diversas formas.

---

(29) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 231.

(30) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 22.

(31) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 23; El Mismo, en *Estudios*, p. 232 y s.

(32) Sobre la tentativa burda, vid., Kühl, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 86.

(33) Vid., así, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 559, criticando a los autores nacionales que determinan la inidoneidad de la conducta desde una perspectiva *ex post*.

Por un lado, puede que la conducta haya sido también *ex post* idónea para producir el resultado, pero éste no se ha producido por simple causalidad (p.e. la víctima se agachó a amarrarse los zapatos justo en el momento que pasaba la bala disparada por el autor). Por el otro, puede que la conducta en general idónea, sea inidónea en el caso concreto para producir el resultado, presentándose solamente una inidoneidad relativa (p.e. por razones anómalas de constitución la víctima es inmune al veneno utilizado por el autor). Se trata, en concreto, de aquellas acciones que en circunstancias normales son idóneas para producir un resultado, pero que en el caso concreto no lo son. A partir de estas ideas, pueden diferenciarse la tentativa absolutamente inidónea (o delito imposible) y la tentativa relativamente inidónea[34]. Los supuestos de inidoneidad relativa pueden aún castigarse con base en el artículo 16 del Código penal[35].

2. Los elementos de la tentativa

Una vez precisado el fundamento de la punibilidad de la tentativa y delimitado lo punible como tal, conviene que nos ocupemos brevemente de sus elementos constitutivos. Conforme al artículo 16 del Código penal, una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo[36]. Para los delitos económicos no rigen reglas especiales.

---

(34) Vid., la referencia a la distinción entre inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 19, n.m. 2137 y s.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 499 y s.; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 20. Por el contrario, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, L13/81 equipara el delito imposible con la tentativa inidónea. Observaciones fundamentales también desde la perspectiva *ex ante* para la distinción entre la tentativa inidónea y tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), se encuentran en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 117, nota 250.

(35) En el mismo sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 17, p. 570 y ss.

(36) Por su parte, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 530, entiende que los requisitos del artículo 16 del Código penal

A. La imputación objetiva: el comienzo de la ejecución sin consumación

A diferencia de la legislación alemana que considera tentativa el hecho de disponerse inmediatamente a realizar el tipo penal, nuestra regulación legal considera tentativa solamente el comienzo de la ejecución delictiva, lo cual parece abogar por una comprensión formal de la tentativa[37]. En este sentido, la delimitación de la tentativa frente a la preparación, por un lado, y la consumación, por el otro, se determinaría con base en el tipo penal correspondiente[38]. Las acciones preparatorias serían aquéllas que tienen lugar antes de la ejecución de la conducta típica, mientras que la consumación sería la realización completa del tipo penal. En este contexto de ideas, una tentativa podría tener lugar incluso en delitos de preparación[39] o en delitos de peligro abstracto[40], en la medida en que se realice algunos elementos, pero no todos, del tipo penal correspondiente. Esta posibilidad se encuentra incluso respaldada por nuestro sistema abierto de incriminación de la tentativa[41].

---

peruano son, en realidad, tres: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.

(37) Por eso Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 56, obtiene la conclusión contraria para el Derecho penal alemán.

(38) Similarmente Tiedemann, *JR* 1973, p. 412, al señalar que la delimitación entre preparación y tentativa debe tener en cuenta los respectivos tipos penales. En el mismo sentido, la delimitación objetiva de la norma defendida por Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 461.

(39) Rechaza esta posibilidad, Meinecke, *Gesetzgebungssystematik*, p. 78.

(40) Vid., en principio, en contra de la punibilidad de la tentativa en delitos de peligro abstracto, Meinecke, *Gesetzgebungssystematik*, p. 70 y ss. Admite esta posibilidad, Otto, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

(41) La situación es distinta en la legislación penal alemana, en donde el § 23 inciso 1 del StGB alemán establece que sólo podrá castigarse por tentativa en caso que el tipo penal de la parte especial lo establezca expresamente. Vid., sobre esto, Otto, voz: "Versuch", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1.

La comprensión formalista de la tentativa no puede resultar, sin embargo, satisfactoria, pues obligaría, por ejemplo, a castigar ya por delito de conducción en estado de embriaguez a quien encontrándose bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pretende volver a su casa conduciendo su automóvil. La degeneración en un Derecho penal de la sospecha se encontraría, de esta manera, muy cercana. Por esta razón, consideramos que resulta indispensable dotar a la regulación legal de una base material que nos permita decidir cuándo efectivamente tiene lugar una tentativa(42). En nuestra opinión, esta base material se encuentra en la imputación objetiva con base en roles jurídicamente relevantes, la cual requiere, como lo hemos señalado repetidas veces, de un proceso de contextualización(43). Mediante la determinación del contexto será posible fijar si el ciudadano correspondiente ha infringido o no sus competencias por organización o institucionales y concretamente qué competencias ha infringido en caso de varios posibles hechos delictivos(44). Por su parte, en el caso de intervención de varios partícipes el comienzo de la tentativa deberá determinarse con base en la solución conjunta de una infracción colectiva de competencias(45). Sobre la base de las ideas expuestas, sólo en caso que pueda afirmarse una infracción individual o colectiva de tales competencias, podrá decirse que ha comenzado la ejecución del delito. En consecuencia, en los delitos de mera conducta, de peligrosidad y de emprendimiento, cuya infracción del rol configura plenamente el tipo penal, una tentativa diferenciada

(42) En este sentido también se encuentra la línea de desarrollo de ZACZYK, *Das Unrecht*, p. 300 y ss., aunque con fundamentos distintos a los que sostenemos.

(43) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 63. En el ámbito de los delitos tributarios, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.4, señala la necesidad de una referencia al caso concreto.

(44) El plan subjetivo del autor juega un papel secundario (a diferencia de la regulación positiva alemana que lo contempla expresamente para definir la tentativa). La defraudación de expectativas no puede quedar a merced de la representación interna del autor, sino que se trata de un aspecto definido por las estructuras sociales.

(45) Vid., VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 307.

de la consumación difícilmente podría tener lugar[46]. Discutibles podrían ser los casos de delitos de dos actos en el que sólo un acto de los dos se realiza[47], pues si bien no parece posible afirmar ya en estos casos una infracción del rol atribuido y, por tanto, una imputación del comportamiento, la situación cambiaría si cada acto configura por sí mismo un hecho penalmente relevante.

Para la doctrina penal anclada en el concepto de lesión causal de bien jurídico, la delimitación de la tentativa y los actos preparatorios se ha mostrado especialmente difícil en los delitos económicos, ya que el bien jurídico no se materializa en un objeto palpable, sino en ciertos intereses generales[48]. Sin un bien jurídico concreto, resultará muy complicado para esta interpretación del delito precisar cuándo comienza propiamente la tentativa[49]. Así, por ejemplo, en el delito aduanero en su modalidad de extracción de mercancías del territorio nacional, la tentativa no comenzaría sino hasta que se esté cruzando efectivamente la frontera. Si en los controles de carreteras ubicados a varios kilómetros de la frontera se encuentran ocultos debajo del tapiz de un vehículo productos cuya salida del país está prohibida o debe ser declarada, no podrá argumentarse una tentativa, sino, en todo caso, un acto preparatorio impune[50]. Ante estos

---

(46) Vid., en este sentido, respecto de los delitos de peligro abstracto (peligrosidad), Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 56, n.m. 890. De una opinión distinta, respecto de los delitos de emprendimiento, Burkhardt, *JZ* 1971, p. 353 y ss.; Berz, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 128 y s.

(47) Vid., en este sentido, por ejemplo, la argumentación de Tiedemann, *JR* 1973, p. 413 y s.

(48) Vid., así, Tiedemann, *JR* 1973, p. 412; Otto, voz: "Versuch", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

(49) Vid., Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C52; El Mismo, *JR* 1973, p. 412. En los resultados, igualmente, Kohlmann, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.4.

(50) Vid., así, la solución de Hartung, *Steuerstrafrecht*, p. 93. De un parecer contrario, en el sentido de considerar este hecho ya una tentativa, Tiedemann, *JR* 1973, p. 413; Meine, *GA* 1978, p. 325. En la legislación nacional cabe recordar el artículo 13 del D. Ley 20153 del 23 de septiembre de 1973 que, buscando

problemas de impunidad, TIEDEMANN ha considerado adecuado que se recurra a los criterios político-criminales recogidos en el respectivo tipo penal para fijar el inicio de la tentativa(51). Esta solución presenta, sin embargo, serios cuestionamientos desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en la medida que los intereses a tomar en cuenta pueden terminar siendo los procedentes del ámbito previo de regulación (Derecho administrativo, por ejemplo) y no los propiamente jurídico-penales(52). Por su parte, OTTO, aun cuando reconoce estos mismos problemas en el Derecho penal económico, considera que la idea de la peligrosidad del bien jurídico protegido sigue siendo útil para determinar la tentativa en los delitos económicos, en la medida que con la tentativa se crea un peligro inmediato de realización de la situación no deseada por el legislador(53). No obstante, cabe replicar a esta reinterpretación de la idea de la peligrosidad que en el fondo abandona la idea de la peligrosidad y recurre a un criterio puramente formal.

Para salir al frente al problema de la tentativa en los delitos económicos debemos interpretarla con base en los criterios de la imputación objetiva. La tentativa tiene lugar por la imputación del comportamiento, es decir, por la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes derivados de las competencias por organización atribuidas al sujeto económico o por la infracción de competencias institucionales. En este sentido, no se necesita la creación de un peligro inmediato de realización de la situación no deseada por el tipo penal, sino establecer si en el caso concreto ha

---

sortear estas dificultades, penalizó como delito de contrabando el transportar productos o mercancías a menos de 50 kilómetros de la frontera sin la autorización correspondiente (vid. HURTADO POZO, *Manual*, PG, 2ª ed., p. 160).

(51) Vid, TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413.

(52) Este peligro es reconocido por TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 414, frente a lo cual pretende salir al paso mediante la exigencia de una objetivización del comienzo de la ejecución. Por el contrario, considera que es necesario en estos casos fundamentar la tentativa en un elemento subjetivo, MEINE, *GA* 1978, p. 327.

(53) OTTO, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

tenido lugar una infracción de lo que al sujeto económico le era jurídico-penalmente exigible. El peligro prohibido se determina normativamente por la infracción del rol general de ciudadano o de roles especiales y es a partir de ese momento en el que puede hablarse del comienzo de la tentativa. La tentativa del delito económico no necesita ponerse en referencia con ningún objeto material, sino que se determina en función de las competencias atribuidas al sujeto económico. Llevar ocultos productos cuya exportación está prohibida en un automóvil particular parece que no puede considerarse aún una infracción de competencias, pero en el caso de camiones de transporte internacional, podría resultar distinto.

B. La imputación subjetiva: la decisión de cometer el delito

La imputación subjetiva en la tentativa, a diferencia de la imputación objetiva, es completa, esto es, en el mismo sentido que el delito consumado(54). Se exige que al autor pueda imputársele subjetivamente la decisión de realizar el delito correspondiente ("decidió cometer)(55), esto es, la decisión de defraudar la expectativa normativa de conducta. Por lo tanto, no basta que el autor simplemente considere la posibilidad de cometer un delito, sino que debe poder imputársele normativamente la decisión de cometerlo(56). La imputa-

(54) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 24; Hartung, *Steuerstrafrecht*, p. 91. Similarmente en la doctrina nacional, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 19, n.m. 2059; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 535. De una opinión contraria, Struensee, *GS-Armin Kaufmann*, p. 524; El Mismo, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, Agosto 1999, número especial 1, p. 21; Murmann, *Versuchsunrecht*, p. 9; Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 417 y s.; Cuello Contreras, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 253 y ss. Si bien Frisch, *Verhalten*, p. 603 y s., habla también de un dolo de consumación distinto del dolo de tentativa, precisa que la diferencia no se debe a la esencia del dolo, sino al objeto del dolo.

(55) En el mismo sentido, pero con base en la idea de bien jurídico, Murmann, *Versuchsunrecht*, p. 8.

(56) En el mismo sentido, Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 25, n.m. 29; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 515.

ción de esta decisión requiere una exteriorización concluyente[57], de forma tal que no podrá afirmarse si el hecho se muestra ambivalente. Debe quedar claro que para establecer el sentido de la actuación no debe procederse a una valoración general del hecho, sino que debe contextualizarse en la situación específica y determinar, a partir de ahí, el conocimiento imputable al autor. Si del conocimiento que le corresponde al autor en la situación específica resulta posible afirmar la decisión de cometer el hecho[58], podrá imputarse subjetivamente la realización incompleta del tipo al autor.

La configuración de la imputación subjetiva en la tentativa lleva a la conclusión de que una tentativa de delito culposo es impune[59], a pesar de que resulte teóricamente imaginable[60]. Este rechazo de la punibilidad de la tentativa en delitos culposos se extiende también a los delitos culposos cualificados por el resultado, pero no a los delitos dolosos cualificados por el resultado[61]. En estos últimos, una tentativa puede perfectamente configurarse. Ahora bien, si se

(57) Vid., HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 92.

(58) Hay que recordar que para la imputación subjetiva dolosa se exige solamente la imputación subjetiva del conocimiento de los aspectos referidos a la imputación del comportamiento, pero no los referidos a la realización del resultado. En el mismo sentido, la interpretación de FRISCH, *Vorsatz*, p. 57 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 8 y s. No obstante, la especial regulación de la tentativa en el StGB alemán hace que estos autores consideren que el dolo en el delito consumado no sea igual al del intentado. Pero como lo reconoce el propio FRISCH, *Verhalten*, p. 603 y s., esta diferencia se debe no a una diferencia esencial en el dolo, sino a los distintos objetos del dolo, esto es, a lo que según la legislación alemana debe abarcar la representación del autor en la tentativa (que incluye determinados actos preparatorios).

(59) Vid., igualmente para el Derecho penal peruano, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 58, n.m. 915.

(60) Vid., JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 25, n.m. 28; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 516; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 100 y s.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.1.

(61) Vid., vid., sobre esto, con mayores referencias, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 25 y s. Admite la tentativa en los delitos dolosos cualificados por el resultado también JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 515.

considera conveniente que en ámbitos como el Derecho penal económico se castigue ya las acciones culposas de emprendimiento, podrá recurrirse para ello a la figura de los delitos de emprendimiento o a los delitos de peligro abstracto(62).

Problemático para el Derecho penal económico resulta la fijación de la frontera entre la tentativa y el delito putativo, sobre todo en los delitos tributarios(63). La doctrina penal ha pretendido solucionar esta problemática desde dos interpretaciones: los que recurren a la llamada conclusión a contrario de la teoría del error y los que consideran que el delito putativo es una ampliación en la cabeza del autor del ámbito de la norma(64). Los defensores de la conclusión a contrario parten de una bipartición del error en el injusto: un error sobre los elementos del tipo de injusto y un error sobre el carácter prohibido del injusto. Con base en esta distinción obtienen la conclusión a contrario de que los casos de error sobre la existencia de aspectos del tipo penal deben fundamentar una tentativa (error de tipo invertido), mientras que la creencia errónea del carácter prohibido del hecho solamente un delito putativo impune (error de prohibición invertido)(65). La relación interna que tiene este planteamiento, sin embargo, no constituye propiamente una contraposición lógica(66), sino simplemente un postulado de simetría en el tratamiento del error(67).

---

(62) Vid., así, Kohlmann, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.1.

(63) Vid., así, Burkhardt, *wistra* 1982, p. 178 y ss.; Niemeyer, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 30; Tiedemann, Voz: "Irrtum über Rechtsfragen", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 6 y s.

(64) Vid., la mención de estas posturas, con referencias bibliográficas, Burkhardt, *wistra* 1982, p. 178.

(65) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 25, n.m. 37. En el ámbito del Derecho penal económico, Niemeyer, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 29 y s.

(66) Concluyente, en este sentido, Puppe, en *El error*, p. 121 y s., en tanto que de la fijación de una condición necesaria singular de la punibilidad de un caso, no puede derivarse positivamente la punibilidad de otro caso.

(67) Vid., Puppe, en *El error*, p. 122.

Esto significa que la corrección de la conclusión a contrario depende solamente de una determinada comprensión del injusto, pero no de una conclusión forzosa para la teoría del delito. En nuestra comprensión del error, por el contrario, esta conclusión resulta de poca utilidad.

Para poder trazar un límite entre la tentativa y el delito putativo hay que recurrir, más bien, a la segunda línea de argumentación, esto es, a aquélla que considera el delito putativo una ampliación del ámbito de regulación de la norma por parte del autor(68). No obstante, hay que precisar que el delito putativo no es solamente una ampliación en la cabeza del autor, sino una (aparente) ampliación objetiva y subjetiva que se materializa en el hecho realizado por el autor. En el delito putativo, el autor expresa una representación del mundo en el que su hecho se encuentra penalmente prohibido. Pero en tanto se trata de una expresión llevada a cabo de manera unilateral y sin observar los procesos institucionalizados para configurar la sociedad, esa actuación no podrá tener relevancia social alguna. En este sentido, el delito putativo no puede constituir un acto comunicativo penalmente relevante y debe quedar, por ello, impune.

> Ejemplo: Un delito putativo comete aquel que considera que realiza un delito tributario por el simple incumplimiento de las obligaciones de pago de los impuestos o por no haber efectuado las retenciones impuestas por ley.

Una tentativa tendrá lugar, por el contrario, cuando el autor yerra solamente sobre la relevancia delictiva de su actuación. Esta afirmación podría recibir la crítica de llevar a cabo una ampliación excesiva de la tentativa y permitir la punibilidad en supuestos en los

(68) Vid., en este sentido, HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 95. Críticamente sobre esta interpretación del delito putativo, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 179, al considerar arbitrario el que en el caso de cláusulas de remisión o leyes penales en blanco se hable de una tentativa y en el caso de que las normas complementarias estén incorporadas en la propia ley penal se afirme un delito putativo. No obstante, la aparente relevancia de esta crítica, resulta cuestionada por un error en su punto de partida: las leyes penales en blanco no complementan el tipo, sino que lo especifican.

que la pena no resulta necesaria. Ante esta objeción cabe precisar que la afirmación de una tentativa no decide aún sobre la punibilidad de la misma. Fuera del ámbito de lo punible se encuentran, como ya lo indicamos, los casos en los que el hecho delictivo no hubiese podido materializarse de ninguna manera (delito imposible). Solamente los casos de tentativa inidónea en sentido estricto pueden ser penalmente sancionados, pues si bien la actuación en el caso concreto no ha sido adecuada para realizar el delito, en otras circunstancias hubiese sido idónea. La perturbación social que fundamenta la punición de la tentativa tiene lugar sólo en estos casos.

> Ejemplo: Aquel que recibe una herencia y no la indica en su declaración jurada de impuesto a la renta para evitar pagar impuestos, no yerra sobre el delito de defraudación tributaria, sino sobre el carácter prohibido de su hecho[69]. No obstante, debido a que de ninguna forma la omisión de declaración de herencias puede configurar el delito de defraudación tributaria, se trata de un delito imposible impune. La situación cambia si una persona no realiza la declaración anual pensando que con ello oculta determinados ingresos al Fisco, pero resulta que en ese año tal declaración para él no era obligatoria[70]. En estos casos, se tratará de una tentativa inidónea en sentido estricto.

3. La penalidad de la tentativa

La segunda parte del artículo 16 del Código penal señala que en caso de tentativa, la pena será disminuida prudencialmente por el juez. Como se puede desprender de la redacción del mencionado artículo, no se trata de una reducción facultativa, sino impuesta. Dentro de la facultad discrecional del juez se encuentran los criterios para reducir la penalidad. Utilizando de manera analógica el

---

[69] Por el contrario, considera que este supuesto no debería ser considerado tentativa, Burkhardt, *wistra* 1982, p. 180.

[70] Así fue en esencia el caso juzgado por el tribunal de cámara del 9.09.1981 y que calificó este hecho como una tentativa de defraudación tributaria. Vid., sobre esta sentencia críticamente, Burkhardt, *wistra* 1982, p. 178 y ss.

artículo 46 del Código penal podría recurrirse sobre todos a los criterios de la importancia de los deberes infringidos y la extensión del daño o peligro causados como elementos de juicio para reducir la penalidad en la tentativa.

4. El desistimiento

El desistimiento consiste en la conducta voluntaria del autor por el cual se deja de proseguir con los actos de ejecución del delito o se impide que se consume. En este sentido, el desistimiento presupone una tentativa punible, por lo que no puede hablarse de un desistimiento si el autor simplemente se abstiene de emprender un hecho delictivo[71]. Conforme al artículo 18 del Código penal, el desistimiento del interviniente en un delito se privilegia con la impunidad por los actos ejecutivos realizados, siempre y cuando los actos practicados no constituyan ya otro delito. En la doctrina penal se ha discutido sobre el fundamento de esta exención de responsabilidad y, a partir de ello, de las particularidades que asume esta figura en el *iter* delictivo.

A. Fundamento

Como ponen de relieve JESCHECK/WEIGEND, la decisión del legislador de dejar impune el desistimiento voluntario de la tentativa no puede considerarse un acto de generosidad del legislador, sino que requiere una fundamentación[72]. Precisamente a esta labor se han dedicado numerosos trabajos doctrinales, sin que se haya alcanzado un consenso dominante[73]. Sin entrar en las particularidades de cada argumentación, puede decirse que existen tres modelos de fun-

---

(71) Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 585 y ss.

(72) *Lehrbuch*, AT, p. 538.

(73) Sobre las distintas fundamentaciones de la impunidad en caso de desistimiento de la tentativa, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 538 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 5 y ss.; ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 41 y ss.; JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 3 y ss.; WEINHOLD, *Rettungsverhalten*, p. 12 y ss.; NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 12 y ss.

damentación de la impunidad del desistimiento de la tentativa: un modelo externo al Derecho penal, un modelo interno al Derecho penal, pero externo a la tentativa, y, finalmente, un modelo interno al Derecho penal referido a la tentativa(74). Dentro del primer modelo se encuentra la llamada teoría político-criminal o del puente dorado, según la cual la impunidad del desistimiento se justifica como un estímulo al autor para evitar la consumación del delito y mantener ileso el bien jurídico(75). Con el segundo modelo se corresponden la llamada teoría del premio (gracia, recompensa o merecimiento)(76), la llamada teoría del fin de la pena(77) e incluso las teorías de la culpabilidad(78), en tanto fundamentan la renuncia de pena del desistimiento en razones jurídico-penales ajenas a la tentativa. También el tercer modelo de fundamentación es interno al Derecho penal, pero, a diferencia del modelo anterior, recurre a la tentativa misma para poder precisar la razón que permite liberar de pena al que realiza un desistimiento(79). Este último modelo de fundamentación es el que consideramos más adecuado en su vertiente de la teoría de la modificación, ya que no abandona la solución a factores ajenos a la dogmática penal, ni utiliza fórmulas de compensación al interior

(74) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 326.

(75) Sobre esta teoría que se remonta a Feuerbach, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 538; NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 13 y ss.; JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 5; ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 42 y s.

(76) Vid., sobre esto, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 539; NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 17 y s.; JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 7; ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 43 y s.

(77) Vid., sobre esto, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 539 y s.; NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 19 y ss.; JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 6 y s.; ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 45 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, p. 142; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 112.

(78) Tanto en su versión de exclusión de la culpabilidad (ULSENHEIMER, *Grundfragen*, p. 90 y ss.), como de satisfacción de la culpabilidad (HERZBERG, *NStZ* 1989, p. 49 y ss.).

(79) Vid., en este sentido, la teoría de la unidad [LANG-HINRICHSEN, *FS-Engisch*, p. 372; MUÑOZ CONDE, *ZStW* 84 (1972), p. 778; ROXIN, *FS-Heinitz*, p. 269 y ss.] y la fundamentación de la modificación [JAKOBS, en *Estudios*, pp. 326, 331, REAÑO PESCHIERA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 364].

del sistema penal que pueden romper la estructura del sistema de imputación. Por esta razón, solamente con base en lo que es la tentativa, puede encontrarse el fundamento de la ausencia de pena en caso de desistimiento[80].

Como lo hemos señalado líneas más arriba, la tentativa constituye un acto con sentido comunicativo pleno, esto es, una perturbación social. El autor ha infringido su rol y abre, con ello, la posibilidad al sistema penal de realizar una imputación jurídico-penal[81]. No obstante, para que esta imputación proceda es necesario que el hecho esté separado del autor por una pérdida de influencia sobre el mismo[82], de manera tal que mientras esto no suceda la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo del hecho resulta todavía posible[83]. En tanto solamente el presente puede ser modificado, y no el pasado, cabe siempre un desistimiento sobre una conducta que, si bien comenzó en el pasado, se encuentra todavía en el presente[84]. Si el hecho ya se separó del autor, es decir, forma parte de pasado, solamente cabe una rectificación, un arrepentimiento,

---

(80) Vid., en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 51 y s.

(81) Por ello, resulta correcta la línea de interpretación asumida por JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 64, al considerar la tentativa desde el significado de la imputación, aunque debemos señalar que la imputación no se fundamenta en el peligro, sino en la competencia por el peligro.

(82) Esta pérdida de influencia puede tener lugar por una renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho o por una pérdida objetiva del control sobre el hecho. Vid., de manera más detallada, JAKOBS, en *Estudios*, p. 328 y s.

(83) Vid., en este sentido, JAKOBS, *JZ* 1988, p. 520; EL MISMO, en *Estudios*, p. 328. Por el contrario, considera que el injusto de la tentativa es inmodificable, MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 31. La exigencia de la evitación del resultado (principio de eficacia) en el caso del autor único puede encontrar explicación en este contexto, pues si el resultado se realiza, será porque el hecho se encontraba ya separado del autor. Sobre el principio de eficacia en el desistimiento, SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 142 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, p. 73; ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 1 y s.

(84) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 2; EL MISMO, en *Estudios*, p. 330.

pero no un desistimiento[85]. La modificación todavía posible del hecho confirma de alguna manera la vigencia de la norma y deja sin efecto el cuestionamiento del comportamiento inicial. En este contexto de ideas puede comprenderse el trato privilegiado que el artículo 18 del Código penal otorga al desistimiento[86].

B. Las formas de manifestación del desistimiento

El artículo 18 del Código penal establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que se produzca el resultado será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan delito. Como puede verse, nuestra regulación penal reconoce dos formas de manifestación del arrepentimiento con base en la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada[87].

---

(85) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 330 y s.: "*modificación del hecho versus comportamiento general posterior al hecho*".

(86) No obstante, REAÑO PESCHIERA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 374 y s., considera que los casos de desistimiento voluntario no deben ser distinguidos con la impunidad, sino con una pena más benigna que la correspondiente a la tentativa no desistida. Esta argumentación olvida, sin embargo, que la responsabilidad penal se mantiene en caso que los hechos materializados constituyan ya otro delito, de manera que no se le niega el efecto social perturbador de los hechos hasta entonces cometidos, sino que solamente excluye la responsabilidad por aquello que el autor oportunamente ha podido revocar.

(87) Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 594. Sobre la importancia de la diferencia entre tentativa acabada e inacabada para los casos de desistimiento, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540; NIEMEYER, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 32; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140; CEREZO MIR, *RDPC* 1 (1998), p. 18. Hay que precisar que existe en la doctrina penal una intensa discusión sobre los criterios para delimitar estos niveles de la tentativa, siendo las posturas subjetivistas las predominantes, es decir, las que parten de la representación del autor (vid., por todos, NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 25 y ss.). Por el contrario, un sector minoritario recurre a criterios objetivos o mixtos (vid., por todos, NOLDEN, *op. cit.*, p. 27 y ss.). En una comprensión objetiva, JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 65 y ss., se apoya en el criterio de la puesta en peligro y utiliza, por el contrario, la diferencia entre inversión del peligro intentada

En la tentativa acabada el autor ha realizado todos los actos dirigidos a la producción de la consumación del delito, por lo que el desistimiento debe impedir en estos casos la producción del resultado[88]. Por el contrario, en la tentativa inacabada el autor no ha realizado todos los actos que llevan al resultado, de manera que un desistimiento tiene lugar cuando voluntariamente no se prosigue con los actos ejecutivos del delito[89]. La doctrina reconoce un tercer supuesto de tentativa, la llamada tentativa fracasada, en la que la continuación de la tentativa no tiene ninguna posibilidad de éxito y excluye, por ello, desde el principio un desistimiento[90].

a. El desistimiento en la tentativa acabada

Para poder admitir un desistimiento en la tentativa acabada, debe tratarse de un hecho que todavía puede ser susceptible de modificación, es decir, que el hecho se mantenga aún bajo el dominio del autor[91]. Si el hecho como tal resulta ya irreversible, esto deberá entenderse simultáneamente como renuncia a la posibilidad de modificación. La posibilidad de emprender cursos salvadores en estos casos debido a un conjunto de circunstancias ajenas a la voluntad

---

(*versuchte Gefährdungsumkehr*) e inversión del peligro consumada (*vollendete Gefährdungsumkehr*). Prefiere utilizar, por el contrario, las expresiones de tentativa imperfecta y perfecta, BENLLOCH PETIT, en *Entre el funcionalismo y el principialismo*, Sánchez Herrera (coord.), pp. 306, nota 595, 307 pues las considera más precisas, en tanto esta distinción no se centra en la realización o no de todos los actos ejecutivos activos, sino en la capacidad plena de evitar el resultado.

(88) Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540 y s.

(89) Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 540.

(90) Vid., así, JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 543; MURMANN, *Versuchsunrecht*, pp. 34, 37.

(91) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 335; HEINTSCHEL-HEINEGG, *ZStW* 109 (1997), p. 29 y ss. Por el contrario, BENLLOCH PETIT, en *Entre el funcionalismo y el principialismo*, Sánchez Herrera (coord.), p. 339 y s., considera que en estos casos el autor ya no controla el peligro. En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 9.

del autor, no puede fundamentar un desistimiento sobre el primer hecho[92], sí en todo caso una atenuante. Incluso si el autor considera una posibilidad insegura de reversión, no podrá fundamentarse en estos casos un desistimiento, pues la posibilidad de revocación no se ha encontrado bajo su dominio, sino que ha sido la casualidad la que le ofrece la posibilidad de un curso salvador[93].

> Ejemplo: El administrador de una sociedad anónima ofrece datos falsos sobre la situación financiera a los accionistas en un informe oral en la junta general (artículo 198 inciso 2 del Código penal). Sin embargo, inmediatamente después de proporcionar la información, en ese mismo acto de informe oral, admite que la situación de la empresa no es la expuesta, sino que se encuentra inmersa en una profunda crisis financiera. Un desistimiento tiene lugar. En cambio, si luego de su informe y a pesar de contar con documentación falsa adicional para respaldar el sentido de su informe oral, termina por reconocer, ante los cuestionamientos de los socios, que la empresa tiene serios problemas económicos, no podrá afirmarse la existencia de un desistimiento.

Si el hecho puede ser aún modificado, el autor tendrá que llevar a cabo una acción óptima para evitar el resultado lesivo[94]. Para ello, el autor tendrá que eliminar todos los riesgos prohibidos creados, de manera tal que si el acto de modificación deja todavía riesgos residuales prohibidos no podrá liberarse de responsabilidad, aun cuando este riesgo residual pueda no realizarse[95]. Un desistimiento

---

(92) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 26, n.m. 19; El Mismo, en *Estudios*, p. 334 y s.; Burkhardt, *Der "Rücktritt"*, p. 93. De una opinión distinta, con base en la idea de que la tentativa no constituye una objetivización plena, sino que está referida a la consumación, Murmann, *Versuchsunrecht*, p. 40 y ss.

(93) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 19a; El Mismo, en *Estudios*, p. 335. Sobre la exclusión de la casualidad en la configuración (objetiva) del desistimiento, Jäger, *Der Rücktritt*, p. 93.

(94) Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 332 y s.; Heintschel-Heinegg, *ZStW* 109 (1997), p. 52; Alcácer Guirao, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 47.

(95) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 19a; El Mismo, en *Estudios*, p. 332 y s.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 546; Murmann,

sobre sólo algunos riesgos o una disminución del riesgo no resulta suficiente[96]. No obstante, si el autor emprende una modificación completa de los riesgos y éstos se eliminan por otras razones, podrá admitirse un desistimiento[97].

> Para seguir con el ejemplo anterior: Si el administrador se limita a reconocer la profunda crisis de la empresa y no desmiente, por ejemplo, la falsa afirmación también hecha de la llegada de nuevos créditos bancarios, un desistimiento no puede alcanzar a este riesgo residual. Pero si durante el acto de sinceramiento, por ejemplo, es interrumpido por unos de los socios que casualmente conoce del manejo de la cartera de préstamos de uno de los bancos citados y desmiente efectivamente que a la empresa se le haya concedido un préstamo, no afecta la disposición de desistimiento del administrador y, por tanto, no mantiene su responsabilidad penal por fraude en la administración de personas jurídicas.

Una encendida discusión motiva en la doctrina penal los casos en los que el desistimiento se produce luego de una tentativa fracasada[98]. La antigua jurisprudencia alemana resolvió estos supuestos con base en la llamada teoría del plan del autor, en la que el criterio decisivo para estos casos se encontraba en el plan del autor, en caso de haberlo tenido[99]. No obstante, las críticas que se hicieron

---

Versuchsunrecht, p. 64 y s. Niega la sanción de estos supuestos, en tanto considera que la tentativa con dolo eventual no debe sancionarse, PUPPE, *NStZ* 1984, p. 491. Por el contrario, niega que en estos casos pueda afirmarse un dolo respecto del riesgo residual, BLOY, *JuS* 1987, p. 528.

(96) Vid., JAKOBS, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 558 y s.

(97) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 333 y s. Sobre los requisitos de los cursos salvadores en caso de desistimiento existe igualmente discusión en la doctrina, de cuyos pormenores no vamos a ocuparnos. Sobre ello vid., JÄGER, *Der Rücktritt*, pp. 31 y ss., 94 y ss.; WEINHOLD, *Rettungsverhalten*, p. 93 y ss.

(98) Vid., JÄGER, *Der Rücktritt*, p. 43.

(99) Según esta teoría, si el plan del autor se limitaba a un acto concreto y este acto fracasaba, un distanciamiento del autor respecto de otros actos que asegurarían el resultado, no se tenía como desistimiento. Si el plan del autor no se limitaba a ningún acto concreto y quedaba su tentativa inacabada aún después

a esta teoría por favorecer a los autores con planes alternativos y por asumir un criterio puramente psicológico, han llevado a su completo rechazo(100). La propia jurisprudencia alemana ha abandonado incluso esta perspectiva de análisis y ha asumido, en su lugar, la llamada teoría de la comprensión global defendida por la doctrina dominante(101). Conforme a esta teoría lo decisivo se encuentra en la representación del autor después de terminar el último acto de ejecución (el llamado horizonte del desistimiento), de manera que una tentativa fracasada solamente existiría si según la representación del autor una inmediata actuación resulta imposible para impedir el resultado(102). Por el contrario, si luego de una actuación sin éxito el autor desiste de un nuevo emprendimiento que considera idóneo para producir el resultado no alcanzado, entonces este desistimiento alcanza a todo el hecho. Frente a este parecer se opone la llamada teoría del acto individual(103), conforme a la cual cada acto conside-

---

de ciertos actos fracasados, un desistimiento resultaba posible mediante la renuncia a continuar los actos ejecutivos. Si consideraba que los actos ya emprendidos eran suficientes para la producción del resultado, un desistimiento solamente podía tener lugar mediante una acción de salvamento. Sobre esta teoría, vid., Bergmann, *ZStW* 100 (1988), p. 330 y s.; Kampermann, *Grundkonstellationen*, p. 90 y ss.; Jäger, *Der Rücktritt*, p. 44.

(100) Sobre las críticas a esta perspectiva, vid., Kampermann, *Grundkonstellationen*, p. 99 y ss.; Jäger, *Der Rücktritt*, p. 45; Murmann, *Versuchsunrecht*, p. 38 y s.

(101) Vid., los defensores, con distintos matices, de esta teoría, Otto, *GA* 1967, p. 148 y ss.; El Mismo, *Jura* 1992, p. 427 y ss.; Dreher, *JR* 1969, p. 105 y ss.; Walter, *Der Rücktritt*, p. 111 y ss., 199 y ss.; Roxin, *JuS* 1981, p. 6; Puppe, *NStZ* 1986, p. 16; Fahrenhorst, *Jura* 1987, p. 292; Streng, *JZ* 1990, p. 213 y s.; Schall, *JuS* 1990, p. 625; Schlüchter, *FS-Baumann*, pp. 81 y ss.; Busch, *JuS* 1993, p. 306 y s. Defiende una teoría de la consideración global modificada, Jäger, *Der Rücktritt*, p. 122 y ss.

(102) Vid., en este sentido, Niemeyer, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 32.

(103) Vid., así, Baumann, *Strafrecht*, AT, p. 516; Gutmann, *Die Freiwilligkeit*, p. 92 y ss.; Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 92 y s.; Bergmann, *ZStW* 100 (1988), p. 351; Ulsenheimer, *Grundfragen*, p. 230 y ss.; Jakobs, en *Estudios*, p. 340. Por su parte, Herzberg, *NJW* 1986, p. 2469, pretende alcanzar una teoría intermedia con la llamada teoría de la consideración global en la

rado idóneo para producir por sí mismo el resultado constituye una tentativa independiente, de manera que en caso de fracaso no cabe un desistimiento(104). Sin pretender entrar en las particularidades del debate entre estas teorías, debemos señalar que nos inclinamos por la propuesta de solución de la teoría del acto individual, aunque resulta conveniente que para ello hagamos algunas precisiones.

Cada acto individual no debe entenderse en un sentido natural, sino en un sentido normativo, es decir, como una acción con el sentido comunicativo de defraudación de expectativas sociales institucionalizadas(105). Para que un hecho pueda alcanzar este sentido comunicativo, resulta necesario poder imputar al autor la infracción de la norma. Esta imputación solamente puede tener lugar si el hecho se ha separado del autor, de manera que no exista posibilidad de modificación. Si se pierde el dominio sobre una primera tentativa fracasada (riesgos extintos) y respecto de una segunda acción se impide la realización del resultado, no podrá admitirse un desistimiento sobre los riesgos extintos del primer acto, pues éste forma parte ya del pasado. Un acto voluntario de salvamento posterior al hecho podrá entenderse solamente como una rectificación del primer riesgo fracasado, pero no como un desistimiento(106). Por el contrario, si el riesgo creado se detiene y se abre nuevas posibilidades de lesión (desplazamiento de riesgos), un desistimiento resulta posible, en tanto el riesgo inicial se ha mantenido bajo el dominio del autor(107).

---

teoría del acto individual, pero como bien lo ha puesto de manifiesto ROXIN, *JR* 1986, p. 425, podría ser denominada como teoría del acto individual modificada. Versiones modificadas de la teoría del acto individual defienden también, BURKHARDT, *Der "Rücktritt"*, p. 90 y ss.; ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 24, n.m. 20 y s.; NOLDEN, *Der Rücktritt*, p. 114.

(104) Vid., JAKOBS, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 561 y s.

(105) Similarmente, JAKOBS, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 563

(106) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 19; EL MISMO, en *Estudios*, p. 334 y s.; BURKHARDT, *Der "Rücktritt"*, p. 93.

(107) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 335 y s.

Ejemplo: Si el administrador de una empresa incursa en un procedimiento concursal procede a la cancelación de la deuda de uno de los acreedores, posponiendo el pago del resto, responderá en grado de tentativa del delito contra el sistema crediticio si la transferencia patrimonial no se ha hecho efectiva por problemas informáticos en el banco, aunque posteriormente decida no ejecutarla. La situación se torna distinta si resulta que la cuenta a la que es cargada la transferencia se encuentra temporalmente inactiva, pero la transferencia puede perfectamente realizarse desde otra cuenta de la empresa en el mismo banco. En este caso, si el administrador decide no llevar a cabo el pago desde la otra cuenta, tendrá lugar un desistimiento.

b. El desistimiento en la tentativa inacabada

Si bien en la tentativa inacabada no se han realizado todos los actos necesarios para la aparición del resultado, lo emprendido constituye ya por sí mismo una defraudación de expectativas sociales institucionalizadas o, lo que es lo mismo, una infracción del rol atribuido al sujeto económico. Si el autor puede todavía corregir el sentido del hecho, lo cual tiene lugar normalmente mediante la interrupción de los actos ejecutivos, cabrá un desistimiento[108]. Si el hecho se le ha escapado de las manos, aunque sea una tentativa fracasada, el desistimiento no puede tener lugar[109].

Ejemplo: El gerente general de una empresa da órdenes al departamento de contabilidad para que preste información incorrecta a un órgano supervisor externo (artículo 242 del Código penal). No obstante, mientras los documentos son elaborados, el gerente desiste de su pretensión y ordena suministrar correctamente la información requerida. Un desistimiento tiene lugar en este caso. Por el contrario, no se tratará de un desistimiento si la rectificación del gerente llega tarde al departamento de contabilidad que ya envió los documentos fraguados al órgano supervisor, aunque el procurador de la empresa no haya podido entregar los documentos por un accidente de tránsito.

---

[108] Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 543.

[109] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 340.

La determinación de un desistimiento relevante en los casos de tentativa inacabada resulta más difícil cuando el fracaso del hecho puede ser corregido por un hecho posterior. En estos casos, debe recurrirse a la diferencia antes expuesta de riesgos extintos y desplazamiento de riesgos[110]. Solamente en el segundo supuesto cabe un desistimiento.

> Para seguir con el ejemplo anterior: En el accidente de tránsito el procurador de la empresa pierde los documentos enviados, lo que le permite al gerente remitir al ente supervisor nuevos documentos con la información correcta. Aquí estamos ante un riesgo extinto (el primer envío), sobre el cual el autor no puede desistir, aunque luego decida no afectar con información falsa la labor de control del órgano supervisor. La situación cambia si los documentos no son recibidos en el local central de la institución, sino que deben enviarse a una sede distinta, lo cual aprovecha el gerente para impedir su envío. En este caso estamos ante un desistimiento por desplazamiento del riesgo.

C. La eficacia del desistimiento: Especialmente el desistimiento en caso de varios intervinientes

Para que despliegue su efecto eximente, se discute si en el plano objetivo el desistimiento debe ser eficaz o no, es decir, si debe impedirse efectivamente la realización del delito o basta con que el autor se esfuerce seriamente en impedirlo, aunque el resultado finalmente se produzca. En la medida que el desistimiento se sustenta en una reversión todavía posible del sentido comunicativo perturbador de lo ejecutado, parece lógico exigir que el esfuerzo serio de impedir la consumación del delito se materialice en una reversión efectiva. No obstante, la exigencia de la eficacia del acto de reversión no implica que en los hechos la afectación al bien jurídico no se produzca, sino que no se le pueda atribuir al autor haber realizado una comunicación social defraudatoria de expectativas normativas de conducta. Esta comprensión normativa de la eficacia se puede apreciar con mayor claridad en el caso de un delito en el que intervienen responsablemente varias personas.

---

[110] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 340.

En el caso de participación de varias personas en el delito, el artículo 19 del Código penal señala que no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación(111). Esta regulación confirma lo hasta ahora afirmado en general para un autor individual, en tanto se trata de la disposición seria de revertir el sentido del hecho que todavía está bajo su dominio(112). No obstante, parecería ser que en el caso que los partícipes prosiguen con la ejecución o consumación del hecho, el desistimiento del partícipe no requiere ser eficaz, bastando únicamente su esfuerzo serio en impedirlo(113). Desde una perspectiva naturalista no cabe la menor duda que esta interpretación resulta correcta. Sin embargo, en un entendimiento normativo del delito, si el partícipe retira su aportación al hecho conjunto y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden, se tratará ya de un hecho distinto. Su desistimiento será *eficaz* frente al primer hecho, mientras que en el segundo no habrá una participación que lo incrimine.

Pese a lo anteriormente afirmadó, hay que señalar que el legislador penal le exige al interviniente que desiste que no solamente retire su aporte, sino que se esfuerce en evitar, de ser el caso, el hecho posterior de los otros intervinientes. Pese a que esta exigencia podría parecer excesiva(114), resulta plenamente justificada, en la medida que de alguna forma el interviniente que desiste contribuyó, en un primer momento, a la formación de la voluntad criminal de los otros intervinientes. Si bien la prosecución del delito ya no constituye

(111) Vid., con mayores referencias, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 550; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 27.

(112) Sobre el esfuerzo serio de impedir el hecho, vid., Bottke, *Rücktritt*, p. 59 y ss.; Silva Sánchez, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 147. Por el contrario, parece centrarse en el impedimento del resultado, Niemeyer, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck, § 18, n.m. 34.

(113) Vid., en este sentido, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 611.

(114) Así la crítica de Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 623 y s.

un hecho del partícipe que desiste, hay una cierta competencia residual por el mismo que solamente se puede revertir con un esfuerzo serio en impedir la realización del delito, aunque finalmente no se consiga. Está demás decir que el desistimiento del partícipe no alcanzará al resto de los intervinientes que continúen con la materialización de su intención criminal(115).

Hay que advertir, por otra parte, que el dominio sobre el hecho no debe ser comprendido en un sentido naturalista, pues ello nos llevaría a afirmar que en el caso de los partícipes que realizan su aporte en la fase preparatoria, un desistimiento no podría tener lugar durante la ejecución del delito. El concepto de dominio o capacidad de influencia sobre el hecho debe entenderse en un sentido normativo, esto es, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe, de manera tal que mientras exista la posibilidad de reversión del hecho, un desistimiento del partícipe sigue siendo posible(116). Por el contrario, tras la terminación de la tentativa y la pérdida de una posibilidad de reversión, un desistimiento no resulta posible, sino solamente una rectificación posterior.

D. La voluntariedad del desistimiento

Para que la modificación del sentido del hecho por el desistimiento tenga efectos eximentes, el artículo 18 del Código penal exige que se trate de un acto voluntario. En este sentido, conviene que precisemos a grandes rasgos la configuración de la voluntariedad en el desistimiento. En la doctrina penal se defienden fundamentalmente dos líneas de interpretación. Un sector de la doctrina entiende la voluntariedad como un dato psicológico, en el sentido del grado de influencia del motivo sobre la decisión del autor(117). Un desisti-

(115) Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 19, p. 622.

(116) Vid., fundamentado en la llamada accesoriedad cuantitativa, JAKOBS, en *Estudios*, p. 336 y s.

(117) Vid., así las interpretaciones de FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 46, II; GRAF ZU DOHNA, *ZStW* 59 (1940), p. 544; SCHRÖDER, *JuS* 1962, p. 83; WELZEL, *Das*

miento es involuntario si la influencia sobre la voluntad alcanza el grado de motivación forzosa, mientras que si deja un espacio de libre decisión, entonces se tratará de un desistimiento voluntario[118]. A esta comprensión de la voluntariedad se le opone la llamada interpretación normativa[119], la cual se centra, más bien, en una valoración del cambio de motivación[120]. No obstante, el correcto punto de partida de la comprensión normativa de la voluntariedad, se equivoca al buscar el punto de referencia en la motivación interna del autor[121]. Para determinar la voluntariedad del desistimiento no interesa la motivación interna como tal[122], sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo[123]. En este sentido, la voluntariedad del autor tiene lugar cuando no hay más infidelidad ante el Derecho antes de que le haya venido un fracaso a su actuación y tenga todavía el hecho entre

---

deutsche Strafrecht, p. 198; Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 11/71; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 544. En el Derecho penal tributario mantiene esta comprensión de la voluntariedad, Kohlmann, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 83.

(118) Vid., sobre la interpretación psicológica de la voluntariedad, con mayores referencias, Ulsenheimer, *Grundfragen*, p. 283 y ss.

(119) Vid., en esta línea, Bockelmann, *Deutsches Recht* 1942, p. 432 y s.; Roxin, *FS-Heinitz*, p. 251 y ss.; Bottke, *Rücktritt*, p. 35 y ss.; Ulsenheimer, *Grundfragen*, p. 314 y s.; Walter, *Der Rücktritt*, p. 66 y ss. Crítica en bloque estos planteamientos, Martínez Escamilla, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 332 y s.

(120) Vid., en este sentido, la indicación de Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 26, n.m. 34.

(121) Vid., así, Jakobs, *Strafrecht* AT Apdo 26, n.m. 34a; Alcácer Guirao, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 158.

(122) De un parecer contrario, la formulación normativa de Ulsenheimer, *Grundfragen*, p. 315 y ss. Este rechazo de lo interno ha llevado a Volk, *RPDJP* 3 (2002), p. 424, a afirmar que se ha procedido a una objetivización de la voluntariedad del desistimiento.

(123) Vid., en este sentido, Jakobs, *JZ* 1988, p. 520; El Mismo, *Strafrecht*, AT Apdo 26, n.m. 36; El Mismo, en *Estudios*, p. 344 y s. Por el contrario, Jäger, *Der Rücktritt*, p. 109 y ss., diferencia entre la pérdida de sentido de la acción referido al bien jurídico (involuntario) y la pérdida del sentido de la acción referido a la modalidad de ejecución (voluntario).

sus manos[124]. La intención del autor de cometer otro delito, constituye otro objeto de valoración.

E. Efecto del desistimiento

El artículo 18 del Código penal establece que el que desiste voluntariamente de proseguir los actos ejecutivos del delito o impide que se produzca el resultado será reprimido sólo cuando los actos practicados constituyan delito[125]. Esta última situación se conoce en la doctrina penal como la denominada tentativa cualificada[126]. En caso que se trate de delitos de peligrosidad que adelanta las barreras de protección en el ámbito previo a la lesión, consideramos que a pesar de girar en torno a un mismo interés de protección, la norma ha sido quebrantada en estos casos y, por tanto, un desistimiento no puede alcanzar[127]. En el caso de un delito de peligro concreto, solamente cabría admitir un desistimiento si se trata del peligro concreto de la tentativa[128].

IV. LA REALIZACIÓN DEL HECHO: LA CONSUMACIÓN

1. El concepto formal y material de la consumación

A efectos de determinar si a un hecho le corresponde la pena prevista por el tipo penal, la consumación debe entenderse formal-

---

(124) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 345.

(125) La doctrina penal discute si en el desistimiento se trata de una causa personal de supresión de la pena (vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 548), un elemento negativo de merecimiento de pena (LANG-HINRICHSEN, *FS-Engisch*, p. 373) o un criterio de medición de la pena (vid., BURKHARDT, *Der "Rücktritt"*, p. 184 y ss.).

(126) Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 48; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549; SILVA SÁNCHEZ, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 140.

(127) En el mismo sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 50; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

(128) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 50. Una liberación general en estos delitos admite, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

mente. En este sentido, podrá hablarse de una consumación en todos los delitos, en tanto tenga lugar una completa realización del tipo penal[129]. No obstante, para configurar los criterios de imputación penal, deberá recurrirse a una comprensión material de la consumación[130]. En el caso de los delitos de mera conducta y los delitos de peligro, la tentativa y la consumación se identifican, pues la sola imputación del comportamiento agota los requerimientos formales del tipo penal. Por el contrario, en los delitos de resultado, el castigo depende todavía de la posibilidad de afirmar una relación de imputación entre el comportamiento del autor y el resultado previsto en el tipo penal. En estos delitos, la diferencia objetiva entre la tentativa y la consumación es puramente cuantitativa[131], mientras que la imputación subjetiva termina siendo en la consumación la misma que se requiere para el castigo de la tentativa.

2. El arrepentimiento activo

Con la denominación "arrepentimiento activo" la doctrina penal hace mención a dos grupos de casos distintos. Por un lado, se califica de arrepentimiento activo los actos dirigidos a impedir la consumación del delito en caso de tentativa acabada, mientras que, por el otro, se hace referencia con esta denominación a los actos de reversión que emprende el autor luego de la consumación formal del tipo penal[132]. Ya que del primer grupo de casos nos hemos ocupado líneas más arriba bajo el título del desistimiento en la tentativa acabada, en lo que sigue vamos a limitarnos al segundo grupo de casos[133].

---

(129) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo, 25 n.m. 1g; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 517.

(130) Habla de terminación del delito, como consumación material, Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 49.

(131) Vid., Jakobs, *JZ* 1988, p. 519.

(132) Vid., así la indicación de Fedders, *Tatvorsatz*, p. 55. Vid., en referencia al Derecho penal español, Alonso Fernández, *Las atenuantes*, p. 21 y ss.

(133) Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 546, considera que la utilización del término arrepentimiento para los casos de desistimiento en la tentativa acabada

El arrepentimiento activo constituye un instituto dogmático ubicado en el plano de la consumación (formal) del delito[134]. Por esta razón, las reglas generales del desistimiento no resulten aquí relevantes[135]. Si la conducta de reversión del autor de un delito consumado puede tener relevancia penal alguna, depende de una decisión del legislador en el marco de determinados tipos penales de la parte especial o en leyes penales especiales. Esta vinculación de los efectos del arrepentimiento activo a una decisión del legislador penal ha llevado a afirmar que la regulación del arrepentimiento activo depende de un "principio de casualidad"[136]. No obstante, la doctrina penal se ha esforzado por encontrar criterios materiales para fundamentar la regulación de la figura del arrepentimiento activo, los cuales vamos a exponer a continuación de la mano de tipos penales del Derecho penal económico.

A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño

El arrepentimiento activo que se regula, por ejemplo, en el delito de atentado contra el sistema crediticio (artículo 212 último párrafo) se intenta fundamentar en la estructura típica de determinados delitos económicos[137]. Se dice que si bien estos delitos protegen en primera línea bienes jurídicos universales (el sistema crediticio), se pone de manifiesto también su vinculación con bienes indi-

---

resulta incorrecto, pues el arrepentimiento resulta pocas veces el motivo del desistimiento. Igualmente sobre este uso incorrecto del término arrepentimiento activo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 587.

(134) Vid., en este sentido, FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 55.

(135) Vid., así, FEDDERS, *Tatvorsatz*, p. 55. Igualmente en relación con la voluntariedad del arrepentimiento, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes*, p. 44. De otro parecer, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 114 y s.

(136) Vid., así, ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 24, n.m. 116; KRACK, *NStZ* 2001, p. 505.

(137) Vid., en este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 367; KRACK, *NStZ* 2001, p. 505.

viduales (el patrimonio)[138]. En este sentido, la estructura típica de estos delitos puede verse también como un adelantamiento de las barreras de protección de bienes jurídicos individuales. El fundamento de la regulación del arrepentimiento activo se encontraría en la función de protección de bienes jurídicos, pues, a pesar de la consumación formal de estos delitos, el mantenimiento de la indemnidad del bien jurídico individual resulta todavía posible mediante actos de reversión[139]. Con base en esta fundamentación del arrepentimiento activo, algunos autores se han mostrado incluso a favor de la posibilidad de una aplicación analógica de la regulación del arrepentimiento activo en otros tipos penales que adelantan igualmente las barreras de protección[140].

Una justificación del arrepentimiento activo a partir del adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, no resulta compatible con nuestra comprensión de los delitos de mera actividad y de peligro, pues en estos delitos existe una imputación jurídico-penal que no puede ya revertirse mediante actos de arrepentimiento[141]. A diferencia de la tentativa, en donde la posibilidad de influencia sobre el hecho le permitía al autor una modificación del sentido del mismo, en el arrepentimiento activo el hecho del autor tiene ya una existencia jurídica que no puede borrarse con buenas acciones posteriores del autor. En este sentido, la regulación del

---

(138) En este sentido, Krack, *NStZ* 2001, p. 505 y s. En concreto sobre los delitos contra el sistema crediticio, vid., esta indicación en INDECOPI, *Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial*, Documento de trabajo N° 002-1999, publicado el 17 de marzo de 1999, p. 12.

(139) Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 117; Calderón Susin, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 298, respecto de los delitos de falsificación de moneda.

(140) Vid., en este sentido, Fedders, *Tatvorsatz*, p. 63, mediante una interpretación de los tipos penales concretos. Por el contrario, Berz, *FS-Stree/Wessels*, p. 331 y ss., considera que una aplicación analógica no resulta posible mientras no haya una regulación general del legislador. En esta última dirección discurre también el parecer de Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 243.

(141) Similarmente, Alonso Fernández, *Las atenuantes*, p. 67, quien excluye del ámbito de la reparación del daño posterior los delitos de riesgo.

arrepentimiento activo del autor únicamente podría constituir una causa de exclusión de la punibilidad o criterio de medición de la pena establecidos por el legislador para los casos en los que la conducta posterior de la autor reduce o elimina la necesidad de una restabilización de la norma defraudada. En los delitos económicos como los atentados como el sistema crediticio esta reducción de la penalidad, que en el caso de los partícipes llega hasta la exclusión de penal, se encuentra fundamentada en el impedimento o reparación del daño que el delito produce o puede producir en otras personas.

B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño

El arrepentimiento activo como criterio de reducción o exclusión de la pena puede tener su razón de ser también en una escasa reprochabilidad que queda luego de la reparación posterior del daño[142]. La reparación del daño suele diferenciarse de la disminución del daño, de manera que solamente podrá hablarse de reparación si se trata de una restauración total[143]. En la legislación penal económica, se contempla supuestos de reparación del daño como, por ejemplo, en el caso del pago del monto total del cheque en el caso de un libramiento indebido (artículo 215 último párrafo), en el que el reproche al autor se reduce debido a su arrepentimiento posterior y hace que la necesidad de restabilización por el delito de giro sin provisión de fondos se elimine. Dogmáticamente hablando, este comportamiento posterior a la consumación del delito excluiría la necesidad de imponer una pena, es decir, excluiría la punibilidad[144].

C. Contribución al esclarecimiento del delito

El artículo 212 del Código penal primer párrafo, así como el artículo 2 del D. Leg. 815 que regula supuestos de exclusión o reducción de pena en los delitos tributarios, regulan otros supuestos

---

(142) Vid., en este sentido, KRACK, *NStZ* 2001, p. 509 y s.

(143) Vid., CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 220.

(144) Igualmente en la anterior regulación penal española, CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 304 y s.

de arrepentimiento activo en el Derecho penal económico, en el que los intervinientes en el delito contribuyen eficazmente en el esclarecimiento del delito con el suministro de información a la que no habrían podido acceder los tribunales. La doctrina penal cuestiona la legitimidad de estos dispositivos, en la medida no se aprecia ninguna razón dogmática similar al desistimiento[145]. Si bien a esta apreciación crítica no le falta razón, no afecta su inclusión en los supuestos de arrepentimiento activo, pues, como ya lo señalamos, el arrepentimiento activo no constituye una aplicación analógica de las reglas del desistimiento, sino simplemente causas de reducción o exclusión de la pena. En estos casos, la participación activa del autor o partícipe en el proceso de restabilización de la norma defraudada, lo cual en algunos casos viene unido con una reparación del daño, permite que los tribunales renuncien a la imposición de una pena o a un grado muy alto para restabilizar la norma defraudada.

V. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO

Para poder precisar la fase de agotamiento del delito, la doctrina recurre a dos criterios: la estructura del delito y estructura de la acción[146]. El agotamiento del delito sería las acciones que estando fuera del tipo penal, forman una unidad de acción. Si bien se considera inapropiado tratar en general el agotamiento como una etapa penalmente relevante del delito[147], resulta conveniente no perder de vista la unidad de acción para determinar las circunstancias agravantes y las reglas del concurso de delitos[148]. El agotamiento del delito constituye una consecuencia lógica en la realización del delito que lleva incluso a que algunos tipos penales, como la receptación o el encubrimiento, no alcancen al autor del delito[149].

---

(145) Vid., así, Krack, *NStZ* 2001, p. 510.

(146) Vid., detenidamente, Hau, *Die Beendigung*, p. 35 y ss.

(147) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 12; Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 50 y s.

(148) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 518; Borja Jiménez, *ADPCP* 1995, p. 104 y s.

(149) Vid., sobre esto, Vidales Rodríguez, *Delitos de receptación*, p. 111.

Por el contrario, en el caso del delito económico de lavado de activos (o blanqueo de capitales), la discusión es más encendida, siendo la opinión dominante la aceptación de la posibilidad de que también respondan por este delito los que intervinieron en el delito anterior[150].

[150] Vid., con mayores referencias, GALVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 38 y ss. En contra, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 64.

Capítulo XV

LOS CONCURSOS EN LA IMPUTACIÓN DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

La realización de un comportamiento (o de varios) puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la parte especial. Ante esta situación tenemos que decidir cómo se presenta la relación entre las infracciones a afectos de determinar no sólo la imputación del hecho, sino también la pena aplicable al caso concreto[1]. La doctrina penal ha agrupado las formas de concurso en dos grandes grupos. Por un lado, se encuentra el llamado concurso aparente de delitos (o concurso de leyes), en el que la aplicación de un tipo penal desplaza al resto de los tipos concursantes y, por el otro, está el concurso propio de delitos, en donde diversos tipos penales resultan aplicables[2]. En lo que sigue, vamos a ocuparnos de exponer los criterios de solución previstos por la legislación

---

(1) Vid., así, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 1; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 1.

(2) Vid., MITSCH, *JuS* 1993, p. 471 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 1; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 1; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 2; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19.

y la doctrina penales para resolver estas dos formas de concurso, así como las particularidades que surgen en el ámbito del Derecho penal económico.

II. EL CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS

En el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero sólo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito[3]. Si bien varios tipos penales reclaman su aplicación sobre la conducta juzgada, solamente uno de los mismos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales[4]. Esta situación explica por qué un sector de la doctrina califica también al concurso de leyes como concurso aparente, pues entiende que no existe propiamente un concurso de leyes para la determinación de la responsabilidad penal en el caso concreto[5]. En principio, parecer ser que a éste punto de partida le asiste toda la razón, sobre todo porque permitiría una clara delimitación frente a los concursos propios de delitos[6]. Sin embargo, debe reconocerse que también en estos casos existe un concurso, en la medida que el comportamiento del autor cumple diversos tipos penales[7]. Para poder diferenciar entonces el llamado concurso de leyes de los concursos de delitos, consideramos adecuado seguir la fundamentación desarrollada por JAKOBS. Para este autor, en el concurso de leyes existe un único delito pluralmente formulado, mientras que en los concursos

(3) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 11. En nuestro país, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 121 y s.

(4) Similarmente, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 718; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733.

(5) Vid., HIRSCHBERG, *ZStW* 53 (1934), p. 37; GEERDS, *Zur Lehre*, p. 156 y s.

(6) Vid., así, la apreciación crítica de PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 182 y s.

(7) En este sentido, SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 45; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 2; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 182.

de delitos existe propiamente una pluralidad de delitos[8]. Esta comprensión no impide hablar en el concurso de leyes, como lo hace un sector de la doctrina penal[9], de una unidad de leyes, pero debe reconocerse que solamente puede hablarse de una tal unidad en la medida que una ley asume el desvalor de las otras[10]. Si bien una parte de la doctrina diferencia en el concurso de leyes el concurso ideal aparente y el concurso real aparente, lo cierto es que ambas formas responden a la idea de la unidad de leyes. Por esta razón, resulta plenamente indiferente si se trata de una doble valoración de un hecho delictivo idéntico (concurso real aparente) o de acciones parcialmente idénticas (concurso ideal aparente)[11].

1. Fundamento dogmático

En la doctrina penal existen diversos intentos por encontrar el fundamento del concurso de leyes y establecer, en este sentido, sus consecuencias dogmáticas. Unos consideran que se trata de una cuestión de culpabilidad que permite precisar si un tipo penal formalmente aplicable también lo es materialmente[12]. Otros se centran en el contenido del injusto que el tipo penal desplazante agota[13]. Una comprensión intermedia defienden los que consideran que en el concurso de leyes tanto el contenido del injusto, como la culpabilidad, se encuentran comprometidos[14]. Fuera del ámbito de la imputación

---

(8) Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 33, n.m. 11, 38. Sigue este planteamiento en España, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 184 y s.

(9) Vid., VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 715; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 421; SEIER, *Jura* 1983, p. 226; MITSCH, *JuS* 1993, p. 471.

(10) En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 185.

(11) Vid., SEIER, *Jura* 1983, p. 228; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 67. Sobre la discusión entre las teoría de la unidad y la diferenciación en el concurso aparente de delitos, vid., HIRSCHBERG, *ZStW* 53 (1934), p. 38 y s.; WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 165 y ss.

(12) Vid., así, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 229.

(13) Vid., GRAF ZU DOHNA, *ZStW* 61 (1942), p. 138.

(14) Vid., en este sentido, WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 201 y s.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 48; BORNEMANN, *Das Zusammentreffen*, p. 75.

del hecho y en un nivel más vinculado con las consecuencias jurídicas del delito, están los que manifiestan que lo que buscan las reglas del concurso de leyes es evitar una doble o múltiple valoración, en tanto solamente un tipo penal resulta necesario en estos casos para la determinación del delito[15]. En el mismo nivel de argumentación puede colocarse a los defensores de una fundamentación doble del concurso de leyes, en tanto consideran que el desplazamiento de los tipos penales también aplicables se debe a que el tipo penal desplazante cumple todos los fines jurídicamente relevantes o hace innecesario el fin perseguido por los tipos desplazados[16]. Finalmente, en una zona de transición se ubica el parecer de los que sostienen que el concurso de leyes constituye un instituto independiente de paso entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito[17]. Ante esta variedad del panorama doctrinal, resulta obligado que nos pronunciemos sobre el fundamento dogmático del concurso de leyes antes de entrar en sus particularidades y consecuencias.

Para poder determinar el fundamento dogmático del concurso de leyes se requiere partir de la idea de que la función del Derecho penal es restabilizar una expectativa normativa defraudada. Esta defraudación puede formularse por el Derecho penal de distintas maneras en función del mayor grado de abstracción[18], por lo que, dado el caso, no puede afirmarse la existencia de varias defraudaciones, sino de la misma defraudación. Ya que una restabilización plena requiere atender a la formulación más específica de la defraudación, deben ofrecerse un conjunto de criterios que ayuden a

---

(15) Vid., WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 211 y s.; VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 721; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 12; PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 313 y ss.; LA MISMA, *NK* preliminares al § 52, n.m. 7. Anteriormente KÖHLER, *Die Grenzlinien*, p. 60; HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 30, consideraron que el fundamento material del principio de especialidad se encontraba en el principio del "ne bis in idem".

(16) En este sentido, MITSCH, *JuS* 1993, p. 473.

(17) Vid., WARDA, *JuS* 1964, p. 81; SEIER, *Jura* 1983, p. 226.

(18) Resalta el aspecto de la mayor o menor concreción, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 11.

precisar cuál de las expectativas defraudadas resulta la más específica. Los principios jurídicos desarrollados por la doctrina penal para el concurso de leyes atienden justamente a esta determinación[19]. La problemática del concurso de leyes, sin embargo, no termina con ello, sino que requiere además precisar la medida de pena necesaria para la restabilización de la expectativa defraudada más específica. Las consecuencias jurídicas del concurso de leyes permiten alcanzar la medida de pena que posibilite también la especialización de la sanción.

2. Los criterios de vinculación en el concurso de leyes

Para precisar en el concurso de leyes cuál de los tipos penales resulta el preferente frente al resto de los que reclaman su aplicación, la doctrina penal ha desarrollado distintos principios jurídicos.

A. El principio de especialidad

Si bien con el principio de especialidad podría resolverse todos los supuestos de concurso de leyes, en la doctrina penal se suele limitar este principio a solucionar los casos de mayor o menor intensidad en la descripción típica[20]. En este sentido, el principio de especialidad establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido[21]. Esta mayor intensidad descriptiva se presenta en los siguientes casos:

---

(19) Por ello, no le falta razón a Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 31, n.m. 12 y ss., cuando sostiene que los principios del concurso de leyes podrían formularse de manera completa con la idea de la especialidad. Atiende también sólo al principio de especialidad, Puppe, *Idealkonkurrenz*, p. 355; La Misma, *NK* preliminares al § 52, n.m. 8 y ss., 22. Considera, más bien, que el principio fundamental es el de consunción, Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes*, p. 186.

(20) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 18.

(21) Vid., Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema N° 1052-97 de 31 de agosto de 1998 (Rojas Vargas, *Jurisprudencia penal*, I, p. 192 y ss.).

- El tipo penal *privilegiado* excluye la aplicación del tipo penal sobre el cual ha operado el privilegio[22]. Así, por ejemplo, el delito de obtención fraudulenta de crédito del artículo 247 del Código penal, sancionado con pena privativa de libertad de uno a cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, encuentra aplicación prioritaria sobre el tipo penal de estafa del artículo 196 del Código penal que establece una pena privativa de libertad de uno a seis años[23]. La razón de este trato privilegiado podría encontrarse en las mayores posibilidades de autoprotección de los bancos o instituciones financieras frente a los particulares[24].
- Los tipos penales agravados y los compuestos excluyen la aplicación del tipo penal básico o de los tipos penales simples respectivamente[25]. Ejemplo del primer caso sería el delito de venta ilícita de mercaderías del artículo 237 del Código penal frente a la aplicación del delito de apropiación ilícita del artículo 190 del Código penal. Los supuestos de delitos compuestos son usuales, más bien, en la criminalidad violenta como es el caso, por ejemplo, del delito de secuestro con finalidad de abuso del secuestrado tipificado en el artículo 152 inciso 1 del Código penal.
- Una aplicación preferente tienen los tipos penales que sancionan supuestos graves recurriendo a un delito[26]. Así está configurada,

---

(22) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 195, 198 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 19.

(23) En la misma línea, la Corte Suprema en la sentencia Exp. N° 1052-97 Lima de 31 de agosto de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 27 y s.], reconoce la aplicación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas sobre el delito de estafa en virtud del principio de especialidad.

(24) La exigencia de mayores deberes de autoprotección a los bancos frente al engaño, puede apreciarse en la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 1182-98 de 22 de junio de 1998 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 49 y s.].

(25) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 193, 195; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 733; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 20; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 6 y s.

(26) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 196; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 21.

por ejemplo, la circunstancia agravante del delito de contrabando del artículo 7 literal c de la Ley 26461, en el sentido de utilización de violencia o intimidación para evitar el descubrimiento del hecho o la incautación de los bienes.

Un supuesto problemático en la discusión penal tiene lugar cuando se presentan conjuntamente varios tipos penales derivados (atenuados o agravados) con sus propios marcos penales abstractos. En caso que sea posible establecer una relación general-especial, no habrá mayores problemas para aplicar el más específico[27]. Por el contrario, si se trata de tipos atenuados o agravados independientes, debería procederse a una acumulación de los mismos[28]. Un sector de la doctrina ha propuesto, en esta línea, considerar todos los delitos en una relación de concurso ideal[29]. Sin embargo, en el caso de tipos agravados debe reconocerse que solamente hay un concurso entre las agravantes, pero no respecto del tipo básico, por lo que un concurso de delitos llevaría consigo el peligro de una doble valoración[30]. La solución debe operar, por tanto, incluyendo todas las cualificaciones en el tipo penal básico con el mayor marco penal correspondiente[31]. En caso de concurso de un tipo agravado con otro atenuado, la solución tampoco puede ir por el concurso ideal[32], pues

---

(27) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 23; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 88, para los casos en los que el injusto delictivo de una cualificación es agotada por otra.

(28) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31 n.m. 19, nota 21, n.m. 24. Por el contrario, Montenbruck, *Strafrahmen*, p. 193 admite, en principio, un concurso de leyes.

(29) Vid., en concursos de tipos cualificados Geerds, *Zur Lehre*, p. 200; Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 722 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 422; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 17; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 88 y ss., diferenciadamente. En concurso de tipos cualificados y privilegiados, Höpfner, *Einheit*, p. 116; von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, T. 2, p. 523.

(30) Vid., García Alberó, *Non bis in idem*, p. 418.

(31) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 24.

(32) Así lo hace, Gracia Martín, *Delitos*, p. 144 y ss.

afectaría igualmente la prohibición de doble valoración a los elementos constitutivos del tipo básico[33]. Ante esta situación, habría que recurrir al principio de alternatividad, aplicando el delito agravado sin negar la posible influencia en la medición de la pena de los tipos penales privilegiados desplazados.

B. Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad se presenta cuando el recurso a un tipo penal (tipo de recogida) solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otros tipos penales normalmente con una pena mayor[34]. Esta relación de subsidiariedad puede estar prevista expresamente en las leyes penales[35] (por ejemplo, los artículos 286 y 287 del Código penal) o deducirse del contexto de sentido[36] (por ejemplo, los tipos penales de recogida como el delito de coacciones respecto del delito contra la libertad de los trabajadores o los llamados delitos de transición[37]). Si la conducta solamente puede subsumirse en el tipo penal subsidiario, un concurso de leyes no tendrá lugar en sentido estricto[38]. Solamente en caso que el tipo subsidiario no pueda ser aplicado debido a que el hecho puede castigarse con los tipos penales principales, se presenta una situación de concurso de leyes que se resuelve a favor de estos tipos penales.

---

(33) Vid., así, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 379 y s.

(34) Vid., así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 734; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 13; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 99.

(35) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 180 y ss.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 50; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 423; SEIER, *Jura* 1983, p. 228; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 734; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 134.

(36) Vid. GEERDS, *Zur Lehre*, p. 183 y ss.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 51; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 423; SEIER, *Jura* 1983, p. 229; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 734; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 24; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 101; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 134.

(37) Vid., RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 103.

(38) Vid., así, en general, VOGLER, *FS-Bockelmann*, p. 726.

La relación de subsidiariedad no se manifiesta únicamente en los tipos penales de la parte especial, sino que puede tener lugar también respecto de las diversas modalidades o formas de responsabilidad penal en general. En este sentido, se ha afirmado la subsidiariedad en cuanto al grado de realización, participación y lesión en el hecho delictivo. Veamos estos aspectos de manera más específica:

- La responsabilidad penal por un delito consumado resulta preferente a la responsabilidad por tentativa del mismo delito y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por actos preparatorios en caso de encontrarse penalmente sancionados[39]. La relación de subsidiariedad decae, sin embargo, si las fases previas contienen aspectos que el hecho consumado no abarca. En estos casos, deberá procederse a aplicar las reglas del concurso de delitos[40].
- La responsabilidad penal por autoría se muestra preferente a la responsabilidad por cooperación necesaria en el mismo hecho y ésta, a su vez, preferente frente a la responsabilidad por complicidad simple[41]. Por su parte, la instigación resulta preferente frente a la cooperación necesaria y la complicidad simple, pero subsidiaria frente a la autoría[42].

---

(39) Vid., en este sentido, Geerds, *Zur Lehre*, p. 184 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 423; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 31, n.m. 26; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 15; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 735; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 104; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 134.

(40) Vid., en este sentido, Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 726 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 27.

(41) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 188 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 425; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 28; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 735; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 109; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 134.

(42) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 189 y s.; Geppert, *Jura* 1982, p. 425; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 735.

- La responsabilidad penal por la lesión de un objeto valorado positivamente resulta preferente a la puesta en peligro de este objeto en concreto[43]. No obstante, si el tipo penal de peligro protege algo más que el objeto lesionado, una relación de subsidiariedad no podrá ser afirmada[44]. En este sentido, los delitos de peligrosidad o peligro abstracto que no estén referidos a la lesión de objetos específicos, no pueden ser subsidiarios frente a un delito de lesión concreta, sino que darán lugar a una situación de concurso ideal de delitos[45]. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el tipo penal básico de responsabilidad por el producto y los delitos de homicidio y lesiones[46].

C. Principio de consunción

El principio de consunción permite considerar dentro de la pena prevista para un delito determinado también la pena que le correspondería a los hechos previos (delito previo)[47], concomitantes

---

(43) Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 424; SEIER, *Jura* 1983, p. 229; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 17; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 102; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 237 y s.

(44) Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 29; ; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735.

(45) Vid., en este sentido, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 213; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 29; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 49; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 102; CARO CORIA, *RPCP* 9, p. 219. Un parecer más extensivo de la solución del concurso de leyes, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.

(46) Vid., en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP* 1989, p. 336, nota 21; GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad*, p. 105; MAQUEDA ABREU, *AP* 1994, p. 497; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, p. 363 y ss.; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 304; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 238, en referencia al famoso caso del aceite de colza en España.

(47) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 211 y ss., quien diferencia estos supuestos de los casos subsidiariedad (consumación, tentativa y actos preparatorios) mediante el criterio de la apreciación de las circunstancias concretas en los casos de

(delito acompañante)[48] o posteriores (delito posterior)[49] a la realización del tipo penal correspondiente. No obstante, si el hecho previo, acompañante o posterior desborda lo necesario para cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos[50]. Hay que tener presente que la consunción no resuelve el concurso de leyes con base en la mayor penalidad del delito más grave, sino mediante el criterio de inclusión de un delito en otro[51]. Si el delito que consume a otro prescribe una pena menor, estaremos igualmente ante un supuesto de consunción que se asemeja a las circunstancias atenuantes del principio de especialidad[52]. Una consunción similar a la atenuación se presenta,

---

consunción. Conforme a esta comprensión, existen hechos prohibidos previos al hecho principal que no necesariamente se configuran como fase previa de un delito y que se encuentran consumidos por el hecho posterior. Así, el funcionario bancario que realiza operaciones sobre activos que con anterioridad se le mostraron como de procedencia ilícita, no debe responder en concurso de delitos por omisión de denuncia del artículo 407 del Código penal, sino que este delito previo se encuentra consumido por el delito de lavado de activos. Considera el hecho previo copenado en concurso ideal con el hecho principal, Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 41.

(48) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 216 y ss.; Geppert, *Jura* 1982, p. 425; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 30; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 737; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 10; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 117 y ss.

(49) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 205 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 736; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 137. Abordan el supuesto de delito posterior fuera del principio de consunción, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 34 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 18. Por su parte, Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 735, señala que la ausencia de pena para el hecho posterior se debe a consideraciones de merecimiento y necesidad de pena (pretensión penal). Un concurso ideal entre el hecho posterior y el hecho principal sostiene Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 33.

(50) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 207; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 30, 35; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 736 y s.; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 119.

(51) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 207.

(52) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 31. En el mismo sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 736; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 12.

por ejemplo, en el delito de falsos informes sociales del artículo 198 inciso 2 del Código penal respecto del delito de falsificación de documento privado del artículo 427 del Código penal. Debido a la relación de consunción, solamente se podrá sancionar por el delito de falsos informes sociales, aunque el delito de falsificación de documentos contenga un marco penal mínimo más grave y además una pena de multa. La consunción puede incluso liberar de responsabilidad por un hecho acompañante punible respecto de un hecho liberado de pena[53], como sería el caso, por ejemplo, del delito de falsificación de documento o el delito de encubrimiento real cometido por un partícipe en el delito de defraudación tributaria que se somete luego a los beneficios de exclusión de pena del D. Leg. 815[54].

En contra de la opinión dominante que considera la relación del delito doloso y culposo fuera del principio de consunción[55], somos del parecer que el concurso de leyes respecto de la realización dolosa o culposa de un mismo delito debe resolverse también en este lugar. En la medida que el delito doloso implica la imputación de un conocimiento mayor del hecho delictivo, resulta lógico que el conocimiento menor de la culpa se encuentre consumido en el conocimiento que fundamenta la imputación subjetiva a título de dolo. La

---

(53) Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 736; JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 31, n.m. 33, quien, sin embargo, en el caso del delito posterior niega la liberación de pena del hecho principal en caso de exclusión del injusto o culpabilidad (n.m. 37).

(54) En el Derecho penal alemán se discute en los delitos tributarios sobre la imposibilidad de sancionar como hecho posterior no penado las posteriores declaraciones falsas al fisco en relación con anteriores declaraciones omitidas ilegalmente cuya perseguibilidad se encuentra ya prescrita. Considera que este hecho anterior desplaza al hechos posterior, SCHNEIDER, C., *wistra* 2001, p. 408 y ss. Diferenciadamente con base en la "defraudación tributaria temporal" y "defraudación tributaria duradera", ROLLETSCHKE, *wistra* 2002, p. 332 y ss.

(55) Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 22, considera este supuestos dentro del principio de especialidad. Por su parte, STRATENWERTH, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 17; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 110, resuelven estos supuestos en el ámbito del principio de subsidiariedad.

realización culposa constituye un hecho acompañante de la realización dolosa y, por tanto, lo consume plenamente. Así, por ejemplo, la comisión dolosa del delito de producción o comercialización de productos peligrosos del artículo 288 del Código penal, por ejemplo, consumirá la realización culposa del mismo delito.

La misma relación de consunción tiene lugar en los llamados delitos cualificados por el resultado[56]. La situación de concurso en estos delitos puede tener lugar de dos maneras: por un lado, respecto del delito básico y, por el otro, respecto del tipo penal que sanciona directamente la producción del resultado más grave. En cuanto al primer supuesto, puede decirse que el delito cualificado por el resultado consume plenamente al delito básico, en la medida que el resultado del delito básico acompaña necesariamente al cualificante[57]. Los problemas interpretativos se presentan, más bien, respecto del concurso con los tipos penales que tipifican directamente la realización dolosa o culposa del resultado más grave. Para dar respuesta a esta cuestión debe hacerse una exposición diferenciada:

- En caso de un delito cualificado por el resultado que exige expresamente la producción culposa del resultado cualificante, no existen mayores inconvenientes. El tipo penal culposo que sanciona la realización directa del resultado más grave se encuentra consumido por el delito cualificado por el resultado[58]. Por su parte, el delito cualificado por el resultado será consumido por la realización dolosa directa del resultado más grave, a no ser que este delito doloso no abarque valorativamente el delito

---

(56) De otro parecer, Oehler, *ZStW* 69 (1957), p. 519, quien considera que se trata de un concurso de delitos, en la medida que el delito básico en los delitos cualificados por el resultado constituye además un delito de peligro frente al resultado cualificante. Consideran, por el contrario, los delitos cualificados por el resultado dentro del concurso de leyes, Geerds, *Zur Lehre*, p. 197; Hruschka, *GA* 1967, p. 42; Montenbruck, *Strafrahmen*, p. 206 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 25, aunque como una cuestión del principio de especialidad.

(57) Similarmente, Geerds, *Zur Lehre*, p. 197.

(58) En el mismo sentido, Hruschka, *GA* 1967, p. 48; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 22, aunque en el marco del principio de especialidad.

básico. En este último caso, tendrá lugar una situación de concurso de delitos[59].

- En caso que el delito cualificado por el resultado no exija expresamente la producción culposa del resultado cualificante, debe procederse a una interpretación teleológica de los tipos penales para precisar la imputación subjetiva del resultado cualificante[60]. Si la exigencia de una imputación dolosa del resultado cualificado lleva a una atenuación injustificada de la pena respecto del delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave, deberá exigirse, más bien, únicamente una imputación culposa respecto del resultado cualificante (combinación dolo-culpa). Si la imputación dolosa del resultado cualificante lleva justificadamente a una pena mayor que la del delito doloso que sanciona directamente la producción del resultado más grave, entonces la imputación subjetiva del resultado en el delito cualificado por el resultado deberá ser a título de dolo (combinación dolo-dolo)[61]. En estos casos, el delito doloso que sanciona la producción directa del resultado más grave resulta consumido por el delito cualificado por el resultado[62]. Un concurso de delitos solamente tendrá lugar en caso que el delito doloso no sea necesario o usual para la realización del delito cualificado por el resultado[63].

D. ¿Principio de alternatividad?

El principio de alternatividad ha sido considerado anteriormente por la doctrina penal como una forma de concurso de

---

(59) Señala, sin embargo, la posibilidad de una doble valoración en estos casos, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 25.

(60) Vid., así, HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 44; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

(61) Vid., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza*, p. 236.

(62) En el mismo sentido, HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 49, aunque referido al principio de especialidad.

(63) Vid., HRUSCHKA, *GA* 1967, p. 49.

leyes[64]. Para decidir si la alternatividad de los tipos penales configura efectivamente un concurso de leyes, debemos primeramente precisar cómo tiene lugar una relación de alternatividad. Si esta relación se presenta entre dos tipos penales cuando ambos se excluyen recíprocamente[65], no tiene sentido hablar de un concurso de leyes, ya que una unidad de leyes solamente existe si los tipos penales se cubren siquiera parcialmente[66]. Un concurso de leyes se reconoce, por el contrario, cuando la relación de alternatividad se entiende como la concurrencia de dos tipos penales de igual rango[67]. Para solucionar este concurso de leyes equivalentes la doctrina penal recurre por lo general al criterio de la mayor penalidad[68]. No obstante, antes de establecer el criterio de solución es necesario hacer una exposición diferenciada de los supuestos de alternatividad.

La alternatividad puede presentarse de dos formas: como relación de identidad o como relación de interferencia[69]. En caso de alternatividad como relación de identidad, no existe concurrencia de leyes. Si se considera que la ley posterior es sólo una repetición de una ley anterior, se le atribuirá no más que un carácter declarativo y se sancionará el hecho con la ley anterior[70]. Si, por el contrario, se le atribuye a la ley posterior un carácter autónomo, se aplicará el principio de que la ley posterior deroga a la anterior y, por tanto, se

---

(64) Vid., el planteamiento original de Binding, *Handbuch*, p. 224. Para supuestos de concurso real aparente Honig, *Straflose Vor- und Nachtat*, p. 96 y ss.; Hirschberg, *ZStW* 53 (1934), p. 48.

(65) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 12, nota 13; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 69.

(66) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 734. No obstante, Puppe, *Idealkonkurrenz*, p. 344; La Misma, *NK* preliminares al § 52, n.m. 50, señala que cabe tratar este problema en las reglas del concurso para evitar una doble valoración.

(67) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 224; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 52.

(68) Vid., así, la referencia de Geerds, *Zur Lehre*, p. 225; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 52; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 129; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

(69) Vid., así, García Alberó, *Non bis in idem*, p. 403.

(70) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 12, nota 13.

sancionará el hecho con la segunda ley[71]. Por el contrario, cuando la alternatividad se presenta como interferencia entre tipos, hay que discutir si lo que existe es un concurso ideal de delitos o realmente un concurso de leyes. Si se trata de tipos penales que no se sustentan en bienes jurídicos distintos, no podrá hablarse de un concurso de delitos. Por eso, si, por ejemplo, los tipos penales que concurren constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico, solamente podrá hablarse de un concurso de leyes. El legislador no ha previsto un tipo intermedio, por lo que habrá que elegir uno solo de ellos. Como la elección del tipo no se puede resolver por especialidad, consunción o subsidiariedad, no quedará más remedio que elegir alternativamente un tipo penal. A diferencia del Código penal español, nuestro Código penal no ha establecido un criterio para elegir uno de los tipos penales. La necesidad de que el legislador ofrezca al juez un mayor marco penal para individualizar la pena, aconsejaría seguir la regla del delito con la pena más grave.

3. Consecuencias jurídicas del concurso de leyes

En nuestro Código penal no existe una regulación expresa de los supuestos de concurso de leyes, de manera que se tiene que recurrir a la doctrina para resolver esta cuestión[72]. Si bien las consecuencias jurídicas del concurso de leyes no se encuentran establecidas legalmente, se ha señalado que constituyen simplemente una cuestión de interpretación que concluye con la aplicación exclusiva del tipo penal que desplaza a los otros[73]. Esta afirmación no pre-

---

(71) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 12, nota 13; GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 406.

(72) Una regulación específica de la relación de concurso entre las leyes no tendría sentido debido a las inabarcables posibilidades de vinculación entre las leyes (JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 732) e incluso una regulación general de las consecuencias del concurso de leyes se tiene por innecesaria, pues solamente se aplica una ley (BORNEMANN, *Das Zussamentreffen*, p. 42). Lamenta la ausencia de regulación expresa, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 421.

(73) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 230; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 426; SEIER, *Jura* 1983, p. 232; WARDA, *JuS* 1964, p. 92; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20.

sentaría mayores problemas si el marco de pena del tipo penal desplazante se mantuviese intacto (absorción plena)[74] y solamente pudiese castigarse en virtud de este tipo penal. No obstante, la doctrina penal se inclina cada vez más a admitir excepciones a este punto de partida con base en el llamado efecto oclusivo de la ley penal más benigna o más grave[75]. Así, se reconoce, por un lado, que el marco penal del tipo penal desplazante puede sufrir alguna modificación en supuestos especiales[76], mientras que, por el otro, no se niega la posibilidad de recurrir a un tipo penal desplazado si no resulta posible aplicar el tipo penal desplazante[77]. En lo que sigue nos ocuparemos de precisar si estas excepciones se encuentran realmente justificadas.

A. La modificación de las consecuencias jurídicas del tipo penal desplazante

El parecer doctrinal predominante se inclina a aceptar la modificación del marco penal del tipo penal desplazante en ciertos supuestos concretos[78]. En primer lugar, se presenta el caso en el que el tipo penal desplazante es un tipo penal privilegiado, pero el tipo penal desplazado permite consecuencias jurídicas más leves (marco penal mínimo menor, por ejemplo). La finalidad del legislador de tratar más benignamente estos supuestos aconseja que se modifi-

---

(74) Vid., así, Bär, *Die Subsidiarität*, p. 22; Mezger, *Strafrecht*, AT, 6. Aufl., p. 253.

(75) Vid., Geppert, *Jura* 1982, p. 426; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 25, 59, quien llama a estos supuestos "concurso de leyes impropio" (principio de subsidiariedad y consunción).

(76) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 737; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 70.

(77) Vid., Seier, *Jura* 1983, p. 232; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 31, n.m. 41; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 71; Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes*, p. 59 y ss.

(78) Vid., así, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 53; Warda, *JuS* 1964, p. 92; Dünnebier, *GA* 1954, p. 273 y s.; Montenbruck, *Strafrahmen*, p. 170; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 737; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 39, n.m. 39; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20; Seiler, D., *Die Sperrwirkung*, p. 97 y ss. Críticamente, Geerds, *Zur Lehre*, p. 231; Puppe, *Idealkonkurrenz*, p. 355 y ss.

que el marco penal del tipo penal desplazante hasta el mínimo establecido por el tipo penal desplazado[79]. Una infracción del principio de legalidad (determinación de la pena) no puede atribuirse a este proceder, en la medida que no perjudica al autor, sino que, más bien, le favorece.

El cuestionamiento a la modificación del marco penal se produce en el segundo supuesto reconocido por la doctrina penal. Este supuesto tiene lugar cuando el tipo penal desplazante constituye un tipo penal agravado, pero el tipo penal desplazado permite consecuencias penales más graves (marco penal mínimo mayor, penas accesorias). En estos casos debe procederse a modificar el marco penal del tipo penal desplazante hasta alcanzar el establecido por el tipo penal desplazado, pues, de lo contrario, se pondría de alguna manera al autor que comete el delito más grave en mejor posición que el que realiza el delito más leve[80]. Si bien podría argumentarse que esta manera de configurar el marco penal atentaría contra el principio de legalidad, cabe negar este cuestionamiento en la medida que se cumple solamente con una especialización realizada por el legislador. Esta especialización no debe reducirse a los presupuestos de las consecuencias jurídicas, sino que debe tener lugar también en las propias consecuencias jurídicas[81].

B. La recuperación de la aplicabilidad de los tipos penales desplazados

Un tipo penal desplazado conforme a las reglas del concurso de leyes puede volver a tenerse en cuenta en caso que no resulte posible aplicar el tipo penal desplazante por razones materiales o procesales. Para determinar si este proceder es legítimo o no, debe atenderse al

(79) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 39; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, p. 56.

(80) Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 20. En el mismo sentido, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 426; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 39; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 738.

(81) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 39.

fundamento del concurso de leyes. Si la solución del concurso de leyes se basa en la idea de que solamente respecto de un tipo penal existe una legitimación de pena[82], tendrá que negarse la posibilidad de volver a recurrir a los tipos penales desplazados[83]. Si se considera, por el contrario, que todos los tipos penales han sido lesionados, pero la necesidad punitiva requiere solamente aplicar el tipo penal desplazante[84], la imposibilidad de sancionar con base en el tipo penal desplazante no impide el recurso a los tipos penales desplazados. Por nuestra parte, consideramos que la segunda interpretación del concurso de leyes parece ser la más correcta, en tanto la restabilización de la expectativa defraudada se realiza solamente con el recurso a un tipo penal. En este sentido, si por razones materiales o procesales el tipo penal desplazante no puede ser utilizado, podrá recurrirse a los otros tipos penales desplazados en caso de mantenerse una situación de conflicto[85]. Por el contrario, si la inaplicación del tipo penal desplazante se debe a la ausencia de necesidad de restabilización, los tipos penales desplazados no tendrán fundamento para recuperar su aplicabilidad.

> Ejemplo: Si el delito de uso fraudulento de procedimiento concursal del artículo 211 del Código penal no se castiga por ausencia de denuncia de parte (artículo 213 del Código penal), el delito de fraude procesal del artículo 416 adquiere aplicación. Por el contrario, el cuenta correntista que gira un cheque sin fondos, pero que paga dentro del tercer día del requerimiento de pago, no necesita ser sancionado

(82) Vid., así, Geerds, *Zur Lehre*, p. 155.

(83) Considera, sin embargo, que desde este punto de partida también puede fundamentarse el recurso a tipos penales desplazados, Bornemann, *Das Zusammentreffen*, p. 45 y ss.

(84) Vid., así, Warda, *JuS* 1964, p. 89; Vogler, *FS-Bockelmann*, p. 719 y s.

(85) Vid., Geppert, *Jura* 1982, p. 426 y s.; Seier, *Jura* 1983, p. 236; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 31, n.m. 41; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 737; Mitsch, *JuS* 1993, p. 475; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 71. Como un grupo de casos del llamado efecto oclusivo, Seiler, *Die Sperrwirkung*, p. 131 y ss. Como supuestos de concurso ideal (hecho posterior y hecho previo copenados), Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 33 y ss.

penalmente por delito de estafa, pues el conflicto se soluciona completamente mediante la reparación del daño que contempla el artículo 215 del Código penal.

III. EL CONCURSO DE DELITOS

A diferencia del concurso de leyes, en donde concurren solamente formulaciones legales, en el concurso de delitos concurren las leyes penales mismas(86). Para poder ordenar los supuestos de concurso de delitos, la doctrina penal los diferencia en función de si tiene lugar una unidad de hecho o una pluralidad de hechos(87). Esta afirmación requiere, sin embargo, resolver primeramente la cuestión, muy discutida por cierto en los escritos especializados, de cuándo se puede afirmar una unidad de acción. Un punto de partida común en las distintas propuestas de determinación de la unidad de acción es dejar en claro que la unidad de acción no se identifica con el concepto de acción desarrollado en la teoría del delito(88), ya que no se trata de definir la acción como tal, sino de encontrar una perspectiva de análisis que permita afirmar una unidad de sentido(89). Por esta razón, las distintas propuestas de interpretación se esfuerzan por precisar el punto de vista utilizado para determinar la unidad de acción. En disputa se encuentran concretamente el llamado concepto natural de acción y el llamado concepto jurídico de acción(90).

---

(86) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 256; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 1.

(87) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 709 y s., con referencias históricas. Por su parte, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 257, prefiere utilizar la distinción unidad de aplicación de pena y pluralidad de aplicación de pena.

(88) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 254 y s.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 2; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 710; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 7. De opinión distinta, SOWADA, *Jura* 1995, p. 246. Por su parte, PUPPE, *NK* § 52, n.m. 42, señala que el concepto de acción tiene distintas funciones.

(89) En este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 710.

(90) Debe señalarse, sin embargo, que la doctrina penal dominante considera que la unidad de acción se determina en un doble sentido, en un sentido natural y en uno jurídico [vid., sólo, SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 46]. No obstante, consi-

La llamada unidad natural de acción apunta a encontrar criterios previos al Derecho (penal) que permitan afirmar la unidad de acción, lo que significa que ubica la perspectiva de análisis fuera del Derecho (penal). Dentro de esta línea de interpretación pueden incluirse los que buscan alcanzar esta unidad a partir de ciertos datos antropológicos(91), el plan del autor(92) o una perspectiva puramente sociológica(93). Sin entrar en las particularidades de los criterios mencionados, puede decirse que se les cuestiona mucho en la actualidad sobre todo por la indeterminación de sus contornos(94). No obstante, cabe señalar que la crítica de una indeterminación conceptual puede hacerse a cualquier comprensión valorativa que no precise suficientemente sus puntos de partida. Por esta razón, consideramos que el punto débil de la unidad natural de acción se encuentra, más bien, en la perspectiva de análisis asumida(95). Ya que una perspectiva

---

deramos que al final de cuentas se asume o un concepto ajeno al Derecho o un concepto propiamente jurídico.

(91) Vid., Bünger, *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss., a partir del actuar (acto de voluntad) y la vinculación de este actuar con un resultado; Mayer, H., *Strafrecht*, AT, p. 407, a partir de la decisión de voluntad; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19. Destaca la interpretación doctrinal que afirma la unidad de acción con base en la unidad de voluntad, Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 12 y s.

(92) Vid., así, Schlosky, *ZStW* 61 (1942), p. 257. En el mismo sentido apuntaba también una interpretación jurisprudencial del RG alemán; vid., la referencia, Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 68 y s.

(93) Vid., Hellmer, *GA* 1956, p. 68. En la misma línea se encuentra la jurisprudencia del RG alemán al afirmar que en determinados casos puede afirmarse una unidad natural de determinados actos del autor por medio del contexto social. Vid., sobre este parecer jurisprudencial, Geerds, *Zur Lehre*, p. 286 y ss.; Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 13; Sowada, *Jura* 1995, p. 246; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 9; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 10 y ss. Críticamente, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 37; Puppe, *NK* § 52, n.m. 32 y s.

(94) Vid., así, Honig, *Studien*, p. 11 y ss.; Mezger, *Strafrecht*, AT, p. 460; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 10.

(95) Critica en este sentido la pretendida neutralidad del observador en la unidad natural de acción, Kindhäuser, *JuS* 1985, p. 103.

ajena al Derecho no permite una adaptación del concepto a su contexto normativo[96], solamente una comprensión de la unidad de acción que utilice una perspectiva jurídica (más exactamente, jurídico-penal) resulta adecuada para resolver la problemática del concurso de delitos. Es por ello que nos inclinamos por una unidad jurídica de acción[97] y, concretamente, por una unidad determinada desde una perspectiva jurídico-penal[98]. Esta unidad de acción tiene lugar cuando existe una unidad subjetiva y una unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante[99]. Una identidad o parentesco del injusto entre los tipos penales no es necesario para afirmar la unidad de acción[100].

1. Concurso ideal de delitos

A. Concepto

Conforme al artículo 48 del Código penal existe concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones resultan aplicables al mismo hecho. Esta definición parte de la idea de la unidad de hecho. Como ya lo hemos adelantado, esta unidad de hecho no se determina con criterios naturales[101], sino con criterios jurídicos. En el concurso ideal de

---

(96) Así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT p. 711, señala que no existe unidades de acción prejurídicas a las que la perspectiva jurídica pueda recurrir sin más.

(97) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 253; KINDHÄUSER, *JuS* 1985, p. 105; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 6.

(98) Vid., HONIG, *Studien*, p. 21; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 21, n.m. 2366 y ss.

(99) Vid., con mayores detalles, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 7 y ss. Defienden un concepto de unidad típica de acción, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 711 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 2 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 21, n.m. 2366 y ss.

(100) Defiende, por el contrario, la unidad o parentesco del injusto, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, p. 296 y s.; LA MISMA, *NK* § 52, n.m. 48 y ss. Críticamente, ALTENHAIN, *ZStW* 107 (1995), p. 398 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 16, nota 18; SEIER, *Jura* 1983, p. 231; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 9.

(101) Afirma en estos casos una unidad natural de hecho, SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 47; SOWADA, *Jura* 1995, p. 246.

delitos la misma conducta penalmente relevante realiza varios tipos penales. Estos tipos penales pueden ser de la misma o de distinta naturaleza, lo que permite diferenciar los casos de concurso ideal de delitos homogéneo (infracciones a la misma ley penal) de los casos de concurso ideal de delitos heterogéneo (infracciones a distintas leyes penales)[102].

Un aspecto necesitado de aclaración en el concurso ideal de delitos constituye la relación que se presenta entre la acción y el delito. Un parecer defendido por la doctrina penal alemana, ciertamente dejado ya de lado, afirmaba que, al igual que en el concurso real, también en los casos de concurso ideal de delitos se presenta una pluralidad de acciones y de delitos[103]. El único aspecto particular se encontraba en la simultaneidad de las acciones que producían el resultado típico[104]. Como puede desprenderse fácilmente de lo antes expuesto, esta teoría no parece ser de recibo en el actual contexto dogmático, pues en el concurso ideal de delitos se parte de una unidad de acción. La principal razón de su rechazo se encuentra en la comprensión puramente conceptual de la acción (cada tipificación es una acción), lo cual difícilmente resulta compatible con la regulación legal del concurso ideal de delitos[105]. Por esta razón, la discusión dogmática actual parte, más bien, de una unidad de acción. Así, la llamada teoría de la unidad sostiene que cada delito constituye necesariamente un acción[106], lo cual lleva a los defensores de esta teoría a admitir un solo delito combinado en los casos en los que una acción realice varios tipos penales (unidad de delito)[107].

---

(102) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 718; Stratenwerth, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 35; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 1.

(103) Binding, *Handbuch*, I, p. 564 y ss.; Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1, p. 672 y ss.; von Buri, *Einheit*, p. 1 y ss.; John, *Die Lehre*, p. 2 y ss.

(104) Vid., así, von Buri, *Einheit*, p. 10 y s.

(105) Vid., en este sentido, Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62.

(106) Vid., von Liszt, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, p. 248; Höpfner, *Einheit*, I, p. 159 y ss.; Baumgarten, *FS-Frank*, II, p. 189; Montenbruck, *Strafrahmen*, p. 148.

(107) Vid., así la exposición de Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 62 y s.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 13, con apreciaciones críticas.

Frente a esta teoría se opone la llamada teoría de la pluralidad, la cual señala que una acción puede dar lugar perfectamente a varios delitos[108]. Esta comprensión parte de la idea de que una acción puede ser apreciada jurídicamente desde distintas perspectivas y dar lugar, por ello, a consecuencias jurídicas distintas. Por nuestra parte, consideramos que el concurso ideal de delitos se ajusta como regla general a la teoría de la pluralidad. Una teoría de la unidad sólo puede resultar relevante en determinados supuestos especiales de concurso de delitos (vid., *infra*, III, 3 A).

B. Formas de manifestación de concurso ideal de delitos

a. Identidad completa

La doctrina penal reconoce como una forma de manifestación del concurso ideal de delitos la llamada identidad completa, en la que los diversos tipos penales concurren plenamente en la misma acción[109]. Hay que precisar, sin embargo, que nunca puede hablarse de una plena identidad de las acciones típicas, sino solamente de la identidad de la acción mediante una apreciación más general[110]. Así, el que vende fraudulentamente bienes que ha recibido para su distribución gratuita, realiza al mismo tiempo el delito de venta ilegal de mercancías del artículo 237 y el delito de venta fraudulenta de bienes del artículo 239 del Código penal. Una identidad en el nivel de la descripción típica no puede tener lugar, pues una acción es vender bienes recibidos para su distribución gratuita y la otra es vender bienes en calidad o cantidad distintas a lo consignado. No obstante, puede afirmarse una identidad de la acción en un nivel más abstracto, es decir, como venta de bienes.

---

(108) Vid., en este sentido, COENDERS, *Über die Idealkonkurrenz*, p. 12 y s.; HABERMAAS, *Die ideale Konkurrenz*, p. 16; HONIG, *Studien*, p. 3 y ss.; GEERDS, *Zur Lehre*, p. 326, aunque reconoce que la discusión es más terminológica que real; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 32, n.m. 15.

(109) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 276; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 47; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 18.

(110) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 5.

b. Identidad parcial

Para afirmar un concurso ideal de delitos basta que exista una identidad parcial de las acciones típicas[111]. A estos supuestos se les conoce como de identidad parcial, plateándose la discusión respecto de la determinación de los límites para una identidad parcial. En cuanto a esta cuestión, cabe seguir a la doctrina alemana mayoritaria que entiende que una identidad parcial puede darse hasta la fase de agotamiento de un delito[112], siempre y cuando se trate de conductas de aseguramiento del ataque sobre un bien[113]. En este sentido, puede hablarse de una identidad parcial de las conductas típicas si un empresario utiliza la cantidad de dinero recibido como crédito promocional para adquirir bienes personales en lugar de insumos para la empresa y oculta esta situación con una falsificación de documentos de compra. Un delito de desvío fraudulento de crédito promocional del artículo 251 concurrirá con el delito de falsificación de documentos del artículo 427 del Código penal.

c. Identidad por vinculación (Verklammerung)

Si puede hablarse de un concurso ideal de delitos en caso de dos acciones independientes que se vinculan mediante una tercera acción, resulta muy discutido en la doctrina[114]. Un ejemplo típico de este supuesto es el delito de ejercicio ilegal de la profesión del artículo 363 del Código penal que vincularía los delitos de falsifica-

---

(111) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 277; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 47; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 720; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 5; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 31; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 19.

(112) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 279; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 31; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 20.

(113) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 7.

(114) Admiten esta posibilidad, Warda, *JuS* 1964, p. 88; Geppert, *Jura* 1982, p. 370; Geerds, *Zur Lehre*, p. 280 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 721; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 29. Críticamente, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 48; Wahle, *GA* 1968, p. 97 y ss.; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 11; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33 y s.

ción de documento (título profesional) y los distintos delitos de estafa sobre los clientes[115]. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado a favor de considerar en estos casos una unidad de acción y aplicar, por tanto, las reglas del concurso ideal de delitos[116]. No obstante, la propia jurisprudencia alemana ha pretendido limitar los posibles efectos ilógicos que podría traer esta solución, sobre todo cuando a un delito vinculado le tendría que corresponder una pena mayor que la del delito vinculante[117]. La doctrina penal centra su crítica a este efecto de vinculación en este beneficio infundado y aboga, por ello, a favor de un concurso real de delitos[118]. Un sector minoritario de la doctrina penal defiende incluso una generalización de esta solución, en tanto señala que en ningún caso los delitos vinculados concurren idealmente[119]. Por nuestra parte, consideramos que en este supuesto se presenta conjuntamente un concurso real (de los delitos vinculados) y un concurso ideal (del delito vinculante con cada uno de los delitos vinculados). Por esta razón, sólo puede seguirse el siguiente procedimiento para precisar la pena: a) en primer lugar, debe determinarse, siguiendo la regla del concurso real de delitos, la pena por los delitos vinculados; b) en segundo lugar, debe colocarse la pena resultante de a) en concurso ideal con el marco penal del delito vinculante.

---

(115) Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33.

(116) Vid., la referencia, WAHLE, *GA* 1968, p. 98 y ss.; HOLTZ, *MDR* 1985, p. 627 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 721; STRATENWERTH, *Strafrecht* AT § 18, n.m. 33.

(117) Vid., la referencia, WAHLE, *GA* 1968, pp. 100, 101 y s.; GEERDS, *Zur Lehre*, p. 281; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 721; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 11, nota 14; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 57 y s.

(118) Vid., así, WARDA, *JuS* 1964, p. 88; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 721.

(119) Vid., así, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 34; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 12, quien señala además la posibilidad de incluir las reglas de concurso ideal en la pena determinada conforme a las reglas de concurso real. En esta línea, aunque admite la posibilidad muy excepcional de una identidad en el injusto y la culpabilidad, BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 58 y s.

C. Consecuencias jurídicas

El artículo 48 del Código penal señala que en caso de concurso ideal de delitos se aplica el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda excederse de treinta y cinco años. Si bien el tenor actual del artículo 48 del Código penal no hace referencia a la posibilidad de aplicar las penas accesorias y medidas de seguridad de los tipos penales absorbidos como sí lo hacía la regulación anterior, puede concluirse que esta posibilidad de aplicación se mantiene intacta, pues se corresponde con el sentido propio del concurso de delitos. Por consiguiente, puede decirse que en nuestro sistema penal el concurso de consecuencias jurídicas se soluciona mediante el principio de asperación de las penas y una combinación de consecuencias jurídicas del delito.

a. La asperación del marco penal

Hasta hace poco nuestro sistema penal asumía en el concurso ideal de delitos el principio de absorción del marco penal[120]. No obstante, la reforma operada en el Código penal con la finalidad de reprimir con mayor severidad la criminalidad violenta, ha sustituido el principio de absorción por el principio de asperación[121]. Conforme a este último principio, la pena se determina a partir de la pena del delito más grave con la posibilidad de incrementarla en casos en los que la gravedad del hecho lo amerite. En este sentido, el primer paso estará constituido por la determinación de la pena más grave, para lo cual deben observarse también las circunstancias

---

[120] Como en el Derecho penal alemán, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1. Sobre el principio de absorción, vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 329; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 54; Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 21, n.m. 2393.

[121] En el Derecho penal alemán, la posibilidad de una pena global por encima del delito más grave se encuentra expresamente contemplada para el caso del concurso real de delitos. Vid., con mayor detalle, Geppert, *Jura* 1982, p. 419; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 13 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 728 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 46 y ss.; Puppe, *NK* § 53, n.m. 1.

agravantes y atenuantes[122]. La determinación del tipo penal con marco penal más grave debe hacerse entre los tipos penales que pueden aplicarse material y procesalmente[123]. Si los tipos penales cuentan con un marco penal igual de grave, deberá optarse por el marco del delito que concretamente ha sido más grave[124]. La absorción que realiza el marco penal más grave no impide, sin embargo, que los delitos absorbidos sean considerados en la individualización de la pena[125]. Una vez establecido la pena más grave, el juez penal podrá incrementar esta pena hasta en un cuarto, sin poder exceder en ningún caso los treinta y cinco años. Es un tema abierto a la discusión doctrinal y a los desarrollos jurisprudenciales determinar los criterios para poder incrementar la pena por encima del máximo previsto para el delito más grave.

b. El principio de combinación

En cuanto al principio de combinación en el concurso ideal de delitos, debe señalarse que éste se manifiesta de dos maneras. Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo más grave[126]. Por otra parte, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave[127]. En este sentido, el espectro

---

(122) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 329; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 2; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 38; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 46.

(123) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 3; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 48.

(124) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1.

(125) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 72.

(126) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 331 y s.; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 44.

(127) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 332; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 54; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1; PUPPE, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

de consecuencias jurídicas no se reduce al establecido por el tipo penal absorbente, sino que incluye aspectos de los otros tipos penales.

2. Concurso real de delitos

En el concurso real de delitos se presenta, a diferencia del concurso ideal, una pluralidad de acciones[128]. En este sentido, se trata de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio de tiempo[129]. Por ello, no le falta algo de razón a los que afirman que el concurso de delitos establece reglas de carácter procesal, pues regula la posibilidad de un juicio conjunto sobre una pluralidad de acciones punibles[130]. Cada delito concurre en el proceso con su pena individual[131]. Los delitos económicos pueden concurrir realmente con otros delitos económicos o con delitos no económicos, pues el criterio de vinculación procesal de estos delitos es solamente el factor tiempo.

Hasta hace poco nuestra regulación penal del artículo 50 del Código penal, no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que debía aplicarse la pena del delito más grave[132]. Incluso ni siquiera se contemplaba la posibilidad de

---

(128) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 334; Geppert, *Jura* 1982, p. 418 y s.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 43; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 5; Frister, *NK* § 53, n.m. 13.

(129) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 33, n.m. 13; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 726. Como lo precisan Geerds, *Zur Lehre*, p. 335; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 44, solamente deben concurrir los delitos que aún puedan sancionarse material y procesalmente.

(130) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 726 y s.; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 8.

(131) Vid., Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 56; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 33, n.m. 13.

(132) El fundamento para el abandono de la acumulación de penas se encuentra muy discutido. Algunos recurren al argumento de que el padecimiento de la pena no aumenta lineal, sino progresivamente (así la antigua jurisprudencia alemana, vid., la referencia, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 14; Frister, *NK* § 53, n.m. 3). A este argumento se le ha reprochado basarse en una especulación hasta ahora no comprobada. Otros afirman que una acumulación de penas

una penal global que permitiese aumentar la pena individual que le correspondía al delito más grave (principio de asperación)[133], por lo que la doctrina penal se mostró poco de acuerdo con esta solución del concurso de delitos[134]. Las cosas han cambiado radicalmente con la última reforma al Código penal. Conforme a la actual redacción del artículo 50 del Código penal, las penas se acumulan en caso de concurso real de delitos, teniendo esta acumulación un doble límite: el doble de la pena más grave y los treinta y cinco años. Se ha pasado así de un sistema de absorción o, en el mejor de los casos de asperación, a un sistema de acumulación de penas.

En cuanto a la aplicación del principio de combinación de las consecuencias jurídicas del delito, la regulación anterior del artículo 50 del Código penal admitía, al igual que para el concurso ideal de

---

hace que la pena privativa de libertad pierda precisamente su carácter temporal (MONTENBRUCK, *JZ* 1988, p. 332), lo cual ofrecería en cualquier caso un fundamentación que no se haría extensiva a las penas que no son privativas de libertad. La renuncia a la acumulación ha intentado fundamentarse también en una reducción de la culpabilidad que se produce paulatinamente en cada delito mientras no sea condenado (SCHOREIT, *FS-Rebmann*, p. 453 y ss.). Esta fundamentación deja muy difusa la idea de culpabilidad y parecería llevar a una comprensión psicológica del poder querer actuar distinto (así FRISTER, *NK* § 53, n.m. 5). En un factor ajeno a la dogmática penal quieren fundamentar la renuncia a la acumulación, aquéllos que sostienen que el juzgador tiene una visión reducida del injusto cometido (ver en perspectiva), lo que favorece al autor [BOHNERT, *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.], pero precisamente su punto débil se encuentra en otorgar relevancia normativa a un dato empírico. Por nuestra parte, consideramos que la renuncia a la acumulación se encuentra en la función de restabilización de la pena, la cual no necesita sumar todas las penas individuales para llevarse a cabo. El sentido comunicativo de la pena puede llevarse a cabo con una pena individual o global (vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 14; FRISTER, *NK* § 53, n.m. 9).

(133) Aunque distinto era el parecer señalado por la Corte Suprema en la sentencia Exp. 2041-99 Lima de 12 de julio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 295 y s.].

(134) Así, destacaba la falta de proporcionalidad de la regulación nacional de la pena en el concurso real de delitos, BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20.

delitos, la posibilidad de combinación con los otros delitos[135]. No obstante, la actual regulación no dice nada al respecto, por lo que le corresponderá a la doctrina penal y sobre todo a la jurisprudencia nacional llenar este vacío de la norma. En nuestra opinión, no hay razón para negar la vigencia del principio de combinación en caso de concurso real de delitos. Por lo tanto, tanto las penas accesorias como las medidas de seguridad de los diversos tipos penales en concurso real podrán aplicarse también al autor de los diversos delitos.

3. Supuestos de unidad de delito

Dentro de la teoría del concurso se hace mención a los supuestos en los que, pese a presentarse una situación de concurso ideal o real, la interpretación de los tipos penales o ciertas regulaciones legales específicas, permiten afirmar la existencia de un solo delito[136]. En este sentido, se elimina la posibilidad dogmática de admitir una situación de concurso de delito, siendo de aplicación las penas establecidas en el tipo penal o en las normas especiales[137].

A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales

Una unidad de delito puede afirmarse en virtud de los tipos penales, aun cuando no exista propiamente una acción, sino una pluralidad de actos[138]. Esta situación se presenta en los casos de realización típica iterativa, de realización típica sucesiva, en los delitos de organización, en los delitos permanentes y en los delitos compuestos.

---

(135) Igualmente en el Derecho penal alemán, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 56; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 20 y s.; Frister, *NK* § 53, n.m. 32, aunque respecto de la pena global. En nuestro país, Bramont-Arias Torres, Luis A., *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 20, es del parecer que la regulación positiva del concurso real de delitos obliga a la combinación de sanciones.

(136) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 263 y s.; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 63.

(137) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 264.

(138) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 26.

a. La realización típica iterativa

La realización iterativa del tipo penal no se considera como varias realizaciones equivalentes del tipo penal, sino como una sola acción que realiza una sola vez el tipo penal[139]. La equivalencia de las realizaciones del tipo penal se determina conforme al tipo penal concretamente realizado[140]. En este sentido, por ejemplo, el beneficiario de un préstamo promocional que en distintos momentos destina parte del préstamo a la compra de distintos bienes personales, responderá solamente por un delito de desviación fraudulenta de créditos promocionales del artículo 251 del Código penal. Esta interpretación de los tipos penales no autoriza, sin embargo, a considerar la realización consecutiva de conductas típicas siempre un solo delito, sino que la interpretación del tipo penal respectivo debe dar cabida a la globalidad de la acción.

Un grupo importante de delitos que forman parte de los supuestos de realización típica iterativa son los llamados delitos de actividad (*Veranstaltungsdelikte*). En estos delitos, el comportamiento típico consiste en una intervención cuantitativamente indeterminada en una actividad antijurídica ya existente o iniciada por el mismo autor[141]. Cada actuación del autor no configura un nuevo delito, sino que forma parte de la actividad antijurídica organizada. Un ejemplo de delito económico de actividad podría ser el delito de contaminación del medio ambiente (artículo 304 del Código penal), en tanto se castiga la realización de vertidos que afecten

(139) Vid., MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 46; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 712; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 32; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 7.

(140) Vid., RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 32.

(141) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 28. Hacen referencia a una unidad de valoración, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 5; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 14. Por su parte, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 266 y ss., denomina a estos delitos tipos con conceptos colectivos (*Sammelbegriffe*), mientras que RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 23 y BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 50 y ss., recurren a la denominación de descripciones globales de la acción y delitos de organización.

o puedan afectar el medio ambiente[142]. Especialmente discutido se presenta, por el contrario, el delito de falsificación de moneda (artículo 252 del Código penal), en tanto algunos lo consideran como un delito de actividad[143], mientras otros le niegan tal calidad[144]. La razón de tal rechazo se encuentra en la autonomía que adquiere la realización de una falsificación de moneda frente a su utilización posterior. Esta última argumentación resulta plenamente convincente y traslada el tratamiento de estos supuestos, más bien, al ámbito del delito continuado.

b. La realización típica sucesiva

En estos casos, el autor continúa la realización de un delito y produce con ello un aumento cuantitativo del daño[145]. Debe tratarse de un aumento homogéneo que permita considerar la continuación como parte de un resultado global del hecho[146]. La doctrina penal denomina a estos supuestos también como tipicidad aglutinada (*verdickte Tatbestandsmäßigkeit*)[147]. El aspecto principal de este supuesto de unidad de delito consiste en determinar que se trata siempre de una continuación de la misma realización típica y no de una nueva realización del tipo penal.

> Ejemplo: El contribuyente realiza sucesivas declaraciones falsas ante el órgano recaudador del tributo con la finalidad de reducir cada vez más la deuda tributaria[148].

---

(142) Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 51 y ss.

(143) Vid., Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 712; Puppe, *NK* § 52, n.m. 14.

(144) Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 28.

(145) Vid., Hellmer, *GA* 1956, p. 65; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 16; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

(146) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 17.

(147) Vid., Kindhäuser, *JuS* 1985, p. 103; Puppe, *NK* § 52, n.m. 17.

(148) Supuestos presentados en los tribunales alemanes (BGHSt., 36, p. 105, 116; 38, p. 37, 39 y s.); vid., la referencia, Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

El simple aumento cuantitativo se excluye en el caso de bienes jurídicos personalísimos. La continuación de una acción que lesiona bienes jurídicos personalísimos de otra persona no puede entrar en consideración como un resultado global del mismo hecho[149]. La doctrina penal es prácticamente unánime en este sentido, planteándose la discusión, más bien, en la cuestión de si se trata de un concurso ideal de delitos o de un concurso real de delitos[150].

c. Los delitos permanentes

Una unidad de delito tiene lugar en el caso de los delitos cuyo resultado lesivo permanece en el tiempo según la voluntad del autor[151]. Si bien podría apreciarse en estos delitos varias acciones penalmente relevantes, el respectivo tipo penal permite considerarlos un solo delito. Esta unidad de delito se pierde cuando el delito permanente ha terminado y se vuelve a cometer nuevamente. En estos casos estaremos ante dos delitos permanentes[152]. Ejemplo de delito permanente es el delito de retención indebida de divisas del artículo

---

(149) Vid., KINDHÄUSER, *JuS* 1985, p. 103; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 19 y s.; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 17; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 34.

(150) Sobre las particularidades de esta discusión, HELLMER, *GA* 1956, p. 66 y ss.; WARDA, *JuS* 1964, p. 84; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80 y ss.; MITSCH, *JuS* 1993, p. 388; SOWADA, *Jura* 1995, p. 252 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 720; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 17 y ss.; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 14

(151) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 266; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 46 y s.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 362; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 27; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 712; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 8; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 60; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 22. En el pleno jurisdiccional de 1998, acuerdo N° 2, se acordó por unanimidad que sólo debe estimarse el hecho como delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período, cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente.

(152) Vid., en este sentido, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 363; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 38; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 48 y ss.

260 del Código penal que castiga al que retiene injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido, las divisas generadas por exportaciones, teniendo la obligación de entregarlas.

d. Los delitos de varios actos: en especial los delitos compuestos

En los tipos penales de los delitos compuestos se exige necesaria o facultativamente la realización de varios actos(153). Estos actos pueden incluso estar recogidos por separado como un tipo penal autónomo: el llamado delito compuesto(154). Pese a existir una secuencia de acciones, la interpretación del tipo penal correspondiente permite afirmar la unidad de delito y excluir la posible consideración de un concurso(155). Un delito económico de varios actos es, por ejemplo, de omisión de provisiones específicas del artículo 250 del Código penal en el que se sanciona la omisión de realizar las provisiones para créditos dudosos o pérdida y la inducción posterior al órgano social pertinente a repartir dividendos o distribuir utilidades.

B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados

Los supuestos de unidad de delito legalmente determinados no se fundamentan a partir de una interpretación de los tipos penales de la parte especial, sino que, por distintas razones político-criminales, se consideran varias acciones un solo delito global. En nuestra legislación penal se encuentran reconocidos, en este sentido, dos figuras legales de unidad de delito: el delito continuado y el delito colectivo o masa.

---

(153) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 265; Geppert, *Jura* 1982, p. 362; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 29; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 711; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 21; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 3.

(154) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 265; Geppert, *Jura* 1982, p. 362; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 29; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 21; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 48.

(155) Vid. Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 4.

a. El delito continuado

El origen del llamado delito continuado se remonta a la ciencia jurídico-penal italiana de la edad media(156). Se trata de la vinculación de una serie de hechos concretos del mismo autor que realizan independientemente un injusto típico, pero que por una vinculación interna y externa se tratan como un solo hecho típico(157). Las razones que se han esgrimido para fundamentar tal solución tienen carácter tanto material, como procesal. Materialmente el delito continuado impediría el trato desproporcionado de la pena global por todos los delitos, lo cual encuentra justificación en todo caso en sistemas donde rige el principio de acumulación de penas(158). Procesalmente la aceptación de un solo delito continuado limitaría denuncias posteriores y mantendría estable el carácter de cosa juzgada(159). En la anterior regulación del concurso real de delitos que no recogía un sistema de acumulación de penas, la razón para admitir la figura del delito continuado se reducía a consideraciones puramente procesales(160). Pero con la actual regulación penal que ha asumido un sistema de acumulación de penas, el cuestionamiento de la figura del delito continuado podría dejar de tener sentido en el plano material. En cualquier caso, la doctrina penal se presenta muy crítica con esta construcción dogmática incluso sólo a partir de las razones procesales, en tanto permiten una ficción para rehuir a las reglas del concurso de delitos(161) y beneficia únicamente al autor en

(156) Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 72 y ss.

(157) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 294 y s.; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 363; JUNG, *JuS* 1989, p. 289; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 96.

(158) Vid., TIMPE, *JA* 1991, p. 12 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 82 y s.

(159) Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 366; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 38; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 25 y s.

(160) Vid., TIMPE, *JA* 1991, p. 14.

(161) Ya en este sentido, SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 60.

caso de varios hechos individuales graves[162]. A pesar de que pudieran estimarse plenamente justificadas las críticas realizadas, debemos tener en cuenta que nuestra legislación penal regula expresamente la figura del delito continuado[163], de manera que nuestro parecer crítico frente a esta institución no nos libera de precisar sus particularidades positivas.

aa) Elementos del delito continuado

Si bien en el artículo 49 del Código penal se hace mención a varios requisitos, la doctrina penal ha reducido a dos los elementos del delito continuado:

- *El elemento objetivo*: La faceta objetiva del delito continuado exige primeramente que las acciones del autor se dirijan a lesionar el mismo interés penalmente protegido[164]. Esta unidad de bien jurídico genera cierta confusión frente a los casos de realización típica sucesiva. Mientras algunos aceptan que se trata de la misma cuestión[165], otros consideran que este aspecto objetivo del delito continuado admite supuestos que superan la sola realización típica sucesiva[166]. Por nuestra parte, nos inclinamos por la

(162) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 50; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 714 y s.; Puppe, *NK* § 52, n.m. 27.

(163) A diferencia del Derecho penal alemán, en donde no sólo la doctrina, sino la jurisprudencia (Resolución en sala plena de asuntos penales del BGH del 3 de mayo de 1994) han abandonado la figura del delito continuado [vid., con detalle, Zschockelt, *NStZ* 1994, p. 361; Ruppert, *MDR* 1994, p. 973 y ss.; Niemeyer, *Wirtschaftsstrafrecht*, en Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 20, n.m. 20 y ss.; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 46 y ss.].

(164) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 302 y s.; Geppert, *Jura* 1982, p. 364; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 39; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 103 y ss.

(165) Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 39. En la misma línea como consecuencia del rechazo del delito continuado en el Derecho penal alemán, aunque advirtiendo que no se trata solamente de un cambio de etiquetas, Geppert, *NStZ* 1996, p. 60 y s.

(166) Vid. Geerds, *Zur Lehre*, p. 297 y s.; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 59; Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 79.

segunda propuesta de interpretación, pues la regulación del delito continuado no presta atención a una continuación de la misma infracción típica, sino que admite jurídicamente un solo delito a pesar de haber tenido lugar una nueva realización del tipo penal. Esta ampliación del ámbito de aplicación del delito continuado, tiene, sin embargo, una limitación expresa: en caso de bienes jurídicos altamente personales (vida, integridad corporal y libertad), se requiere además la identidad de sujeto[167].

La faceta objetiva del delito continuado requiere, en segundo lugar, que las acciones del autor constituyan realizaciones de varias violaciones de la misma ley penal, de igual o semejante naturaleza[168]. Esta identidad objetiva respecto de los tipos penales realizados se afirma sin mayores inconvenientes en caso de realización continuada de un delito básico y sus tipos cualificados[169], así como también en caso de tentativa y consumación[170]. Por el contrario, la doctrina penal desconoce tal identidad respecto de los tipos penales que regulan modos distintos de ataque al mismo interés penalmente protegido[171]. La similitud de realizaciones típicas exige, pues, que se trate de la misma forma de ataque al interés jurídico protegido[172].

---

(167) En el mismo sentido, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 304; JUNG, *JuS* 1989, p. 290; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 716; SANZ MORÁN, en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, p. 208 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 193. De otro parecer la sentencia de la Corte Suprema N° 1715-98 Cusco de 22 de junio de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 199 y s.).

(168) Vid., JUNG, *JuS* 1989, p. 290; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 715; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189.

(169) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 40; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

(170) Vid., BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

(171) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 32, n.m. 40; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

(172) Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 364.

Como tercer aspecto objetivo del delito continuado, la doctrina penal considera necesario también una unidad temporal entre los distintos actos[173]. Nuestra legislación penal prescinde, sin embargo, de tal unidad de tiempo, en tanto admite la existencia de un delito continuado tanto para acciones que se dan en un mismo momento, como para acciones que tienen lugar en momentos diversos[174]. En este sentido, puede decirse que nuestra legislación se corresponde con el parecer doctrinal que sostiene que en el delito continuado el momento temporal no tiene ninguna relevancia normativa[175]. Este aspecto marcaría otro elemento de distinción frente a la realización típica sucesiva.

- *El elemento subjetivo*: El aspecto subjetivo del delito continuado tuvo al principio una importancia central, en tanto la relación de continuidad estuvo basada fundamentalmente en una unidad subjetiva[176]. En la actualidad se reconoce la concurrencia del aspecto objetivo, centrándose la discusión, más bien, en la manera de comprender el elemento subjetivo del delito continuado. Un dolo global exige una interpretación que se remonta a la antigua jurisprudencia alemaña, la cual requería que el dolo incluyera las acciones posteriores antes de la primera acción o cuando menos al momento de realizarse[177]. Esta comprensión mostró pronto ciertas consecuencias ilógicas, como el hecho de

---

[173] Vid., la referencia, Geerds, *Zur Lehre*, p. 307; Jähnke, *GA* 1989, p. 391; Jung, *JuS* 1989, p. 291; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 42; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 716; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 99; De Vicente Martínez, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 189 y s.

[174] Vid., en el mismo sentido, Hurtado Pozo, *Manual*, PG, § 21, n.m. 2451.

[175] Vid., Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 78.

[176] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 300.

[177] Vid., la referencia a esta interpretación jurisprudencial, Geerds, *Zur Lehre*, p. 308; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 61; Geppert, *Jura* 1982, p. 364; Jähnke, *GA* 1989, p. 382; Jung, *JuS* 1989, p. 291; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 43; Puppe, *NK* § 52, n.m. 21; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 107 y ss. Se muestra de acuerdo con esta interpretación, Geerds, *op. cit.*, p. 311 y ss.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 716.

favorecer al autor que planeó su actuación de manera minuciosa frente al autor que no lo hizo y que tiene que responder, por tanto, con base en un concurso real de delitos[178]. Por esta razón, la posterior jurisprudencia alemana aligeró la exigencia del dolo global (ampliación del dolo global) y se conformó con un dolo que en la primera acción no cierre el paso a las siguientes acciones[179]. Una ampliación mayor lleva a cabo la interpretación doctrinal de este elemento subjetivo, en tanto exige solamente un dolo continuado, es decir, que cada hecho posterior debe ser considerado por el autor como continuación de los actos anteriores[180]. Finalmente, existen también interpretaciones que renuncian a un dolo global o continuado y se centran en una unidad de conducción de vida punible[181] o en elementos externos de la vinculación global[182]. Por nuestra parte, debemos tener en cuenta que nuestra regulación penal requiere expresamente que el autor realice actos "de la misma resolución criminal", lo que parece conducir a la necesidad de un dolo global[183]. El requerimiento de una misma resolución criminal obliga, por tanto, a determinar subjetivamente desde un primer momento un dolo global en el autor, siquiera eventual, respecto de los actos futuros.

---

(178) Vid., SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 61; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 44.

(179) Vid., la referencia, GEPPERT, *Jura* 1982, p. 365; JÄHNKE, *GA* 1989, p. 386; TIMPE, *JA* 1991, p. 15; FISCHER, *NStZ* 1992, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 45; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 22; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 129 y ss.

(180) Vid., ROTH-STIELOW, *NJW* 1955, p. 451. Críticamente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 44; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 116 y ss.

(181) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 229.

(182) MEZGER, *JW* 1938, p. 3268.

(183) Similarmente, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 21, n.m. 2459. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema N° 2337-99 Lima de 22 de julio de 1999 (vid., CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 130 y s.). Intenta darle un sentido restrictivo al elemento subjetivo, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 109, n.m. 1533.

bb) Consecuencia jurídica

Una vez comprobados en el caso concreto los elementos objetivo y subjetivo del delito continuado, el artículo 49 del Código penal establece como consecuencia jurídica que todos los actos en relación de continuidad se castiguen con la pena aplicable al delito más grave. La redacción del artículo mencionado se decide, por tanto, en favor de la pena concreta más grave y no del marco penal más grave. Los actos en relación de continuidad que no han sido considerados dentro del proceso y que se descubren luego de la condena, no tienen ningún efecto en la determinación de la pena, pues ya se encuentran incluidos en la consideración global del delito continuado(184).

cc) Particularidades en el Derecho penal económico

Una discusión especial se presenta en el Derecho penal económico en relación con la naturaleza de los delitos tributarios. En la medida que la defraudación de tributos engloba, por lo general, distintos impuestos y contribuciones, se debate si estos supuestos constituyen una pluralidad de delitos o solamente un delito continuado. La negativa a considerar un delito continuado en estos casos puede tener lugar por dos razones: o porque se entiende que la defraudación de distintos tipos de tributos constituyen hechos distintos que no tienen una relación de continuidad(185), o porque se rechaza en general la utilidad dogmática del delito continuado(186). Frente a esta

(184) Vid., en este sentido, Jähnke, *GA* 1989, p. 377; Jung, *JuS* 1989, p. 292; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 717.

(185) Vid., así, la sentencia del BGH del 21 de marzo de 1985 (*wistra* 1985, p. 189 y s.). Vid., sobre esto, Kniffka, *wistra* 1986, p. 90; Jähnke, *GA* 1989, p. 384. En nuestro país, la Corte Suprema en el Exp. 038-98 Lima de 14 de abril de 1998 (Prado Saldarriaga, *Derecho penal*, p. 266 y s.), se ha pronunciado también por la realización de delitos independientes.

(186) Vid., en este sentido en el Derecho penal alemán, Zschockelt, *NStZ* 1994, p. 362; Ruppert, *MDR* 1994, p. 973, apoyados en el rechazo antes mencionado de la sala plena del BGH a la figura del delito continuado. Esta situación no ha impedido, sin embargo, que en algunos casos, con base en otros criterios, se puede hablar de una unidad de varias acciones del contribuyente. Vid., así, por ejemplo, Bittmann/Dreier, *NStZ* 1995, pp. 105 y ss., 109.

interpretación, se opone el parecer que sostiene, por el contrario, que en caso de defraudación de distintos tributos existe una relación de continuidad que permite castigar el hecho como un delito continuado[187]. La pretensión tributaria del Estado resulta la misma en todos los tributos.

Para resolver esta disputa debemos atender a la regulación positiva. En nuestra opinión, no existe mayor dificultad para aceptar que en la defraudación tributaria de distintos tributos puedan presentarse los requisitos legalmente establecidos del delito continuado. La aceptación de este parecer no justifica, sin embargo, tratar todos los actos de defraudación al fisco como un único delito, sino solamente aquellos en los que están presentes los requisitos del delito continuado antes mencionados. Así, por ejemplo, no podrá afirmarse una relación de continuidad entre el incumplimiento de los deberes contables y la omisión de entrega de las retenciones efectuadas, pues ambas conductas lesionan de manera distinta el interés recaudatorio del fisco. Una especial dificultad se presenta en la determinación del elemento subjetivo de la relación de continuidad en los delitos tributarios, sobre todo por la reducida posibilidad de acreditar en estos casos un dolo global del autor[188]. Por esta razón, en la doctrina penal se ha intentado disminuir las exigencias de conocimiento, ya sea reduciendo el grado de conocimiento exigido respecto de los hechos futuros[189], ya sea admitiendo la existencia de un "sistema institucionalizado" que excluiría la necesidad de sucesivas tomas de decisión criminales[190]. La exigencia de un conoci-

---

(187) Vid., en este sentido, KNIFFKA, *wistra* 1986, p. 90 y ss., si bien afirma una unidad de acción. Como lo hemos señalado, en el delito continuado no existe una unidad de acción, sino una unidad de delito. Niegan el nexo de continuidad en la defraudación tributaria, ZSCHOCKELT, *NStZ* 1994, p. 362; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 28.

(188) Críticamente ante el dolo global en los delitos tributarios, GÖHLER, *NStZ* 1981, p. 55.

(189) Vid., así, FLEISCHER, *NJW* 1979, p. 250; KNIFFKA, *wistra* 1985, p. 92 y s. Críticamente, BONGARTZ, *Der Fortsetzungszusammenhang*, p. 143 y ss.

(190) Vid., sobre el llamado "sistema institucionalizado", BITTMANN/DREIER, *NStZ* 1995, p. 108 y s.; SCHMITZ, *wistra* 1993, p. 129; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 140 y ss.

miento exacto de los futuros actos defraudatorios constituiría una exigencia demasiado rigurosa que excluiría prácticamente la relevancia del delito continuado en los delitos tributarios[191].

b. El delito colectivo o delito masa

El delito colectivo, o también llamado delito masa, tiene lugar cuando el comportamiento típico se presenta como la realización continua de una actividad productiva, comercial o profesional[192]. Esta vinculación de los distintos actos en una actividad global llevó a la antigua jurisprudencia alemana a afirmar una unidad jurídica de acción y, por tanto, a castigar como una sola realización típica todos los actos de materialización de esta actividad[193]. No obstante, la propia jurisprudencia alemana ha dejado de lado la figura del delito colectivo y se ha decidido a favor de un trato diferenciado de los distintos actos individuales[194]. La doctrina penal coincide plenamente con esta interpretación, en tanto considera que no existe fundamento alguno para el tratamiento unitario del delito colectivo y que solamente favorecería al delincuente por costumbre con un tratamiento más benigno[195]. Esta crítica no podía, sin embargo, hacerse extensiva a nuestra regulación penal anterior, pues el artículo

---

(191) La jurisprudencia alemana se ha encargado de precisar los distintos tipos de tributos en los que procede por lo general una ampliación del dolo global. Vid., con detalle, SCHMITZ, *wistra* 1993, p. 129 y ss.

(192) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 268; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 34; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 29; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 68 y s.

(193) Vid., la referencia, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 269; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 62; FLEISCHER, *NJW* 1979, p. 248; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 29; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

(194) Vid., sobre esto, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 269; SCHMITT, *ZStW* 75 (1975), p. 62; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 368; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 69.

(195) Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 270 y s.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m. 57.

49 del Código penal no sólo ofrecía una base legal para el reconocimiento de esta figura delictiva, sino que contenía incluso reglas de determinación de la pena más severas que las del concurso real de delitos[196]. Sin embargo, con la actual regulación del concurso real de delitos que asume un sistema de acumulación de penas, la situación se torna evidentemente distinta.

El delito colectivo, regulado por el artículo 49 del Código penal en su primer párrafo *in fine*, se presenta como una derivación del delito continuado, lo cual debe llevar a la conclusión de que también en el delito colectivo deben estar presentes los elementos del delito continuado[197]. La particularidad se encuentra en la pluralidad de las personas perjudicadas. En lo que atañe a la penalidad, puede apreciarse un aumento de la misma en un tercio respecto de la pena máxima prevista[198]. Esta regulación plantea la cuestión de si no estamos, mas bien, ante una agravante general de la pena que responde a la intención del legislador de ampliar la penalidad para aquellos casos en los que el autor genera una actividad continua con la finalidad de perjudicar a varias personas.

Sobre el ámbito de aplicación del delito masa, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se ha pronunciado por su limitación a los delitos patrimoniales con base en la legislación penal española[199]. Por nuestra parte, y sin tener limitaciones de Derecho positivo, consideramos que resulta igualmente posible aplicar la teoría del delito colectivo o delito masa al ámbito de los delitos económicos, pues su carácter autónomo frente a las lesiones patrimoniales individuales no le priva de la

---

[196] Siguiendo el modelo de regulación español, vid., sobre esto, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 204 y s.

[197] BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 69, habla de una figura jurídica que complementa al delito continuado.

[198] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 110, n.m. 1538. En el ámbito del Derecho penal económico, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 98. Sobre los requisitos del delito colectivo o masa, vid., LAMAS PUCCIO, *op. cit.*, p. 98 y s.

[199] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *RDPC* 1 (1998), p. 90 y s.

posibilidad de producir lesiones individualizas que requieran de una mayor medida de pena para la restabilización de la expectativa defraudada.

4. Concurrencia posterior

En nuestra legislación penal, concretamente en el artículo 51 del Código penal, se ha establecido una regla de carácter fundamentalmente procesal que permite solucionar los supuestos de concurso real retrospectivo. Usualmente se incluyen dentro de estos supuestos especiales los casos de sujetos procesados o sentenciados por delitos anteriores al inicio del proceso penal o a la expedición de la sentencia que posteriormente se descubren[200]. Como puede verse, se trata de dos supuestos distintos que deben ser abordados diferenciadamente:

- *El caso en el que durante el proceso penal se descubre otro hecho punible cometido antes de la sentencia condenatoria*: La anterior regulación penal del concurso real retrospectivo se ponía en este supuesto, lo que no hace la regulación actual. No obstante, no vemos inconveniente para aplicar *mutatis mutandi* el mismo criterio de la regulación anterior. En este sentido, el proceso penal debe adecuarse, de ser posible, al nuevo delito, con independencia de la pena que prevea, pues conforme al nuevo sistema de determinación de la pena, las penas en concurso de delitos deben acumularse.
- *El caso en el que se descubre otro hecho punible después de la sentencia condenatoria*: La anterior regulación diferenciaba los supuestos: si la pena del delito descubierto era inferior a la impuesta, se procedía al sobreseimiento definitivo y se dictaba orden de

[200] Muy importante es destacar que el concurso real retrospectivo se refiere a otro delito cometido con anterioridad al delito por el que se ha abierto un proceso o recibido una condena, pero descubierto con posterioridad. Si el delito posterior se cometió después de la sentencia por el primer delito, entonces se estará ante un supuesto de reincidencia regulado en el artículo 46 B del Código penal.

archivo[201]; si la pena era, por el contrario, superior a la aplicada en la sentencia condenatoria, se hacía un nuevo proceso y se le imponía al autor la nueva pena correspondiente. La pena ya cumplida por el autor era computada en la pena que establecía la nueva sentencia. La actual regulación del concurso real retrospectivo establece una sola regla: el sentenciado será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de treinta y cinco años. Si uno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará solamente ésta.

(201) Así las decisiones de la Corte Suprema Exp. N° 4134-98 Callao de 3 de diciembre de 1998 (vid., CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, p. 142 y s.), Exp. 122-2000 Lima de 24 de abril de 2000 [*Revista peruana de jurisprudencia* 7 (2001), p. 131 y s.], y la jurisprudencia vinculante de la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia, R.N. Exp. N° 367-2004 de veintitrés de febrero del año dos mil cinco.

Cuarta Parte:
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

Capítulo XVI
LA RESPUESTA JURÍDICA AL DELITO ECONÓMICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Para que el Derecho penal cumpla la función de mantener la identidad normativa de la sociedad actual no basta con imputar el hecho penalmente relevante a un sujeto imputable. La reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, por lo que la pena debe constituir un retiro de los medios de interacción incorrectamente administrados[1]. En la medida que la privación de los medios de interacción requiere una base cognitiva que muestre el fracaso del autor, resulta necesario que la pena constituya la aflicción de un dolor[2]. En consecuencia, el efecto comunicativo de la pena debe estar orientado socialmente a mostrar el fracaso del autor, pues, de lo contrario, no podrá restablecer la vigencia de la norma infringida. Está claro que la forma y la medida aflictiva de la consecuencia jurídico-penal dependerán de consideraciones históricas y culturales de la sociedad concreta.

---

(1) Vid., JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, p. 104 y s.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 52.

(2) Vid., así, JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 30.

Si bien la función del Derecho penal se materializa solamente mediante el efecto comunicativo de la pena, es evidente que el sistema penal no reduce sus posibilidades de reacción a la pena, pues existen otras consecuencias jurídicas como las medidas de seguridad, la reparación civil o las consecuencias accesorias que pueden imponerse en sede penal. Sin embargo, debe quedar claro que estas consecuencias jurídicas no son propias del Derecho penal, aun cuando hayan sido incorporadas legislativamente al sistema penal por muy diversas buenas razones. No cabe duda que la imposición de las consecuencias jurídicas del delito distintas a la pena en el proceso penal constituye una prestación efectuada fácticamente por el Derecho penal y no por el Derecho civil o administrativo, pero debe quedar claro que en el plano normativo la imposición de estas consecuencias no se hace con las estructuras propias del Derecho penal, sino con una reproducción que el sistema penal hace de los criterios de decisión del Derecho civil o administrativo. La posibilidad de trasladar sistémicamente decisiones de un sistema jurídico parcial a otro se sustenta en la llamada unidad del sistema jurídico, aunque resulta necesario precisar que esta unidad debe entenderse no en un sentido funcional, sino de ausencia de contradicción.

A partir de lo brevemente señalado puede concluirse, como cuestión general, que el Derecho penal cumple su función mediante la imposición de una pena a la persona a la que se le imputa la realización de un hecho penalmente relevante. En este sentido, solamente la pena tiene, en sentido estricto, un carácter penal[3]. Las otras consecuencias jurídicas del delito, incluida la clásica medida de seguridad, pueden también imponerse por el juez dentro de un proceso penal, pero debe quedar claro que los criterios de determinación para imponer estas medidas son suministrados por los referentes normativos de otras ramas del Derecho, a saber, el Derecho administrativo o el Derecho civil[4]. Si bien cabe reconocer que estas con-

(3) En la actualidad destaca especialmente el Derecho penal debería ser sólo penal, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 591 y ss.

(4) Así, GONZÁLEZ RIVERO, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68, respecto de las medidas de seguridad.

secuencias jurídicas pueden desplegar también efectos restabilizadores en tanto se impongan en el marco de un proceso penal, debe quedar claro que estos efectos constituyen solamente un reflejo de la protección, pero no su criterio de legitimación. Por lo tanto, el manejo político-criminal de este efecto empírico de las otras consecuencias jurídicas del delito no puede hacerse a costa de desnaturalizar su fundamento y procedencia normativa.

II. CUESTIONES PARTICULARES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

La importancia que ha ido adquiriendo la economía en la constitución de la sociedad actual, así como la aparición de hechos socialmente lesivos en este ámbito de actuación ha motivado la necesidad de mantener cierto orden normativo en el sistema económico a través del Derecho penal[5]. En esta línea, el sentido socialmente perturbador de determinadas conductas que defraudan expectativas de conducta esenciales para el funcionamiento de la economía, busca contrarrestarse con la imposición de una sanción penal que devuelva la confianza en las expectativas defraudadas por la conducta del autor. Esta situación ha dado lugar al surgimiento del Derecho penal económico, entendido como un conjunto de disposiciones legales que contemplan diversas sanciones penales necesarias para hacer frente a las conductas perturbadoras en el sistema económico[6]. La pena constituye, de este modo, la forma de reacción propia del Derecho penal frente a este tipo de criminalidad.

La respuesta penal al fenómeno de la criminalidad económica no resulta, sin embargo, suficiente para garantizar las diversas funciones especializadas que despliega el sistema jurídico. Si bien puede admitirse que, en determinados casos, la sanción penal releva de tener que imponer otras sanciones jurídicas (por ejemplo, sanciones administrativas), también es verdad que, en otros casos, la pena no

---

(5) Vid., Pérez del Valle, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (de.), p. 29 y ss.

(6) Pérez del Valle, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (ed.), p. 35.

soluciona otros aspectos del hecho que motiva la reacción penal, como la correcta distribución de los bienes o la erradicación de situaciones objetivas de peligro para los intereses de la comunidad. Para responder a estos aspectos del hecho punible, el sistema jurídico contempla otras medidas adicionales a la sanción penal, como es el caso del pago de la reparación civil por el daño, la redistribución de las ganancias obtenidas ilícitamente o las medidas preventivas de carácter administrativo frente a situaciones objetivas de peligrosidad. El fenómeno de la criminalidad económico no puede solventarse solamente con las sanciones penales, sino que éstas deben ir acompañadas de las medidas civiles y administrativas que impidan que estas conductas afecten el orden jurídico y el funcionamiento seguro del sistema económico.

Como puede colegirse de lo brevemente expuesto, las reacciones jurídicas frente al delito económico pueden presentar dos situaciones diferentes. Por un lado, el hecho delictivo puede dar lugar a la imposición de varias sanciones, siendo necesaria solamente la imposición de una de ellas. Esta situación de limitación de la reacción punitiva se enmarca en el contexto general del principio de prohibición de doble sanción por el mismo hecho o también conocido como *non bis in idem*. Por el otro lado, se encuentra el caso en el que el hecho delictivo amerita la aplicación de diversas consecuencias jurídicas que, al estar sustentadas en distintos presupuestos de legitimación, justifican una imposición conjunta. El sistema jurídico-penal actual contempla la posibilidad de aplicar estas diversas consecuencias jurídicas del delito dentro el proceso penal, por lo que resultará pertinente precisar el fundamento y alcance de estas medidas. En lo que sigue de este capítulo, nos ocuparemos de la primera cuestión, mientras que la segunda se abordará brevemente con una exposición introductoria que nos permitirá desarrollarla de manera detallada en los siguientes capítulos.

1. El *non bis in idem* en el Derecho penal económico

El hecho de que, por lo general, los delitos económicos constituyen también conductas sancionadas por el Derecho administrativo plantea ineludiblemente el problema de la doble punición del mismo

hecho[7]. En efecto, con frecuencia la realización del delito económico infringe no sólo la norma penal, sino también una norma administrativa que contempla la imposición de una sanción como consecuencia jurídica. Para evitar la excesiva reacción que podría producirse por la duplicidad de sanciones (administrativa y penal)[8], se ha desarrollado diversos criterios materiales y procesales que limiten la sanción a una sola que cubra suficientemente la necesidad de sanción[9]. Estos criterios se agrupan en el llamado principio del *non bis in idem*, reconocido expresamente en el artículo 230 inciso 10 de la Ley 27444 (Ley de Procedimiento administrativo general). Dentro de este principio la doctrina penal distingue una vertiente material y otra procesal[10].

A. El *non bis in idem* material

Desde el punto de vista material, el principio del *non bis in idem* busca evitar una *sobrerreacción* del ordenamiento jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones que sumadas sean desproporcionadas a la infracción cometida[11]. Para ello es necesario primeramente precisar cuándo nos

---

(7) Vid., así, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 9.

(8) La doctrina penal considera mayoritariamente que el fundamento por el cual se considera indebido esta duplicidad de sanciones, es el principio de legalidad y de proporcionalidad. Vid., sobre esto, Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 128 y s.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 165 y ss.

(9) Vid., en este sentido, Benlloch Petit, *PJ*, 51, p. 307. Para mayor información sobre las generalidades de este principio, Schroeder, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; Queralt Jiménez, en *LH-Juan del Rosal*, p. 885 y ss.

(10) Así lo ha hecho la sentencia del TC Exp. N° 2050-2002-AA-TC de 16 de abril de 2003. No obstante esta distinción, ambas formas de manifestación del principio tienen el mismo fundamento, tal como lo señala Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

(11) A partir de esta idea, el TC ha derivado, como la doctrina, el principio *non bis in idem* de los principios de legalidad y de proporcionalidad. Sobre este, con mayores referencia, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 3.

encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto (STS de 30 de enero de 1981)[12], nuestra legislación positiva señala que existe una situación de *bis in idem* cuando se presenta una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento[13]. En cuanto a la identidad de sujetos, existe una especial discusión sobre la posibilidad de imponer una sanción penal a las personas naturales que actúan como órgano o representante de una persona jurídica y una multa administrativa a la persona jurídica representada. En principio no debería haber mayor inconveniente para este proceder[14]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta doble imposición de sanciones solamente es posible si es que se fundamentan en el mismo hecho, de manera tal que no puede iniciarse simultáneamente ambos procesos sancionatorios con el riesgo de sustentarse en una base fáctica contradictoria[15].

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones. Debe de tratarse del mismo hecho. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar valoraciones sobre el hecho. El aspecto valorativo se desarrolla propiamente en el aspecto referido a la identidad de fundamento. Por esta razón, el propio Tribunal Constitucional ha remarcado la importancia decisiva de la identidad de fundamento[16]. La determinación de la identidad de fundamento no está, sin embargo, libre de problemas[17], pues esta exigencia no resulta sencilla de cumplir para determinadas formas de comprensión de la función del Derecho penal. Para una comprensión cuantitativa de la diferenciación entre ilícito administrativo y penal

---

(12) Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 53 y ss.

(13) Vid., igualmente, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, p. 62.

(14) Vid., así, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

(15) Vid., igualmente, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

(16) Vid., con mayores referencia, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 4.

(17) Vid., GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 63 y s.; BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 342.

no habría, al parecer, mayor inconveniente, pues la identidad de fundamento se daría en la protección de un mismo bien jurídico[18]. Pero esta interpretación lleva a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, excluyendo prácticamente siempre la posibilidad de imponer conjuntamente una sanción penal y administrativa. Por eso, no debe sorprender que la propia jurisprudencia constitucional intente atemperar la radicalidad de esta consecuencia, creando excepciones como los casos de "relación de especial sujeción"[19]. Por ello, parece mucho más adecuado seguir, como nosotros, el parecer de que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal. En estos casos, por lo tanto, no puede hablarse de una identidad de fundamento, sino, en todo caso, de una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. En este sentido, consideramos que la identidad de fundamento debe reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, de manera que una sola sanción cumpla la función del Derecho administrativo sancionador y la función del Derecho penal.

La opinión dominante entiende que en caso de sanción tanto penal como administrativa debe prevalecer la sanción penal[20], en la medida que ésta implica normativamente una mayor severidad (el reproche ético-social que lleva consigo toda responsabilidad penal). Otro sector opina que la sanción más grave debe determinarse en cada caso mediante la comparación del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar en varios casos a desplazar la sanción penal por la alta cuantía de la multa administrativa. En nuestra opinión, consideramos que lo conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, no sólo por la simplificación que produce, sino por la propia lógica del principio

---

(18) Así, Benlochh Petit, *PJ* 51, p. 344 y s.

(19) Vid., con mayor detalle, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 15 y s.

(20) Vid. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 609.

de *última ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico[21]. La sanción penal cubriría empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, si un mismo hecho constituye un delito económico y a la vez una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la mas grave desde el punto de vista normativo. Desde este punto de vista, resulta absolutamente inaplicable lo dispuesto en el artículo 190 del Código Tributario que dispone que las multas tributarias se impondrán con independencia de la sanción penal[22].

B. El *non bis in idem* procesal

Los escritos especializados reconocen que el principio del *non bis in idem* tiene además una vertiente de carácter procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto[23]. La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina penal, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo[24]. En el caso de la legislación peruana existe un sistema de evitacion del *bis in idem procesal* no muy fácil de precisar. Si se entiende que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley 25868) rige también para los procesos penales, parecería ser que se asumiría, en cuanto a los ámbitos de competencia del INDECOPI, una regla general de prejudicialidad administrativa, es decir, que solamente podrá recurrirse a los tribunales penales una vez agotada la vía administrativa[25].

---

(21) Así, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167, hablan de un plus de antijuridicidad.

(22) Una intento de mantener la vigencia de este artículo del Código tributario mediante una interpretación restrictiva emprende CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 12.

(23) Vid., SCHROEDER, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 305; MATA MARTÍN, *PJ* 41-42, p. 186.

(24) Vid., así, BOIX REIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

(25) Vid., así la Sala penal de la Corte Superior de Lima en el Exp. N° 208-93 de 7/06/1993.

Frente a este parecer, Caro Coria ha sostenido que con la expedición de ciertas normas especiales que exigen, para iniciar un proceso penal, solamente un informe técnico del INDECOPI (por ejemplo, propiedad industrial y competencia desleal), el régimen general de la prejudicialidad administrativa se habría roto, de manera tal que existirían excepciones a esta regla general[26].

Por nuestra parte, consideramos que en el ámbito penal no se presenta solamente excepciones a la regla general del artículo 16 del Decreto Ley 25868, sino que la regla general es, más bien, la autonomía del tema penal, de manera tal que el mencionado artículo 16 no debe aplicarse a los procesos penales. El fundamento de este parecer reside en que el INDECOPI no tiene competencias penales que luego revisa el juez penal a través de una especie de proceso contencioso-administrativo. La pretensión punitiva es completamente independiente de lo decidido por la Administración, a no ser que el propio tipo penal se remita expresamente a un acto administrativo específico sin el cual el tipo penal no se configuraría. Por consiguiente, el inicio del proceso penal no debe esperar el agotamiento de la vía administrativa, sino que bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes.

La legislación peruana, sin embargo, prevé muchas veces como requisito de procedibilidad del proceso penal que el órgano administrativo decida si el hecho es lo suficientemente grave como para justificar el inicio de un proceso penal. Así se presenta la situación, por ejemplo, en la regulación de los delitos concursales, en donde la legislación concursal establece que la Comisión de Procedimiento Concursales del INDECOPI determinará en cada caso si el hecho constituye infracción administrativa o si es especialmente grave como para constituir un delito (artículo 131 de la LGSC)[27]. Si la Comisión decide imponer una sanción administrativa al infractor, no cabrá el

---

[26] Vid., con mayor detalle, Caro Coria, *Themis* 27-28, p. 217 y ss.

[27] Vid., la crítica a este sistema, Tiedemann, *Lecciones*, p. 231. En nuestro país, igualmente, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, PG, p. 193; Caro Coria, *Derecho penal del medio ambiente*, p. 126.

inicio de la acción penal por tales hechos. Estamos así ante una regla que si bien evita el *bis in idem* procesal con la prevalencia de la jurisdicción penal, lo hace atribuyendo a la Administración la discrecionalidad para decidir cuándo el caso concreto debe pasar al ámbito penal. En nuestra opinión, la prevalencia de la jurisdicción penal debería traer como consecuencia procesal que sea, más bien, la decisión autónoma del Poder Judicial de abrir un proceso penal la que impida el inicio o la continuación de un procedimiento administrativo por el hecho que motiva el proceso penal[28].

En la práctica judicial, la referida asignación de la facultad discrecional a la Administración, muy común en los delitos económicos con repercusión administrativo-sancionatoria, ha sido cuestionada en los tribunales respecto de su constitucionalidad[29]. En efecto, en el ámbito de los delitos tributarios, por ejemplo, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (Cons. 2613-03 La Libertad), ha declarado inconstitucional y, por tanto, inaplicable en el caso concreto el artículo 9 del Decreto Legislativo 813 que exige el ejercicio de la acción penal por parte del órgano administrador del tributo. En la medida que, según la Constitución, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, no puede limitarse el ejercicio de esta facultad con requisitos de procedibilidad asentados en el criterio discrecional de la Administración. No vemos ninguna razón de fondo para no aplicar este mismo razonamiento jurisprudencial al ámbito de los otros delitos económicos que contemplan similares requisitos de procedibilidad. En cualquier caso, el nuevo Código Procesal penal, que está entrando en vigencia progresivamente, contempla una modificación a la Ley penal tributaria, en el sentido de devolver la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, aunque vinculando su ejercicio a un informe técnico del órgano administrador del tributo.

---

(28) Vid., sobre las distintas manifestaciones de esta vertiente procesal entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador españoles, BENLLOCH PETIT, *PJ* 51, p. 328 y ss.

(29) Vid., con amplias referencia, GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 183 y ss.

Un aspecto que no está lo suficientemente aclarado en nuestro sistema jurídico es qué sucede con el procedimiento administrativo sancionador ya iniciado o por iniciarse si se abre un proceso penal por el mismo hecho contra la misma persona. La respuesta más lógica será aquélla que señala que el procedimiento administrativo no debe iniciarse o, si ya se inició, deberá suspenderse. Solamente si en sede penal no se impone una sanción penal con base en los criterios jurídico-penales de determinación de responsabilidad, la Administración estará facultada para iniciar un expediente administrativo sancionatorio y evaluar a partir de los hechos determinados judicialmente si procede, conforme a los criterios administrativos, la imposición de una sanción administrativa(30).

El panorama se torna complejo cuando, pese a la existencia de un proceso penal por un mismo hecho, la Administración lleva adelante un procedimiento administrativo e impone una sanción administrativa. La solución a este supuesto problemático no puede ser general, sino que requiere un razonamiento diferenciado. Por un lado, el principio del *non bis in idem* procesal debe entenderse como una garantía del ciudadano que no puede sufrir ningún recorte, de manera tal que el mal funcionamiento del Estado (tener dos procedimientos por un mismo hecho) no puede repercutir en la persona en ningún caso(31). No obstante, la protección constitucional puede sufrir algún recorte cuando el administrado no alega frente a la Administración o la instancia judicial la existencia de dos procesos por un mismo hecho para beneficiarse luego con la aplicación exclusiva de la sanción administrativa que siempre sale antes que la sanción penal(32). En este caso, el no agotamiento de las posibilidades de

(30) Vid., en el mismo sentido, Caro Coria, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 19.

(31) Vid., esta idea en Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 169.

(32) Existe en la jurisprudencia constitucional española esta línea de interpretación de la que dan cuenta Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167 y s.

evitar la existencia de dos procesos por parte del ciudadano limita la protección constitucional frente al doble procesamiento del Estado.

La cuestión que queda por resolver en el caso de existencia de una primera sanción administrativa y una sanción penal posterior es qué sanción debe cumplirse. La solución podría ir por negar la aplicación de ambas sanciones, en la medida que la infracción de la garantía procesal del *non bis in idem* le restaría legitimidad a ambas sanciones. No obstante, los vacíos de punibilidad que conllevaría esta solución aconsejarían permitir la imposición de cuando menos una de las sanciones. En este sentido, algunos autores entienden que si ya se impuso una primera sanción (la sanción administrativa), se cierra la posibilidad de imponer la sanción penal[33]. En una orientación más represiva, por el contrario, la jurisprudencia española considera que el Poder Judicial puede revisar la sanción administrativa e imponer, con un descuento proporcional, la sanción penal[34]. Esta solución, sin embargo, no puede eludir la crítica de llevar a cabo un doble procesamiento por un hecho y, en este sentido, difícilmente podría considerarse compatible con el respecto amplio del principio de *non bis in idem*[35]. En nuestra opinión, la sanción penal solamente podría ejecutarse si la sanción administrativa aún no se ha ejecutado y puede ser, por tanto, suprimida. Por el contrario, si la sanción administrativa ya se cumplió o se viene cumpliendo, no cabrá reformarla con base en la sanción penal que merecía el mismo hecho.

C. Especial referencia al caso de las medidas aplicables a las personas jurídicas

El reconocimiento actual en determinados países de posibles penas a las personas jurídicas suscita una discusión especial en relación

---

(33) En esta línea parecen ir BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *LH-Cobo del Rosal*, p. 170.

(34) Vid., ampliamente, BOIX REIG, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 132 y ss.

(35) En el mismo sentido, CARO CORIA, www.unifr.ch/derechopenal/articulos, consulta (11/04/06), p. 23.

con el principio del *non bis in idem*, en la medida que podría estarse sancionando doblemente por un mismo hecho (a la persona jurídica y a sus órganos o representantes)[36]. En rigor, la crítica de la doble punición resulta correcta solamente para el modelo que sigue la teoría de la identificación, en el que el injusto de la personas jurídica es el realizado por el órgano o representante que actúa como un *alter ego* de la persona jurídica. Si el órgano ha actuado como la persona jurídica, entonces no podrá imputársele ninguna responsabilidad penal al órgano, pues quien ha actuado en todo momento ha sido la persona jurídica. La prohibición de una doble sanción impediría que se sancione además a los órganos o representantes de la persona jurídica. Esta solución podría llevar, sin embargo, a un uso abusivo de las formas jurídicas, en la medida que se podría utilizar a la persona jurídica para liberar de responsabilidad penal a los sujetos individuales actuantes. En consecuencia, si los sistemas penales que admiten la posibilidad de penas a las personas jurídicas no están dispuestos a renunciar a una sanción a los sujetos individuales que han actuado como órganos o representantes de la persona jurídica, tendrán que encontrar la forma de poder salvar la objeción de una doble punición.

La crítica se desvanecería si el injusto penal de la persona jurídica no es propiamente el realizado por su órgano o representante, sino uno propio. En esta línea se mueve la teoría desarrollada por Tiedemann a partir de la *OWiG* alemana, conforme a la cual el injusto ya no es el injusto de resultado cometido por el representante o miembro de la empresa, sino el injusto propio de la persona jurídica de haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de manera tal que ha favorecido la comisión de un hecho delictivo. Como puede verse, el injusto penal de la persona jurídica será un injusto de organización que no dependerá estructuralmente de ningún injusto de resultado, aunque podrá vincularse al resultado del injusto del órgano o representante como condición

(36) Vid., así, Jakobs, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 76 y ss.; Feijoo Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 220 y ss.

objetiva de punibilidad. Lo que queda claro es que desde esta fundamentación del injusto de las personas jurídicas no podrá hablarse de un *bis in idem*, en la medida que las penas tendrían como base un hecho distinto.

En nuestra legislación penal actualmente vigente no existe la problemática especial acabada de esbozar, pues, de *lege lata*, no existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el Código penal y ciertas leyes penales especiales contemplan un conjunto de medidas aplicables directamente a las personas jurídicas, lo que podría plantear la cuestión de si, en el fondo, no hay también una doble punición por un mismo hecho, puesto que esta medidas también afectan mediatamente a los socios o titulares de la persona jurídica. Como se verá con mayor detenimiento en el capítulo correspondiente a las consecuencias accesorias, las medidas aplicables directamente a las personas jurídicas tienen un fundamento distinto a la culpabilidad de la persona natural, de manera tal que no podrá afirmarse la existencia de una identidad ni de hecho, ni de sujeto con la sanción penal impuesta a los sujetos individuales. Por lo tanto, la imposición de sanciones penales a los responsables individuales de un delito cometido en el marco de actividades de una persona jurídica resulta completamente independiente de las medidas aplicables directamente a la persona jurídica, de manera tal que no resulta procedente hacer un análisis de sobrerreacción a partir de principio del *non bis in idem*.

2. La imposición conjunta de las consecuencias jurídicas del delito económico en el proceso penal

En la medida que las diversas consecuencias jurídicas del delito no se pueden imponer automáticamente sino que requieren de un procedimiento reglado, habría que instaurar un procedimiento para cada tipo de medida. Los afectados tendrían que iniciar un proceso civil para obtener la indemnización por los daños y perjuicios, y la Administración tendría que iniciar los procedimientos administrativos requeridos para tomar alguna medida preventiva frente a situaciones de riesgo para la comunidad. No obstante, el peligro de que con esta diversidad de procedimientos se llegue a trabajar con

una base fáctica distinta, incluso contradictoria, así como la excesiva onerosidad que implicaría para el Estado y los particulares la existencia de varios procedimientos, ha llevado a que la legislación contemple la posibilidad de que en el proceso penal se apliquen o impongan también medidas no penales que respondan a las finalidades propias de otros ámbitos jurídicos, como el Derecho civil o el Derecho administrativo. Pero debe quedar claro que el hecho de que se incluyan la reparación civil, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias dentro del espectro de las consecuencias jurídicas del delito (no jurídico-penales) que pueden imponerse dentro del proceso penal, no significa dotar a todas ellas de un contenido penal, aunque puedan desarrollar empíricamente efectos en ese sentido.

La ventaja que produce la unificación de diversas consecuencias jurídicas en el proceso penal contrasta, sin embargo, con un inconveniente operativo. El juez no sólo debe manejar con suficiencia los criterios de imputación de responsabilidad penal en el ámbito económico, sino también criterios de cuantificación del daño para el tema de la reparación civil o criterios de intervención razonable de la Administración para tomar medidas de carácter preventivo. En efecto, la formación jurídica del juez penal no puede quedar reducida al manejo de los instrumentos conceptuales del Derecho penal (los criterios de imputación de un injusto culpable), sino que deberá incluir el manejo de los criterios de resarcibilidad del daño o redistribución de las ganancias, así como los criterios de razonabilidad y oportunidad para la imposición de medidas de corte administrativo. Mientras no se fomente la correcta administración de estos otros criterios por parte del juez penal, las reparaciones civiles en el proceso penal seguirán siendo actos de intuición o, peor aún, de arbitrariedad judicial (lo que explica, por otra parte, el hecho de que muchos agraviados prefieran ir por la vía civil para pedir la reparación civil), mientras que las medidas administrativas preventivas seguirán siendo utilizadas con cierta reserva por parte del juez por la falta de claridad sobre los presupuestos materiales y procesales para decidir su imposición y aplicación.

En los capítulos siguientes nos encargaremos de exponer los diversos aspectos constitutivos de las consecuencias jurídicas del delito

económico que pueden imponerse en el marco de un proceso penal. Con esta exposición se persigue no sólo perfilar los criterios de decisión para la imposición de la consecuencia jurídica propia del Derecho penal: la pena, sino también fomentar el uso adecuado del resto de mecanismos de regulación y reacción previstos legalmente para responder frente a un hecho delictivo. El manejo conjunto de las diversas consecuencias jurídicas del delito permitirá enfrentar de manera solvente el fenómeno de la criminalidad económica, pues una reacción frente a los delitos económicos con los criterios específicos del Derecho penal no podrá ser completa y eficaz[37].

[37] Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 386.

Capítulo XVII
LA PENA

I. INTRODUCCIÓN

Como ya lo hemos destacado, la pena constituye el instrumento propio del Derecho penal, pues sólo ella se sustenta en la culpabilidad jurídico-penal del autor por la realización del hecho lesivo. En consecuencia, la pena tiene como presupuesto la imputación penal de un hecho socialmente perturbador a una persona culpable. Debe quedar claro que la imposición de la pena no tiene lugar, al estilo de las leyes causales, mediante una aplicación automática que determina la procedencia y cuantía de la reacción, sino que también aquí entran en consideración cuestiones de carácter valorativo. Estas cuestiones valorativas pueden agruparse en dos grandes temas: la punibilidad y la determinación de la pena. En este capítulo nos vamos a abocar a desarrollar estos dos temas centrales de la imposición de la pena, destacando los aspectos especialmente relevantes para el Derecho penal económico.

II. LA PUNIBILIDAD

1. Necesidad, ubicación y fundamento

Por regla general un injusto culpable es punible[1]. Sin embargo, en determinados delitos económicos existen circunstancias especiales cuya ausencia o presencia determinan la efectiva imposición de la pena. Estas circunstancias se agrupan en la llamada categoría de la punibilidad, que por no estar presente en todos los delitos se le considera inesencial o accidental[2]. Pese a la relevancia de la punibilidad en la imposición de la pena de determinados delitos, esta categoría dogmática no ha recibido por parte de la doctrina penal una atención equiparable a la ofrecida a las categorías del delito como la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad[3]. Esta situación explica, de alguna forma, por qué la ubicación sistemática y los contornos de la punibilidad se encuentran tan poco definidos[4]. Parece ser que, en el fondo, la doctrina penal no tiene mucho interés en definir de manera más exacta esta categoría, pues muchas veces se le asigna una función de cajón de sastre en donde se puede meter todo aquello que no se puede incardinar en las categorías del delito[5]. Está claro que, sea por la razón que fuere, esta situación de indeterminación no se puede mantener, sobre todo si se quiere un sistema penal que ofrezca a los ciudadanos una seguridad jurídica mínima. En este sentido, los diversos aspectos de la punibilidad deben encontrar un orden sistemático que permita un manejo objetivamente justificable y, por lo tanto, predecible del sistema penal.

En nuestra opinión, la solución al problema expuesto de la punibilidad puede ir fundamentalmente por dos caminos distintos. Por un lado, se podría incorporar los distintos aspectos englobados

---

(1) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 1.

(2) Vid., MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones*, p. 116; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 48 y s.

(3) Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 62.

(4) Vid., GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 34.

(5) Vid.. FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 153.

dentro de la categoría de la punibilidad en las categorías del delito, no siendo necesario, por tanto, mantener una categoría dogmática adicional[6]. Por el otro, se podría mantener la categoría de la punibilidad como distinta al injusto culpable, pero suministrándole contornos precisos que permitan definir realmente su sentido y alcance. Si bien diversos aspectos del delito que la doctrina penal dominante asigna a la punibilidad podrían trasladarse sin mayores inconvenientes a alguna de las categorías del injusto culpable (lo que habría efectivamente que hacer), hay que reconocer que no se puede hacer esto con todos los aspectos que conforman la categoría de la punibilidad, sin correr el riesgo de una excesiva ampliación o flexibilización de los elementos de la teoría de delito[7]. Por esta razón, consideramos que la solución más recomendable no va por prescindir de la categoría de la punibilidad, sino por ubicarla adecuadamente en el sistema dogmático y, a partir de ello, establecer los criterios que le dan identidad.

Hasta ahora la discusión doctrinal sobre la ubicación dogmática de la categoría de la punibilidad se ha movido fundamentalmente entre dos opiniones: los que sostienen que forma parte de la teoría del delito y los que la consideran una cuestión de las consecuencias jurídicas del delito[8]. La simplificación de esta discusión parece, sin embargo, olvidar que existe una tercera posibilidad, a saber: que la punibilidad no se encuentra dentro de la teoría del delito ni dentro de las consecuencias jurídicas del delito, sino en medio de ambas. En efecto, la estructura formal de la ley penal está conformada por un supuesto de hecho (delito) que se encuentra vinculado normativamente con una consecuencia jurídica (pena), ubicándose la categoría de la punibilidad en el nexo de imputación que existe entre el delito y la pena. A diferencia de las leyes causales en las que, verifi-

(6) Vid., así, Bemmann, *Zur Frage*, p. 28 y ss; Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 10, n.m. 4; García Puente, *ADPCP* 1981, p. 84 y ss. Una referencia a esta propuesta y sus inconvenientes, Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 175 y ss.

(7) Similarmente, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 31.

(8) Vid., una exposición sobre esta discusión, Sáenz Torres, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 915 y ss.

cada la causa, el efecto se produce necesariamente, en las leyes jurídicas la consecuencia jurídica no opera con criterios de necesidad natural, sino con criterios de necesidad social sujetos evidentemente a valoración. En esta línea, la punibilidad agrupará un conjunto de criterios, ajenos a la consideración del delito como injusto culpable, en los que se discute si existe la necesidad de que el Estado ejerza efectivamente su *ius puniendi*.

El hecho de que factores ajenos al injusto culpable puedan levantar o autorizar la efectiva imposición de una sanción penal, muestra la importancia que tiene precisar en qué se fundamenta la punibilidad. En la doctrina penal se han presentado diversos planteamientos sobre su fundamento. Se ha recurrido a criterios tanto formales como materiales. En el primer caso, destaca el planteamiento que recurre a la bipartición entre norma de conducta dirigida a los ciudadanos y norma de sanción dirigida al juez, ubicando la punibilidad en esta última[9]. Sobre la coherencia lógica de este planteamiento no cabe hacer mayores reproches, pero no resuelve la cuestión de fondo sobre qué aspectos forman parte de la norma primaria y qué aspectos de la norma secundaria. Mientras no se ofrezca criterios materiales para ello, la utilidad del criterio formal será sólo aparente[10]. Una orientación material tienen, por el contrario, los planteamientos que buscan fundamentar la categoría de la punibilidad en criterios político-jurídicos extrapenales[11] o en la necesidad de pena[12]. Al primer planteamiento se le ha objetado entrar en cierta contradicción, pues si los criterios político-jurídicos deciden sobre la imposición de la pena, son necesariamente político-criminales y, por tanto, jurídico-penales[13]. Al planteamiento basado en la necesi-

(9) El planteamiento originario proviene de la diferencia entre norma y ley penal de BINDING, *Normen*, I, p. 3 y ss.

(10) Vid., la crítica de BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 70 y s.

(11) En esta línea, ROXIN, *Strafrecht*, AT, n.m. 21.

(12) Vid., el planteamiento de RADBRUCH, *SchwZStr* 51 (1937), p. 255; STRATENWERTH, *ZStW* 71 (1959), p. 567.

(13) Vid., así la crítica de GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 49, 314 y s. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 161.

dad de pena, por su parte, se le ha criticado no sólo la poca claridad sobre el término merecimiento y necesidad de pena[14], sino también el hecho de que este criterio resulta también manejable en las categorías del delito[15].

En nuestra opinión, la búsqueda del fundamento de la categoría de la punibilidad no va por uno sólo de los planteamientos antes esbozados, sino que, de alguna forma, todos destacan algo cierto sobre la punibilidad. Por un lado, debe reconocerse que si el injusto culpable ya se ha configurado, es evidente que la punibilidad no se puede basar en la norma de conducta que el juez ha utilizado como baremo de medición del delito. Y esta situación lleva a concluir también que la punibilidad no está compuesta por criterios derivados del injusto culpable, sino por otras buenas razones previstas por el legislador. En consecuencia, se trata de aspectos distintos a los que fundamentan la punición de la conducta por la infracción de la norma de conducta. Pero debe quedar claro también que estas razones deciden igualmente sobre la necesidad de pena[16], teniendo, por tanto, un carácter jurídico-penal. Si bien el Estado está ya legitimado para castigar a una persona, pues se ha determinado la existencia de un injusto penal culpable, hay otras razones, ajenas a los criterios de imputación penal, que recomiendan no hacer efectiva la pena. El fundamento de la punibilidad se encuentra, en definitiva, en la falta

(14) Vid., García Pérez, *La punibilidad*, p. 330 y s. Incluso se ha criticado la necesidad del binomio merecimiento de pena y necesidad de pena, pues el merecimiento de pena viene determinado por la necesidad. No hay nada previo a la necesidad. Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 10, n.m. 5.

(15) Vid., con mayores referencias, García Pérez, *La punibilidad*, p. 57.

(16) Esta afirmación pone de manifiesto que la imposición de una pena por parte del Estado no depende solamente del sentido negativo socialmente atribuido al hecho lesivo culpable, sino que cuentan también otras consideraciones socialmente relevantes, como, por ejemplo, el interés por evitar la bagatelización del Derecho penal, por la conservación de ciertas instituciones (familia), por conocer la veracidad de las imputaciones hechas a funcionarios públicos, etc. Vid., similarmente, Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 66; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La exención*, p. 166 y s., en relación con la satisfacción de las pretensiones tributarias frente a los delitos tributarios.

de necesidad de pena por factores o criterios que no se desprenden del injusto penalmente relevante.

2. Los presupuestos de la punibilidad

Los presupuestos de la punibilidad son los criterios adicionales al injusto culpable que deciden sobre el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado. Se trata de situaciones que no son relevantes para el injusto culpable, pero que afectan igualmente la cuestión general de la necesidad de pena. Los presupuestos de la punibilidad pueden manifestarse de una forma positiva o de una forma negativa[17], no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación[18]. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad constituyen la manifestación positiva de la punibilidad, mientras que la expresión negativa tiene lugar a través de las llamadas causas de exclusión de la punibilidad o, conocidas también, como excusas absolutorias[19]. Es importante destacar que, en la medida que se trata de aspectos ajenos al delito que afectan la necesidad de pena, no interesa si se presentan de manera concomitante al hecho delictivo o con posterioridad[20]. En consecuencia, no resulta necesaria una ordenación

---

(17) Vid., con mayores referencias, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 40; MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones*, p. 91 y ss., 108 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 36; MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 29.

(18) Vid., así, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 30.

(19) Sobre la procedencia francesa del término excusas absolutorias y su incorporación al Derecho español por Luis Silvela, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, p. 29 y ss.

(20) Se muestra crítico, en este sentido, frente a la distinción entre causas de exclusión de la punibilidad y causas de levantamiento de la pena, VOLK, K., *ZStW* 97 (1985), p. 882; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 10, n.m. 10. No obstante un amplio sector de la doctrina penal considera relevante esta distinción. En esta línea, FARALDO CABANA, *Las causas*, pp. 38, 177 y s., considera que las causas de levantamiento de la pena no deben ubicarse dentro de un concepto estricto de punibilidad, sino en otra categoría de "otros presupuestos de la pena". Por su parte, ZAFFARONI, *Manual*, PG, II, p. 796, diferencia entre causas que excluyen la penalidad y las que cancelan la penalidad.

de los presupuestos de la punibilidad en función de si son coetáneos o sobrevivientes al hecho delictivo, sino simplemente determinar si estas circunstancias levantan la necesidad de pena.

A. Las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que deben añadirse a la acción que realiza el injusto culpable para que genere la necesidad de una intervención penal[21]. Por lo general se trata de resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo o la culpa del autor[22]. Sin embargo, en la doctrina penal se han diferenciado las condiciones objetivas de punibilidad propias y las impropias. Mientras las primeras son completamente ajenas al injusto penal, las segundas pertenecen por su naturaleza al injusto penal, pero, por razones político-criminales, se sustraen del injusto para aligerar sus presupuestos de imputación objetiva y subjetiva[23]. Está claro que, en sentido estricto, solamente las primeras pueden considerarse condiciones objetivas de punibilidad[24]. Los aspectos referidos al injusto que se enmascaran como condiciones objetivas de punibilidad no deben ser interpretados como aspectos de la punibilidad, sino que deberá exigírseles los requisitos de imputación objetiva y subjetiva propios del injusto culpable[25]. De lo contrario, la seguridad que ofrece la coherencia del sistema de la teoría del delito se tiraría por la borda.

---

(21) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 2. En el mismo sentido, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, § 53, I 1.

(22) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 2.

(23) Vid., por todos, García Pérez, *La punibilidad*, p. 39 y s., nota al pie de página 34.

(24) Vid., Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 75; Moreno-Torres Herrera, *El error*, pp. 33 y s., 37.

(25) Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 6 y ss.; Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 40. De manera excesiva, Zaffaroni, *Manual*, PG, II, p. 808, hace esta afirmación respecto de todas las condiciones objetivas de punibilidad que se refieran a aspectos de Derecho penal.

Especialmente cuestionado ha sido el recurso a la figura de las condiciones objetivas de punibilidad para excluir el castigo de determinados delitos de peligro abstracto que no alcanzarían, por la falta de un resultado grave, un grado de perturbación social que merezca sancionarse formalmente[26]. Las condiciones objetivas de punibilidad se utilizarían en este caso para evitar una excesiva criminalización en los delitos de peligro abstracto. Así, por ejemplo, estaría configurado el tipo penal del delito financiero de concentración crediticia que exige como condición objetiva para el castigo del delito que la institución financiera entre en una situación de insolvencia[27]. En estos casos, el delito de peligro abstracto se configura con la realización de la conducta del funcionario bancario de aprobar créditos a personas vinculadas por encima de los límites legales. No obstante, el legislador penal entiende que solamente será necesaria la imposición efectiva de una pena si al hecho le sigue una situación de insolvencia de la institución financiera[28]. En este sentido, la pena solamente podrá imponerse si se produce una situación económica que pone en peligro los intereses económicos de la empresa financiera y terceros vinculados (clientes o acreedores). La imputación subjetiva del dolo en el delito de concentración crediticia, por su parte, no requiere un conocimiento que llegue hasta la producción de la situación de insolvencia.

Otro aspecto especialmente discutido se presenta en los casos en los que el tipo penal exige un determinado grado de gravedad del resultado para poder sancionar penalmente la conducta típica.

---

(26) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 10, n.m. 1.

(27) Del mismo parecer, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 64 y s.; ÁVALOS RODRÍGUEZ, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 469.

(28) Importante es aclarar que debe existir una relación real entre la conducta típica y la situación de insolvencia, de manera tal que si la situación de insolvencia se produce por otras razones de crisis económica, no se habrá cumplido con la condición objetiva de punibilidad. Sobre esto, en relación con el delito de quiebra, vid., NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 65 y s.

El punto de discusión se centra fundamentalmente en saber si esta gravedad constituye un elemento del tipo penal o si simplemente es una condición objetiva de punibilidad que no forma parte del objeto del dolo del autor. La respuesta a este interrogante no puede ir exclusivamente en un sentido o en otro, sino que re quiere hacer una distinción de relevancia dogmática. Si se trata de riesgos prohibidos determinados cuantitativamente, como sería el caso de la contaminación medioambiental, el nivel de gravedad deberá ser considerado en la tipicidad de la conducta con la consiguiente inclusión en el objeto del dolo[29]. Por el contrario, si la gravedad del resultado no afecta el carácter ilícito de la conducta, sino que constituye simplemente un control de casos bagatela, como sería el caso del límite de las dos unidades impositivas tributaras en el delito de contrabando, la lesividad cuantitativa será propiamente una condición objetiva de nulidad. En estos casos, la conducta que no alcanza el límite previsto configura igualmente un delito, pero la gravedad y onerosidad de la represión penal resultan tan grandes que no resulta prudente activar el mecanismo de persecución penal para la represión de un ilícito de poca monta.

B. Las causas de exclusión de la punibilidad

Las causas de exclusión de la punibilidad son aquellas circunstancias referidas al hecho o al autor, cuya concurrencia o aparición excluye la punibilidad del hecho delictivo[30]. En la doctrina penal se ha distinguido las causas personales de exclusión de la punibilidad de las causas materiales de exclusión de la punibilidad. Como se verá en el apartado siguiente, esta distinción no sólo tiene un interés conceptual, sino que presenta consecuencias prácticas diversas.

---

[29] No obstante, debe indicarse que el dolo no debe alcanzar el grado exacto de gravedad exigido por el tipo penal, pues el dolo eventual puede fundamentar igualmente el ilícito penal (vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 146).

[30] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 3.

a. Causas personales de exclusión de la punibilidad

Las causas personales de exclusión de la punibilidad eximen de la pena a las personas que poseen un determinado estatus o cualidad especial, no beneficiando, por tanto, a los otros intervinientes en el hecho que no reúnan esta cualidad especial[31]. Por ejemplo, al congresista que injuria a otro en un debate en el Congreso no podrá imponérsele la pena prevista para el delito de injurias, pues se encuentra amparado por el privilegio de la inviolabilidad establecida en la Constitución Política. Debe quedar claro que las causas personales de exclusión de la pena no se sustentan en la diferencia de las personas, sino en la preservación de ciertos intereses vinculados al ámbito de actuación de la persona o a sus relaciones con otros. Para seguir con el ejemplo: el fundamento de la causa personal de exclusión de la pena de la inviolabilidad de los congresistas no radica simplemente en tener el estatus social de congresista, sino en el hecho de que la labor que desarrollan estos funcionarios requiere de márgenes de mayor libertad que los preserve de posibles interferencias de otros poderes del Estado[32].

La exclusión de la punibilidad por razones de carácter personal no se limita a los casos de cualidades especiales que posee el autor al momento del hecho. La pena puede excluirse por la producción o aparición de hechos posteriores que tengan una incidencia personal sobre la necesidad de pena. Como puede verse, somos de la opinión que no cabe distinguir dogmáticamente las causas de exclusión de la punibilidad respecto de las causas de levantamiento, supresión o cancelación de la pena[33]. En consecuencia, los supuestos de exclu-

---

(31) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 4; LENCKNER, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 53.

(32) Vid., igualmente, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 55 y s. Habla, en este sentido, de una capacidad funcional del parlamento, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 4.

(33) En esta línea, HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, p. 107, considera como clases de excusas absolutorias las excusas absolutorias preexistentes a la comisión del delito y las excusas absolutorias posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito.

sión de la responsabilidad penal personal por hechos o circunstancias posteriores como el arrepentimiento activo de un interviniente en el delito, la exención de pena del artículo 68 del Código penal o la prescripción constituirán también causas de exclusión de la punibilidad de carácter personal. En el ámbito del Derecho penal económico estos supuestos no son nada escasos, como lo muestra el efecto exoneratorio de la reparación del daño o el suministro de información eficaz en los delitos contra el sistema crediticio o en los delitos tributarios. Debemos precisar que si bien estos supuestos no siempre dan pie a una exclusión de la pena, permiten en determinados casos cuando menos la atenuación de la misma.

b. Causas materiales de exclusión de la punibilidad

Las causas materiales de exclusión de la punibilidad se refieren a circunstancias concomitantes o posteriores al hecho que eximen de pena. El carácter objetivo de estas causas de exclusión de la punibilidad trae como consecuencia que la falta de punibilidad beneficie a todos los partícipes[34]. Un ejemplo bastante extendido es la llamada *exceptio veritatis* o excepción de la verdad en los delitos contra el honor. Esta causa de exclusión de la punibilidad se encuentra regulada en el artículo 134 del Código penal y permite en determinados casos eximir de responsabilidad penal al autor de un delito de difamación si prueba la veracidad de sus imputaciones. Al igual que las causas personales de exclusión de la punibilidad, debe señalarse que la punibilidad de la conducta también puede excluirse objetivamente mediante un hecho posterior a la realización del delito. Para mantenernos en los delitos contra el honor: si en el caso de una difamación o injuria encubierta o equívoca el acusado ofrece explicaciones satisfactorias en juicio, quedará exento de responsabilidad penal, tal como puede deducirse del artículo 136 del Código penal.

En el Derecho penal económico se contemplan también supuestos de exclusión material de la punibilidad. En nuestra legislación

---

(34) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 4; Lenckner, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 32 y ss., n.m. 131; Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 57.

puede mencionarse, por ejemplo, la llamada regularización tributaria prevista en el artículo 189 del Código tributario. Conforme a esta disposición, "no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de alguna de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley penal tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas". Como puede verse, y con independencia de las particularidades de la regulación, se trata de un hecho posterior al delito que excluye la necesidad de penar un delito tributario[35]. En la medida que esta causa de exención de la pena se sustenta en el comportamiento posterior del autor del delito, se le considera una causa de levantamiento de pena[36]. Sin embargo, y en la medida que no consideramos necesario diferenciar normativamente entre exclusión de pena y levantamiento de pena, preferimos calificarla, en general, como causa de exclusión de la pena.

3. Consecuencias dogmáticas

La aceptación de los presupuestos de la punibilidad como una categoría dogmática autónoma del injusto culpable da lugar a diversas cuestiones problemáticas relacionadas con la teoría del delito. De manera general hay que decir que la solución de estas cuestiones no puede tener un carácter unívoco, sino que requiere una respuesta diferenciada en función del fundamento dogmático de cada aspecto de la teoría del delito que se problematiza en relación con la categoría de la punibilidad. Veamos de manera más detallada cuáles son estas cuestiones problemáticas.

---

(35) En el mismo sentido y con amplias referencias, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 164.

(36) Vid., así, DE LA MATA BARRANCO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 305.

A. El error sobre la punibilidad

Un punto de especial discusión es la relevancia del error sobre la punibilidad de la conducta. En cuanto al error pueden presentarse dos situaciones: que el autor crea que su conducta, a pesar de ser delito, no es punible o que considere que es punible, no siéndolo. En el primer caso, la posición tradicional desde Binding[37] ha sido la irrelevancia del error[38]. No obstante, algunas voces de la doctrina han comenzado a cuestionar la exactitud de esta conclusión, admitiendo de forma excepcional o general la relevancia del error[39]. El principal argumento a favor de este cambio de concepción, se encuentra en el hecho de que la prevención general, admitida por gran parte de la doctrina, presupone que el autor conozca si su hecho resulta punible o no[40]. Hay que señalar, sin embargo, que el argumento antes mencionado, en todo caso, valdría sólo para quienes parten de una función motivadora de la pena[41]. Por el contrario, para quienes entendemos que la pena tiene una función reestabilizadora, el error sobre la punibilidad de la conducta resultará irrelevante, pues la defraudación de una expectativa normativa de conducta sólo requiere subjetivamente que el autor conozca el carácter defraudador de su hecho, pero no su efectiva punición. En la medida que la defraudación se produce con la realización del injusto

---

(37) Binding, Normen, T. III, p. 98 y ss.

(38) En la actualidad mantienen este criterio desde distintas perspectivas, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 30; Lenckner, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; Martínez Pérez, *Las condiciones*, p. 120 y ss.; García Pérez, *La punibilidad*, p. 391; Ávalos Rodríguez, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 14, p. 468 y s.

(39) Vid., Schroeder, *LK*, 10. Aufl., § 17, n.m. 7; Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 204; Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 97 y ss.

(40) Vid., así, el planteamiento original de Feuerbach, *Lehrbuch*, § 85. Sobre este planteamiento, vid., Maurach, *FS-Eb. Schmidt*, p. 305; Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 83 y s.

(41) Aunque esto tampoco es así necesariamente, pues, como lo señala Roxin, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 13, el conocimiento de la prohibición bastaría para motivar al sujeto a un comportamiento fiel al Derecho.

culpable sin mayores circunstancias adicionales positivas o negativas, el error sobre la efectiva imposición de la pena por la existencia o no de circunstancias ajenas al injusto culpable no resultará relevante.

En cuanto al caso de la creencia errónea de estar realizando un hecho punible, cuando en realidad el delito no es punible, no podrá hablarse, en sentido estricto, de una tentativa, pues el hecho delictivo se encuentra ya consumado, sin necesidad de que se haga efectiva o no la punibilidad de la conducta. En consecuencia, la suposición errónea de la punibilidad de la conducta no generará una responsabilidad penal por tentativa(42), sino que se tratará de un delito consumado que simplemente no puede ser efectivamente castigado por la ausencia de un presupuesto de punibilidad exigido por la ley. Por consiguiente, no hay posibilidad de construir dogmáticamente una figura de tentativa de un delito punible, sino que el delito quedará impune por la presencia o ausencia de un presupuesto de la punibilidad.

B. La participación

Otro punto de discusión se presenta en relación con las reglas de participación en el delito. Dos son las cuestiones problemáticas de la participación que se suscitan en la punibilidad. En primer lugar está la cuestión de si cabe hablar de una participación cuando se interviene luego de realizado el delito, pero antes de que tengan lugar los presupuestos de punibilidad exigidos. La respuesta a esta cuestión no es tan problemática: una participación punible sólo es posible mientras se realiza el delito. La intervención posterior, aunque sea antes de que aparezca el presupuesto de la punibilidad requerido por la ley, sólo podrá dar lugar a una intervención post ejecutiva que abra la posibilidad de castigar al interviniente como encubridor, pero, de ninguna manera, podrá fundamentar el castigo como partícipe.

(42) Igualmente, aunque sí admite la relevancia del error en el supuesto anterior, MORENO-TORRES HERRERA, *El error*, p. 109.

La segunda cuestión problemática consiste en el castigo al resto de los partícipes en el hecho no punible. En la doctrina penal domina el parecer de que mientras la ausencia de una causa objetiva de la punibilidad beneficia a todos los partícipes, la presencia de una causa de exclusión de la punibilidad sólo beneficia a los sujetos en quienes concurra la circunstancia[43]. Esta afirmación ha empezado, sin embargo, a relativizarse con la aparición de las llamadas excusas absolutorias objetivas o materiales que afectarían a todos los partícipes en el hecho[44]. La doctrina ha intentado sustentar esta consecuencia mediante cierta proximidad de estas excusas absolutorias con las causas de justificación[45], pero debe reconocerse que esta forma de fundamentación produce una mayor confusión en las categorías sistemáticas del delito[46]. En el fondo, consideramos que la solución al problema se presenta más sencilla.

Para responder a la cuestión de si la falta de punibilidad del delito beneficia a todos los partícipes o no, hay que determinar si la razón en la que el Estado sustenta su renuncia a su pretensión punitiva resulta siendo de carácter personal u objetivo. En el primer caso, la renuncia de pena se presenta sólo respecto de una persona, mientras que en el segundo caso la renuncia a la pena tiene lugar respecto de todos los partícipes en el hecho. En consecuencia resulta plenamente justificado que la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una excusa absolutoria material implique una renuncia de la pena respecto a todos los partícipes en el hecho, mientras que en el caso de la excusa absolutoria personal la renuncia se limite solamente a la persona a la que le alcanza la excusa. No es una cuestión que deba solucionarse a partir de las reglas de la autoría y participación, pues la punibilidad, como lo hemos

---

(43) Vid., por todos, García Pérez, *La punibilidad*, p. 36.

(44) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 4; García Pérez, *La punibilidad*, p. 45; Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 206; Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 31.

(45) Vid., así, Maurach/Zipf, *Strafrecht*, AT, T. I, p. 478.

(46) Así la crítica de Bacigalupo Zapater, *Delito y punibilidad*, p. 207.

señalado, no es una categoría del delito, sino una categoría intermedia entre el delito y la consecuencia jurídica. Se trata, en resumidas cuentas, de una renuncia a la pena respecto de alguno o todos los intervinientes en el delito.

En el ámbito de los delitos tributarios, se le ha reconocido a la regularización tributaria, como ya lo señalamos, el carácter de causa de exclusión material o referida al hecho de exclusión de la punibilidad[47], pues, conforme se desprende de nuestra regulación legal, la regularización tributaria impide el inicio del proceso penal por el delito tributario. El carácter material u objetivo de este presupuesto de la punibilidad tiene como consecuencia una exención de pena que beneficia también a los otros partícipes en el hecho[48], de manera tal que la regularización de contribuyente frente a la deuda tributaria traerá consigo que tampoco pueda imponérsele la sanción penal a los partícipes en el hecho (contador, por ejemplo). Un aspecto que resulta discutible es si la exención de pena por el delito tributario exime de la posibilidad de castigo por cualquier delito concurrente o sólo por el delito tributario[49]. La redacción legal parece decantarse por la segunda posibilidad[50]. Sin embargo, consideramos que la respuesta a este interrogante requiere una matización. Si se trata de delitos que se encuentran englobados por el desvalor del delito fiscal, entonces la exención también les alcanzará, no siendo éste el caso si los delitos concurrentes están referidos a otros bienes jurídicos.

---

(47) Igualmente SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 164.

(48) Vid., con amplias referencias bibliográficas en la discusión española, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 119 y ss.

(49) Por ello, DE LA MATA BARRANCO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 306, discute la posibilidad de exigir que la exención de pena se realice a través de una sentencia que determine si no hay delitos conexos. Esta interpretación, sin embargo, no resulta compatible con el tenor de nuestra regulación.

(50) Más extensiva resulta el tenor de la regulación española, que habla de "responsabilidad penal". Vid., al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 127 y ss.

C. El momento y el lugar del delito

La discusión también se ha presentado respecto de la cuestión de si una condición objetiva de punibilidad sobreviniente puede modificar los aspectos de momento y lugar del delito. La doctrina dominante considera que la condición objetiva de punibilidad es irrelevante en cuanto al momento y lugar del delito(51). Sin embargo, este parecer general se ha comenzado a relativizar para el caso de la prescripción. En efecto, un sector de la doctrina penal ha señalado que en los casos de una condición objetiva de punibilidad los plazos de prescripción no corren a partir del momento en que se consuma el delito, sino del momento en que se cumple con el presupuesto de punibilidad(52). Este parecer se apoya en el hecho de que resultaría injusto que el autor de un delito se vea beneficiado por la prescripción de un delito que no ha podido castigarse por la falta de una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, la prescripción solamente se habrá producido si desde el momento en que se verifica la condición objetiva de punibilidad ha transcurrido el plazo de prescripción. Este parecer nos parece el más adecuado, por lo que los plazos de prescripción deberán correr a partir del momento en que es posible castigar el delito, es decir, desde que, en los delitos en los que se exige, se produce la condición objetiva de punibilidad. Evidentemente las llamadas condiciones de procedibilidad como la denuncia o requerimiento de parte no deben seguir esta regla, pues, en estos casos, la efectiva punibilidad del delito depende de los afectados y no de un evento ajeno a su voluntad.

4. La distinción con los presupuestos de procedibilidad

En la medida en que el Derecho penal y el Derecho procesal penal no constituyen un sistema integrado, los presupuestos de la

(51) Vid., así, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 30. De otra opnión, Schmidhäuser, *ZStW* 71 (1959), p. 559.

(52) Vid., Stree, *JuS* 1965, p. 473; El Mismo/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder *StGB*, § 78 a, n.m. 13; Lenckner, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 13 y ss., n.m. 126; Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 76.

punibilidad deben diferenciarse de los llamados presupuestos de procedibilidad[53]. Como presupuestos de procedibilidad se suelen considerar los informes técnicos de instituciones como el INDECOPI en delitos relacionados con su actividad de protección y supervisión. La doctrina especializada ha ensayado diversos criterios para poder hacer esta diferenciación. Un criterio que aún hoy se maneja es el desarrollado originalmente por BELING que orienta el Derecho penal material al merecimiento del mal de la pena y el Derecho procesal penal a la actividad procesal[54]. Conforme a este planteamiento, los presupuestos de punibilidad afectarían el merecimiento del mal de la pena, mientras que los presupuestos de procedibilidad recaerían solamente el "si" y el "cómo" de la actividad procesal[55]. A este criterio se le ha objetado, entre otras cosas, no proporcionar un criterio material[56]. Pero quizá la crítica más relevante sea aquélla que le reprocha limitar el criterio de imposición de la pena solamente al aspecto del merecimiento, extendiendo excesivamente el Derecho procesal a costa del Derecho penal material[57].

En una línea completamente contraria se encuentra la propuesta de distinción de Hilde KAUFMANN, quien recurre al siguiente *test* para decidir la naturaleza penal o procesal de la cuestión: si la imposición de pena o no depende de la circunstancia en cuestión sin un proceso, entonces se tratará de un presupuesto de punibilidad[58]. Como puede verse, este planteamiento, a diferencia del anterior, extiende el Derecho penal a costa del Derecho procesal. Las críticas a este planteamiento no se han hecho esperar. Por un lado, se le

---

(53) Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho* 39 (1985), p. 356; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 60.

(54) Vid., BELING, *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, p. 6.

(55) Vid., BELING, *Die Lehre*, p. 51 y ss. Este criterio ha sido seguido, con algunas particularidades sobre todo en cuanto a la función de la pena, por BEMMANN, *Zur Frage*, p. 27.

(56) Vid., KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, p. 109.

(57) Vid., así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 47.

(58) Vid., KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, pp. 1 y ss., 134.

reprochó la pretensión de construir una diferencia entre Derecho penal y Derecho procesal prescindiendo del proceso: El Derecho penal se realiza única y exclusivamente en el proceso[59]. Por el otro, se le cuestiona que el *test* hipotético propuesto para hacer la distinción tenga un contenido material, cayendo, por tanto, en el mismo problema que se le reprochó al planteamiento de BELING[60].

Los extremos a los que llegan los planteamientos antes expuestos parecen abogar por soluciones intermedias. En esta línea parece moverse precisamente el planteamiento originalmente propuesto por GALLAS[61] y desarrollado luego, con sus propios matices, por SCHMIDHÄUSER[62]. Se trata, en resumidas cuentas, de considerar, a la luz del principio de legalidad, como presupuestos de la punibilidad aquellas circunstancias independientes de la culpabilidad que están en conexión con el hecho, mientras que aquellas circunstancias que son ajenas al complejo del hecho solamente serán presupuestos de procedibilidad. En efecto, solamente los aspectos que están inmediatamente vinculados al hecho son alcanzados por las exigencias del principio de legalidad y, por lo tanto, tienen un carácter de Derecho material[63]. Sin embargo, la posición intermedia de este planteamiento no le ha liberado de críticas. Quizá el aspecto más cuestionado sea el hecho de entender que el principio de legalidad tenga un ámbito de aplicación limitado al Derecho penal sustantivo[64]. En cualquier caso, tampoco este criterio de distinción ofrece márgenes de separación claros con soluciones unívocas[65]. Por ello, no puede

---

(59) Vid., así, VOLK, K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, p. 11 y ss.

(60) Vid., así, BLOY, *Strafausschliessungsgründe*, p. 29 y ss.

(61) Vid., la propuesta de Gallas en las sesiones de la Comisión de Derecho penal para la reforma del Código penal alemán, *Niederschriften*, V, p. 104.

(62) Vid., SCHMIDHÄUSER, *ZStW* 71 (1959), p. 558. En esta misma línea, STRATENWERTH, *ZStW* 71 (1959), p. 574; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 52.

(63) Vid., así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 52.

(64) Vid., en este sentido, KAUFMANN, H., *Strafanspruch*, p. 123 y ss.

(65) Vid., por ejemplo, las diferentes conclusiones a las que llega Gallas y Schmidhäuser, GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad*, p. 63, nota al pie de página 179.

sorprender que la doctrina penal concluya que no se ha encontrado aún un criterio preciso para delimitar los presupuestos de la punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad[66].

Consideramos que la razón fundamental por la que no se ha podido encontrar un criterio seguro para delimitar el Derecho penal y el Derecho procesal penal se debe al hecho de tener un punto de partida equivocado: la separación funcional entre el Derecho penal y el Derecho procesal. Si se parte, por el contrario, de la idea de que el Derecho penal forma un sistema integral que abarca también al Derecho procesal[67], la separación conceptual solamente sería relevante a efectos de las consecuencias prácticas, pero no en cuanto a la función integral del sistema penal[68]. Si la falta de necesidad de punir un delito por la presencia o ausencia de aspectos ajenos al injusto culpable se expresa en circunstancias vinculadas directa o indirectamente al hecho o en otras razones, en el fondo no interesa, pues siempre llevará a la misma consecuencia del sistema. Para decirlo de manera más concreta: Si un delito leve no se castiga porque no alcanza cierto nivel de gravedad o porque el afectado no denuncia el hecho, se sustenta, en el fondo, en el mismo fundamento: la levedad del delito. En un caso el sistema penal ha determinado la punibilidad de forma objetiva con un criterio cuantitativo, mientras que en el segundo caso lo deja a la discreción del afectado[69]. Si es que se estudia detenidamente los diversos presupuestos de punibilidad y de procedibilidad se podrá llegar finalmente a la misma relación.

En atención a nuestras consideraciones, podemos decir que la distinción entre los presupuestos de la punibilidad y los presupuestos

---

(66) Vid., así, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 66.

(67) En esta línea, el planteamiento de un sistema integral propuesto por la escuela encabezada por Frisch. Vid., sobre esto, con finas apreciaciones, SILVA SÁNCHEZ, Introducción al *Sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (eds.), p. 21.

(68) Así, NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 57, nota al pie de página, dice que las condiciones objetivas de punibilidad y persiguibilidad tiene probablemente más cosas en común que elementos diferenciadores.

(69) Y así podría establecerse otros paralelismos. Por ejemplo, entre el principio de oportunidad y la exención de pena.

de procedibilidad depende de la eventual configuración normativa que se le dé a la respectiva circunstancia que influye sobre el efectivo castigo del hecho. Si la circunstancia se manifiesta como independiente de las reglas del proceso penal, se tratará de un presupuesto positivo o negativo de punibilidad. Si la circunstancia, por el contrario, está vinculada al inicio, prosecución o archivamiento del proceso penal, entonces estaremos ante un presupuesto de procedibilidad. Esta distinción tiene evidentemente consecuencias prácticas: el presupuesto de punibilidad lleva a la absolución, mientras que el presupuesto de procedibilidad lleva al sobreseimiento o archivo del proceso; el presupuesto de punibilidad tiene expresión procesal mediante una excepción de naturaleza de acción, el presupuesto de procedibilidad mediante una cuestión previa[70]. No obstante, la finalidad que informa ambos tipos de presupuestos son los mismos: Hacer depender la imposición de una pena o el procesamiento penal para imponer una pena, de la presencia o no de una circunstancia especial.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Una vez establecida la existencia de un hecho delictivo y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho, resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido. Existen, en principio, tres sistemas de determinación de la pena[71]. Por un lado, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código penal francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador. A este sistema se le opone completamente el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena[72]. El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas

---

(70) Vid., así, San Martín Castro, *Derecho* 39 (1985), p. 365 y s.

(71) Vid., Boix Reig/Orts Berenguer, *RPCP* 7-8, p. 302 y s.; Bramont Arias, *La ley penal*, p. 47; El Mismo/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 244.

(72) Críticamente, Ziffer, *Lineamientos*, p. 23.

parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Dentro de este tercer sistema caben dos vertientes: o el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena(73). Nuestro Código penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena.

El proceso de determinación de la pena asumido por nuestro Código penal constituye un proceso complejo(74) que se lleva a cabo tanto en el plano legislativo como judicial. En primer lugar, el legislador precisa la clase de pena que el juez puede imponer por el hecho cometido, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), dentro del que se moverá el juez penal para determinar la pena concreta. Hay que precisar, sin embargo, que el juez no realiza de forma autónoma la individualización de la pena a partir del marco penal abstracto. El legislador penal ofrece adicionalmente ciertos criterios generales que concretan parcialmente el marco legal abstracto (marco abstracto-concreto). Por un lado, el legislador prevé un conjunto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, aumentando o reduciendo el marco penal inicialmente previsto y, por el otro, establece las reglas que debe seguirse para determinar el marco penal abstracto en caso de concurso de delitos. Con el marco penal resultante de aplicar eventualmente las reglas anteriores, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor, en función de ciertas circunstancias específicas previstas en la ley. Veamos con mayor detalle en qué consisten cada uno de estos pasos del proceso de determinación de la pena(75).

---

(73) Vid., BOIX REIG/ORTS BERENGUER, *RPCP* 7-8, p. 303.

(74) Vid., así, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 26 y ss.

(75) Es cierto que en la doctrina se incluye una tercera fase de la determinación de la pena (la determinación administrativa), constituida por los criterios de decisión de la autoridad administrativa durante la ejecución de la pena [vid., BUSTOS

1. El marco penal abstracto

A. La clase de pena

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito. En el artículo 28 del Código penal se contemplan las diversas clases de pena que pueden preverse para los delitos de la parte especial del Código penal y, por aplicación supletoria (artículo X del Título preliminar del Código penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales. Estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en el tipo penal respecto de su imposición. En primer lugar, puede presentarse como una pena única, es decir, como la única pena de determinada naturaleza que puede imponerse al delito(76). Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa(77). Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro Código penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (artículo 39). Hay que precisar que la pena accesoria requiere ser expresamente impuesta por el juez en la sentencia condenatoria(78).

Las clases de penas previstas en el artículo 28 del Código penal son las siguientes: pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Con este

---

Ramírez, *Obras completas*, T. I, p. 701; Ziffer, *Lineamientos*, p. 25; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 322]. Sin embargo, esta fase de la determinación de la pena no la vamos a abordar por tener un lugar más adecuado de exposición en el Derecho penitenciario.

(76) Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 42.

(77) Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 43.

(78) Vid., en este sentido, Bustos Ramírez, *Obras completas*, T. I, p. 671.

artículo, se hace una primera delimitación legal de la consecuencia jurídico-penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para los delitos de la parte especial. Se trata, por tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena, de manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta a las previstas en el artículo 28 del Código penal. Así pues, este artículo del Código penal no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

La previsión legal de la pena hecha por el legislador para cada delito de la parte especial, así como la posterior determinación judicial de la pena, no pueden rebasar el límite general impuesto por el artículo 28 del Código penal. En consecuencia, resulta de suma importancia exponer de manera general los rasgos distintivos de las diferentes clases de pena previstas en el artículo 28 del Código penal, destacando especialmente las clases de penas que resultan particularmente relevantes para el Derecho penal económico. No pretendemos entrar en una exposición detallada sobre cada clase de pena, sino simplemente hacer una exposición general, en la que se destaque las clases de pena que resultan especialmente relevantes para reprimir el sector de la criminalidad económica.

a. La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario[79]. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código penal, este texto punitivo ha unificado la pena privativa de libertad[80], no diferenciando diversas

(79) Vid., TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 38, n.m. 3. Igualmente, Prado Saldarriaga, Las consecuencias jurídicas, p. 48.

(80) Vid., Exposición de motivos del Código penal de 1991. Vid., el origen alemán de esta pena privativa de libertad unificada, STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, preliminares a los §§ 38 y ss.; n.m. 26.

modalidades de la pena privativa de libertad, como lo hizo, por ejemplo, el Código penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: el régimen privado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97 del Código de Ejecución Penal). En el actual Código penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua[81].

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad sobre todo desde los defensores de la criminología críticas[82], en las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad más grave. Si bien no se ha excluido del catálogo de penas, la pena privativa de libertad tendría que reservarse para los hechos más intolerables[83]. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves (por ejemplo: la pena privativa de libertad no mayor de un año para el delito de contabilidad paralela del artículo 199 del CP), pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría hacer efectiva la pena prevista, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas (penas restrictivas de derechos, por ejemplo)[84]. En la medida que los delitos económicos no cuentan con un alto reproche social, es mejor no prever en la ley penal penas privativas de libertad.

En nuestra opinión, la solución general al problema planteado no va por prescindir de las penas privativas de libertad para delitos

---

(81) Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 48.

(82) Vid., la exposición sintética, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 49 y ss.

(83) En este sentido, Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 46; Rebollo Vargas, *RPCP* 7-8, p. 554, recomienda esta pena solamente para delitos graves y menos grave.

(84) Vid., Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 56.

económicos, sino en destacar la real lesividad social de la delincuencia económica. Al igual que la delincuencia común, es posible diferenciar en los delitos económicos delitos graves, como el fraude en la administración de personas jurídicas, y delitos leves, como el funcionamiento de casinos sin autorización. La pena privativa de libertad debería reservarse solamente para los delitos graves[85]. En el caso de delitos económicos, cuya gravedad pueda ser distinta en función de los montos defraudados, podrían establecerse criterios cuantitativos de gravedad, como sucede en el caso del delito de contrabando, reservando la pena privativa de libertad para los casos cuantitativamente más graves. En consecuencia, no resulta recomendable excluir a los delitos económicos de las penas privativas de libertad, sino que deben mantenerse penas privativas de libertad para los delitos económicos, siendo necesario únicamente que tenga la suficiente gravedad como para admitir como reacción proporcional la pena privativa de libertad.

b. Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. Son de dos tipos: la pena de expatriación para el caso de nacionales y la pena de expulsión del país para el caso de extranjeros. En la medida que estas penas no implican una limitación grave a la libertad de movimiento, no se les considera una pena autónoma, sino, más bien, una pena complementaria a la pena privativa de libertad[86]. En este sentido, las penas restrictivas de libertad se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad impuesta. Esta clase de pena se prevé para delitos especialmente graves (narcotráfico, por ejemplo) o para delitos contra el Estado y la Defensa Nacional[87]. En el Derecho penal económico su incidencia es escasa.

---

(85) Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 161 y s.

(86) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 82.

(87) Vid., así, Exposición de motivos del Código penal.

c. Las penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, la libertad personal, los derechos políticos, etc. El Código penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación. Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras publicas (prestación de servicios a la comunidad), sea permaneciendo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres). Estas penas están contempladas, por lo general, para delitos de mediana gravedad, sea de forma exclusiva o como pena alternativa a otra clase de pena (privativa de libertad, limitativa de derechos o multa). Pero aun cuando no estén contempladas expresamente por el tipo penal de la parte especial, estas penas pueden impónerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores que todos conocemos.

La pena de inhabilitación tiene ciertos rasgos particulares que merecen un tratamiento diferenciado. En primer lugar, cabe señalar que el nuevo Código penal ha suprimido el carácter perpetuo que tenía la pena de inhabilitación en el Código penal anterior, convirtiéndola ahora en temporal[88]. En el caso que la inhabilitación sea la pena principal, su tiempo de duración se extenderá de seis meses a cinco años, mientras que si se impone como pena accesoria, la inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal. El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero debería extenderse a otros sectores de la criminalidad, como los

[88] Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 64.

delitos económicos[89], en donde con esta pena podría impedirse al condenado realizar determinadas actividades económicas en las que ha demostrado su incapacidad para un recto desempeño. En efecto, si los agentes económicos cometen hechos delictivos en determinados sectores de actuación económica resulta apropiado inhabilitarlos profesionalmente para el desempeño de esa actividad. De esta forma, al sujeto económico se le sancionaría con la imposibilidad de obtener beneficios personales mediante el desarrollo de la actividad económica en la que se desenvolvía[90]. En términos preventivos, parece mucho más eficaz una pena de inhabilitación efectiva que una pena privativa de libertad suspendida condicionalmente.

La inhabilitación profesional para el delincuente económico encontraría asidero legal en el artículo 36 inciso 4 del Código penal que contempla la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. Como puede verse el ámbito de aplicación de esta clase de inhabilitación es bastante amplio, de manera tal que no se limita a ámbitos económicos en los que se requiera una autorización administrativa para funcionar[91]. El término comercio e industria abarca, en general, las diversas actividades económicas en las que se pueden materializar los delitos económicos. La amplitud de la regulación legal no significa, sin embargo, que la imposición judicial de la inhabilitación pueda hacerse en iguales términos, sino que, tal como lo señala el propio artículo 36 inciso 4, la sentencia debe especificar el ámbito concreto de actuación en la que se inhabilita al condenado[92]. Es evidente que el ámbito concreto de inhabilitación debe estar directa-

---

(89) Vid., así, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 163 y s.; NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 15; FERNÁNDEZ TERUELO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 356.

(90) En nuestro Código penal, la inhabilitación solamente puede entenderse en la lógica de una pena, pues, a diferencia del Código penal español, no se contempla también como una medida de seguridad (vid., FERNÁNDEZ TERUELO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 352).

(91) En esta línea, FERNÁNDEZ TERUELO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 353.

(92) Igualmente en el Derecho penal español, FERNÁNDEZ TERUELO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 354.

mente relacionado con la actividad en la que se materializó el delito que legitima la imposición de la inhabilitación[93]. En este sentido, por ejemplo, en el caso de los delitos cometidos en el seno de la empresa la inhabilitación puede estar referida a la incapacidad para realizar gestiones de administración o representación de personas jurídicas.

d. La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito[94]. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad, como el delito de publicidad engañosa[95]. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días multa[96]. Por un lado, se establece un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado con base en su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Por el otro, el monto de la multa se obtiene en función de los días multa previstos por cada tipo penal de la parte especial, lo cual depende de la gravedad del delito. De esta manera, la pena de multa tiene en consideración no sólo la gravedad del hecho delictivo, sino también la capacidad económica del delincuente[97]. La pena de multa puede imponerse de manera exclusiva o conjunta, así como también convertirse en otra pena en función de las razones de su incumplimiento. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la multa.

---

(93) Vid., Fernández Teruelo, *LH-Cobo del Rosal*, p. 355.

(94) Vid., similarmente, De León Villalba, *RPCP* 7-8, p. 417.

(95) Vid., así, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 59.

(96) Sobre el origen escandinavo de este sistema de determinación de la multa, Stree, Schönke/Schröder-*StGB*, § 40, n. m. 1; Cerezo Mir, *RPCP* 7-8, p. 344 y s., aunque hace referencia al manejo de este criterio anteriormente en el Código criminal del Imperio del Brasil de 1830. Sobre sus antecedentes fundamentalmente en el Código penal de 1924, vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 53 y s.

(97) Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 141.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad[98], la eficacia preventiva de la pena de multa en el ámbito de los delitos económicos se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa. Es más, las empresas recurren con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa[99]. En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtualización del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas, aunque, como se verá más adelante, la desafortunada forma como se ha regulado en nuestro Código penal le quitan toda virtualidad operativa. En el plano doctrinal, BOTTKE ha propuesto como medida adicional a la multa que evitaría trasladar el *malum* de la pena a terceros (trasladar la multa a los consumidores), un registro de multa a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa[100]. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado. No obstante, y aun cuando doctrinalmente no cabe duda de que la pena de multa resultaría especial idónea para el caso de admitir una responsabilidad penal de las personas jurídicas[101], está claro que en la actual situación legislativa, que se mantiene férrea al principio del *societas delinquere non potest*, esta solución no resulta de recibo.

---

(98) Vid., GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 137.

(99) Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.

(100) Vid., BOTTKE, *Deutsche Wiedervereinigung*, III, p. 86 y s.

(101) Vid., JESCHECK, *JZ* 1959, p. 462.

B. El marco penal mínimo y máximo

Además de establecer la clase de pena, el legislador penal debe también fijar un marco mínimo y máximo de pena aplicable a cada tipo penal de la parte especial[102]. Esta labor no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por un conjunto de principios informadores. En este apartado nos vamos a encargar de precisar estos principios.

a. El principio de legalidad

La exigencia de que el legislador penal establezca un marco penal en cada delito se desprende, en primer lugar, del principio de legalidad contemplado en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política. Conforme a este principio, el tipo penal de la parte especial debe precisar no sólo la conducta delictiva, sino también la pena aplicable a los responsables del delito (mandato de certeza o determinación)[103]. No obstante, como ya se explicó en el capítulo referido al principio de legalidad, el nivel de certeza que exige el principio de legalidad no puede pretender ser absoluto, sino alcanzar solamente un grado de certeza qué le garantice al ciudadano una determinación previa y objetiva de los criterios de decisión por parte del legislador que evite la subjetividad o emotividad de un juicio sometido al influjo del delito cometido. En este orden de ideas, no se trata de precisar en la ley penal la pena exacta aplicable al autor de un delito, sino de establecer legalmente el marco mínimo y máximo para el hecho delictivo previsto en la ley. El valor de la previsibilidad es sacrificado por el valor de la individualización[104].

El marco penal abstracto está constituido por el mínimo y el máximo de pena previsto en el tipo penal de la parte especial. El punto de partida es, por tanto, el marco penal establecido en dicho tipo penal. No obstante, el legislador penal, en determinados delitos, no precisa el marco penal máximo (p.e. parricidio) o el marco

---

[102] Vid., Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 171.

[103] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 33.

[104] Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 33.

penal mínimo (p.e. el delito de contabilidad paralela), originándose así una indeterminación legal que requiere ser corregida. Este problema se soluciona, en principio, recurriendo al artículo del Código penal que establece la cuantía máxima y mínima de la pena correspondiente, para completar de esta manera el marco penal abstracto mediante una interpretación sistemática[105]. No obstante, en el caso de la pena privativa de libertad existe, en la actualidad, un serio problema interpretativo. El artículo 29 del Código penal que establece la duración máxima y mínima de la pena privativa de libertad fue regulado por el Decreto Legislativo 895, el cual ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia 005-2001 AI/TC del 17 de noviembre de 2001. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional[106] y un sector de la doctrina nacional[107] entienden que no hay actualmente una norma general que establezca el límite general máximo de la pena privativa de libertad.

En primer lugar, hay que responder a la cuestión de si el artículo 29 del Código penal que fue modificado por el Decreto Legislativo 895 ha sido dejado completamente sin efecto por el Tribunal Constitucional. La sentencia 005-2001 AI/TC del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo 895, en la medida que la delegación de facultades legislativas se hizo para legislar sobre temas de seguridad nacional y no de seguridad ciudadana como efectivamente se hizo. En consecuencia, la referida sentencia dejó sin efecto el Decreto Legislativo 895 y, por tanto, también la modificación del artículo 29 del Código penal, sin que esto signifique que la anterior regulación del artículo 29 recobre vigencia[108]. En consecuencia, no hay en la actualidad un artículo que fije los límites mínimo y máximo de la pena privativa de libertad. No obstante, razones de seguridad jurídica nos obliga a tener que cubrir este vacío legal mediante algún mecanismo de integración jurídica.

---

(105) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 102.

(106) Vid., STC 010-2001 de enero de 2003, fundamento jurídico 204.

(107) Vid., así, MEINI MÉNDEZ, en *Justicia Viva*, noviembre-diciembre 2003, p. 2 y s.

(108) Vid., así, MEINI MÉNDEZ, en *Justicia Viva*, noviembre-diciembre 2003, p. 2.

El Tribunal Constitucional ha intentado resolver transitoriamente el problema de la falta de un límite máximo a la pena privativa de libertad en su sentencia 0965-2004-HC/TC del 11/10/2004, estableciendo como regla general de duración máxima de la pena los 35 años de privación de la libertad establecidos para la revisión de la cadena perpetua. La doctrina penal nacional ha respaldado la solución del Tribunal Constitucional, en la medida que si la pena más grave de la cadena perpetua puede concluir a los 35 años, la pena privativa de libertad temporal no podrá ser mayor a este plazo[109]. No parecen presentarse mayores inconvenientes para aceptar este postulado interpretativo. En cuanto al marco penal mínimo, se ha intentado por vía teleológica establecer el límite inferior. En la medida en que existe cierto acuerdo doctrinal en negar un efecto resocializador o de prevención general a una pena privativa de libertad inferior a los seis meses[110], se ha estimado que éste sea el mínimo legal posible de esta clase pena[111]. Pese al respaldo doctrinal que podría tener la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad menor a seis meses, consideramos que no puede ser un criterio suficiente que cubra la actual incertidumbre legal. En nuestra opinión, el mínimo inferior de la pena privativa de libertad debe ser la menor imaginable: un día. Teniendo en cuenta que en la anterior regulación del artículo 29 del Código penal el mínimo legal se determinaba por días (dos días), consideramos que la referencia temporal debe hacerse igualmente con base en días. En consecuencia, la mínima pena privativa de libertad concebible bajo este esquema de interpretación sería de un día.

b. El principio de proporcionalidad

El cumplimiento de la garantía formal de legalidad en la previsión del marco penal abstracto no agota los criterios que deben in-

---

(109) Así, la argumentación de Meini Méndez, en *Justicia Viva*, noviembre-diciembre 2003, p. 3. De igual parecer, con base en una interpretación sistemática, el acuerdo del pleno jurisdiccional penal de 2004, tema 4.

(110) Vid., con amplias referencias, Baumann, *LH-Jimenez de Asúa*, p. 1 y ss.; Cerezo Mir, *RPCP* 7-8, p. 338 y s.

(111) Vid., Meini Méndez, en *Justicia Viva*, noviembre-diciembre 2003, p. 3.

formar la labor de determinación del legislador penal. Es necesario que éste tenga en cuenta el principio de proporcionalidad al fijar el marco penal abstracto[112]. Siguiendo la doctrina constitucional, la observancia del principio proporcionalidad implica tener en cuenta los tres juicios que abarcan el *test* de razonabilidad o proporcionalidad: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *strictu senso*[113]. Veamos a continuación en qué consisten cada uno de ellos.

aa) El juicio de idoneidad

Conforme al llamado juicio de idoneidad, el marco penal previsto en la ley debe ajustarse a la función asignada al Derecho penal[114]. Debe quedar claro que la aceptación del principio de proporcionalidad en la intervención penal no significa la asunción de posturas retribucionistas de la pena[115]. Como es sabido, la doctrina dominante, que atribuye al Derecho penal una función preventiva, no rechaza la proporcionalidad de la pena como principio rector de la actividad punitiva del Estado. Las concepciones de la pena que se centraban únicamente en su efecto disuasorio han sido actualmente dejadas de lado, pues el poner la mirada exclusivamente en tal finalidad puede llevar, como es lógico, a una situación de terror penal[116]. La gravedad de la pena no puede atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos ajenos a la pura lógica de las necesidades sociales. La proporcionalidad de la pena con la gravedad del

(112) Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 244.

(113) STC 2192-2003-AA, 11 de octubre de 2004, n.m. 18.

(114) Como lo dice STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 3, los fines de la pena deben ser la regla suprema de toda determinación de la pena.

(115) Vid., en este sentido, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 13; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PG, p. 123. De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, p. 54.

(116) Vid., así, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 18.

hecho cometido constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos del grupo social[117].

Existen intentos por mantener la proporcionalidad de la pena dentro de la lógica de la prevención, en tanto se afirma que una prevención efectiva de delitos sólo puede hacerse en tanto las penas impuestas sean proporcionales al hecho[118]. Estos puntos de partida, sin embargo, no están libres de cuestionamientos, pues permiten la entrada de aspectos irracionales o emocionales en la determinación de lo que resulta proporcional según las convicciones sociales[119]. Por esta razón, no cabe sino entender que la corrección de la finalidad preventiva mediante el principio de proporcionalidad implica el reconocimiento de un orden de valores opuesto a la lógica de la prevención[120]. La dificultad reside en la forma de determinar este orden garantístico ajeno al fin preventivo de la pena. Puede, por un lado, que se entienda que las garantías penales se configuran históricamente, lo que lleva consigo el peligro de que su reconocimiento dependa de las mayores o menores necesidades de prevenir la realización de determinadas conductas delictivas. Por otra parte, puede que el ordeń limitativo de la prevención se encuentre en la propia persona humana, lo que, sin renunciar a la historicidad de la realidad, implica tener límites más estables frente a las tendencias sociales del momento[121]. Desde posturas preventivas, consideramos que esta interpretación de las garantías penales, en general, y de la proporcionalidad de las penas, en particular, resulta la más correcta.

---

(117) Vid. Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 259.

(118) Vid. Mir Puig, *Introducción*, p. 158 y s.; El Mismo, *Derecho penal*, PG, 3ª ed., 1990, p. 57; Luzón Peña, *Curso*, PG, 1, p. 86; Serrano-Piedecasas Fernández, *Conocimiento*, p. 108 y s.; Peña Cabrera, *Tratado*, PG, p. 102.

(119) Vid., así la crítica de Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 240.

(120) Vid., en este sentido, Hassemer, *Fundamentos*, p. 381 y s.; Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 249; Castillo Alva, *Principios*, p. 284.

(121) En esta línea discurre el planteamiento de Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 240, quien recurre concretamente a la Constitución Política como programa político-jurídico.

Las posibilidades de justificación del principio de proporcionalidad de las penas no se reducen, sin embargo, a puntos de partidas preventivos, sino que también encuentran perfecta cabida en una comprensión restabilizadora del Derecho penal. La pena tiene, en esta última comprensión del Derecho penal, la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada. Para cumplir esta función restabilizadora, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que trasmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía[122]. Y precisamente en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho. La cantidad de pena necesaria para reestabilizar la expectativa defraudada se encuentra determinada por la gravedad de la defraudación. Por lo tanto, no podrá admitirse la restabilización de una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivó la defraudación. La pena debe no sólo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante, sino que cuantitativamente debe ajustarse a la intensidad del hecho defraudador.

bb) El juicio de necesidad

En el juicio de necesidad de la pena legalmente prevista, debe plantearse la cuestión de si la medida es "necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad"[123]. La necesidad de la pena puede verse desde dos planos. En primer lugar desde su necesidad frente a otros mecanismos de control social. La doctrina penal denomina a esta exigencia como principio de mínima intervención, según el cual el Derecho penal es la *última ratio* para la solución de conflictos so-

(122) Sobre la adecuación al acto como esencia del concepto de pena, MEZGER, *Tratado*, PG, p. 398.

(123) STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142. Sobre este aspecto, vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1991, Apdo 2, n.m. 27; ROXIN, *Strafrecht*, AT, §2, n.m. 39; FREUND, *Strafrecht*, AT, §1, n.m. 19; PRITTWITZ, en *La insostenible situación*, p. 439; YACOBUCCI, *El sentido*, p. 338 y ss.; BRAMONT ARIAS, *Derecho* 46 (1992), p. 26 y s.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 98.

ciales. En este sentido, el Derecho penal debe castigar solamente las afectaciones a los bienes jurídicos más importantes (subsidiariedad) y, dentro de ellas, aquellas afectaciones más intolerables (fragmentariedad). Las afectaciones a bienes jurídicos no esenciales, así como las afectaciones mínimas a bienes jurídicos esenciales, deberían dejarse en manos de mecanismos de control extrapenal, lo que significa despenalizar los llamados delitos de bagatelas[124].

El juicio de necesidad de la pena debe determinarse también en un plano propiamente penal. Este juicio debe responder a la cuestión de si el mismo efecto preventivo o restabilizador se puede conseguir con una pena menos aflictiva dentro del propio sistema penal. Por consiguiente, si los niveles de prevención no aumentan con una pena más severa, el juicio de necesidad sobre la pena prevista deberá arrojar una infracción al principio de proporcionalidad. Desde esta lógica, una pena legalmente prevista será proporcional si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede alcanzarse con una pena menos severa cuantitativa o cualitativamente.

cc) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en determinar "si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma"[125]. La relación de equilibrio que exige la proporcionalidad en sentido estricto se expresa en una correspondencia valorativa entre la gravedad del hecho cometido y la pena prevista. Si se admite la necesidad de castigar penalmente una conducta determinada, deberá precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que se correspondan proporcionalmente al hecho[126]. Hay que señalar que en este nivel no se trata de establecer una relación de proporcionalidad entre un hecho concreto y una pena en concreto, sino una relación de proporcionalidad que tiene lugar en un plano de mayor abstracción. Como se

---

[124] Vid., así Naucke, *Strafrecht*, §2, n.m. 93.

[125] STC 0010-2002-AI del 3 de enero del 2003, n.m. 142.

[126] Vid., Naucke, *Strafrecht*, §2, n.m. 93.

sabe, en las conminaciones penales el hecho está determinado solamente como una forma de ataque a un interés jurídico penalmente protegido, por lo que la proporcionalidad estricta de la pena con el hecho solamente se podrá establecer en función de tal interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque[127]. Del primer aspecto resulta la consecuencia de castigar con penas más graves las lesiones a los intereses más importantes, como la vida o la integridad física[128]. Muchos más aspectos del juicio de gravedad se derivan de la modalidad de ataque. Por mencionar sólo los más importantes: la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno solo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa[129]. Invertir esta relación de gravedad, constituiría un atentado contra el principio de proporcionalidad en el nivel de las conminaciones penales.

La abstracción de la ley penal trae como consecuencia que también la pena establecida para el hecho se formule de manera general con base en un límite mínimo y uno máximo. Para determinar el límite mínimo de la amenaza penal algunos autores recurren a la regla de que la ventaja obtenida por el delito no debe ser mayor a la desventaja de la pena[130]. Esto significa que el marco penal mínimo debe reportar para el autor una desventaja mayor que lo que puede obtener por la comisión del delito. Este parecer resulta, sin embargo, cuestionable. En primer lugar, abandona el terreno de la proporcionalidad y se coloca en el nivel de la prevención general; y, por otra parte, juega con un dato que resulta imposible de determinar en la etapa legislativa: la ventaja que obtiene el autor con el hecho.

---

(127) Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T.I, p. 666; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Conocimiento*, p. 109.

(128) En el mismo sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 402; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 303. A este respecto escribe PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 101: "Obviamente la idea de pena justa debe ser proporcional al valor del bien jurídico deteriorado o amenazado".

(129) Vid., HASSEMER, *Fundamentos*, p. 279 y ss.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 305 y s.

(130) Vid., FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 399 y s.; CASTILLO ALVA, *Principios*, p. 312.

Por esta razón, el establecimiento del marco penal mínimo por parte del legislador es el resultado de un proceso de valoración en el que se pregunta por la pena que se impondría a la lesión mínima del bien jurídico protegido[131]. El que el delito no resulte a cuenta debe impedirse por otros medios, como la reparación civil, la incautación o el retiro de las ganancias obtenidas por la actividad delictiva.

En la determinación del límite máximo de la pena, se defienden distintos pareceres. Unos recurren al criterio del sufrimiento que hubiese producido una reacción informal por parte de la victima en caso de no existir una sanción estatal[132]. Otros se apoyan en la idea de que la pena no debe afectar la dignidad humana y, por tanto, no debe conducir a la desocialización del reo[133]. Como puede verse, se trata de una postura utilitarista y otra principista. No obstante, parece ser que ambos planteamientos abandonan igualmente el terreno de la proporcionalidad de la pena con el hecho y entran en cuestiones generales del Derecho penal. Se trata, en cualquier caso, de límites externos a la determinación del marco penal máximo de una pena, pues ninguna pena puede afectar la dignidad humana o desocializar al sujeto[134]. En este sentido, el tope de cualquier pena será la pena más grave aún permitida en un Estado de Derecho. No obstante, para fijar el límite máximo de pena para determinado delito, el legislador debe, por el contrario, valorar nuevamente aquí qué

---

(131) Seguimos, en este sentido, la idea defendida por la teoría de la "escala de gravedad continua" formulada por Dreher, *FS-Bruns*, p. 146. La crítica a esta teoría de ser ciega al cambio social de las valoraciones respecto de la gravedad de los hechos (vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 37 y s.), resulta discutible, pues coloca la determinación general del legislador en el nivel de la determinación específica del juez. El legislador al promulgar una ley penal sólo puede hacer un juicio de prognosis sobre el mantenimiento de la misma gravedad del hecho en el futuro y eso se refleja en los límites máximo y mínimo establecidos. No hay otra forma de hacer esta determinación sin afectar la seguridad jurídica, más que la modificación de la propia ley penal.

(132) Vid., Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 401. Críticamente, Castillo Alva, *Principios*, p. 313.

(133) Vid. Castillo Alva, *Principios*, p. 313 y s.

(134) Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 40.

pena impondría al hecho concreto más grave que lesione el bien jurídico protegido y que no entre aún en el ámbito de regulación de una figura agravada. Si bien puede objetarse que el legislador no está en capacidad de apreciar todas las posibles realizaciones del respectivo delito, este conocimiento no impide un juicio general. Un juicio de valor no puede convertirse en una comprobación empírica.

2. La concreción legal del marco penal

En este apartado nos ocuparemos de los supuestos generales previstos por el legislador que modifican el marco penal abstracto. Se trata de aspectos que afectan la proporcionalidad del marco penal abstracto en relación con las características especiales del delito, siendo necesaria, por tanto, una modificación del marco penal abstracto.

A. Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad

El marco penal abstracto establecido en el tipo penal de la parte especial o determinado con base en los marcos generales de la respectiva clase de pena, puede sufrir algunas modificaciones por la presencia de alguna circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad que traiga consigo un efecto agravatorio o atenuatorio del marco penal abstracto. Se trata de las llamadas agravantes o atenuantes genéricas. Antes de entrar a analizar con mayor detalle estas dos clases de circunstancias de modificación del marco penal, resulta conveniente hacer una referencia general a ciertos aspectos comunes.

En primer lugar, debe señalarse que la agravante o atenuante genérica sólo afectará el marco penal abstracto si es que no ha sido considerada como elemento constitutivo del ilícito penal, pues de lo contrario se estaría realizado una doble valoración y, por tanto, cometiendo una infracción al principio del *non bis in idem*[135]. Por otro lado, debe mencionarse que, en virtud del artículo 26 del Código penal, existen determinadas circunstancias que afectan la responsa-

[135] Vid., así, BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, p. 709.

bilidad penal que no pueden comunicarse a los otros partícipes del mismo hecho punible. Para poder determinar en qué casos la circunstancia modificativa de la responsabilidad resulta incomunicable a los otros partícipes resulta necesario distinguir entre las circunstancias referidas al hecho y las referidas al autor[136]. Las circunstancias referidas al hecho no pertenecen, por definición, a los partícipes, sino que son aspectos del hecho común a todos los intervinientes en el delito. Por lo tanto, todos los partícipes que conocen de tales aspectos verán incrementada o atenuada su responsabilidad penal[137]. Circunstancias referidas al hecho son aquéllas que, por ejemplo, sustentan el incremento de pena en los medios empleados, en la gravedad del resultado o en la pluralidad de perjudicados. En estos casos, el marco penal se amplía o reduce para todos los partícipes en el hecho. Las circunstancias referidas al autor, por el contrario, están vinculadas a una cualidad, relación o circunstancia personal del autor. Por esta razón, pertenecen al autor sobre el que recaen, no siendo posible su atribución directa a otros partícipes en el hecho.

Un segundo aspecto general que debe tenerse también en consideración en las circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad penal es su carácter obligatorio o facultativo. Por ejemplo, la pena en el caso de la tentativa debe disminuirse en todos los casos conforme al tenor del artículo 16 del Código penal, mientras que la atenuante de la imputabilidad restringida le otorga la facultad al juez de decidir su procedencia o no. Como puede verse, en el primer caso el juez debe seguir un criterio general de modificación de la responsabilidad impuesto por el legislador, mientras que en el segundo caso el juez puede valorar el supuesto específico y ver si el caso concreto la circunstancia específicamente prevista afecta realmente el merecimiento de pena del delito normal. Un aspecto discu-

---

[136] Utiliza esta clasificación Bacigalupo Zapater, *Derecho penal*, PG, p. 490; Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho penal*, PG, 2, p. 501 y s.; Jescheck, *Tratado*, PG, II, p. 903 y s.; Cramer/Heine, en *Schönke/Schröder StGB*, § 28, n.m. 15; Bustos Ramírez, *Obras completas*, T. I, p. 707.

[137] En ese sentido, Cramer/Heine, en Schönke/Schröder-*StGB*, § 28, n.m. 9.

tido en la doctrina y jurisprudencia alemanas es el referido a los criterios que deben considerarse para aplicar la circunstancia modificativa de la responsabilidad potestativa. Mientras que un sector se inclina por una consideración total del hecho[138], otro sector entiende que esta cuestión debe decirse con base en las circunstancias específicas que motiva la modificación de la responsabilidad[139]. Debe quedar claro que el carácter facultativo de la agravación o atenuación genérica no implica una arbitrariedad del juez para decidir su aplicación o no, sino que el legislador le asigna al juez la labor de determinar los supuestos en los que la circunstancia especial sí afecta efectivamente la gravedad del hecho. Si se dan las condiciones de modificación de la responsabilidad, el juez estará obligado a aplicarla. Como puede verse, la diferencia entre el carácter facultativo u obligatorio de la disposición jurídica es más terminológico que material.

a. Las agravantes genéricas

Las agravantes genéricas no son muchas en nuestro Código penal y no se encuentran sistematizadas adecuadamente. Posiblemente la agravante genérica que más destaque, sobre todo por su aplicación constante en los últimos tiempos por los tribunales penales nacionales, sea la prevista en el artículo 46 A del Código penal que aumenta en un tercio el límite máximo abstracto de pena al sujeto activo funcionario público que se aprovecha del cargo para cometer el delito. Se trata de la llamada agravante de prevalimiento del cargo[140]. Sin embargo, a esta agravante genérica se han agregado en la reciente modificación del Código penal nuevas agravantes genéricas referidas a la reincidencia (artículo 46 B) y a la habitualidad (artículo 46

(138) Vid., así, respecto al marco penal de la tentativa, BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, p. 446. Referencias sobre la jurisprudencia alemana, vid., FRISCH, *ADPCP* 1994, p. 164, nota al pie de página 15.

(139) Vid., así, igualmente respecto de la tentativa, FRISCH, *ADPCP* 1994, p. 168; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 78.

(140) Vid., ampliamente sobre esta agravante en el Derecho penal español, VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público*, *passim* (espec. p. 19 y ss.).

C), que permiten un incremento del marco penal máximo hasta en un tercio o una mitad por encima del máximo legal de pena fijado por el tipo penal respectivamente. Otro supuesto genérico de incremento de la pena que se encuentra contemplado ya en nuestro Código penal en la segunda parte del artículo 49 es el supuesto del delito colectivo o masa que permite ampliar el marco penal máximo en un tercio.

b. Las atenuantes genéricas

Como cuestión general, debe decirse que las atenuantes genéricas presentan cierta situación de indeterminación en nuestro Código penal, en la medida que se prevé simplemente una reducción de la pena. La situación se torna un tanto más complicada por el distinto tenor de las atenuantes contempladas en la legislación penal. En efecto, mientras algunas atenuantes contemplan una reducción de la pena por debajo del mínimo legal (p.e. las eximentes incompletas del artículo 21 del Código penal o la confesión sincera del artículo 136 del Código de procedimientos penales), otras solamente establecen una reducción prudencial de la pena sin especificar si se puede rebasar el marco penal mínimo (tentativa, complicidad secundaria). Una primera interpretación de este diferente tenor podría llevar a la conclusión de que solamente el primer grupo de las atenuantes genéricas reduce el marco penal abstracto mínimo, por lo que el segundo grupo solamente permitirá la aplicación de una pena atenuada dentro del marco penal abstracto. Sin embargo, pese a la coherencia que podría tener esta interpretación, creemos que la pena también puede reducirse en el segundo grupo de atenuantes por debajo del mínimo legal, pues las leyes penales que favorecen al reo no pueden interpretarse restrictivamente[141].

(141) En este sentido el pleno jurisdiccional penal de 1999 que en le tema 4 (consecuencias jurídicas del delito-Las penas), dispuso que cuando se aplica la atenuante del artículo 22 del Código penal, permite reducir la pena del mínimo legal hacia abajo. En la jurisprudencia nacional también existe un amplio consenso en imponerle al cómplice secundario una pena por debajo del mínimo legal del delito (vid., así con amplias referencias, Reyna Alfaro, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

Dentro de las diversas atenuantes genéricas reconocidas en nuestro Código penal, quisiéramos abordar fundamentalmente tres: la tentativa, la complicidad simple y la disminución de la culpabilidad. En cuanto a la tentativa hay que señalar, como punto de partida, que la punición del delito empieza, por regla general, a partir de su ejecución, quedando los actos preparatorios al margen de lo punible. Salvo el caso de los delitos de emprendimiento, en los que se castiga el delito intentado como consumado, la regla general es que la consumación tenga mayor pena que la tentativa[142], por lo que resulta lógico que el artículo 16 del Código penal establezca que el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. En el capítulo referido a los grados de la imputación, hemos puesto ya de manifiesto que la consumación constituye un hecho cuantitativamente más grave que la tentativa, si bien esta última constituía ya una defraudación punible de la norma. En consecuencia, el fundamento de la disminución del marco penal abstracto se encuentra en una menor gravedad cuantitativa de defraudación de la norma.

En cuanto al castigo de la complicidad, los puntos de partida sobre este tema de la teoría del delito son mucho más discutibles. Ya hemos puesto de manifiesto que la pena del partícipe en los delitos de dominio constituye un aspecto de determinación de la pena[143], ya que se trata, en el fondo, de una cuestión de mayor o menor dominio del hecho. En la medida que todos los intervinientes infringen colectivamente el deber general de ciudadano, todos tienen una competencia por el dominio del riesgo, pero la conducta del partícipe resulta accesoria respecto de la conducta del autor solamente en el sentido de que el contenido defraudador del hecho sólo se alcanza con la conducta del autor[144]. Posiblemente este mayor dominio del riesgo por parte del autor y del cooperador necesario explique la razón por la cual el artículo 25 segundo párrafo del Código penal

(142) Vid., BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 191.

(143) Vid., así, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 71. Similarmente, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 630; EL MISMO, *RPDJP* 5 (2004), p. 235 y s.

(144) Sobre esta nueva forma de comprender la accesoriedad, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p.175 y ss.

autoriza al juez a disminuir el marco penal mínimo prudencialmente, pues si bien el cómplice secundario tiene también un dominio sobre el hecho, este dominio no es cuantitativamente relevante (se trata de un aporte no indispensable para la realización del delito).

Una mención especial debe hacerse a los casos de capacidad de imputación disminuida, en los que la persona tiene un grado de responsabilidad que no permite una imputación plena[145]. Aquí se encuentran los casos de imputabilidad restringida por la edad (artículo 22 del Código penal), la imputabilidad restringida por enfermedades mentales no muy severas (artículo 20 inciso 1, concordado con el artículo 21 del Código penal) y el llamado error de prohibición y el culturalmente condicionado vencibles (artículo 14 segundo párrafo y artículo 15). En estos supuestos cabe realizar sobre el sujeto una imputación del hecho[146], pero debe tenerse en cuenta una disminución de la pena por tratarse de una actuación con un grado reducido de responsabilidad. Como puede verse, en estos casos no se discute la capacidad de imputación penal del sujeto, sino la relevancia de la culpabilidad para la determinación de la pena.

c. Concurrencia de circunstancias

La concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la pena no debe confundirse con un supuesto de concurso de leyes[147]. En el concurso de circunstancias existe ya un tipo penal que suministra el marco penal abstracto que se concreta legalmente con las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El problema que se presenta en estos casos radica en la forma cómo se modifica el marco penal abstracto cuando concurren a la vez agravantes y/o

---

(145) KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 330 y s., precisa que estos casos implican una capacidad de imputación y no una nueva categoría. O se tiene capacidad de imputación, o no se tiene: *tertium non datur*.

(146) En este sentido, KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 330 y s., precisa que estos casos implican una capacidad de imputación y no una nueva categoría. O se tiene capacidad de imputación o no se tiene: *tertium non datur*.

(147) Vid., GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem*, p. 416.

atenuantes. A diferencia de la regulación española que contiene un conjunto de reglas que ofrecen al juez soluciones específicas para la medición de la pena[148], en el Código penal peruano no existen reglas al respecto[149], por lo que resulta necesario desarrollar ciertas reglas de proporcionalidad para salvar este vacío legal. Cuando no concurran circunstancias agravantes ni atenuantes o concurran unas y otras, se mantiene el marco penal abstracto para la individualización judicial de la pena, teniendo en cuenta la gravedad del injusto culpable y compensando, en función de la gravedad, las circunstancias de diverso signo[150]. Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, el marco penal máximo tendrá que incrementarse conforme lo disponga la mayor agravante, mientras que el marco penal mínimo deberá incrementarse a la mitad del marco penal abstracto original. En caso de concurrir dos o más atenuantes, el marco penal mínimo podrá reducirse prudencialmente por debajo del mínimo legal, mientras que el marco penal máximo deberá reducirse a la mitad del marco penal abstracto original.

B. Concurso de delitos

El marco penal abstracto resulta afectado también en el caso del concurso de delitos. En la medida que concurren dos o más delitos, concurren también dos o más marcos penales. La solución general asumida por nuestro Código penal no permitía la acumulación de las penas, sino la absorción de las penas más leves por la pena más grave[151]. En efecto, los artículos 48, 49 y 50 del Código penal

---

(148) Vid., con detalle, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 193 y ss.

(149) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 109.

(150) Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 111, diferenciado los casos de circunstancias compatibles con las incompatibles. En el pleno jurisdiccional penal de Chiclayo del año 2000 tema 1, se habla de una "compensación racional" en caso de concurrencia de circunstancias de diverso signo.

(151) La doctrina nacional no opina lo mismo en el caso del concurso de delitos, en donde se sostiene que se asume, en parte, el principio de asperación o exasperación (BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 247;

establecían conjuntamente que en los casos de concurso ideal o real de delitos, así como de delito continuado, la pena aplicable sería la más grave[152]. Solamente en el delito colectivo o masa la regla general de la absorción sufría una modificación, pues el artículo 49 dispone un aumento de la pena en un tercio respecto de la pena máxima prevista[153], lo que significa asumir un criterio de exasperación. La modificación realizada recientemente a los artículos 48 y 50 del Código penal constituye una limitación del criterio de la absorción solamente al delito continuado y asumir para el concurso de delitos un sistema de acumulación de penas.

La variedad de criterios asumidos por nuestra actual regulación (absorción, exasperación y acumulación) no afecta la utilización del principio de combinación, el cual se manifiesta de dos maneras. Por un lado, el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo de la pena, según el cual el marco penal mínimo debe ser el más grave de los diversos tipos penales absorbidos o acumulados[154]. Por el otro, la combinación permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos o acumulados[155]. La absorción o acumula-

---

Villavicencio, Terreros, *Código penal comentado*, p. 201; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p.141). Pese a lo deseable de un sistema de asperación o exasperación en el concurso real de delitos, el tenor del artículo 50 del Código penal no permite asumir dicho sistema.

(152) Por su parte, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 245, considera que en el concurso real de delitos se sigue el principio de asperación de las penas: se utiliza la pena del delito más grave y se utilizan las otras penas para agravar la pena.

(153) Vid., Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 98. Sobre los requisitos del delito colectivo o masa, vid., Lamas Puccio, *op. cit.*, p. 98 y s.

(154) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 331 y s.; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 724; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 44.

(155) Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 332; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 54; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 1; Puppe, *NK* preliminares al § 52, n.m. 6, § 52, n.m. 72.

ción de los tipos penales no impide que los delitos absorbidos o acumulados sean considerados en la individualización de la pena(156).

3. La individualización judicial de la pena

A partir del marco penal abstracto, modificado por las eventuales circunstancias modificativas genéricas, el juez penal debe individualizar la pena para el delito económico. Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad del juez(157). La individualización de la pena también está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, así como a un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código penal que el juez debe observar de manera especial.

A. La proporcionalidad como principio informador

La individualización judicial de la pena debe seguir las mismas líneas directrices de la determinación legal de la pena(158). Sin embargo, debe señalarse que, por evidentes razones de operatividad, el principio de legalidad no puede desplegar su mandato de determinación en la pena judicialmente impuesta. Ante esta situación, el principio de proporcionalidad asume el papel principal como criterio informador de la labor del juez penal al momento de determinar la pena exacta a imponer al autor de un delito(159). La observancia del principio de proporcionalidad se manifiesta al igual que la determinación legal de la pena en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, debe quedar claro que los criterios de referencia en cada una de estas tres

(156) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 724; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 18, n.m. 41; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 72.

(157) Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 96 y s.

(158) Vid., STREE, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 3.

(159) Vid., sobre la necesidad de observar el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 63.

dimensiones no se corresponden con los utilizados en la determinación legal de la pena, sino que se expresan de forma distinta. En lo que sigue, vamos a mostrar precisamente las particularidades de cada uno de estos juicios de proporcionalidad en el ámbito de la individualización de la pena.

a. El juicio de idoneidad: el principio de culpabilidad

El juicio de idoneidad en la imposición judicial de la pena requiere precisar primeramente cuál es la función que cumple la pena en esta etapa del sistema penal. A diferencia de la proporcionalidad en la previsión legal de las penas, el Tribunal Constitucional no ha trabajado de manera específica la proporcionalidad en la imposición judicial de las penas, por lo que habría que precisarla sin la ayuda de sus desarrollos jurisprudenciales. Para poder determinar la función que la pena desempeña en el plano de su imposición judicial, debemos tener en cuenta que el juez penal está ante un ciudadano que ha realizado un hecho delictivo, encontrándose, por tanto, facultado para imponerle una sanción penal. Si bien la imposición de la pena debe confirmar la seriedad o vigencia de la norma penal, el juez no actúa amparado por una función abstracta de prevención o restabilización. El principio de culpabilidad constituye un aspecto básico del sistema social, en el que se cumplen estas funciones. En consecuencia, la labor judicial no puede hacerse al margen de la vigencia del principio de culpabilidad, tal como lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al señalar que "donde no hay demostración de culpabilidad no puede tampoco y mucho menos, existir condena".

De lo expuesto puede colegirse que la culpabilidad constituye el fundamento de la imposición de la pena, de manera tal que el juez no podrá actuar amparado simplemente en necesidades de prevención o restabilización. No compartimos, por tanto, un concepto de culpabilidad sustentado en elementos puramente preventivos o restabilizadores, pues se renunciaría finalmente al carácter sancionatorio del Derecho penal[160]. Las necesidades del sistema deben pasar

[160] Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 69.

necesariamente por el filtro de la culpabilidad del autor. No negamos, que quede claro, que la culpabilidad se estructure sobre la responsabilidad del autor que resulta absolutamente permeable a aspectos del sistema social (prevención o restabilización). Pero debe quedar claro también que no sólo importa la socialidad de la persona, sino también su individualidad, en el sentido de poder autodeterminarse hacia su realización personal. El pretendido destierro de la base ontológica individual de la persona (libertad) en la culpabilidad jurídico-penal por su falta de demostración empírica, serían tan relevante como la negación de la función preventiva o restabilizadora de la pena por la falta de demostración empírica de estos efectos. Si la culpabilidad penal se configura normativamente de manera legítima en la función de prevención o restabilización, no vemos por qué no puede también tener cabida como elemento esencial de esta función social la consideración de la persona como libre.

Como corolario de las ideas expuestas en los párrafos precedentes, una pena resultará desproporcionada si el juez la impone sin observar la culpabilidad del autor por el hecho. Una sanción penal que se sustente únicamente en necesidades de prevención o restabilización del sistema social, siguiendo la lógica del chivo expiatorio o la cabeza de turco, no puede ser aceptada en un sistema penal de la culpabilidad. Para que la pena impuesta por el juez pueda cumplir su función preventiva o restabilizadora resulta necesario establecer la culpabilidad del autor en el hecho delictivo concreto.

b. El juicio de necesidad: la alternatividad penal

El juez penal al imponer la sanción penal debe tener en cuenta también la exigencia de recurrir a los mecanismos de reacción menos lesivos, evitando sobre todo la desocialización del condenado[161]. En este sentido, si el sistema penal le ofrece otras posibilidades de reacción penal menos gravosas, deberá recurrir a ellas y no a las más

(161) Como puede verse, nuestro sistema de alternatividad sigue el enfoque rehabilitador europeo continental y no el sistema proporcionalista desarrollado en el mundo jurídico anglosajón (sobre esto, vid., detenidamente, CID/LARRAURI, *RPCP* 7-8, p. 363 y ss.

restrictivas. En este punto, adquiere especial relevancia la llamada alternatividad penal, la cual consiste en utilizar un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Nos referimos concretamente a medidas como la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 CP), la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 CP), la sustitución y conversión de penas (artículos 32 y 52 CP) y la exención de pena (artículo 68 CP). Estos mecanismos alternativos se encuentran reconocidos en nuestro Código penal, de manera que si un juez no recurre, pudiendo hacerlo, a estos mecanismos, imponiéndole, más bien, al sujeto culpable una sanción penal, esta sanción será desproporcionada. Es evidente que estos mecanismos funcionan especialmente para delitos sancionados con penas privativas de libertad no muy graves, pues en estos casos la necesidad de prevención general o restabilización requieren una pena efectiva[162].

Los mecanismos de alternatividad de la pena tienen una especial importancia en los delitos económicos, pues las penas que normalmente se prevén para este tipo de delincuencia no son muy elevadas y la integración social de dichos delincuentes los haría potenciales beneficiarios de las ventajas del sistema de alternatividad penal. Debido a que esta salida legal a una pena privativa de libertad en los delitos económicos puede afectar seriamente los mínimos de prevención general o las condiciones mínimas de confianza en la vigencia de la norma, se plantea la posibilidad de revisar la utilidad de estos mecanismos de evitación de la pena privativa de libertad. Se propone concretamente hacer efectivas las penas privativas de libertad cortas para los delitos económicos para evitar de esta forma un manejo económico de las posibilidades reales de terminar en prisión[163]. Pese a la fuerza de convencimiento que parece tener la ejecución efectiva de penas cortas de prisión para los delitos económicos, este planteamiento resulta igualmente contrario al principio de resocialización, pues permitiría el ingreso a prisión por poco tiempo con graves consecuencias de desocialización. Pero significaría, sobre todo, una infracción al principio de igualdad, pues mientras el

---

(162) Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 99.

(163) Vid., sobre esto, Tiedemann, *Poder económico*, p. 162 y s.

delincuente tradicional se vería beneficiado con los mecanismos de alternatividad penal, a los delincuentes económicos se les negaría esta posibilidad.

c. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: los criterios de individualización de la pena

La pena judicialmente impuesta debe someterse también a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro de marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Se trata, por tanto, de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar la gravedad del hecho delictivo y, por tanto, aplicar la pena conforme a esta gravedad. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el límite máximo de la cadena perpetua "resultaría evidentemente incompatible con el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, en aquellos casos de delitos de mínima dañosidad o gravedad"(164). Por consiguiente, la pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito concreto que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada la pena si es que no se corresponde con la gravedad del delito concreto(165).

Para determinar la gravedad del delito en vista a establecer la pena concreta, la doctrina recurre a la culpabilidad. En efecto, la función de la culpabilidad no queda solamente en el hecho de ser fundamento de la pena. Desde ACHENBACH se ha distinguido con claridad la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad

(164) STC 0965-2004-HC de 11 de octubre de 2005, n.m. 9.

(165) En el caso decidido por la STC 3564-2003-HC de 13 de julio de 2004, n.m. 3, el Tribunal Constitucional rechazó la argumentación de una desproporcionalidad de la pena impuesta señalando que "En el extremo de proporcionalidad de la pena o pena impuesta, no se aplicó la rebaja por debajo del mínimo legal establecido en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, debido a las distintas versiones del autor, y respecto a su estado de salud, el dictamen se basó en la pericia psicológica".

como medición de la pena[166]. En consecuencia, la culpabilidad sirve también para medir la pena aplicable al procesado[167]. La culpabilidad como criterio de medición está conformada por el conjunto de aspectos que tienen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto. Esta culpabilidad no puede reducirse, en este contexto, a una categoría del delito, sino que debe abarcar la globalidad del delito. En el Derecho penal alemán se acoge expresamente la culpabilidad como el fundamento de la medición de la pena (§ 46 StGB)[168], sustentado la doctrina la incorporación de esta disposición en el hecho de que el Derecho penal es un Derecho penal de la culpabilidad que se actualiza en la realización de una conducta determinada (culpabilidad de acto)[169]. En nuestra legislación penal no hay una norma similar, pero debe reconocerse que el artículo VIII del Título Preliminar del Código penal pretende, pese a los desaciertos de su redacción, establece un límite superior a la imposición de la pena: "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". O dicho en términos más claros: la cuantía de la pena no puede ser mayor a la culpabilidad del autor por el hecho. En consecuencia, la culpabilidad se convierte en el referente de idoneidad para individualizar la pena que el juez debe imponer al autor de un delito.

Aceptada la culpabilidad como criterio de medición de la pena, surge evidentemente la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la culpabilidad que se constituye en el criterio de la individualización de la pena? La culpabilidad como criterio de medición no debe identificarse con la categoría dogmática que fundamenta la pena, sino que está referida a la responsabilidad del autor frente a la sociedad por la gravedad del hecho cometido. Se trata, por tanto, de considerar todos los aspectos del delito (injusto culpable) que inciden en su

---

(166) Vid., Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 2 y ss. Igualmente, Roxin, *JuS* 1988, p. 377 y ss. Críticamente, Ziffer, *Lineamientos*, p. 92 y s.

(167) Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 19, n.m. 50.

(168) Vid., Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 354; Gössel, *CPC* 42 (1990), p. 552; Köhler, *Strafrecht*, AT, p. 598.

(169) Vid., Stree, Schönke/Schröder-*StGB*, § 46, n.m. 8.

gravedad y que permiten al juez determinar la pena concreta que dentro del marco penal abstracto le corresponde al hecho delictivo concreto. Es evidente que, pese a la importancia permanente de diversos aspectos sociales, la gravedad de un hecho tiene ciertos condicionamientos culturales, por lo que el juicio de gravedad no tiene que ser siempre necesariamente el mismo[170]. El criterio de culpabilidad para la individualización de la pena está constituido por la gravedad del injusto culpable realizado por el autor.

En la doctrina penal se han desarrollado diversas teorías para determinar cómo el criterio de culpabilidad debe emplearse en la individualización de la pena. En primer lugar, se encuentra la teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto[171]. Como puede verse, se trata de una interpretación de la culpabilidad unida en cierta forma a una comprensión retribucionista[172], poco permeable a consideraciones preventivas[173]. Las críticas a esta teoría se resumen en dos puntos: por un lado, se cuestiona la premisa de que la culpabilidad pueda llegar a un punto firmemente fijado dentro del marco penal típico y, en segundo lugar, se reprocha que no se pueda incluir consideraciones preventivas[174]. Frente a la teoría de la pena puntual, se presenta la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad. Conforme a esta teoría, la valoración de la culpabilidad ofrece sólo un límite máximo dentro del marco penal

---

(170) Sobre esta relativización de la gravedad de la culpabilidad por el delito, vid., ROXIN, *CPC* 1986, p. 686.

(171) Vid., BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 247; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

(172) Así, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 247; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328.

(173) Vid., así, ZIPF, *CPC* 17 (1982), p. 356.

(174) Vid., con mayor detalle, ZIPF, *CPC* 17 (1982), p. 356; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 328. Como lo dice ROXIN, *CPC* 9 (1979), p. 62: "(...) sólo se sanciona desde un principio (scl. culpabilidad) en el marco de un determinado margen de libertad".

típico, pero no impone ningún límite por debajo que restrinja el marco penal. A esta teoría se le ha reprochado, si se le sigue rigurosamente, poder llevar a una disminución tan grande del marco penal que finalmente la pena no se corresponda con la culpabilidad del autor[175].

Las críticas a ambos planteamientos extremos de las teorías del criterio de la culpabilidad para la determinación de la pena han llevado a que se asuma posturas más bien atemperadas. Muy cercana a la teoría de la pena puntual, pero intentando generar un espacio de juego, aunque sea limitado, se encuentra la teoría del núcleo de la culpabilidad. Esta teoría acepta que la pena no es puntual, pero sí genera un núcleo de culpabilidad por encima y por debajo del cual la pena no puede llegar. En el mismo sentido de negarle a los aspectos preventivos relevancia para determinar la pena, la teoría del valor de reemplazo, limitó el uso de criterios preventivo solamente a los casos de alternatividad penal[176]. Por el contrario, en una línea más cercana a la teoría de la prohibición de sobrepasar la culpabilidad se encuentra la teoría del marco de la culpabilidad o teoría del libre espacio de juego[177]. Conforme a esta teoría, el juez determina la pena con base en criterios de prevención dentro de un marco de culpabilidad constituido por un mínimo ya adecuado y por un máximo todavía adecuado a ella[178]. Se trata de una prevención en el marco de la culpabilidad. En la doctrina penal, esta teoría ha sido la que ha recibido mayor reconocimiento[179], pero también ha sido objeto de críticas en el sentido de no poder determinar unívocamente

---

[175] Vid., Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 357.

[176] Sobre la teoría del valor de reemplazo, vid., Henkel, *Die "richtige" Strafe*, p. 23 y ss.; Horn, *FS-Schaffstein*, p. 241 y ss. Críticamente, Roxin, *CPC* 9 (1979), p. 58 y ss.; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 331 y s.

[177] Sobre el origen jurisprudencial de esta teoría, Ziffer, *Lineamientos*, p. 49.

[178] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 49; Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 247; Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 223; Caro Coria, *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

[179] Vid., Roxin, *CPC* 9 (1979), p. 55; Zipf, *CPC* 17 (1982), p. 358.

el marco de la culpabilidad[180]. Nuestra legislación positiva no ha asumido expresamente ninguna de estas teorías, pero el tenor del artículo VIII del Título Preliminar del Código penal resulta plenamente compatible con la teoría del marco de la culpabilidad, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba[181].

Por nuestra parte, no compartimos la idea de que la culpabilidad es solamente un marco dentro del cual se va determinado la pena concreta con base en finalidades de prevención general y especial. La culpabilidad que se toma en consideración para establecer la pena concreta constituye un criterio general de responsabilidad frente a la sociedad que no se limita a la gravedad del hecho, sino que tiene en consideración las condiciones del autor. En este sentido, la responsabilidad penal del autor no se queda en la gravedad del hecho en sentido estricto, sino que abarca también aspectos referidos a la personalidad y condiciones sociales del autor. La sociedad debe asumir parte de culpa en las condiciones desventajosas de desarrollo del condenado y, por tanto, apuntar a su resocialización. En consecuencia, la función de restabilización de la pena debe tener presente al momento de establecer la pena concreta que tiene frente a sí no a un simple factor de perturbación social, sino a una persona que, de alguna manera, es producto de las propias condiciones generadas por la sociedad.

B. Los criterios específicos de la individualización de la pena

Los artículos 45 y 46 del Código penal peruano ofrecen al juez penal un conjunto de criterios específicos que debe considerar en su labor de individualización de la pena[182]. Se trata, en consecuencia,

---

(180) Vid., así, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 190; ZIFFER, *Lineamientos*, p. 55; CARO CORIA, *LH-Jakobs* (Perú), p. 329.

(181) En el mismo sentido, desde la lógica preventiva, ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259: "En otras palabras, la proporcionalidad, como principio garantístico, se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo".

(182) No compartimos, por tanto, la interpretación de que el artículo 45 del Código penal suministra los criterios para decidir la alternatividad penal, mientras que

de aspectos específicos derivados de la culpabilidad como criterio de medición. No resulta fácil extraer del tenor de la ley la lógica de su estructuración, por lo que procederemos a sistematizarlas, siguiendo a la doctrina penal, en función de si se vinculan al injusto culpable o a las necesidades de prevención (o reestabilización)(183). Pero antes de entrar en el análisis de estos criterios específicos, quisiéramos remarcar dos cuestiones generales de necesaria respuesta: la dirección de la valoración y la prohibición de doble valoración.

En cuanto a la dirección de la valoración debe señalarse que los criterios específicos de individualización de la pena no están definidos en la ley como agravatorios o atenuatorios de la pena, por lo que el juez penal deberá decidir si en el caso concreto le da a dichas circunstancias específicas un peso agravatorio o atenuatorio. Se trata de aspectos cuya relevancia penal sólo puede decidirse en un hecho particular y que, por lo tanto, el legislador no puede definir su dirección de valoración(184). El problema de determinación se presenta, más bien, en el plano operativo, pues para poder agravar o atenuar algo es necesario tener un punto de comparación. El punto de comparación lo constituye el llamado caso regular, el cual puede ser definido empírica o normativamente. En el primer caso, el caso regular se determina por la experiencia del juez en función de la llamada "criminalidad cotidiana"(185). La principal objeción de este planteamiento consiste en que lleva a soluciones diferentes según la

---

el artículo 46 se refiere a la individualización de la pena en sentido estricto (vid., Velásquez Velásquez, *Ponencia*, p. 9 y ss.). Ambos artículos constituyen criterios específicos para la individualización de la pena. La alternatividad penal se valora en relación con el juicio de necesidad.

(183) Vid., Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, p. 144. En nuestro país, por el contrario, se ha preferido recurrir a un criterio de distinción en razón de su vinculación con el grado de injusto o el grado de responsabilidad del agente (vid., así Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, *Código penal anotado*, p. 249; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 115).

(184) Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 100 y s.

(185) Vid., la referencia en Ziffer, *Lineamientos*, p. 103 y s.

experiencia distinta de cada juez[186]. Por ello, la doctrina recurre cada vez con mayor frecuencia a un concepto normativo del caso regular, que a partir de determinar el punto de partida de la valoración legislativa formula expresamente las valoraciones implícitas en el tipo penal. Lo que se desvía de estas valoraciones de la ley, constituyen aspectos agravantes o atenuantes[187]. Este modelo normativo del caso regular resulta, en nuestra opinión, el más adecuado.

La prohibición de doble valoración exige que todas aquellas circunstancias que fundamentan el injusto culpable no puedan ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para el delito concreto[188]. El propio artículo 46 del Código penal establece que los criterios específicos contenidos en este artículo solamente serán tenidos en cuenta por el juez al individualizar la pena, si no se han considerado antes en la determinación de la pena abstracta. Si es que se vuelven a considerar, se estaría haciendo una doble valoración contraria a la prohibición del *bis in idem*[189]. Sólo excepcionalmente el juez podrá valorar una circunstancia ya valorada en la ley, si es que se trata de fijar su gravedad frente a otras circunstancias igualmente recogidas en el tipo penal[190]. Por ejemplo: en el delito de licitaciones colusorias en su modalidad de coacciones en licitaciones (artículo 241 inciso 2 del CP), la utilización de la violencia puede valorarse por el juez a efectos de determinar la pena concreta como más grave que el uso de dádivas o promesas previstos también en el tipo penal.

a. Los criterios referidos al injusto culpable

En el artículo 46 del Código penal se establecen diversos criterios específicos referidos al injusto culpable para la determinación

(186) Vid., así, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 104

(187) Vid., FRISCH, *GA* 1989, p. 354 y ss.

(188) Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 107; REYNA ALFARO, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

(189) Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 108.

(190) Vid., ZIFFER, *Lineamientos*, p. 111.

de la pena concreta[191]. En cuanto a la acción, se destaca especialmente la naturaleza de la acción (inciso 1), es decir, la potencialidad lesiva de la acción, así como la lesividad también de los medios empleados (inciso 2). Respecto al resultado se menciona expresamente como criterio de medición la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor (inciso 4). Debe precisarse que este criterio específico del injusto culpable no implica una extensión a cualquier resultado desvalorado derivado causalmente de la conducta del autor. Solamente podrán considerarse aquellos resultados abarcados por el fin de protección de la norma[192]. La parte subjetiva del hecho es tenida también en consideración al contemplar como criterio específico el móvil o fines del autor (inciso 6), en donde se tiene que valorar en la determinación de la pena concreta si el autor actuó por necesidad, honor o lucro.

Los criterios específicos referidos al injusto culpable se remiten también a aspectos circunstanciales o globales del hecho. En cuanto a los aspectos circunstanciales del hecho se recogen expresamente el tiempo, lugar, modo y ocasión del delito (inciso 5), así como la unidad o pluralidad de agentes (inciso 7), siempre, claro está, que dichos aspectos no hayan sido considerados ya en la formulación del tipo penal[193]. Por su parte, la valoración global del hecho para determinar la pena concreta se recoge con el criterio de la importancia de los deberes infringidos, que le permite al juez adaptar la pena concreta al mayor desvalor del hecho[194]. En efecto, en los tipos penales que no están estructurados sobre la infracción de un deber especial, la realización de un tipo penal por la infracción de un deber institucional merece una pena mayor que el que se produce por la infracción del deber general del ciudadano.

---

(191) En la misma línea, la decisión de la Corte Suprema R.N. N° 3800-99 Huancavelica de 9 de noviembre de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia*, 3 (2000), p. 284 y ss.].

(192) Vid., en igual sentido, Ziffer, *Lineamientos*, p. 124.

(193) Vid., así, Ziffer, *Lineamientos*, p. 131.

(194) Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 117.

Todos los criterios específicos del injusto culpable mencionados deben ser ponderados por el juez a efectos de fijar la pena concreta por el delito cometido. Hay que señalar que los criterios brevemente reseñados, tal como se desprende del tenor de la ley, se deben considerar especialmente por el juez, lo que pone de manifiesto no sólo su carácter prioritario, sino también su no exclusividad[195]. En efecto, el juez podrá tener en consideración otros aspectos derivados del injusto culpable que, si bien no están recogidos en el artículo 46 del Código penal, inciden igualmente en la determinación de la pena concreta.

b. Los criterios referidos a las necesidades de prevención o reestabilización

Los criterios de individualización de la pena referidos a las necesidades de prevención o estabilización están contemplados tanto en el artículo 45, como en el artículo 46 del Código penal. En primer lugar, existen criterios específicos que destacan aspectos posteriores al hecho que cuestionan la necesidad de mantener la pena concreta conforme al criterio de la gravedad del injusto culpable. En particular, se puede destacar la reparación espontánea del daño del inciso 9 del artículo 46 del Código penal que, en nuestra opinión, debe vincularse con el artículo 45 inciso 3 del mismo texto legal que le exige al juez tener en cuenta los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen. En estos casos la reparación del daño adelanta una parte que le correspondería cumplir con la pena, afectando así la cuantificación de la pena concreta[196]. Igualmente tiene relevancia, desde el punto de vista de la prevención, la confesión sincera del autor antes de ser descubierto, en la medida que con su proceder muestra su arrepentimiento posterior y, por tanto, la falta de necesidad de una pena más grave con fines de prevención o reestabilización.

---

(195) Vid., en el mismo sentido, REYNA ALFARO, en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

(196) Similarmente, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 168.

Las necesidades de prevención o reestabilización resultan sensibles también a las condiciones personales y sociales precedentes del autor. En efecto, la determinación de la pena debe tener en consideración con base en consideraciones preventivas o reestabilizadoras las condiciones y circunstancias personales del agente: su edad, educación, situación económica y medio social, así como su cultura y costumbres[197]. E incluso aspectos vinculados a su experiencia personal, como es el caso de las carencias sociales que hubiese sufrido, deben tenerse consideración a efectos de determinar el nivel de pena que permitiría restablecer la norma infringida. En este orden de ideas, no sorprende que el artículo 46 del Código penal exija al juez que tome conocimiento directo del agente. Como puede verse, la determinación de la pena concreta por el juez requiere un acercamiento con el autor que permita una justicia penal más ajustada a la persona.

[197] Jakobs, en *Estudios*, p. 92 y s., menciona estos aspectos desde un punto de vista de la prevención general positiva (como educación, motivos, situación de hecho).

Capítulo XVIII

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo nos ocuparemos fundamentalmente de las llamadas consecuencias accesorias, pues su incidencia en la criminalidad económica resulta muy importante, sobre todo para el caso de los delitos de empresa. No obstante, haremos una muy breve mención a las medidas de seguridad, pues, si bien resulta improbable que se impongan en el marco de un proceso penal por delitos económicos, esta posibilidad no se encuentra del todo excluida. En esta exposición consideramos relevante destacar, como ya se ha podido manifestar en el capítulo general de las consecuencias jurídicas del delito económico, que tanto las medidas de seguridad como las consecuencias accesorias tienen una naturaleza administrativa, encontrando explicación su incorporación dentro del proceso penal en razones de economía procesal y de lucha global contra la criminalidad económica.

II. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Origen y naturaleza

El origen de las medidas de seguridad se remonta al positivismo italiano que estudió el fenómeno criminal no desde la perspectiva del delito, sino del delincuente[1]. Siguiendo la perspectiva de este planteamiento, la intervención del Derecho penal no tenía que sustentarse en la lesividad del hecho delictivo, sino en la peligrosidad del autor, de manera tal que podía incluso justificarse con la sola presencia del estado peligroso del sujeto sin necesidad de la comisión de un hecho delictivo[2]. Con independencia de los cuestionamientos que se esgrimieron contra las ideas positivistas, sus puntos de partida tomaron cuerpo en la llamada teoría de la prevención especial, desarrollada en Alemania en el marco del proyecto político-criminal de VON LISZT[3]. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos (delincuente ocasional). Pero si es que la pena impuesta al delincuente no le produce el efecto intimidante esperado, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inimtimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico, no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de injusto culpable[4]. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial solamente alcanzó

(1) Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I., p. 721; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 153.

(2) Vid., BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, p. 722; BORJA JIMENEZ, *LH-Bramont-Arias*, p. 25 y s.

(3) Vid., VON LISZT, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I, p. 126 y ss.

(4) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 27.

una fuerte influencia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización fue duramente cuestionada. Se le criticó, entre otras cosas, llevar a penas indeterminadas o muy severas[5], en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro[6]. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaba imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante[7]), lo cual vulneraba el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas[8]. Por todo lo dicho, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad (artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio[9].

Pero aun cuando la pena se haya mantenido en la idea del injusto culpable, flexibilizando a lo mucho la visión retributiva con los criterios de prevención especial, hay que reconocer que la idea de la peligrosidad criminal del positivismo italiano, logró abrir paso a una segunda vía del Derecho penal: las llamadas medidas de seguridad[10]. Estas consecuencias jurídicas no se asentaron, como las penas, en la culpabilidad del autor, sino en la lógica de la peligrosidad

---

(5) Así la crítica de ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 16, pues la pena tenía que perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida.

(6) Sobre la inviabilidad de la resocialización en situación de privación de la libertad, BARATTA, *LH-Peña Cabrera* (1991), p. 101 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

(7) Vid., ROXIN, en *Problemas básicos*, p. 17.

(8) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 200.

(9) Vid., con mayores precisiones, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 32 y s.

(10) Vid., así, BORJA JIMÉNEZ, *LH-Bramont-Arias*, p. 26.

del autor y el tratamiento[11]. La doctrina penal dominante le asigna a las medidas de seguridad el carácter de sanciones penales[12]. Se sostiene que aunque la pena sea un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, en el fondo, tanto una como otra constituyen privaciones o restricciones de derechos impuestas en el ámbito penal, por lo que ambas deben ser consideradas como auténticas "sanciones penales"[13]. Pese a lo extendido de este parecer, consideramos que la doctrina dominante hierra al darle a las medidas de seguridad (postdelictuales) el carácter de sanción penal por el solo hecho de constituir restricciones de derechos impuestas en un proceso penal[14]. Con esta misma lógica habría que darle el carácter de sanción penal a la multa que el juez impone en el ejercicio de su poder disciplinar al abogado que altera el orden de la sala. Una medida restrictiva de la libertad o de otros bienes jurídicos solamente puede alcanzar el carácter de sanción penal si es que es consecuencia de un juicio de culpabilidad hecho por el juez penal con base en los criterios de imputación jurídico-penales. El criterio de la peligrosidad no es más que una especificación o adaptación al proceso penal de la idea más general de peligro social, criterio que orienta la actividad asegurativa y coercitiva de la Administración Pública. El argumento de que solamente dotando a las medidas de seguridad de un carácter penal puede asegurarse el debido respeto de diversas garantías para el ciudadano[15], resulta engañoso, pues las garantías

---

(11) *Idem*. El sistema de doble vía fue considerado en textos legales por primera vez en el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893 (vid., JORGE BARREIRO, *RPCP* 7-8, p. 285. Este sistema fue seguido por nuestro Código penal de 1924; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 154 y s.).

(12) En el Perú, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 156. En España, BORJA JIMÉNEZ, en *LH-Bramont Arias*, p. 27.

(13) BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 256.

(14) También crítico se muestra en esta línea GONZÁLEZ RIVERO, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 68; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 609 y s.

(15) Como lo hace ZUGALDÍA ESPINAR, *PJ* 46, p. 331, respecto a las consecuencias accesorias.

individuales que evitan una ingerencia abusiva del Estado son aplicables a cualquier medida que restrinja o limite los derechos de los ciudadanos[16].

2. ¿Son las medidas de seguridad inaplicables en el Derecho penal económico?

Las medidas de seguridad están reguladas en el artículo 71 de nuestro Código penal. Estas medidas postdelictuales son de dos clases: la internación en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado a un inimputable con fines terapéuticos o de custodia, y el tratamiento ambulatorio con fines terapéuticos o de rehabilitación[17]. Como puede verse, se trata de medidas que se sustentan en la peligrosidad criminal de la persona natural que tiene su origen en defectos psicosomáticos. Si bien nada impide que un sujeto con un déficit constitutivo de este estilo pueda cometer delitos económicos, su relevancia en este ámbito de la criminalidad resulta indudablemente escasa.

La situación podría ser muy distinta, si las consecuencias accesorias dejaran de comprender desde la lógica constitutiva de las personas naturales y se abriera a la constitución de las personas jurídicas. Si las medidas de seguridad ya no se sustentaran en los defectos biopsicológicos de la persona, sino, de manera más general, en los defectos constitutivos de funcionamiento, las personas jurídicas podrían ser pasibles de medidas de seguridad. En el ámbito del Derecho penal económico, se ha trabajado mucho sobre los defectos constitutivos de la empresa que llevan al nacimiento de una actitud colectiva criminógena y que requiere ser corregida para evitar la comisión de futuros delitos. En esta línea, por ejemplo, SCHÜNENANN se ha encargado de desarrollar la posibilidad de aplicar una curatela

---

[16] Por eso, señala correctamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 610, que las garantías de las medidas de seguridad encuentran su legitimidad no en el Derecho penal, sino en la Constitución.

[17] Crítico ante la reducción de opciones de las medidas de seguridad, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 163.

empresarial para el caso de empresas con problemas de defectuosa organización que debe ser corregida para evitar la comisión de nuevos delitos[18]. En esta misma línea, SILVA SÁNCHEZ señala que las consecuencias accesorias son, en el fondo, medidas de seguridad de nuevo cuyo[19], que si bien no se sistematizan conjuntamente con las medidas de seguridad tradicionales, responden a la misma lógica preventiva.

Con independencia de lo sugestivo de los planteamientos modernos esbozados brevemente, lo cierto es que su aceptación no constituye un tema pacífico, pues aun admitiendo la posibilidad de catalogar las medidas aplicables a las personas jurídicas como medidas de seguridad, se presenta diversos problemas de orden operativo. Para plantear los más elementales: ¿se requiere de una acción? ¿de quién es la acción?[20]. En cualquier caso, la discusión se mueve en un plano de *lege ferenda*, pues de *lege lata* resulta indiscutible que las medidas de seguridad están referidas a los defectos constitutivos de las personas naturales. Quizá las consecuencias accesorias, como bien lo apunta SILVA SÁNCHEZ, constituya un paso en esta línea, pero hay que reconocer que aún no se ha dado ese paso en el plano legal.

III. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

1. Introducción

Las consecuencias accesorias se regulan en nuestro Código penal en los artículos 102 y siguientes. Como lo puede constatar una rápida lectura a estos artículos, dentro de la nomenclatura consecuencias accesorias se agrupan medidas de diversa naturaleza que difícilmente podrían reducirse a un único criterio[21]. Lo único que

---

(18) Vid., SCHÜNEMANN, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 129 y ss.

(19) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (ed.), p. 189 y ss.

(20) Vid., así, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 188 y ss.

(21) Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 387.

queda claro es que estas reacciones jurídicas no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco medidas de reparación civil por el daño producido. En lo que sigue nos ocuparemos de entrar en las particularidades de cada una de las medidas agrupadas en el título general de consecuencias accesorias.

2. Clases

A. El decomiso

El decomiso no está contemplado como una pena en nuestro ordenamiento penal, a diferencia, por ejemplo, de la regulación anterior española[22]. Si no constituye una pena, surgirá la pregunta lógica de qué tipo de medida se trata. El legislador ha previsto dos clases de decomiso: el decomiso de efectos o instrumentos del delito regulado en el artículo 102 del Código penal y el decomiso de las ganancias ilícitas de una persona jurídica regulado en el artículo 104 del Código penal. En la medida que ambas formas de decomiso encuentran un fundamento distinto, conviene que abordemos su naturaleza jurídica de forma diferenciada.

a) El decomiso de instrumentos y efectos del delito

El artículo 102 del Código penal establece que el juez podrá decidir el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal (*producta scaeleris*) o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado (*instrumenta scaeleris*)[23]. El fundamento para que el juez pueda decretar el decomiso se encuentra en la peligrosidad objetiva de los instrumentos o efectos del delito, en el sentido de que

---

(22) Como bien lo apunta GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 391 y s., este diferente tratamiento tiene repercusiones prácticas muy importantes, pues si se tratara de una pena se requerirá siempre la culpabilidad del autor, así como su aplicación personalísima, lo que significa que no podrían decomisarse objetos que no le pertenecieran al autor culpable.

(23) Vid., similarmente en la *Einziehung* alemana, vid., ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, § 74, n.m. 8 y s.; ACHENBACH; *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23 y ss.

pueden ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos[24]. En consecuencia, para que el juez penal decrete el decomiso debe haber valorado el objeto como peligroso y haber hecho un juicio de prognosis positivo sobre su futura utilización delictiva[25]. El destino final de los objetos decomisados son su inutilización o destrucción[26], como lo dispone por ejemplo el artículo 224 del Código penal para el caso de delitos contra la propiedad industrial. No obstante, el juez estará exceptuado de decretar el decomiso o podrá decretarlo sólo parcialmente si los efectos o instrumentos son de lícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Esta regla impregna el decomiso del principio de proporcionalidad[27].

Muy importante para la aplicación del decomiso es determinar el alcance del término "infracción penal". En primer lugar, debe señalarse que este término no debe interpretarse en el sentido amplio de delito como punible, sino en el sentido estricto de injusto penal. En consecuencia, para que proceda el decomiso es necesario que se haya realizado previamente un hecho típico y antijurídico sin que sea necesaria la culpabilidad del autor. En segundo lugar, la expresión "infracción penal" no debe reducirse a los delitos en sentido estricto, sino que debe abarcar las faltas[28]. En tercer lugar, el decomiso procede tanto en los delitos dolosos como culposos, pues tanto los unos como los otros resultan abarcados por el término "infracción penal". Finalmente, también la tentativa del delito constituye una infracción penal, por lo que el decomiso de los instrumentos del

(24) Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394.

(25) En este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 396. En este sentido, una referencia a la medida del decomiso contra empresas, ACHENBACH, *FS-Stree/Wessels*, p. 549.

(26) Vid., igualmente, ACHENBACH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23.

(27) Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 399.

(28) Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397.

delito también será procedente[29]. El decomiso, si se dan los elementos que la legitiman, tendría que proceder no sólo contra los bienes del autor, sino también contra los de terceros. Sin embargo, el propio artículo 102 del Código penal establece que el decomiso no procederá contra los bienes que pertenezcan a tercero no interviniente en la infracción. Por lo tanto, no procederá el decomiso de los bienes de propiedad de aquella persona que no participado en el delito con conducta dolosa o imprudente alguna.

Como cuestión final, debe señalarse que el decomiso de instrumentos o efectos del delito puede realizarse también cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le ha denominado incautación y está prevista en diversos delitos económicos de la parte especial del Código penal, como, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad industrial, o en delitos regulados en leyes especiales, como es el caso, por ejemplo, de los delitos aduaneros, en donde se dispone que el fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene el decomiso o disponga su devolución al propietario.

b) El decomiso de ganancias de las personas jurídicas

El decomiso de ganancias de las personas jurídicas está previsto en el artículo 104 del Código penal[30]. Con independencia de la discusión sobre el fundamento dogmático de esta medida, lo cierto

---

[29] Igualmente, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 397, yendo incluso más allá, pues también estima procedente el decomiso en el caso de actos preparatorios punibles. La discusión puede llegar a ser terminológica, pues podría considerarse que la realización de un acto preparatorio punible constituye ya un delito consumado.

[30] Sobre estas medidas en referencia a la empresa en el Derecho penal alemán, ACHENBACH, *JuS* 1990, p. 607; EL MISMO, *FS-Stree/Wessels*, p. 549.

es que no puede apreciarse una razón convincente para limitar esta medida sólo a las personas jurídicas. La acumulación de riqueza a través de la realización de delitos no es una posibilidad limitada solamente a las personas jurídicas. En consecuencia, las ganancias ilícitas obtenidas por personas naturales a través de una conducta delictiva debería ser también objeto del decomiso de ganancias previsto en el mencionado artículo 104. En este contexto, resulta comprensible la interpretación extensiva del concepto "efectos del delito" que hace la jurisprudencia en la figura del decomiso, en donde se renuncia a la peligrosidad objetiva de los efectos, exigiendo únicamente que se trate de productos o beneficios del delito. De esta manera, se abre la posibilidad de incluir dentro del decomiso de efectos del delito las ganancias de las personas naturales que no tienen cabida en el tenor del artículo 104 del Código penal.

Salta a primera vista que el decomiso de las ganancias no se sustenta en el mismo fundamento del decomiso de instrumentos o efectos del delito(31), pues no se requiere ninguna peligrosidad objetiva de los bienes u objetos. El fundamento discurre por otros cauces. Los que consideran el decomiso de las ganancias como una medida de carácter penal, la entienden en el sentido de una medida preventiva que informa a la empresa que el crimen nunca paga(32). El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial(33). El problema de esta lógica penal será que si esta medida despliega efectos preventivo-generales sobre la empresa, entonces no se entiende por qué no es propiamente una pena. Si el

(31) En la doctrina se diferencia el decomiso de instrumentos y efectos (*Einziehung*, § 74 StGB) de la confiscación (*Verfall*, § 73 StGB) que incluye también el decomiso de las ganancias ilícitas en el caso de las personas jurídicas (*Mehrerlösabführung*).

(32) Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 252 y s. En la legislación italiana, en la que se contempla como una sanción "administrativa" el decomiso de ganancia se enmarca claramente en la línea de este criterio. Vid., sobre esto último, CARMONA, *Premesse*, p. 225 y s.

(33) En esta línea ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 204.

decomiso de ganancias tiene una finalidad de prevención general, el legislador estaría llevando a cabo una especie de fraude de etiquetas al considerar esta medida como una consecuencia accesoria no penal, pero asignándole igualmente fines de prevención general. Por otra parte, desde la lógica preventiva no se explica por qué la norma penal se automutila al limitar la cuantía del decomiso a lo que sea necesario para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil que le corresponda a los inculpados[34], siendo esta responsabilidad civil de la persona jurídica incluso subsidiaria respecto de los autores individuales del delito. Si el decomiso de ganancias busca generar efectos de prevención general en la persona jurídica, la limitación de esta medida por cuestiones de responsabilidad civil no tendría ningún sentido.

Más adecuada a su naturaleza sería entender el decomiso de ganancias ilícitas como una medida civil de compensación con fines redistributivos[35], pues impide que el delito sea un título legítimo de adquisición de bienes u obtención de ganancias. Sin embargo, el tenor legal que tiene esta medida en nuestro Código penal la vincula más con un deber de de indemnizar[36]. En efecto, el artículo 104 del Código penal establece que el dinero obtenido ilícitamente por la persona jurídica debe garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. No obstante, hay que precisar que consideramos más adecuado entender que no se trata de la indemnización por los daños y perjuicios producidos directamente por el delito, pues para ello la persona jurídica puede

---

(34) Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 15, n.m. 1816.

(35) Similarmente, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 400. Con mayor claridad GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 607 considera que el decomiso de ganancias ilícitas es una consecuencia jurídica de carácter civil cuyo fin es absolutamente reparador y distributivo. Similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 217 y s.; EL MISMO, *RPCP* 9, p. 277, aunque crítico ante la regulación positiva del Código penal peruano.

(36) Vid., así la naturaleza indemnizatoria del decomiso de ganancias ilícitas, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, pp. 181, 187.

ser constituida en tercero civilmente responsable, incluso con una responsabilidad civil solidaria y no subsidiaria. Por ello, se trata, más bien, del deber de indemnizar a los perjudicados por el enriquecimiento ilícito que ha experimentado la persona jurídica por el delito de sus dependientes; una obligación que se encuentra reconocida en el artículo 1954 del Código civil[37]. Es cierto que en el ámbito de los delitos económicos, en donde los daños son normalmente difusos, resulta a veces muy difícil individualizar a los afectados, pero esta situación no excluye la aparición de organismos de protección de intereses difusos que puedan constituirse en parte civil y pedir el decomiso de las ganancias ilícitas como indemnización por los daños producidos (por ejemplo, medio ambiente, consumidores, competencia). En cualquier caso, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el decomiso de ganancias ilícitas no puede explicarse desde ninguna perspectiva[38]. Se trata de una deficiente regulación que no debe mantenerse más tiempo, por lo que es necesario demandar una urgente modificación de este aspecto del decomiso de ganancias ilícitas, en el sentido de hacerla solidaria con los autores del acto que ha llevado al enriquecimiento de la persona jurídica en perjuicio de otros.

El artículo 104 del CP establece un mandato al juez para decomisar (privar) los beneficios obtenidos por una persona jurídica como consecuencia de la infracción penal. Como puede verse, el tenor de la ley no es facultativo, sino que el juez penal está obligado a decomisar los beneficios ilícitos productos del accionar ilícito de los miembros de la persona jurídica. Para poder decretar esta medida,

---

(37) GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 401, discrepa de esta interpretación en el Derecho español. En una interpretación de nuestro Derecho penal, señala que la "privación de ganancias" constituye simplemente una responsabilidad civil del delito subsidiaria (GRACIA MARTÍN, *Prólogo* a Castillo Alva, Las consecuencias, p. 28)..

(38) Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 201. En el Derecho penal peruano, igualmente crítico, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188.

el artículo 104 exige dos requisitos: que los beneficios de la persona jurídica sean producto de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por parte de sus funcionarios o dependientes y que los bienes de los sujetos individuales responsables resulten insuficientes para cubrir su responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil. En la medida que se trata de una medida de compensación civil, no se requiere un elemento de peligrosidad adicional que sería necesario en el caso de tener una naturaleza administrativa.

En cuanto al primer requisito, la regulación positiva exige que los beneficios sean producto o efecto del delito. El tenor legal parecería limitarse a los efectos inmediatos del delito, dejando de lado los beneficios indirectos o mediatos del delito (por ejemplo, los nuevos bienes que se adquieren con los beneficios del delito). En nuestra opinión, está interpretación restrictiva no se condice con el sentido de la norma y, por lo tanto, debería alcanzar también a los bienes o activos que se adquieran con los bienes directamente obtenidos por la infracción penal. En el Código penal español, por ejemplo, el decomiso de los beneficios procede ante cualquiera de las transformaciones que hubieren podido experimentar. Distinto es el caso de los beneficios que se obtienen con la inversión o utilización lícita de los bienes o activos obtenidos ilícitamente. En estos casos, el decomiso de las ganancias debe limitarse a aquéllas que tengan una causa ilícita directa. Hay que señalar, finalmente, que la regulación legal limita el decomiso a los beneficios que se obtienen por la infracción de miembros de la persona jurídica, de manera que si los beneficios se producen por una actividad de terceros, aunque se haga aprovechándose de la organización de la persona jurídica, el decomiso no podrá decretarse. Está claro que no se exige una pertenencia formal a la organización social, sino que basta con una incorporación fáctica en la estructura social.

El segundo requisito establece que el decomiso de las ganancias ilícitas solamente procederá si los bienes personales de los autores del delito (funcionarios o dependientes de la persona jurídica) no alcanzan para cubrir la reparación civil. Como puede verse, se establece una obligación civil subsidiaria a la persona jurídica. Esta exigencia resulta incoherente y desatinada. Incoherente porque ya la

figura del tercero civilmente responsable permite una responsabilidad civil solidaria, con lo que resultará procesalmente más indicado solicitar que la persona jurídica se constituya en tercero civilmente responsable que en parte pasiva del decomiso de ganancias ilícitas[39]. Y es incoherente porque no responde a la lógica de esta medida, sea en la lógica preventiva de que el crimen nunca paga o en la lógica redistributiva de que no cabe un enriquecimiento ilícito.

B. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

En la línea de desarrollar determinadas medidas aplicables directamente a las personas jurídicas que no sean penas ni medidas de seguridad, determinados países contemplan las llamadas consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas[40]. Tales medidas van desde la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica, hasta la disolución y liquidación de la persona jurídica. Se pone especial énfasis en dejar en claro que no se trata de penas o medidas de seguridad, sino de implementar un tercer género de consecuencias jurídicas del delito[41]. Estas medidas responderían a la lógica de la peligrosidad de la persona jurídica en el sentido de existir una estructura organizada que favorece u oculta la comisión de futuros hechos delictivos. En efecto, la imposición de sanciones penales a los miembros de las personas jurídicas no elimina la peligrosidad criminal de la estructura organizativa de la persona jurídica, por lo que resulta necesario imponer medidas directamente sobre la persona jurídica para erradicar o limitar significativamente esa peligrosidad[42].

---

(39) Así lo aconseja MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 188, quien considera más diligente para el agraviado recurrir a la figura del tercero civilmente responsable que impone una responsabilidad civil solidaria. En el mismos sentido, HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 15, n.m. 1816.

(40) Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 279, respecto de la legislación española.

(41) Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 231 y s.

(42) En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 189; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 189; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*,

La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para atajar la futura comisión de hechos delictivos en el marco de actuación de las personas jurídicas se pone de manifiesto fundamentalmente a partir de ciertos datos criminológicos que pueden constatarse en la empresa moderna. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada cómo la cultura corporativa de una empresa puede tornarse en criminógena, es decir, fomentar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior(43). Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. En segundo lugar, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa(44). En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita(45). Si el sistema jurídico pretende crear las condiciones necesarias para una pacífica convivencia social, no puede desconocer los datos criminológicos antes mencionados, por lo que deberá prever la imposición de medidas directas sobre las personas jurídicas, dirigidas a impedir o eliminar la peligrosidad de su estructura organizativa. Esta situación ha dado origen a la incorporación legislativa de las llamadas consecuencias accesorias en diversos países.

---

p. 99. Para BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T III, p. 96, este criterio podría fundamentar incluso la imposición de sanciones penales.

(43) Vid., con mayor detalle, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; LAMPE, *ZStW* 106 (1994), p. 698 y ss.; DANNECKER, *GA* 2001, p. 108; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 240.

(44) Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 44.

(45) Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 510 y s.

a. Naturaleza jurídica

El Código penal peruano de 1991 se ha adherido a la tendencia legislativa de incorporar medidas aplicables a la persona jurídica bajo el rubro de consecuencias accesorias. Si bien estas medidas se regulan junto con otras de mayor tradición legislativa como el decomiso de instrumentos y efectos del delito, no puede desconocerse la novedad que constituye su incorporación en las normas generales del Código penal[46]. Esta misma orientación legislativa se presenta en las leyes penales especiales, en donde se han incorporado dispositivos especiales para aplicar consecuencias accesorias a las personas jurídicas, como es el caso de la ley penal tributaria (art. 17 del D. Leg. 813) y la ley de delitos aduaneros (art. 11 de la Ley 28008)[47]. Esta incorporación de medidas aplicable directamente a las personas jurídicas en el Código penal y las leyes especiales ha llevado a que la doctrina nacional se haya empezado a preguntar sobre su naturaleza jurídica. Es evidente que la respuesta a este interrogante no sólo tiene un interés académico, sino fundamentalmente práctico, pues la determinación de los presupuestos materiales y procesales para la imposición de estas medidas dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen[48].

---

[46] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 247; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dr.), p. 474. No obstante, anteriormente se contemplaron medidas similares en leyes como la Ley 16185 de represión del contrabando y defraudación de rentas de aduanas (en el artículo 9 establecía para las personas jurídicas la cancelación en los registros públicos de la personaría jurídica que gocen y de las licencias, patentes u autorizaciones administrativas o municipales que disfruten). Vid., sobre esto último, HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dr.), p. 148; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 180 y s.

[47] Vid., HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 15, n.m. 1819.

[48] Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 256; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 210 y s.

aa) Las consecuencias accesorias como penas

Un sector de la doctrina, al igual que el parecer de ZUGALDÍA en el Derecho español[49], considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código penal peruano son, en realidad, penas[50]. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas[51]. Pese a la relativa aceptación de este planteamiento, su formulación resulta poco conciliable con la regulación establecida en el Código penal peruano. En efecto, si se concibiese las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas como penas, su imposición no debería ser accesoria, es decir, no debería depender de la declaración de culpabilidad de una persona natural. Por otra parte, la persona jurídica tendría que aparecer como inculpado en el proceso penal con todos los derechos de defensa correspondientes. Finalmente, si se tratase de una pena, el criterio para decidir el *quantum* de las consecuencias accesorias sería la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos[52].

---

(49) Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.; EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 502 y ss. En el mismo sentido, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 102.

(50) Vid., HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, 1996, p. 151; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 158; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 179; MONTES FLORES, *RPDJP* 6, p. 322.

(51) Críticamente, JAKOBS, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 95: "Puede perfectamente imponerse una sanción a una persona jurídica o a una masa patrimonial heteroadministrada, tan sólo no debe bautizarse con el nombre de "pena" si se quieren evitar confusiones".

(52) Resulta llamativo, sin embargo, que una de las pocas sentencias nacionales que impone a una persona jurídica una consecuencia accesoria, como es el caso de la sentencia de primera instancia del caso Utopía, se decidió disolver y liquidar la empresa Inversiones García North S.A.C. sustentando dicha medida en la gravedad de los hechos producidos (las muertes y las lesiones de los asistentes a la fatídica fiesta Zoo). La fundamentación de esta medida parecería ser que se

Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran posible una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sea necesario interpretaciones muy discutibles, que las consecuencias accesorias son en realidad penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma como se encuentran regulas estas medidas en la legislación penal. Es evidente que la regulación positiva de las consecuencias accesorias impiden, al menos de *lege lata*, considerarlas penas. Basta con decir que estas medidas no se encuentran incluidas en el catálogo de penas previstas en el artículo 28 del Código penal, sino que se agrupan en un título aparte con la reparación civil derivada del delito(53). Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no son propiamente penas. A partir de esta constatación, un sector importante de la doctrina las considera un tipo especial de medidas preventivas.

bb) Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación mayoritaria entiende que las consecuencias accesorias no son penas, pues no se sustentan en la culpabilidad de la persona jurídica por el hecho delictivo. Se trata de medidas de carácter preventivo que buscan eliminar la peligrosidad de la estructura social. A pesar de que el fundamento de las consecuencias accesorias es la peligrosidad, es evidente que la formulación de estas medidas no se corresponde con la finalidad curativa de las medidas de seguridad tradicionales. La peligrosidad de las medidas de seguridad está vinculada claramente a la constitución psico-física de una persona natural, no a la peligrosidad organizativa de una persona jurídica(54). Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta

encuentra más en el hecho producido que en la peligrosidad de la estructura empresarial. De hecho, dicha empresa no tenía otras discotecas con deficiencias en los sistemas de seguridad como para considerar que debía ser disuelta. La empresa incluso ya había sido extinguida por los propios socios.

(53) CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 247.

(54) Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, 193.

peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad. Se trata de una peligrosidad de la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer la comisión futura de hechos delictivos. La particularidad de esta peligrosidad referida a la persona jurídica ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación(55) o como un objeto peligroso(56). En la medida que la persona jurídica que desarrolla cierto nivel de complejidad organizativa adquiere una individualidad propia, consideramos más acertado tratarla como un sujeto de imputación. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión no presenta en el fondo diferencias relevantes en las consecuencias prácticas(57).

Mayor relevancia práctica tiene la discusión sobre la naturaleza preventiva de las consecuencias accesorias, es decir, si se trata de medidas de naturaleza penal o de medidas administrativas que simplemente se imponen en sede penal por razones de economía procesal. Los que sostienen que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza propiamente penal(58) lo hacen como consecuencia de haber negado la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente, siendo, por tanto, la finalidad de las consecuencias accesorias cubrir el déficit de protección de bienes jurídicos o de mantenimiento de la vigencia de la norma que se genera por la imposibilidad de penar a las personas jurídicas. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial(59).

---

(55) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 182 y s.

(56) Vid., así FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 252; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 276.

(57) FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 254, habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

(58) Vid., LUZÓN PEÑA, *Curso*, I, p. 58; OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *LH-Cerezo Mir*, p. 1129; FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, p. 47.

(59) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 191, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

El otro punto de vista tiene como punto de partida la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de penas con base en la culpabilidad del autor, por lo que toda medida que se imponga sin este criterio no puede ser genuinamente penal. La función del Derecho penal, que es proteger bienes jurídicos o devolverle la vigencia a la norma infringida, solamente se puede cumplir con referencia a un sujeto culpable. En la medida que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en la culpabilidad por el delito cometido, no son propiamente penales, aun cuando se impongan en un proceso penal. Si no hay una lesión culpable de un bien jurídico o una desestabilización de la norma atribuible a una persona, el Derecho penal no podrá cumplir su función. Evidentemente esta situación no le impide a otros sistemas del Derecho hacer frente a situaciones de peligrosidad o riesgo, pero debe quedar en claro que sus presupuestos de aplicación son ajenos al propiamente penal. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo que se imponen en sede penal por razones de economía procesal[60].

cc) Toma de posición

En primer lugar, debe indicarse que resulta incorrecto que se considere, como punto de partida, que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas que no tienen el carácter de penas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquellos que pretenden asignarle a las consecuencias accesorias la función de cubrir los déficits de prevención provocados por la falta de capacidad penal de las personas jurídicas[61]. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la

(60) En una línea similar, CEREZO MIR, *Curso*, Parte General, II, p. 72 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394.

(61) Así parece ser la interpretación de CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 249 y s.

persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización[62]. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas y consecuencias accesorias aplicables también a las personas jurídicas.

Si partimos del hecho de que las consecuencias accesorias no son, cuando menos de *lege lata*, penas, la cuestión que debe abordarse decididamente es si se trata de medidas penales o no. Nuestro parecer es que no. Lo único que puede comunicar en el Derecho penal es la pena, de manera que la imposición de otras medidas, aun cuando se haga en un proceso penal, no adquiere por ese solo hecho naturaleza penal. Los efectos preventivos que estas medidas pueden desplegar en el terreno penal constituyen simples reflejos empíricos de la protección, pero no el fundamento legitimante de estas medidas. Hay que precisar que estas medidas preventivas no revisten el carácter de sanción[63], pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos.

Si se aprecia la regulación positiva de las consecuencias accesorias en nuestro Código penal, podrá verse que nuestra interpretación de las consecuencias accesorias no resulta incompatible con el tenor legal. Por ejemplo, las medidas previstas en el artículo 105 del Código penal se sustentan en una situación de peligrosidad objetiva que autoriza a la Administración a tomar medidas de prevención sobre los bienes o actividades peligrosas de la persona jurídica. La realización de un delito por parte de sujetos individuales es solamente la ocasión que evidencia la peligrosidad de la organización de la persona jurídica respecto de futuros delitos. Si bien la previsión legal de las consecuencias accesorias no ha sido lo suficientemente clara sobre su fundamento dogmático, la interpretación judicial se encuentra obligada a llenar este vacío, rechazando interpretaciones erradas que puedan surgir por la falta de claridad conceptual del legislador.

---

(62) Similarmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 195.

(63) De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 274, quien entiende que las consecuencias accesorias son sanciones administrativas.

b. Presupuestos

Para establecer los presupuestos necesarios para la imposición de las consecuencias accesorias juega un papel determinante el hecho de que no las consideremos penas y que no les asignemos un carácter penal. En este sentido, estas medidas no requerirán las condiciones para afirmar un efecto preventivo general o especial sobre la persona jurídica o sus miembros individuales. En la medida que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza administrativa no sancionatoria, sus presupuestos tanto materiales como procesales estarán orientados simplemente a eliminar una situación de peligro de la posible comisión futura de nuevos delitos.

aa) Presupuestos materiales

Los presupuestos materiales para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica son los siguientes:

aaa) Hecho principal

Así como la reparación civil se determina en el proceso penal conjuntamente con la pena, para imponer las consecuencias accesorias es necesario que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo[64]. A diferencia de la regulación española[65], en el Código penal peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la parte especial, por lo que el juez penal estará en capacidad de imponerlas a la persona jurídica en cualquier delito de la parte especial[66]. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organiza-

(64) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194.

(65) Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 286 y ss.; LA MISMA, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 102 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 407 y s.

(66) Vid., igualmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 301.

ción de la persona jurídica. Si bien el término hecho punible puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconsejarían reservarlo para lo hechos graves, es decir, para los hechos delictivos[67].

Los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar está el caso de que el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica. Para precisar cuándo se presenta esta situación hay fundamentalmente dos teorías en discusión. Por un lado está la teoría del interés que exige que la actuación delictiva de los sujetos individuales redunde en un beneficio para la persona jurídica. Por el otro, la teoría de la función que deja de lado el criterio del interés y se centra en el ámbito funcional de la persona jurídica, de manera que solamente exige que el delito se haya cometido en el marco de actuación del ente colectivo. Creemos más adecuado recurrir al criterio funcional, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil determinación y verificación[68]. Lo determinante no es la utilidad del hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica.

Los otros dos supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible se refieren no a su ámbito de actuación, sino a su organización. El primer supuesto se presenta cuando la organización de la persona jurídica ha favorecido la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de

---

(67) Vid., así, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias*, p. 184. De otro parecer, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 281. El parecer de Castillo Alva ha quedado, sin embargo, sin piso con la expedición del nuevo Código Procesal Penal, en donde se contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente medidas preventivas para asegurar la finalidad de las consecuencias accesorias únicamente respecto de delitos (vid., así, Espinoza Goyena, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 323 y s.).

(68) En el mismo sentido, Meini Mendez, *La responsabilidad*, p. 201. Por su parte, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 288 y s., utiliza indistintamente ambos criterios.

cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. En consecuencia, la persona individual que utiliza la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una imputación a título de partícipe[69]. El segundo supuesto de vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, mediante una acción que configure el tipo penal de encubrimiento[70]. En este sentido, se trata de actos de materializados por lo general con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como cuestión general, hay que señalar que el término hecho punible permite incluir también los casos de realización, favorecimiento o encubrimiento de una tentativa del delito[71]. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que llegue hasta la punibilidad de la conducta, pues una interpretación acorde con el fin de protección de la norma debe llevar a entender que para imponer una consecuencia accesoria resulta suficiente que se haya realizado una conducta que muestre la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, no siendo necesaria la culpabilidad de la persona natural[72]. Por lo tanto, no es un requi-

---

(69) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 195 y s. Precisa CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 292 que el favorecimiento incluye no sólo la complicidad, sino también la inducción.

(70) Similarmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 293.

(71) Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 194 y s., a partir de consideraciones sobre el principio de legalidad.

(72) Vid., igualmente, ZUGALDÍA ESPINAR, *RPJ* 46 (1997), p. 340 y ss.; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 308; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 198; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 409; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1166; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 285. De otra opinión ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 212; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LH-Cerezo Mir*, p. 1131.

sito necesario para imponer una consecuencia accesoria una sentencia condenatoria de un sujeto individual[73].

En la medida que las consecuencias son, como su propio nombre lo dice, accesorias, será siempre necesaria la previa determinación del hecho propiamente penal realizado por una persona natural. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica[74], a diferencia del comiso de ganancias obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural autor del delito sea un funcionario o dependiente de la persona jurídica. Basta, por tanto, la utilización delictiva de la organización. En doctrina se discute si debe individualizarse a este sujeto individual o si resulta suficiente simplemente con determinar que se ha cometido un delito en las actividades o desde la organización de la persona jurídica. Pensamos que una individualización del sujeto individual no es indispensable.

En cuanto al alcance del término persona jurídica, se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como a las de Derecho público. Si bien el artículo 105 del Código penal no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de Derecho privado[75]. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas de las personas jurídicas de Derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de Derecho público. Finalmente, el término persona jurídica puede interpretarse en un sentido amplio que incluya las sociedades de hecho e irregulares[76]. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a

---

(73) De otra opinión, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias*, p. 185.

(74) Vid., así Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 197 y s.; Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 207. De otra opinión Rodríguez Esteves, *El Derecho penal*, p. 359 y s.

(75) De otro parecer, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 298.

(76) De otro parecer en cuanto al tenor legal, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 297; Zúñiga Rodríguez, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 493.

una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación. Por otra parte, la crítica de que las consecuencias accesorias están pensadas más para personas jurídicas debidamente constituidas resulta cuestionable, pues hasta la propia regulación societaria admite, por ejemplo, que la sociedad irregular pueda ser disuelta y liquidada.

bbb) Juicio de prognosis

En segundo lugar, es necesario que el juez haga, a partir de la forma como está estructurada la persona jurídica, un juicio de prognósis sobre la futura comisión de hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica. A este requisito se le conoce también como la peligrosidad objetiva de la estructura social. Por lo tanto, para que proceda la imposición de una consecuencia accesoria, la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permite, favorece o encubre la futura realización de hechos delictivos (p.e. la existencia de una planta contaminante o las llamadas sociedades fachada).

ccc) Test de proporcionalidad

Como último presupuesto material, hay que señalar que la imposición de las consecuencias accesorias debe someterse a un *test* de proporcionalidad que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto(77). El juicio de idoneidad debe tenerse en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (peligrosidad de la estructura social), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida(78). Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter preventivo-penal, ponen de manifiesto nuevamente que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, estamos frente a

(77) Vid., así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2001, p. 490; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1167.

(78) Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, p. 54 y s.

medidas administrativas que requieren ponderar otros intereses sociales, no solamente la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica. El *test* de proporcionalidad exige hacer también un juicio de necesidad no sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto. Si la finalidad preventiva se consigue con una medida extrapenal menos lesiva o con una consecuencia accesoria menos grave, el juez deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Finalmente, debe hacerse también un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se determina si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

bb) Presupuestos procesales

Los presupuestos de orden procesal son los siguientes:

aaa) Incorporación al proceso penal

Para poder imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada al proceso. En la legislación penal actualmente vigente no hay una norma que establezca este requisito de manera expresa. No obstante, existen desarrollos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la exigencia de que las personas jurídicas a las que se les pueden imponer consecuencias accesorias sean emplazadas e incorporadas al proceso bajo la forma de "parte pasiva"[79]. Este vacío es corregido por el artículo 90 del Código Procesal Penal de 2004, el cual exige efectivamente el emplazamiento e incorporación de las personas jurídicas en el proceso penal a instancia del fiscal. Pese a que cierto sector de la doctrina se pronuncia, con

[79] Vid., así el auto de fecha 26 de febrero de 2002 en el Exp. N° 25-2001 (caso de América Televisión) y la sentencia de primera instancia de fecha 30 de abril de 2004 del Exp. N° 493-02 (caso de la Discoteca Utopía). Ambas resoluciones judiciales son reproducidas parcialmente en la parte pertinente por ESPINOZA GOYENA, *El nuevo proceso penal.* Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 313 y s.

base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva[80], no considero que ésta sea la razón de la exigencia de este requerimiento fiscal. Como ya lo adelantamos, las consecuencias accesorias no son penas, sino medidas preventivas de carácter administrativo, por lo que el fiscal no será el titular exclusivo para solicitar estas medidas. Sin embargo, en la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría por su posición en el proceso penal más que por el carácter jurídico-penal de las consecuencias accesorias.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 91 la oportunidad para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva en un proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa. En la audiencia prevista para estos casos resulta de sustancial importancia la intervención de la persona jurídica emplazada. Si se aplican las reglas de los medios de defensa, el auto que resuelve la incorporación de la persona jurídica como parte pasiva podrá ser apelado, tal como lo establece el artículo 9 del Código procesal penal.

bbb) Parte procesal

La incorporación de la persona jurídica como parte pasiva debe permitirle gozar de una participación en el proceso que asegure el respeto de sus derechos, sobre todo el derecho de defensa[81]. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la

(80) Vid., así, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 307 y s.; TAMARIT SUMILLA, *LH-Cerezo Mir*, p. 1168; ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 316.

(81) Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 202; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 289.

posibilidad de defenderse dentro del proceso penal ante la eventual imposición de una medida restrictiva como es precisamente una consecuencia accesoria. En el nuevo Código procesal penal se establece el marco adecuado para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Se dice expresamente en el artículo 92 que una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que no puede ser el imputado por el hecho principal. Si en el plazo de cinco días de requerido no se designa un apoderado judicial, lo hará el juez.

El artículo 93 del Código procesal penal le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas etapas del proceso[82], debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, por ejemplo, el "derecho" a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En este sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos.

c. Clases

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas. Por un lado están las medidas de control externo que intentan orientar desde fuera la actividad de la persona jurídica, y por el otro, las medidas de control interno que inciden sobre la estructura de la persona jurídica[83]. Las medidas pecuniarias materializan de forma

---

(82) Vid., así, ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 318 y s.

(83) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 199. Una ordenación distinta frealiza GRACIA MARTÍN, en Gracia/Boldova/Alastuey,

más clara la forma de control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre de establecimientos, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación[84]. Por su parte, las medidas que buscan desarrollar un control interno sobre la persona jurídica encuentran su mejor expresión en la medida de intervención de la estructura organizativa de la persona jurídica. Un repaso a los dispositivos del Código penal peruano permite concluir que el modelo de consecuencias accesorias seguido por nuestra legislación penal se corresponde con un sistema mixto, pues asume tanto rasgos de control externo como rasgos del control interno. Veamos de manera específica cada una de las consecuencias accesorias previstas en la regulación penal actual.

aa) Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo

La clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica tiene lugar cuando existe objetivamente una peligrosidad sobre la futura comisión de hechos delictivos debido a la forma como están dispuestos estos locales o establecimientos. Por ejemplo: la medida de clausura debe tomarse si los locales abiertos al público de la persona jurídica no reúnen las condiciones mínimas de seguridad exigidas por la normativa administrativa. No es necesario que los locales sean de propiedad de la persona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal[85]. La realización del delito no constituye el fundamento de la consecuencia accesoria, sino la ocasión para poder constatar la peligrosidad de los locales o establecimientos usados por la persona jurídica.

La clausura de locales o establecimientos puede ser temporal o definitiva. En caso sea temporal, su duración no puede ser mayor a

---

Lecciones, p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

(84) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 200.

(85) De una opinión distinta, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 182; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 311.

cinco años. La clausura definitiva no significa la pérdida del local o establecimiento, pues el inmueble puede ser utilizado perfectamente para otros fines o actividades. La legislación penal no establece los criterios para saber cuándo procede una clausura definitiva y cuándo una temporal[86], por lo que quedará al arbitrio del juez esta decisión. En cualquier caso, parece lógico entender que la clausura definitiva solamente será aplicable cuando no exista forma alguna de revertir la peligrosidad del local o establecimiento.

La pregunta que cabe plantearse respecto a la consecuencia accesoria de clausura es si esta medida puede levantarse si las circunstancias que hacían objetivamente peligrosos los locales o establecimientos de la persona jurídica han sido corregidas o cesadas. Si se defiende un carácter penal de estas medidas, difícilmente podría levantarse la medida, salvo que exista una especie de beneficios penitenciarios para las consecuencias accesorias que permitan levantar anticipadamente el cumplimiento efectivo de la medida. Por el contrario, si se entiende que esta consecuencia accesoria es estrictamente una medida administrativa, aunque se haya impuesto en el marco de un proceso penal, la clausura podría ser levantada sin mayores inconvenientes, pues la peligrosidad objetiva habría desaparecido. No obstante, en la medida que ha sido el juez penal el que impuesto la clausura del local, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración, sino que tendrá que solicitarse que sea el juez penal el que proceda a levantar dicha medida. Debe quedar en claro que esta limitación procesal no se debe al carácter jurídico-penal de la medida, sino al rango de la autoridad judicial.

bb) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años

La suspensión de actividades constituye una medida temporal que le impide a la persona jurídica realizar su actividad social. El presupuesto para poder imponer la medida de suspensión de actividades es que la persona jurídica tenga aún una autorización para

(86) Igualmente en el Derecho español, Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 302.

funcionar, pues si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dichas actividades. En este sentido, la suspensión solamente se entiende en tanto la persona jurídica cuente con la autorización legal de funcionamiento. El fundamento de esta medida accesoria radica en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo cuando el proceso productivo de la empresa ha generado productos defectuosos que han perjudicado a los consumidores. Es lógico que mientras no se resuelva estos defectos de organización o se reformule el proceso productivo, el peligro de futuros delitos de la misma índole se mantiene patente. El plazo máximo de la suspensión de actividades (dos años) se establece con el ánimo garantista de evitar una medida indeterminada. Si cumplido el plazo máximo de la medida la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas para controlar dicha peligrosidad. Como puede verse, la medida es de carácter administrativo.

cc) Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito

La medida de prohibición de actividades de la persona jurídica debe recaer sobre el ámbito de actuación en el que se ha realizado el delito y existe el peligro de que se pueda volver a cometer[87]. Constituye, en el fondo, una inhabilitación, la cual no puede entenderse, al menos en nuestro sistema penal, como una pena, sino como una medida que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado como incompetente para realizar determinadas actividades. A diferencia de la consecuencia accesoria de suspensión de actividades, la prohibición de actividades es parcial, en el sentido que no impide a la persona jurídica su funcionamiento, sino que la inhabilita en determinadas ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado defraudación a las rentas de aduanas en su actividad

[87] Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

importadora y existe el peligro de seguir haciéndolo. En estos casos, tendrá que adquirir los productos que necesita (insumos, por ejemplo), vía una empresa importadora o recurrir a productos nacionales. No se le niega la posibilidad de seguir realizado sus actividades, sino que se limita su intervención en ciertos sectores. Dada la incompetencia de la persona jurídica para desenvolverse correctamente en determinado sector, el juez toma la medida cognitiva de suspender sus actividades en este sector. El aseguramiento es pues cognitivo y no normativo.

dd) La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité

La consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica constituye la medida más drástica que se le puede imponer a una persona jurídica, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica[88]. Esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos[89]. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos como defraudación tributaria o lavado de activos. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin únicamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ningún sentido.

ee) La intervención de la persona jurídica

El último párrafo del artículo 105 del Código penal contempla la posibilidad de una intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Hay que precisar, sin embargo, que no se trata de una medida autónoma, sino que debe tomarse de la mano de cualquiera de las anteriores consecuencias

---

(88) Vid., BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

(89) Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 200; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 212.

accesorias, lo cual condiciona también su duración[90]. Por lo tanto, la intervención de la persona jurídica no es propiamente una administración judicial, sino la existencia de un interventor con finalidades fundamentalmente de supervisión para que no se afecten los intereses de los trabajadores. Por lo dicho, esta medida tampoco se puede confundir con un embargo en forma de intervención, pues la intervención no se hace con la finalidad de resguardar determinados bienes, sino para proteger los intereses de los trabajadores. La administración de la persona jurídica sigue encargada a sus directivos, existiendo solamente un especie de órgano de control judicialmente impuesto que resguarda los intereses de los trabajadores durante la imposición de una consecuencia accesoria.

Un aspecto que conviene precisar es quién resulta la autoridad competente que debe disponer la intervención de la persona jurídica por orden del juez. Dado que se trata de la defensa de los intereses de los trabajadores, esta autoridad competente será la autoridad de trabajo[91]. Debe quedar claro que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir la orden del juez. Su discrecionalidad se mueve solamente en el plano de la ejecución del mandato de intervención. En ámbitos de actuación sometidos a regulación y control especial por parte del Estado, parecería más adecuado que el órgano interventor sea el organismo encargado de control el desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras.

d. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias

Un aspecto discutido en la doctrina penal sobre la aplicación de las consecuencias accesorias es su carácter facultativo u obligatorio, es decir, si el juez penal está obligado o solamente facultado a imponer estas medidas sobre la persona jurídica. En la doctrina nacional

---

(90) Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 210; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 183; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 320.

(91) Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 209.

existen posiciones encontradas, pues mientras unos sostienen que su imposición es obligatoria[92], otros consideran que estas medidas deben tener un carácter potestativo o facultativo[93]. En el fondo, considero que esta discusión es más retórica que de contenido. Si se parte de la idea generalizada de que el juez siempre tiene un margen de decisión para determinar si se dan los presupuestos que fundamentan una determinada consecuencia jurídica, la imposición de las consecuencias accesorias no es obligatoria. Pero si se entiende que en el caso concreto se dan completamente los presupuestos exigidos, la imposición será obligatoria, pues el juez no puede dejar de aplicar sin razón alguna lo dispuesto por la ley. En consecuencia, hay que decir que las consecuencias accesorias deben ser impuestas por el juez si es que se presentan en el caso concreto los presupuestos materiales y procesales anteriormente desarrollados.

e. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

El artículo 105 del Código penal no contempla la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias a las personas jurídicas durante la sustanciación del proceso penal. Solamente una norma de carácter especial lo contempla, que es el caso del artículo 314 del Código penal que en los delitos contra el medio ambiente permite aplicar, como medida cautelar, la suspensión de actividades y la clausura del establecimiento. A partir de esta regulación especial se plantea la cuestión de si dicha posibilidad de imponer cautelarmente una consecuencia accesoria puede hacerse también en otros delitos. En principio, y en la medida que no se trata de penas, no se aprecia inconvenientes materiales para extender esta posibilidad a otras medidas y delitos.

De todas formas, y para resolver cualquier duda, el nuevo Código Procesal penal ha viabilizado de manera general la posibilidad de aplicar cautelarmente las consecuencias accesorias mediante la

---

(92) Vid. MEINI MENDEZ, *La responsabilidad*, p. 206.

(93) Así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 304, basado en el principio de mínima intervención.

regulación de las llamadas medidas preventivas en su artículo 313. Un sector de la doctrina procesal señala que estas medidas no constituyen, en sentido estricto, medidas cautelares, pues no buscan garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia(94). Esta afirmación, sin embargo, parte, a nuestro modo de ver, de una limitación de los efectos de la sentencia al ámbito civil y penal. En la medida que la legislación penal ha incorporado al proceso penal también medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de objetivos de carácter administrativo. Por lo tanto, si las llamadas medidas preventivas tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la finalidad administrativa de las consecuencias accesorias, podrá considerárseles medidas de carácter cautelar.

La finalidad de las consecuencias accesorias es evitar que la peligrosidad objetiva de la estructura organizativa de la persona jurídica permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos. En la medida que la duración del proceso penal puede afectar el cumplimiento oportuno y efectivo de esta finalidad, el Código procesal penal ha incorporado atinadamente las llamadas medidas preventivas. La finalidad instrumental de estas medidas explica también por qué se contemplan nuevas medidas no previstas como definitivas en el Código penal, como el nombramiento de un administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial y la anotación o inscripción registral del procesamiento penal. No se trata de medidas autónomas, sino de medidas dirigidas a asegurar la consecución efectiva y oportuna de las consecuencias accesorias previstas en el Código penal(95).

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del Código Procesal Penal. Por un lado, se encuentra la exigencia del *fumus bonus iuris*, es decir, que exista suficientes

(94) Vid., ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 319 y s.

(95) Vid., igualmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 293.

elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105 del Código penal[96]. Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de prueba suficiente. En segundo lugar, se exige el *periculum in mora* o peligro en la demora, el cual puede manifestarse de dos formas: como peligro criminal (de permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, o de comisión de nuevos delitos de la misma clase) o peligro procesal (peligro concreto de entorpecimiento de la averiguación de la verdad). Si se cumplen estos requisitos, el juez penal podrá tomar cuatelarmente cualquiera de las medidas previstas sobre la persona jurídica que haya sido constituida en parte pasiva dentro del proceso penal. Es evidente que en la medida que la imposición cautelar de una consecuencia accesoria implica una ingerencia sobre la persona jurídica, debe tenerse en cuenta también el principio constitucional de proporcionalidad[97].

f. Otras medidas previstas en leyes especiales

Las leyes especiales contemplan adicionalmente un conjunto de medidas preventivas de carácter fundamentalmente administrativo. Por ejemplo, en el delito de libramientos indebidos la legislación comercial y bancaria prevé ciertas medidas adicionales, como es el caso de la publicidad del inicio y culminación de un proceso penal contra el girador, así como el cierre de cuentas corrientes por giro de cheques sin fondos[98]. En cuanto a la publicidad, el artículo 88 de la LTV establece que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio Provincial respectiva el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheques rechazados por falta de fondos. Por su parte, el artículo 183 de la LTV señala que los bancos están obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubieren

---

(96) Similarmente, Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 294.

(97) Vid., así, con referencias de la jurisprudencia española, Silva Sánchez, *InDret* 2/2006 (342), www.indret.com, p. 9.

(98) Vid., con consideraciones críticas, Castro Salinas, *Themis* 35, p. 36 y s.

girado cheques sin fondos[99]. La SBS publicará por lo menos mensualmente en el Diario Oficial El Peruano la relación de cuentas corrientes cerradas. Los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos, quedan impedidos de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (1) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo, las empresas del sector financiero deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (3) años. Si se reincide por segunda vez, la inhabilitación será permanente.

[99] Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

Capítulo XIX
LA REPARACIÓN EN EL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

La realización de un delito económico no sólo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar por los daños producidos. En este sentido, el delito económico, en cuanto hecho lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil. El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del hecho delictivo sería iniciar el proceso civil, en donde el juez determinaría el daño producido y establecería una reparación acorde con el daño. Sin embargo, evidentes razones de economía procesal aconsejan seguir un modelo procesal en el que ambas pretensiones (penal y civil) se solventen en un mismo proceso: el proceso penal, evitando de esta forma el denominado "peregrinaje de jurisdicciones"[1]. Este modelo, conocido

[1] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, www.indret.com. Vid., igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 94.

como sistema de *action civile*, ha sido asumido predominantemente por las diversas legislaciones penales modernas, en donde se reconoce la posibilidad de que el afectado pueda constituirse en el proceso penal como parte civil y exigir en este proceso el pago de la reparación civil. Sin embargo, hay que señalar que esta unificación de pretensiones no implica que la acción penal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia. Esta situación explica por qué el fiscal, como titular de la acción penal, cumple funciones diferentes dentro del proceso penal que las que le corresponden a la parte civil, como titular de la acción civil.

La distinción conceptual que acabamos de esbozar brevemente está sufriendo en la actualidad cambios sustanciales. En efecto, la víctima está dejando de ser una simple parte civil en el proceso penal, para convertirse en un sujeto cuya intervención en el delito y en el proceso puede alcanzar relevancia desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales. Muestras claras de esta nueva orientación del asunto penal son la competencia de la víctima en la imputación objetiva, el acuerdo reparatorio en el ejercicio de la oportunidad procesal, la reparación espontánea del daño, etc. En esta línea, queremos destacar especialmente cómo la reparación del daño comienza a constituirse en una posible forma de resolver el conflicto social, abriéndose de esta manera una nueva vía del Derecho penal: la llamada tercera vía. Hay que resaltar que, por lo general, la reparación del daño coincide con la reparación civil. No obstante, debe dejarse en claro que no tienen necesariamente que coincidir[2], pues la reparación del daño puede consistir simplemente en una restitución más de carácter moral que económico e incluso puede tener lugar con el esfuerzo de reparar el daño, aunque no se consiga efectivamente. La reparación del daño tiene que ver más con la restabilización de la norma infringida que con el efectivo resarcimiento económico del daño.

---

[2] Vid., igualmente, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 831.

II. LA REPARACIÓN CIVIL

La reparación civil puede presentarse en cualquier delito económico que haya generado daños o perjuicios[3]. Un aspecto especialmente discutido es la posibilidad de determinar una reparación civil en delitos cuyo daño es difuso o colectivo. Con independencia de que cualquier persona a la que se le haya individualizado un daño puede constituirse en parte civil, también es posible que cierto colectivo de personas que represente intereses difusos o colectivos se constituya en parte civil. En el Código procesal civil se contempla expresamente esta posibilidad en el artículo 82, lo cual podría ser considerado también en el ejercicio de la acción civil en el proceso penal[4]. El artículo 94 inciso 4 del nuevo Código procesal penal corrige este defecto de la actual regulación procesal penal, otorgándole las facultades de los agraviados directos a las asociaciones que representen los intereses difusos afectados por el delito.

1. Sistema de determinación

El artículo 92 del Código penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. En consecuencia, no cabría determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor por el delito cometido[5]. La opción tomada por nuestro legislador es clara: si no hay pena, no se puede determinar la reparación civil. Pese a esta regla se presentan ciertos supuestos en los que no se sigue esta regla general. En primer lugar, se presenta el caso de la reserva del fallo condenatorio, en la medida en que si bien hay una declaración de culpabilidad, no se determina una pena. Sin embargo, el artículo 64 inciso 4 del Código penal dispone que el juez puede imponer, como regla de conducta, la reparación del daño, lo cual podría incluir la reparación civil. En segundo lugar, hay que mencionar la nueva regulación del concurso real restrospectivo del

---

(3) Vid., así, Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420.

(4) De la misma opinión, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 103.

(5) Vid., así, Zarzosa Campos, *La reparación civil*, p. 153; Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 73.

artículo 51 del Código penal, en donde se señala que si uno de los delitos se castiga con cadena perpetua solamente se aplicará ésta, *sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito*. En este sentido, puede ser que el delito descubierto con posterioridad a la sentencia condenatoria no dé pie a una nueva condena penal (en caso de haber sido condenado ya el autor a cadena perpetua), pero esto no impide al juez penal a fijar la reparación civil por el nuevo delito. Se trata, por tanto, de excepciones a la regla del artículo 92 que dispone que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

A diferencia de nuestro sistema de determinación conjunta, en otros países, como España, el juez penal se encuentra facultado de manera general para determinar la responsabilidad civil, aun cuando la responsabilidad penal se encuentre excluida. Este sistema resulta completamente razonable, pues diversos supuestos de exclusión de la responsabilidad penal dejan intacto el ilícito civil y, por tanto, la obligación de reparar el daño(6). En este sentido, para evitar el reprochable "peregrinaje de jurisdicciones" debería preverse la posibilidad de que el juez, en caso de no encontrar penalmente responsable al autor, le fije una reparación civil a la víctima si es que en el proceso se dan los elementos para legitimar una indemnización. El nuevo Código procesal penal parece que apunta a cambiar el sistema actual de determinación de la reparación civil, al establecer en el artículo 12 inciso 3 que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito. Pero este cambio dependerá del sentido que se le dé al término "órgano jurisdiccional".

La determinación conjunta de la pena y la reparación civil no debe llevar a la interpretación errónea de que los criterios de determinación de ambas consecuencias jurídicas se identifican. La responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de determinación jurídico-civil, tal como lo pone de manifiesto la cláusula de remisión del artículo 101 del Código penal. En consecuencia, el daño que fundamenta la responsabilidad penal no tiene que ser un elemento

(6) Vid., con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06).

típico del delito (concretamente, un resultado típico). Sobre la base de esta idea, puede decirse que los delitos económicos de peligro abstracto o la tentativa no se encuentran exentos de una determinación de responsabilidad civil[7], pues si bien el tipo penal renuncia a un resultado lesivo para fundamentar el castigo, esta situación no excluye que efectivamente estos daños se produzcan y generen un deber de reparación. Frente a este panorama, puede concluirse que la responsabilidad civil determinada en el proceso penal no es propiamente "derivada del delito", sino que se establece con base en los criterios objetivos y subjetivos de imputación jurídico-civil, con independencia de si ese daño constituya un elemento fundamentador del injusto penal[8].

Hay que reconocer, sin embargo, que la reparación civil por el delito adquiere ciertos rasgos particulares que implican un cambio de las reglas de determinación civil. Se trata de la llamada "mutación del título", en virtud del cual una obligación civil que era *ex lege* se convierte en *ex damno*[9]. En efecto, una obligación civil puede ampliarse por la comisión del delito a personas cuya intervención es posterior a la producción del daño, como sería el caso de los receptadores o encubridores[10], así como hacer responsables de una obligación contractual o legal preexistente a la realización del hecho delictivo como sería el caso de los delitos tributarios o la violación de la libertad del trabajo[11]. En nuestra doctrina jurisprudencia, el Acuerdo

---

(7) Vid., Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06); Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420. De otro parecer, Zarzosa Campos, *La reparación civil*, p. 178; Gálvez Villegas, *La reparación civil*, pp. 300, 304.

(8) Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06).

(9) Vid., Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06).

(10) Vid., la referencia, Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06).

(11) Vid., con mayores referencias, Silva Sánchez, *InDret* (julio de 2001), www.indret.com (consulta: 13/04/06). Con consideraciones críticas en los delitos tributarios, Silva Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 919 y ss.

Plenario Penal de 1999 tema 5 ha seguido esta línea, al acordar que el juez penal puede ordenar el pago de las obligaciones laborales incumplidas que se encuentren liquidadas en el delito de violación de la libertad de trabajo. La mutación del título tiene adicionalmente otra manifestación: la alteración de los plazos de extinción de la responsabilidad civil. El artículo 100 del Código penal dispone que la acción civil no se extinguirá mientras subsista la acción penal[12].

2. Alcance

En cuanto a su contenido, existe acuerdo en que la responsabilidad civil por el delito debe ser integral[13]. En esta línea, el artículo 93 del Código penal establece los conceptos que abarca la llamada reparación civil. Por un lado, se encuentra la restitución del bien y, por el otro, la indemnización por los daños y perjuicios.

A. La restitución del bien

La restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes[14]. El artículo 94 del Código penal precisa que esta restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda[15]. Esta disposición no debe interpretarse de forma absoluta, pues llevaría a graves incoherencias con el régimen civil. En el caso de los bienes registrables (principalmente inmuebles) existe el principio de la buena fe registral, conforme al cual el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aun-

(12) Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 336 y ss.

(13) Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 106.

(14) Vid., igualmente, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 424; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 284.

(15) En este sentido, destaca el carácter preferente de la restitución en la reparación civil, QUINTERO, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 51.

que después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Esta buena fe se presume mientras no se pruebe que el adquiriente conocía la exactitud del registro. En consecuencia, la restitución solamente procederá si el tercero adquiriente tiene buena fe. En el caso de los bienes muebles no registrables, la *traditio a non domino* no opera en el caso de bienes adquiridos con infracción de la ley penal. Por lo tanto, la buena fe del adquiriente no le permite adquirir la propiedad del bien mueble, si es que su procedencia es delictiva[16]. Sin embargo, esta regla tiene una excepción: si el bien mueble se adquiere en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si se encuentran amparados por facturas o pólizas de vendedor[17]. En este caso, como en todos los demás en los que no es posible la restitución del bien, el artículo 93 del Código penal dispone que el civilmente responsable deberá pagar su valor.

B. La indemnización por daños y perjuicios

El segundo concepto que engloba la reparación civil es la llamada indemnización de los daños y perjuicios. Se trata de un concepto que intenta abarcar todo el daño producido por el autor del delito. Este daño no se reduce al de carácter económico, pues como lo ha establecido el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Penal de 1999, la reparación civil debe comprender el daño económico, moral y personal[18]. En este sentido, el objeto de la reparación no es solamente el daño patrimonial, sino también el de carácter no patrimonial.

En cuanto al daño económico, hay que decir que éste no está constituido solamente por el daño emergente, sino que incluye el lucro cesante, es decir, aquellos ingresos económicos que el afectado por el acto ilícito ha dejado de percibir. En el ámbito de los delitos económicos, existen ciertas normas para precisar el contenido del

---

(16) Vid., así, Bigio Chrem, en *Para leer*, vol. I, p. 211.

(17) Vid., así, Bigio Chrem, *Para leer*, vol. 1, p. 211.

(18) En el mismo sentido, Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 429; Zarzosa Campos, *La reparación civil*, p. 178.

daño económico, como es el caso de la Ley de Protección de la Propiedad Industrial, en cuyo artículo 246 se establece que "la indemnización por daños y perjuicios compensará las pérdidas sufridas así como el lucro cesante causado por la violación. La cuantía de las ganancias dejadas de obtener se fijará teniendo en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido mediante el uso o explotación del derecho de no haberse producido la violación; b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; y c) El precio que el infractor hubiese tenido que pagar al titular por la concesión de la licencia que le hubiese permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho".

En cuanto al daño moral y personal, hay que señalar que aun cuando resulte poco frecuente, también resulta posible la existencia de este tipo de daño en los delitos económicos. En la doctrina se ha hecho hincapié para los casos en los que el delito produce una grave afección o preocupación en los perjudicados[19]. En el primer caso, la afección puede ser consecuencia de la imposibilidad de uso o disfrute de un bien o la imposibilidad de disfrutar un servicio o prestación de hacer esperados. En el segundo caso, la preocupación de los perjudicados puede verse cuando el delito los ha dejado en una situación de no saber la manera de poder subsistir o frente a la posibilidad de sufrir un grave daño patrimonial futuro que no puede descartarse.

Tanto en el daño patrimonial como no patrimonial, el juez penal debe estar en capacidad de poder evaluar estos daños y proceder a determinar una reparación civil justa. Una rápida revisada a la jurisprudencia penal muestra la absoluta arbitrariedad para la cuantificación del daño derivado del delito. Existen muy pocos referentes legales o jurisprudenciales para poder cuantificar el daño. En cualquier caso, el pleno jurisdiccional penal de 1999 dejó expresamente establecido que el monto de la reparación civil no puede aumentarse ni reducirse por la gravedad del delito o la capacidad económica del agente. En este sentido, la reparación debe ajustarse estrictamente a resarcir el daño producido. No hay espacio para darle un carácter punitivo.

---

[19] Vid., así, CAVANILLAS, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 97 y ss.

3. Los responsables civiles

La responsabilidad civil alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible como responsables directos, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda realizar quien pagó el integro de la reparación civil frente a los otros responsables (artículo 1983 del Código civil). Esta solidaridad le llega también al tercero civilmente responsable[20], es decir, aquella persona natural o jurídica que resulta responsable con base en los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-civiles, pero que no responde penalmente[21]. Para que este tercero pueda responder civilmente del pago de la reparación civil impuesta en el proceso penal, debe haber sido constituido en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. Si el tercero no ha sido incorporado al proceso penal, el agraviado podrá ir contra él en la vía civil, no pudiendo hacerlo si la sentencia penal le alcanza[22]. La obligación de pagar la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

En los delitos económicos en los que normalmente los partícipes en el delito actúan en el marco de las actividades de una empresa, resulta muy importante determinar los supuestos específicos bajo los cuales la empresa puede ser constituida en parte civil, pues no toda actuación delictiva de un miembro de la empresa da pie a que se constituya a la persona jurídica en tercero civilmente responsable. En primer lugar, la responsabilidad civil de la persona jurídica puede tener lugar con base en el artículo 1981 del Código Civil que regula la llamada responsabilidad vicarial. Conforme a este dispositivo legal, aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio

---

(20) Lo cual marca una diferencia con el sistema español que contempla una responsabilidad subsidiaria. Vid., al respecto, Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 452 y ss.; Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 255.

(21) Vid., Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 246 y s.; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 287.

(22) Vid., Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 289.

del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. Como puede verse, se trata de un caso de responsabilidad civil por el hecho lesivo de un tercero que requiere, para su configuración, los siguientes requisitos: a) una relación de subordinación del tercero; b) que el subordinado cause daños, y c) que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

En segundo lugar, la responsabilidad civil de la persona jurídica puede ser una responsabilidad directa por los hechos de sus representantes. En consecuencia, el fundamento legal dejará de ser el artículo 1981 del Código Civil y habrá que recurrir, más bien, a un criterio de atribución por hecho propio con base en el artículo 1969 ó en el artículo 1970 del Código Civil, dependiendo de si se considera la actividad de la empresa como riesgosa o no. Si la responsabilidad civil es directa, entonces no tendrían que verificarse los elementos constitutivos de la responsabilidad vicarial del artículo 1981[23]. En el plano objetivo, el factor de atribución de la responsabilidad civil por los hechos de los representantes requiere determinar que los autores del hecho lesivo han actuado efectivamente como representantes del representado[24]. Por lo tanto, no toda actuación lesiva del representante de una persona jurídica genera una responsabilidad

---

(23) La doctrina civil nacional es predominante en este sentido. Por ejemplo, DE TRAZEGNIES, *Para leer*, vol. IV, p. 479, señala que esta equiparación "*sólo es posible si se fuerza la institución jurídica de la representación hasta convertirla en un concepto absolutamente general y sin significación jurídica precisa. (...) En la representación hay una situación formal por la que una persona tiene la facultad de asumir compromisos en nombre de otra. Este no es el caso de la simple relación laboral o de dependencia, donde el servidor trabaja bajo la dirección de otro, pero ello no significa que puede asumir compromisos a nombre de ese otro*". Por su parte, OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, en www.castillofreyre.com., señalan, en relación con la actuación de los representantes de las personas jurídicas, que "*el citado artículo 1981 no podría ampliarse para ser aplicado a cualquier supuesto en que la responsabilidad civil del ente moral derive del actuar de sus administradores. De hacerlo estaríamos desnaturalizando la norma, la misma que ha sido concebida para los casos en que el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra a las órdenes de otra, ejecutando sólo las decisiones de esta última*".

(24) Vid., ESPINOZA ESPINOZA, *Revista Jurídica del Perú* 17 (1998), p. 198.

civil para ésta última, sino solamente aquellos casos en los que se ha actuado como tal. Si bien no estamos ante un supuesto de "actuar en lugar de otro", en el marco de este instituto jurídico-penal se ha trabajado el criterio jurídico para poder determinar si el órgano de representación de una persona jurídica actuó como tal o no. En disputa se encuentran la llamada teoría de los intereses y la llamada teoría de la función.

La teoría de los intereses señala que el representante sólo actuará como tal si se mueve en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, pero siempre en interés de su representado[25]. Estos intereses deben precisarse mediante criterios puramente económicos[26], de manera tal que no resulta relevante si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse que actúa en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante[27]. La teoría de la función entiende, por contra, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se

---

(25) Ésta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (vid. la referencia, Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 13; Jordan, *Jura* 1999, p. 304). En la doctrina penal defienden esta teoría Schünemann, *LK*, § 14, n.m. 50; El Mismo, Voz: Handeln für einen anderen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Bottke, *wistra* 1991, p. 84; Rodrígues Estéves, *El Derecho penal*, p. 345 y s. Críticamente, ante la teoría de los intereses, Tiedemann, *NJW* 1986, p. 1844; Weber, *StV* 1988, p. 17; Labsch, *wistra* 1985, p. 59; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 13; Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 91; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 220; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 150.

(26) Vid., así, la indicación de Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Marxen, *NK*, § 14, n.m. 31.

(27) Vid., en este sentido, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada de los intereses, según la cual es posible abarcar la actuación en propio interés del representante si sirve a la vez a los intereses del representado (vid., la referencia, Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Marxen, *NK* § 14, n.m. 32).

encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación[28]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[29]. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice desde esta posición el delito correspondiente[30]. Tampoco aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representante[31]. Sin embargo, si el representante se aprovecha de las facultades sobre la persona jurídica para realizar una conducta delictiva, habrá que negar que su actuación fue como órgano de representación[32]. En una interpretación extensiva de la lógica de la función se llega incluso a sostener, apoyado en la teoría de la apariencia, que solamente bastaría que la posición de representante en la empresa haya creado una ocasión para la realización del hecho lesivo para que responda la persona jurídica. Esto quiere decir que si la conducta lesiva ha sido posible o se ha favorecido significativamente por la asignación de la función de representante, entonces los daños producidos se atribuirán a la persona jurídica como actos de su representante.

4. El incumplimiento del pago de la reparación civil

En caso de incumplimiento del pago de la reparación civil, se puede solicitar vía ejecución de sentencia el embargo y remate de

(28) Vid., en este sentido, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60; TIEDEMANN, *NJW* 1986, p. 1844 y s.; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 26; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 30; ARLOTH, *NStZ* 1990, p. 575; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 12 y s.; JORDAN, *Jura* 1999, p. 305.

(29) Vid., así, WEBER, *StV* 1988, p. 17.

(30) Vid., así, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60.

(31) Vid., LABSCH, *wistra* 1985, p. 60 y s.

(32) Vid., Vid., así, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 26, quien señala: "Ya no es el caso (de una actuación como representante) porque la posición de representación le ofrece la oportunidad para la conducta cuestionada o porque sus consecuencias jurídicas o fácticas afectan al representado". Similarmente, WEBER, *StV* 1988, p. 17; LABSCH, *wistra* 1985, p. 61 y s.

los bienes de los responsables civiles. Si el condenado no tiene bienes realizables para pagar la reparación civil, el artículo 98 del Código penal faculta al juez a señalar hasta un tercio de la remuneración del condenado para cumplir dicho pago. La ley penal contempla la posibilidad de fraude al acreedor por parte del obligado al pago de la reparación civil. En estos casos, dispone la nulidad de los actos jurídicos practicados con posterioridad al hecho punible, en la medida que disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación. Esta disposición, sin embargo, no alcanza a los actos jurídicos celebrados de buena fe[33], aunque debe precisarse, por una interpretación sistemática con las normas civiles, que la buena fe no impide la nulidad del acto jurídico si se ha realizado a título gratuito[34]. Llama la atención que este dispositivo penal no contemple, como lo hace la regulación civil, la ineficacia del acto jurídico, sino su nulidad. En cualquier caso, la intención del legislador es la misma: evitar el fraude a los acreedores. Como cuestión final al respecto, hay que señalar que en el Derecho penal español se contempla una sanción penal para aquellos que generan dolosamente una situación de insolvencia para evitar el pago de la reparación civil. En nuestro país, la regulación penal sólo contempla la nulidad de los actos jurídicos (si no se hacen con buena fe), pero no se prevé sanción penal alguna.

5. Las vías judiciales

Muy discutido en el plano doctrinal y con líneas jurisprudenciales encontradas ha sido el tema de la obligatoriedad de la acción civil en el proceso penal. Mediante una interpretación unida al tenor del artículo 92 del Código penal, un sector doctrinal defiende la obligatoriedad de la reparación civil en sede penal, de manera que una sentencia nula que omita pronunciarse sobre la reparación civil

---

(33) En el mismo sentido, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 315 y s.; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 289, aunque citando una jurisprudencia aparentemente en sentido contrario.

(34) Igualmente, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 316.

es nula[35]. Por nuestra parte, no compartimos esta interpretación, sino que pensamos que, en la medida que la acción civil se rige por un principio transitivo, no puede adquirir un carácter de orden público[36]. Si bien nuestra actual regulación procesal y la que entrará en vigencia en breve señalan que le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción civil[37], la cuestión civil no se somete al principio de legalidad procesal. En este sentido, el afectado puede no sólo renunciar al pago de una reparación civil, sino que está facultado para reservarse su derecho de solicitar el pago de una reparación civil en la vía civil. La intervención del Ministerio Público tiene solamente un carácter tuitivo para evitar que la víctima quede sin resarcimiento, pero resulta desplazado cuando ésta asume la defensa de su pretensión civil o renuncia a ella[38].

Resulta conveniente dejar esclarecido que la renuncia de la víctima a una reparación civil no implica la exclusión del agraviado del proceso penal. El agraviado constituye un sujeto procesal cuya intervención, con independencia del ejercicio o no de su pretensión civil, resulta necesaria para decidir el aspecto penal del conflicto. Esta relevancia de la intervención de la víctima se aprecia con mayor facilidad en el caso de los delitos perseguibles a instancia de parte o por querella. El nuevo Código procesal ha visto con mejor criterio esta situación, por lo que ha regulado de forma diferenciada la intervención en el proceso penal del agraviado, el querellante particular y el actor civil. Sólo éste último puede efectivizar una pretensión civil en el proceso penal, siempre que se constituya como tal en dicho proceso.

Otro aspecto discutido en el plano doctrinal y jurisprudencial es la posibilidad de revisar la reparación civil impuesta mediante una sentencia penal en la vía civil. El principio general debe ser que la reparación civil impuesta definitivamente en el proceso penal constituye cosa juzgada. No obstante, esta afirmación no implica que en

---

(35) Vid., así, ZARZOSA CAMPOS, *La reparación civil*, p. 181.

(36) En la misma línea, SÁNCHEZ VELARDE, *Manual*, p. 152.

(37) Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 72.

(38) Similarmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 103 y s.

ningún caso pueda revisarse en la vía civil una reparación impuesta en sede penal. En primer lugar, puede presentarse un caso en el que no exista identidad de objeto, de manera que no puede hablarse de cosa juzgada[39]. Así sería el caso, por ejemplo, si en el proceso penal la parte civil solamente ha recibido como reparación la restitución del bien, pero no existe pronunciamiento sobre la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En este caso, el actor civil mantiene plenamente su derecho de accionar en la vía civil para exigir el pago de la indemnización. Por otra parte, debe recordarse que las resoluciones judiciales que tienen el carácter de cosa juzgada pueden tener un alcance absoluto o relativo[40]. Bajo esta lógica, consideramos que la cosa juzgada tendrá un carácter relativo si en el proceso penal no se actuaron pruebas dirigidas a demostrar la entidad del daño por razones no atribuibles a los afectados. En estos casos, la tutela judicial efectiva exigiría no negar la posibilidad de que en sede civil pueda acreditarse la entidad del daño y recibir una reparación civil justa.

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO TERCERA VÍA DEL DERECHO PENAL

1. Introducción

Es evidente que en los últimos años el papel de la víctima en el conflicto penal ha ido cambiando no sólo en el discurso doctrinal, sino en las disposiciones legales[41]. Concretamente en nuestro sistema legal, la reparación del daño a la víctima tiene trascendencia en el ámbito tanto material como procesal. En el primer caso, la reparación del daño constituye una regla de conducta en los medios alternativos a la pena privativa de libertad, así como un criterio

---

(39) Vid., sobre la identidad objetiva y subjetiva San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 388; Sánchez Velarde, *Manual*, p. 354; García Cavero, *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240.

(40) Vid., García Cavero, *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y s.

(41) Vid., así, las referencias legales al derecho penal español, alemán y austriaco en Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho penal*, p. 213 y ss.

específico para individualizar la pena (artículo 46 inciso 9 del Código penal) e incluso tiene un efecto eximente en determinados delitos como los libramientos indebidos, los atentados contra el sistema tributario o los delitos tributarios. En el ámbito procesal, la procedencia del principio de oportunidad requiere, en los supuestos más usuales, que el agente repare el daño ocasionado a la víctima o llegue a un acuerdo con ella. Con este panorama legislativo actual ya no puede afirmarse que la participación de la víctima en el conflicto penal se desarrolla sólo a efectos de determinar la responsabilidad civil. El conflicto penal se le devuelve de alguna manera a la víctima, siendo relevante su intervención desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales.

El innegable fenómeno de la orientación a la víctima del Derecho penal se ha pretendido justificar teóricamente desde diversos puntos de vista. Siguiendo el análisis de SILVA SÁNCHEZ[42], pueden identificarse tres planteamientos. En primer lugar, está el planteamiento de aquellos que buscan abolir total o parcialmente el Derecho penal, devolviéndole a la víctima actual el conflicto penal para que por medio de la conciliación y la reparación se solucione dicho conflicto[43]. Pese a las loables buenas intenciones de los representantes de este planteamiento, parece ser que nuestra sociedad no ha alcanzado aún un nivel de desarrollo que permita una solución consensuada entre autor y víctima del delito[44]. En segundo lugar, están aquellos que intentan un sistema mixto de solución del conflicto penal, en el que, por un lado, se mantenga la lógica de la afectación

(42) Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho penal*, p. 223 y s.

(43) Se trata del llamado abolicionismo penal que en la actualidad preconizan HULSMAN/BERNAT DE CELIS, *Sistema penal*, p. 76 y ss.; CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 128 y ss.

(44) A esta objeción, MAIER, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 217 y s., agrega dos más: que la reparación como sanción no tiene en cuenta el plus de antijuridicidad del hecho más allá de los intereses personales que llevó precisamente al ámbito del Derecho penal y que un sistema de reparación podría favorecer a los más poderosos económicamente.

a la colectividad (víctima potencial) pero, se inserte, por el otro, la orientación a la víctima actual[45]. La gran objeción a este planteamiento se mueve en el plano de las antinomias que puede crearse por la mezcla de ambas perspectivas[46]. Una tercera línea de interpretación de la orientación a la víctima del conflicto penal no abandona la lógica de los fines de la pena, sino que busca un desarrollo continuador de los conceptos jurídico-penales. De lo que se trata con este planteamiento, en definitiva, es integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal[47]. En nuestra opinión, los cambios legislativos que otorgan una incidencia penal a la reparación de la víctima deben interpretarse conforme a este tercer planteamiento.

La función del Derecho penal, como ya tuvimos oportunidad de manifestarlo, consiste en mantener la vigencia de la norma infringida. La pena cumple precisamente la función de restablecer la vigencia de la norma comunicando lo incorrecto del sentido comunicativo-social de la conducta del autor. En determinados delitos cuya incidencia social no es tan grave, la reparación del daño puede cumplir la función restabilizadora antes mencionada[48], no siendo necesario imponer adicionalmente una sanción penal. En efecto, la necesidad de devolverle la vigencia a la norma infringida resulta satisfecha en estos casos con la propia aceptación de culpabilidad y con el cumplimiento de ciertos actos de reparación que no tienen que ser

---

(45) En este dirección parece apuntar la comprensión de Maier, *LH-De Rivacoba y Rivacoba*, p. 223 y ss.

(46) Vid., en este sentido, Silva Sánchez, en Estudios, p. 224.

(47) Vid., igualmente, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 66; Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho penal*, p. 224; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 12, n.m. 174.

(48) En este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 3, n.m. 65; Silva Sánchez, en *Estudios de Derecho penal*, p. 229: "(...) cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) de la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada"; Peñaranda Ramos, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 244..

necesariamente jurídico-civiles[49]. Debe quedar claro, en cualquier caso, que esta explicación requiere como presupuesto la aceptación de culpabilidad por parte del autor, si quiera en el plano de la producción de un daño injustificado a la víctima[50].

2. La reparación del daño en el Derecho penal económico

La reparación del daño constituye un mecanismo de solución del conflicto penal que está teniendo progresiva aplicación en el ámbito de los delitos económicos[51]. En primer lugar, constituye un aspecto que se considera como regla de conducta para mantener alguna medida alternativa a la pena privativa de libertad, lo cual resulta muy pertinente dado el hecho de que las penas privativas de libertad por delitos económicos se manejan, por lo general, dentro de los marcos que autorizan el recurso a un mecanismo alternativo. En segundo lugar, la reparación del daño constituye una circunstancia valorada en sentido atenuatorio sea como circunstancia modificativa del marco penal abstracto (atentados contra el sistema crediticio, por ejemplo), sea como criterio específico de la individualización de la pena. Finalmente, la reparación espontánea del daño puede producir efectos exoneratorios de la responsabilidad

(49) Es muy importante tener claro que la reparación del daño no se identifica con la reparación civil, de manera tal que no se trata de darle un carácter penal a la reparación civil, como parece entenderlo GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 85 y ss., y que explica su posición crítica ante la reparación del daño como tercera vía penal (comparte esta visión crítica, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 279). Aun cuando la reparación del daño consista en el pago de la reparación civil, la reparación civil sigue siendo tal, lo que no impide que se le reconozca también ciertos efectos en el plano penal. De la misma que en el *non bis in idem* la sanción penal puede abarcar los efectos de protección del ámbito administrativo, la reparación civil puede alcanzar ciertos efectos beneficiosos o exoneratorios en el plano penal. No vemos que aceptar esto implique negarle la naturaleza civil de la reparación civil.

(50) Exige, en este sentido, el respeto al principio de responsabilidad penal, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 832.

(51) Así, señala la utilidad de la reparación en los delitos económicos, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 834; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 46.

penal en delitos económicos, como ocurre desde hace mucho en los libramientos indebidos y de forma más reciente en los delitos tributarios[52].

Si bien es cierto que la reparación del daño tiene efectos diversos en los casos mencionados, debe quedar claro que estos efectos se reconducen al mismo fundamento: el restablecimiento de la vigencia de la norma. En el caso de los medios alternativos y la atenuación de la pena, la reparación civil implica un restablecimiento parcial de la vigencia de la norma defraudada, que si bien no soluciona plenamente el conflicto penal, permite satisfacer la necesidad social con una pena cualitativa o cuantitativamente menor. En el caso de la exención de pena, la reparación del daño sí produce un efecto completamente exoneratorio de la necesidad de restablecer la vigencia de la norma defraudada mediante la imposición de una pena al autor. La asunción de la culpabilidad por el hecho, el sometimiento a un proceso penal y los actos espontáneos de reparación del daño devuelven socialmente la confianza en la norma sin que sea preciso una comunicación adicional mediante la imposición de una pena.

(52) Vid. igualmente en el Derecho penal alemán, Franzheim, *NStZ* 1982, p. 138 y ss.

Bibliografía

AAVV, *Código penal cometado*, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004 [cit. *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.)].

AAVV, *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, Achebach/Ransiek (Hrs..), Heidelberg, 2004 [cit., *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)].

ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt, 1836 [cit. *Lehrbuch*].

ABEGG, «Ueber das Verhältnis neuer Gesetze zu früher vorgekommenen Handlungen im Criminalrecht», *Neues Archiv des Criminalrechts* 13 (1832), p. 492 y ss.

ABANTO, César, «El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones», *RPCP* 11, p. 77 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Lima, 2003 [cit. *Los delitos*].

ABANTO VÁSQUEZ, «Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance», *RPCP* 11, p. 23 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ, «El principio de "certeza" en las leyes penales en blanco», *RPCP* 9, p. 15 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ, «Los delitos contra la libre competencia: abuso de poder económico», *RPCP* 6, p. 425 y ss.

ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho de la libre competencia*, Lima, 1997 [cit. *El Derecho*].

ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997 [cit. *Derecho penal económico*].

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de jurisprudencia* 4, sentencias de Derecho penal especial, Lima, 2000 [cit. Academia de la Magistratura, *Serie de jurisprudencia* 4].

ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de mera actividad», *RDPC* 10 (2002), p. 25 y ss.

ACHENBACH, «Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 23 y ss. [cit. *Estudios*, Mir y otros (coord.)].

ACHENBACH, «Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht», *50 Jahre Bundesgerichthof. Festgabe aus dem Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 608 y ss. [cit. *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV].

ACHENBACH, «Sanciones con las que se pueden castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán» (trad. Joshi), en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, J.M. Silva Sánchez (drg.), Barcelona, 1995, p. 381 y ss. [cit. *Fundamentos*, Sillva Sánchez (ed.)].

ACHENBACH, «Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70.* Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 549 y ss. [cit. *FS-Stree/Wessels*].

ACHENBACH, «Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch», *JuS* 1990, p. 607 y ss.

ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen des strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974 [cit. *Dogmatische und historische Grundlagen*].

ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt a.M., 1984 [cit. *Strafbarkeit*].

ALASTUEY DOBÓN, «El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: Examen de sus conductas típicas», *RDPC* 9 (2002), p. 17 y ss.

ALBRECHT, «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas» (trad. Gracia Martín), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 265 y ss. [cit. *Modernas tendencias*].

ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 471 y ss. [cit. *La insostenible situación*].

ALBRECHT, «Der Zugriff des Strafrechts auf die Kriminologie», en *Festschrift für E.A.Wolff*, Berlin, 1998, p. 11 y ss. [cit. *FS-E.A. Wolff*].

ALBRECHT, «Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts», *KritV* 1993, p. 163 y ss.

ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, Basel, 1973 [cit. *Der untaugliche Versuch*].

ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, 2004 [cit. *Los fines*].

ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Granada, 2002 [cit. *¿Está bien lo que bien acaba?*].

ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC* 04-08 (2002), punto II.

ALCÁCER GUIRAO, «¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de la norma», *RPDJP* 2 (2001), p. 51 y ss.

ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, Madrid, 2001 [cit. *Tentativa y formas de autoría*].

ALCÁCER GUIRAO, «El juicio de adecuación de la conducta», *ADPCP* 1996, p. 490 y ss.

ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Pedrazzi/Alessandri/Foffani/Seminara/Spagnolo, 2ª ed., Bologna, 2000, [cit. *Manuale*].

ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Barcelona, 1999 [cit. *Las atenuantes*].

ALSBERG, «*Wirtschaftsstrafrecht als Problem der Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft*», Conferencia presentada en el Congreso de la asociación colectiva de instituciones de giros del Dresdner Bank, en marzo de 1931 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*].

ALTENHAIN, «Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten», *GA* 1996, p. 19 y ss.

ALTENHAIN, «Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», *ZStW* 107 (1995), p. 398 y ss.

ALWART, «Unternehmensethik durch Sanktion?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 75 y ss. [cit. *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.)].

ALWART, *Zurechnen und Verurteilen*, Stuttgart, 1998 [cit. *Zurechnen*].

ALWART, *Buchsprechungen, MschrKrim*, 1995, p. 199 y s.

ALWART, «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Tätersunternehmen», *ZStW* 105 (1993), p. 756 y ss.

ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982 [cit. *Strafwürdiges Versuchen*].

AMBOS, «Beihilfe durch Alltagshandlungen», *JA* 2000, p. 721 y ss.

AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», *GA* 1998, p. 239 y ss.

AMELUNG, «Die Neutraliesierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 16 y ss. [cit. *FS-Grünwald*].

AMELUNG, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 94 y ss. [cit. *El sistema moderno*].

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972 [cit. *Rechtsgüterschutz*].

ANTOLISEI/CONTI, *Istituzioni di diritto penale*, Milán, 2000 [cit. *Istituzioni*].

ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, México, 1959 [cit. *La acción y el resultado en el delito*].

ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., Madrid, 1986 [cit. *Derecho penal*, PG].

APARICIO PÉREZ, A., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Oviedo, 1990 [cit. *Delitos contra la Hacienda Pública*].

ARLOTH, «Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH», *NStZ* 1990, p. 575 y ss.

ARMAZA GALDÓS, «La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico», *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss.

ARMAZA GALDOS, «El error de prohibición», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 41 y ss.

ARNDT, «Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», *JZ* 1965, p. 147 y ss.

ARNHOLD, «Strafbarer Ungehorsam gegen rechtswidrige Verwaltungsakte», *JZ* 1977, p. 789 y ss.

AROCENA, *Interpretación gramatical de la ley penal*, Lima, 2006 [cit. *Interpretación*].

ARROYO ZAPATERO, «Prólogo» a *Derecho penal económico*, Arroyo Zapatero/De Vicente Martínez (dirs.), Barcelona, 2001, p. 9 y s. [cit. *Prólogo*].

ARROYO ZAPATERO, «Los delitos contra el orden socioeconómico en el nuevo Código penal de 1995», *RPCP* 7-8, p. 623 y ss.

ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», *Revista penal* 1 (1998), p. 1 y ss.

ARROYO ZAPATERO, «Actualidad político criminal del Derecho penal económico en España», en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 19 y ss. [cit. *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.)].

ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987 [cit. *Delitos*].

ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, Bielefeld, 2000 [cit. *Strafrecht*, BT].

ARZT, «Geldwäscherei – Eine neue Mache zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *NStZ* 1990, pp. 1 y ss.

ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, LH4, 2. Aufl., Bielefeld, 1989 [cit. *Strafrecht*, BT, LH4, 2. Aufl.].

ARZT, «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.

ARZT, «Leichtfertigkeit und recklessness», *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 119 y ss. [cit. *GS-Schröder*].

BACIGALUPO ZAPATER, «Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 35 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre el Derecho penal y su racionalidad», en *Teoria de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 319 y ss. [cit. *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara (ed.)).

BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas actuales del dolo», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 63 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

BACIGALUPO ZAPATER, «Las teorías de la pena y el sujeto del Derecho penal», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 187 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal*, Parte General, Lima, 2004 [cit. *Derecho penal*, PG].

BACIGALUPO ZAPATER, *Técnica de resolución de casos penales*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002 [cit. *Técnica de resolución*].

BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999 [cit. *Delito y punibilidad*].

BACIGALUPO ZAPATER, «La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico», y «El delito fiscal», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 53 y ss., 299 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

BACIGALUPO ZAPATER, «El nuevo delito fiscal», *AP* 45 (1995), p. 883 y ss.

BACIGALUPO ZAPATER, «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición», en *El Derecho penal hoy, Libro homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 140 y ss. [cit. *LH-Baigún*].

BACIGALUPO ZAPATER, «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabiilidad de los subordinados*, VII, Madrid, 1994, p. 61 y ss. [cit. CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*].

BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991 [cit. *Sanciones administrativas*].

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), T. V, Vol. 1, 1985, p. 315 y ss. [cit. *Comentarios*, Cobo del Rosal (dir.)].

BACIGALUPO ZAPATER, «El error sobre las excusas absolutorias», *CPC* 3 (1977), p. 1 y ss.

BACIGALUPO, S., «Las consecuencias accesorias aplicables a las personbas jurídicas en el Código penal de 1995», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 91 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998 [cit. *Responsabilidad*].

BACIGALUPO, S., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del Derecho penal», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 129 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, García Cavero (ed.)].

BACKES, O., *Strafrechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. Die sogenannte Parallelwertung in der Laiensphäre*, Habilitationsschrift, Bielefeld, 1976 [cit. *Die sogenannte Parallelwertung*].

BACKES, «Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht», *StuW*, 1982, p. 253 y ss.

BACKES, *Zur Problematik der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, 1981 [cit. *Steuerstrafrecht*].

BACKMANN, «Gefahr als "besondere Folge Tat" i. S. der erfolgsqualifizierten Delikte?», *MDR* 1976, p. 969 y ss.

BAIGÚN, «El bien jurídico orden económico», en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. Maier*, Buenos Aires, 2005, [cit. *LH-Maier*].

BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000 [cit. *La responsabilidad penal*].

BAIGÚN, «Integración regional y delitos económicos», en *Teorías actuales en el Derecho penal*, 75º aniversario del Código penal, Buenos Aires, 1998, p. 495 y ss. [cit. *Teorías actuales*].

BAIGÚN, «¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 657 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994 [cit. *Estado de necesidad*].

BALLBÉ/PADRÓS, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Madrid, 2004 [cit. *La prejudicialidad*].

BAJO FERNÁNDEZ, «La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico», en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2005, p. 19 y ss. [cit. *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.)].

BAJO FERNÁNDEZ, «Concepto y contenido del Derecho penal económico», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas 2002, p. 3 y ss. [cit. *Estudios*, Mir y otros (coord.)].

BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Derecho penal económico*].

BAJO FERNÁNDEZ, «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 118 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, «Uso de información privilegiada», en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, Madrid, 1999, p. 134 y ss. [cit. CDJ: *Empresa y Derecho penal*].

BAJO FERNÁNDEZ, «Culpabilidad y persona jurídica», *en I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), Universidad de la Coruña, 1998, p. 13 y ss. [cit. *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.)].

BAJO FERNÁNDEZ, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995», en *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal*, Oviedo, 1997, p. 261 y ss. [cit. *La actividad empresarial*].

BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español», en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 25 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir /Luzón (coord.)].

BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual», CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre*

de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados, VII, Madrid, 1994, p. 99 y ss. [cit. CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*].

BAJO FERNÁNDEZ, «Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 63 y ss. [cit. en *Hacia un Derecho penal*].

BAJO FERNÁNDEZ, en «Política criminal y Reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Política criminal y reforma penal, Libro a la memoria del Prof. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 146 y ss. [cit. *LH-Del Rosal Fernández*].

BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993 [cit. *Manual*, PE].

BAJO FERNÁNDEZ, «Marco constitucional del Derecho penal económico», en *Comentarios a la legislación penal*, I, Cobo del Rosal (dr.), Madrid, 1982, p. 233 y ss. [cit. en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.)].

BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978 [cit. *Actividad empresarial*].

BARATTA, «Resocialización o control social», *Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*, Lima, 1991, p. 101 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera* (1991)].

BAR VON, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, Berlin, 1907 [cit. *Gesetz und Schuld*, II].

BÄR, *Die Subsidiarität im Strafrecht*, Heidelberg, 1926 [cit. *Die Subsidiarität*].

BARBERO SANTOS, «¿Responsabilidad penal de la empresa?», *AP* 23 (1987), p. 1081 y ss.

BATISTA GONZÁLEZ, «La responsabilidad penal de los órganos de la empresa», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 121 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, 10. Aufl., Bielefeld, 1995 [cit. *Strafrecht*, AT].

BAUMANN, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität», *JZ* 1983, p. 935 y ss.

BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 8. Aufl. Bielefeld, 1977 [cit. *Strafrecht*, AT].

BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?» (trad. Bacigalupo Zapater), en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho, Libro Homenaje al Prof. Luis Jimenez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, p. 1 y ss. [*LH-Jiménez de Asúa*]

BAUMGARTEN, «Die Idealkonkurrenz», *Festgabe für Frank*, II, Tübingen, 1930, p. 188 y ss. [cit. *FS-Frank, II*].

BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1913 [cit. *Der Aufbau*].

BECKEMPER, «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», *Jura* 2001, p. 169 y ss.

BEHRENDT, «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 303 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1979 [cit. *Die Unterlassung*].

BELING, *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, 1928 [cit. *Deutsches Reichstrafprozessrecht*].

BELING, *Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 [cit. *Lehre vom Verbrechen*].

BEMMANN, *Zur Frage der objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttingen, 1957 [cit. *Zur Frage*].

BENLLOCH PETIT, «Las diferencias entre el injusto de la tentativa imperfecta y el de la tentativa perfecta y sus consecuencias en materia de desistimiento», en *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*, Sánchez Herrera (coord.), Bogotá D.C., 2002, p. 306 y ss. [cit. *Entre el funcionalismo y el principialismo*, Sánchez Herrera (coord.)].

BENTE, *Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Beitragsvorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)*, Frankfurt a.M., 1992 [cit. *Die Strafbarkeit*].

BEOTAS LÓPEZ, «Derecho administrativo sancionador, el principio de culpabilidad y las personas jurídicas», en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados*, VII, Madrid, 1994, p. 121 y ss. [cit. CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*].

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994 [cit. *Todo sobre el fraude tributario*].

BERGMANN, «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt von Versuch?», *ZStW* 100 (1988), p. 329 y ss.

BERGMANN, «Zeitliche Geltung und Anwendbarkeit von Steuerstrafvorschriften», *NJW* 1986, p. 233 y ss.

BERGMANN, *Begehungsort im internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin, 1966 [cit. *Begehungsort*].

BERNAL DEL CASTILLO, «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad», en *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 91 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes*, Neudruck, Frankfurt a.M., 1969 [cit. *Wirkungskreis*].

BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 1857 [cit. *Lehrbuch*].

BERNER, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843 [cit. *Grundlinien*].

BERNSMANN, en *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), II, Berlin, § 21, III [cit. *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.)].

BERTEL, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», ZStW 84 (1972), p. 1 y ss.

BERZ, «Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70.* Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 331 y ss. [cit. *FS-Stree/Wessels*].

BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986 [cit. *Formelle Tatbestandsverwirklichung*].

BERZ, «An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation – BGH, NJW 1983, 2267», *JuS* 1984, p. 340 y ss.

BESTE/VOß, «Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad» (trad. Robles Planas), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 341 y ss. [cit. *La insostenible situación*].

BETTIOL/MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., Padova, 1986 [cit. *Diritto penale*].

BEULKE/BACHMANN, «Die Lederspray-Entscheidung» – BGHSt 37, 106», *JuS* 1992, p. 741 y ss.

BIGIO CHREM, «La compra venta y transmisión de propiedad», en *Para leer el Código civil*, vol. I, Lima, 1988, p. 211 y ss. [cit. *Para leer*, Vol. 1].

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I (1922), II 1 (1914), II 2 (1916), III (1918), IV (1919), [cit. *Normen*].

BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, 2. Aufl., Tomo II, 1, Leipzig, 1902 [cit. *Lehrbuch*, BT, II, 1].

BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Tomo I, Leipzig, 1885 [cit. *Handbuch*, I].

BINDOKAT, «Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrrtum», *JZ* 1953, p. 748 y ss.

BINZ, «Nochmals: Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH», *NJW* 1978, p. 802 y ss.

BIRNBAUM, *Die Leichtfertigkeit –zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, Berlin, 2000 [cit. *Lechtfertigkeit*].

BITTMANN/DREIER, «Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nach dem Ende der fortgesetzten Handlung», *NStZ* 1995, p. 105 y ss.

BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001 [cit. *Límites a la participación*].

BLANCO CORDERO, «Delito de defraudación tributaria y responsabilidad penal en el ámbito bancario», en *El Nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 994 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista penal* 6 (2000), p. 1 y ss.

BLANCO LOZANO, «La aplicación temporal de las normas penales», *CPC* 71 (2000), p. 279 y ss.

BLAUTH, *Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968 [cit. *Handeln*].

BLEI, «Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum: Probleme im Licht zweier neuer Monographien», *JA* 1970, pp. 205 y ss., 333 y ss., 525 y ss., 599 y ss., 665 y ss.

BLOY, «Zurechnungstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung», *JuS* 1987, p. 528 y ss.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985 [cit. *Die Beteiligungsform*].

BLUME FORTINI, «La constitución económica peruana y el derecho a la competencia». *Themis* 36, p. 31 y ss.

BOCK, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen, 1997 [cit. *Produktkriminalität*].

BOCKELMANN, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *Festchrift für Honig zum 80.* Geburtstag, Göttingen, 1970, p. 19 y ss. [cit. *FS-Honig*].

BOCKELMANN, Anmerkung, *Deutsches Recht*, 1942, p. 431 y ss.

BOERS, «Wirtschaftskriminologie», *MschrKrim* 2001, p. 339 y ss.

BOHNERT, «Warum Gesamtstrafenbildung?», *ZStW* 105 (1993), p. 859 y ss.

BOHNERT, «Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte – BGH, NJW 1982, 2329», *JuS* 1984, p. 183 y ss.

BOIX REIG, «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 123 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

BOIX REIG/ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en orden a la determinación de la pena», *RPCP* 7-8, p. 302 y ss.

BOLDT, «Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat», *ZStW* 68 (1956), p. 335 y ss.

BOLEA BARDON, «La coautoría: concepto y delimitación», en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2002, p. 257 y ss [cit. *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*].

BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000 [cit. *Autoría mediata*].

BONGARTZ, *Der Fortsetzungszusammenhang im Steuerstrafrecht*, Diss., Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Der Fortsetzungszusammenhang*].

BOOP, *Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes im Sinne des Grundrechtes «nulla poena, nullum crimen sine lege»*, Freiburg, 1966 [cit. *Die Entwicklung*].

BORJA JIMÉNEZ, «La terminación del delito», *ADPCP* 1995, p. 104 y ss.

BORJA JIMENEZ, «La naturaleza de las medidas de seguridad en el Derecho español», en *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 23 y ss. [cit. *LH-Bramont-Arias*].

BORNEMANN, *Das Zusammentreffen vertatbestandlichter Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe*, Baden-Baden, 2002 [cit. *Das Zusammentreffen*].

BORN, *Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe*, Karlsruhe, 1984 [cit. *Die Rechtfertigung*].

BÖRNER, *Die Willensfreiheit, Zurechnung und Strafe in ihren Grundlehren*, Freiberg, 1857 [cit. *Die Willensfreiheit*].

BOTTKE, «Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftsstrafrecht - de lege lata und de lege ferenda», *JuS* 2002, p. 320 y ss.

BOTTKE, «Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania», (trad. Arroyo Alfonso), *Revista penal* 4 (1999), p. 21 y ss.

BOTTKE, «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», *Revista penal* 2 (1998), p. 1 y ss.

BOTTKE, «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen stramündig» werden?», *wistra* 1997, p. 244 y ss.

BOTTKE, «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 73 y ss. [cit. *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III].

BOTTKE, «Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 637 y ss. [cit. en *Hacia un Derecho penal*].

BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994 [cit. *Haftung*].

BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992 [cit. *Täterschaft*].

BOTTKE, «Wirtschafsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite», *wistra* 1991, p. 1 y ss.

BOTTKE, «Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?», *wistra* 1991, p. 81 y ss.

BOTTKE, *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB*, Berlin, 1980 [cit. *Rücktritt*].

BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und –ordnungswidrigkeiten*, Berlin, 2000 [cit. *Die rechtliche Behandlung*].

BRAITHWAIRE, «White Collar Crime», *Annual Review of Sociology* 11 (1985), p. 3 y ss.

BRAMONT ARIAS, *La ley penal. Curso de dogmática jurídica*, Lima, 1950 [cit. *La ley penal*].

BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, 4ª ed., Lima, 2001 [cit., *Código penal anotado*].

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., «Alcances de la Ley penal contra lavado de activos», *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65 y ss.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., «Delitos empresariales», *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 3 y ss.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., «El delito de lavado de dinero», *Actualidad jurídica* 84-B (2000), p. 63 y ss.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., «Controversias sobre la determinación del concurso de leyes y concurso de delitos», *Diálogo con la jurisprudencia* 18 (2000), p. 19 y ss.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Jurisprudencia en materia penal*, Lima, 2000 [cit. *Jurisprudencia en materia penal*].

BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal*, PE, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Manual*, PE].

BRAMMSEN, «Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen», *GA* 2002, p. 193 y ss.

BRAMMSEN, «Unterlassungshaftung in formalen Organisationen», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 116 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986 [cit. *Die Entstehungsvoraussetzungen*].

BRAUNECK, *Allgemeine Kriminologie*, 1974 [cit. *Allgemeine Kriminologie*].

BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973 [cit. *Zur Dogmatik*].

BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Freiburg, 1989 [cit. *Die Neuregelung*].

BREUER, «Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschuztes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?», *NJW* 1988, p. 2072 y ss.

BRICOLA, «Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenómeno societario», *RIDPP* 1970, p. 926 y ss.

BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlin, 1996 [cit. *Der Vertrauensgrundsatz*].

BRUNS, «Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzumgehendes Täterverhaltens», *GA* 1986, p. 1 y ss.

BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Köln, 1985 [cit. *Das Recht der Strafzumessung*].

BRUNS, «Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht», *JR* 1984, p. 133 y ss.

BRUNS, «Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhafttung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)», *GA* 1982, p. 1 y ss.

BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., 1974 [cit. *Strafzumessungsrecht*].

BRUNS, «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung», *JZ* 1958, p. 461 y ss.

BRUNS, «Juristische Personen können wegen Devisenvergehens bestraft werden», *JZ* 1954, p. 253 y ss.

BRUNS, «Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht», *JZ* 1954, p. 12 y ss.

BRUNS, *Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken*, Berlin, 1938 [cit. *Befreiung*].

BRUNS, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, Breslau, 1931 [cit. *Können?*].

BÜNGER, «Über Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe», *ZStW* 8 (1888), p. 523 y ss.

BURGSTALLER, «Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder Verletzten selbst», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 363 y s. [cit. *FS-Jescheck*, I].

BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974 [cit. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*].

BURI VON, *Einheit und Mehrheit*, Stuttgart, 1879 [cit. *Einheit*].

BURKHARDT, «Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die "Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven"», en *Straftat, Strafzumessung und Straprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Wolter/Freund (Hrsg.), Heidelberg, 1996, p. 118 y ss. [cit. *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.)].

BURKHARDT, «Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht», *wistra* 1982, p. 178 y ss.

BURKHARDT, «Rechtsirrtum und Wanhdelikt», *JZ* 1981, p. 681 y ss.

BURKHARDT, *Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung*, Berlin, 1975 [cit. «*Der Rücktritt*»].

BURKHARDT, «Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen», *JZ* 1971, p. 352 y ss.

BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933 [cit. *Grundfragen*].

BUSCH, R., «Über die Abgrenzung von Tatbestand- und Verbotsirrtum», *Festschrift für Mezger zum 70.* Geburtstag, München, 1954, p. 165 y ss. [cit. *FS-Mezger*].

BUSCH, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, Osnabrück, 1997 [*Unternehmen*].

BUSCH, «Der praktische Fall – Strafrecht: Der eifersüchtige Gastwirt», *JuS* 1993, p. 306 y ss.

BUSCH, *Die Übiquitätsregel im Internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen IPRG*, Pfaffenweiler, 1996 [cit. Die *Übiquitätsregel*].

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, «Principio de legalidad y "ne bis in idem"», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 163 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, T. I, Derecho penal, Parte general, Lima, 2004 [cit. *Obras completas*, T. I].

BUSTOS RAMÍREZ, «Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 3 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

BUSTOS RAMÍREZ, «Perspectivas actuales del Derecho penal económico», en *Política criminal y reforma penal, Libro a la memoria del Prof. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 213 y ss. [*LH-Del Rosal Fernández*].

BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, PG, Barcelona, 1989, [cit. *Manual*, PG].

BUSTOS RAMÍREZ, «Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)», *EPC XII*, Santiago de Compostela, 1989, p. 105 y ss. [cit. *EPC* XII].

CADENAS, en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 385 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise*, Berlin, 1984 [cit. *Die faktische Betrachtungsweise*].

CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9-9ª del Código penal)*, Madrid, 1990, [cit. *Arrepentimiento espontáneo*].

CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974 [cit. *Theorie der Strafe*].

CALLIES, «Strafzwecke und Strafrecht», *NJW* 1989, p. 1338 y ss.

CANCIO MELIÁ, «Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 247 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 57 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

CANCIO MELIÁ, «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo», *RPCP* 13, p. 155 y ss.

CANCIO MELIÁ, «¿"Derecho penal del enemigo"?», en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 59 y ss. [cit. *Derecho penal del enemigo*].

CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, 2001 [cit. *Conducta de la víctima*].

CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México, 2001 [cit. *Líneas básicas*].

CANCIO MELIÁ, «Dogmática penal y Política criminal en una teoría funcional del delito», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 17 y ss. [cit. en *El sistema funcionalista*].

CANCIO MELIÁ, «Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor», *RPDJP* 1 2000, p. 17 y ss.

CANCIO MELIÁ, «Finale Handlung und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Soziladäquanz», *GA* 1995, p. 179 y ss.

CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, Madrid, 1982 [cit. *La justificación penal*].

CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economía*, Milán, 2002, [cit. *Premesse*].

CARO CORIA, «Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código penal peruano», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 319 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

CARO CORIA, «El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», www.unifr.ch/derechopenal/articulos (consulta 11/04/06).

CARO CORIA, «La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano», *RPCP* 11, p. 520 y ss.

CARO CORIA, «"sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo», *RPCP* 9, p. 197 y ss.

CARO CORIA, «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs», *Thémis* 35, p. 137 y ss.

CARO CORIA, «La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro», *Thémis* 39, p. 468 y ss.

CARO CORIA, «Los delitos societarios y de "cuello blanco" en las modernas "sociedades de riesgo"», en *Contexto socio-económico de la magistratura*, Academia de la Magistratura, p. 23 y ss. [cit. *Contexto socio-económico*].

CARO CORIA, *Derecho penal del medio ambiente*, Lima, 1999 [cit. *Derecho penal*].

CARO CORIA, «La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma de 1991», *Thémis* 24, p. 69 y ss.

CARO JOHN, «La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 335 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

CARO JOHN, «La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia», *RPCP* 4, p. 733 y ss.

CASTALDO, «La concreción del riesgo jurídicamente relevante» (trad. Ruiz de Erénchun), en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 233 y ss. [cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

CASTALDO, «Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts», *GA* 1993, p. 495 y ss.

CASTILLO ALVA, «Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización», en *Sistemas Penales Iberoamericanos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Jaen Vallejo (dr.), Lima, 2003, p. 577 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (Perú)].

CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima, 2001 [cit. *Las consecuencias*].

CASTILLO ALVA, «Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas», *Normas legales* 276 (1999), p. A-44 y ss.

CASTILLO ALVA, José Luis «El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano», *Normas Legales*, T. 279, Agosto 1999, p. A-61 y ss.

CASTRO ARANA, «¿Hacia un reconocimiento del fraude a la ley en el Derecho tributario peruano? Un comentario con ocasión de la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 16 de abril, recaída en el expediente 284-2002», *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 32 (2003), p. 121 y ss.

CEREZO MIR, «La regulación del error de prohibición en los códigos penales español y peruano», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 211 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

CEREZO MIR, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *RDPC* 10 (2002), p. 52 y ss.

CEREZO MIR, «Reflexiones críticas sobre el sistema de penas en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 338 y ss.

CEREZO MIR, «La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», *RDPC* 1 (1998), p. 13 y ss.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, PG, II, 5ª ed., Madrid, 1997 [cit. *Curso*, PG, II].

CEREZO MIR, «La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios», *ADPCP* 1985, p. 277 y ss.

CEREZO MIR, «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 77 y ss. [cit. *Problemas fundamentales*].

CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 87 y ss. [cit. III *Jornadas de Profesores de Derecho penal*].

CERLETTI, «Juicios de imputación y juicios causales», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 239 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

CESANO, J., «Problemas de responsabilidad penal de la empresa, 1, 2, 3 y 4», www.unifr.ch/derechopenal/articulos/Cesano2 [consulta: 20 de diciembre 2002].

CHOCANO/VALLADOLID, *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002 [cit. *Jurisprudencia penal*].

CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Barcelona, 2003 [cit. *Responabilidad de auditores de cuentas*].

CHOCLÁN MONTALVO, «Sobre la evolución dogmática de la imprudencia», *AP* 48 (1998/99), p. 983 y ss.

CHRISTIE, *Los límites del dolor*, (trad. De Caso) México, 1988 [cit. *Los límites del dolor*].

CID/LARRAURI, «Penas alternativas a la prisión en el Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 363 y ss.

CLAUß, «Vertrauen zum "Vertrauensgrundsatz"?», *JR* 1964, p. 207 y ss.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., Valencia, 1999 [cit. *Derecho penal*, PG].

COENDERS, *Über die Idealkonkurrenz*, 1921, Greifswald [cit. *Über die Idealkonkurrenz*].

COING, «Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft», en *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Berlin, 1964, p. 1 y ss. [cit. *Das Verhältnis*, Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.)].

CONTI, «I Soggetti», en *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dr.), Padova, 1990, p. 231 y ss. [cit. *Trattato*].

CORCOY BIDASOLO, «Relación entre causalidad e imputación objetiva», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 171 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999 [cit. *Delitos de peligro*].

CORCOY BIDASOLO, «Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *ADPCP* 1989, p. 335 y ss.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, 1989, [cit. *Delito imprudente*].

CÓRDOBA, «Las informaciones hipotéticas», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 409 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

CÓRDOBA RODA, «Consideraciones sobre el principio de legalidad», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 237 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962 [cit. *El conocimiento*].

CORSI/ESPOSITO/BARALDI, *Glosario sobre la teoría social de Luhmann* (trad. Romero/Villalobos), México, 1996 [cit. *Glosario*].

COZ RAMOS, «Transacciones sospechosas y el delito de lavado de dinero», *Thémis* 35, p. 81 y ss.

CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schröder, *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 15, 16.

CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen, 1962 [cit. *Der Vollrauschtatbestand*].

CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998 [cit. *La responsabilidad por omisión*].

CUELLO CONTRERAS, «Sobre el tipo de tentativa», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 253 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

CUELLO CONTRERAS, «Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 143 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

CUELLO CONTRERAS, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 151 y ss. [cit. *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*].

DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR* 1975, p. 723 y ss.

DANNECKER, «Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en *Handbuch des Wirtschafts- und Steu erstrafrechts, Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), Capp. 1, München, 2000 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)].

DANNECKER, «La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho penal comunitario» (trad. Nieto Martín), *Revista penal* 3 (1999), p. 18 y ss.

DANNECKER, «Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Strafrecht», en *Wirtschafskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Gropp (Hrsg.), Leipzig, 1998, p. 161 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.)].

DANNECKER, «Sanciones y principios de la parte general en el Derecho de la competencia de las Comunidades Europeas», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 553 y ss. [cit., *Hacia un Derecho penal*].

DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993 [cit. *Das intertemporale Strafrecht*].

DANNECKER, «Fahrlässigkeit in formalen Organisationen», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 210 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, p. 107 y ss.

DANNECKER, «Das Unternehmen als "good Corporate Citizen" – ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 6 y ss. [cit. *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.)].

DANZER, «Steuer- und strafrechtliche Aspekte der Parteienfinanzierung durch Spenden», *GA* 1982, p. 64 y ss.

DARNSTÄDT, «Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», *JuS* 1978, p. 441 y ss.

DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1984 [cit. *Derecho Civil de España*, I].

DEDES, «Die Sinndeutung der Handlung», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 187 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

DE FARIA, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho penal)», en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 425 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.)].

DERUYCK, «Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht», *ZStW* 103 (1991), 728 y ss.

DERUYCK, *Verbandsdelikt und Verbandssanktion*, Gießen, 1990 [cit. *Verbandsdelikt*].

DE LA CUESTA AGUADO, «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2005, p. 159 y ss. [cit. *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.)].

DE LA CUESTA AGUADO, «Derecho penal económico y nuevas tecnologías», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, Ruiz Rodríguez (ed.), Valencia, 2002, p. 191 y ss. [cit. *Sistema penal*, Ruiz Rodríguez (ed.)].

DE LA CUESTA AGUADO, «Protección penal de los consumidores», *Actualidad jurídica* 86 (2001), p. 57 y ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista penal* 4 (1999), p. 37 y ss.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, «El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*», en *Curso de Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Madrid, 1998, p. 50 y ss. [cit., *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

DE LA MATA BARRANCO, «La claúsula de regularización tributaria en el delito de defraudación fiscal del artículo 305 del Código penal», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 301 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

DE LA MATA N./DE LA MATA I., «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 483 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, Barcelona, 1996 [cit. *Protección penal*].

DE LEÓN VILLALBA, «Alternativas a las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995», *RPCP* 7-8, p. 417 y ss.

DELMAS-MARTY, «Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsrecht», *ZStW* 98 (1986), p. 793 y ss.

DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999 [cit. *Prevención general*].

DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Bochum, 1980 [cit. *Der normative Gefahrbegriff*].

DENCKER, «Mittäterschaft in Gremien», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 65 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996 [cit. *Kausalität und Gesamttat*].

DENCKER, «Zum Erfolg der Tötungsdelikte», *NStZ* 1992, p. 312 y ss.

DERKSEN, «Strafrechtliche Verantwortung für fremde Selbstgefährdung», *NJW* 1995, p. 240 y ss.

DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992 [cit. *Handeln*].

DE TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual, Para leer el Código Civil*, Vol. IV, Tomo I, 1998, p. 479 y ss. [cit. *Para leer*, vol. IV]

DEUTSCHER/KÖRNER, «Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH», *wistra* 1996, p. 8 y ss.

DEUTSCHER/KÖRNER, «Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegialer Geschäftsleitungsorgane (Teil 2)», *wistra* 1996, p. 329 y ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, «El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 193 y ss. [cit. *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje a Torío López*, Granada, 1999, p. 337 y ss. [cit. *LH-Torío López*].

DIEL, *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1997 [cit. *Das Regreßverbot*].

DIEZ RIPOLLÉS, «Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del PCP80 (I)», *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.

DIEZ RIPOLLÉS, «Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del PCP80 (II)», *ADPCP* 1983, p. 101 y ss.

DIMAKIS, *Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat*, Berlin, 1992 [cit. *Der Zweifel*].

DOLDE, «Zur Verwaltungsakzessorietät von § 327 StGB», *NJW* 1988, p. 2334 y ss.

DÖLLING, «Umweltstraftat und Verwaltungsrecht», *JZ* 1985, p. 461 y ss.

DÖLLING, «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA* 1984, p. 71 y ss.

DONATSCH, «Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum», *SchwZStr* 102 (1985), p. 16 y ss.

DONATSCH, «Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht», *SchwZStr* 105 (1988), p. 361 y ss.

DONINI, «Dolo e prevenzione generale nei reati economici», *RTDPE* 1-2 (1999), p. 5 y ss.

DOPSLAFF, «Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale», *GA* 1987, p. 1 y ss.

DOVAL PAIS, «Sistema de protección penal de los consumidores y usuarios», *RPCP* 11, p. 285 y ss.

DOVAL PAÍS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999 [cit. *Posibilidades y límites*].

DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996 [cit. *Delitos de fraude alimentario*].

DOVAL PAIS, «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», en CDJ: *Intereses difusos y Derecho penal*, XXXVI, Madrid, 1994, p. 34 y ss. [cit. *Intereses difusos y Derecho penal*].

DREHER, «Über Strafrahmen», *Festschrift für Bruns*, Köln, 1978 [cit. *FS-Bruns*].

DREHER, «Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht», *NJW* 1970, p. 217 y ss.

DREHER, «Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht», *NJW* 1971, p. 121 y ss.

DREHER, «Verbotsirrtum und § 51 StGB», *GA* 1957, p. 97 y ss.

DREHER, Anmerkung, *JR* 1969, p. 105 y ss.

DROST, «Der Rechtsirrtum in dem neuen Wirtschaftstrafrecht», *NJW* 1949, p. 740 y ss.

DÜNNEBIER, «Die Subsidiaritätsklausel», *GA* 1954, p. 271 y ss.

DURAND VALLADARES, «Los delitos informáticos en el Código penal peruano», *RPCP* 11, p. 305 y ss.

DÜRIG, en *Grundgesetz Kommentar*, Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), München, 1969, Art. 103. [cit. *Grundgesetz Kommentar*, Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.)].

EHRET, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Frankfurt a.M., 1996 [cit. *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*].

EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, 1993 [cit. *Unternehmensdelinquenz*].

ELVERS, *Die Bedeutungen des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung*, Göttingen, 1910 [cit. *Die Bedeutungen*].

ENDRUWEIT, *Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten*, Köln, 1973 [cit. *Die Wahlfeststellung*].

ENGELHARDT, «Sozialpsychologische Aspekte der Wirtschaftskriminalität», *KJ* 1977, p. 29 y ss.

ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl., Stuttgart, 1983 [cit. *Einführung*].

ENGISCH, «Um die Charakterschuld», *MschKrim* 1967, p. 108 y ss.

ENGISCH, *Die Lehre von Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. Aufl., Berlin, 1965 [cit. *Die Lehre*].

ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Aufl., Heidelberg, 1965 [cit. *Vom Weltbild des Juristen*].

ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentag* (1860-1960), Band 1, Karlsruhe, 1960, p. 401 y ss. [cit. *FS-Deutschen Juristentag*, 1].

ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen», *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss.

ENGISCH, «Die normativen Tatbestandmerkmale im Strafrecht», *Festschrift für Mezger zum 70.* Geburtstag, München, 1954, p. 127 y ss. [cit. *FS-Mezger*].

ENGISCH, Referat zum Thema «Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, Tübinga, 1953, p. E 24 y ss. [cit. *DJT*, I].

ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931 [cit. *Die Kausalität*].

ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fährlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930 [cit. *Untersuchungen*].

ERB, «Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht», *JuS* 1994, p. 455 y ss.

ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991 [cit. *Rechtsmäßiges Alternativverhalten*].

ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976 [cit. *La puesta en peligro*].

ESER, en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 1 y 2.

ESER, «La nueva evolución del Derecho penal económico», (trad. Bartos), *Revista de Derecho penal*, Estafas y otras defraudaciones – II, 2000-2, p. 41 y ss.

ESER, «Das "Internationales Strafrecht" in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof», *60 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 21 y ss. [cit. *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV].

ESPINOZA ESPINOZA, «Capacidad y responsabilidad civil de la persona jurídica», *Revista Jurídica del Perú* 17 (1998), p. 197 y ss.

ESPINOZA GOYENA, «La persona jurídica, en el nuevo proceso penal», en *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), Lima, 2005, p. 313 y ss. [cit. *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.)].

EXNER, «Fahrlässige Zusammenwirken», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 569 y ss. [cit. *FS-Frank*, I].

EXNER, *Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914 [cit. *Theorie*].

EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1910 [cit. *Das Wesen*].

FABEL, *Geldwäsche und tätige Reue*, Marburg, 1997 [cit. *Geldwäsche*].

FABRICIUS, «Posición política-partidista y capacidad de comprensión en la ciencia jurídico-criminal: Consideraciones desde una perspectiva etno-psicoanalítica» (trad. García Cavero en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 359 y ss. [cit. en *La insostenible situación*]

FAHRENHORST, «Fehlschlag des Versuchs bei weiterer Handlungsmöglichkeit?», *Jura* 1987, p. 291 y ss.

FALKENSTETT, *Zur Rechtsnatur der Vorsatz-Fahrlässigkeit-Kombinationen*, Diss., Heidelger, 1976 [cit. *Zur Rechtsnatur*].

FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004 [cit. *Responsabilidad penal*].

FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000 [cit. Las causas].

FARALDO CABANA, «Consentimiento y adecuación social en los delitos contra los consumidores», en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*,

Ruíz Rodríguez (ed.), Valencia, 2002, p. 161 y ss. [cit. *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.)].

FEDDERS, *Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfeldelikten*, Baden-Baden, 2002 [cit. *Tatvorsatz*].

FEIJOO SÁNCHEZ, «¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor?», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 235 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

FEIJOO SÁNCHEZ, «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 307 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002 [cit. *Sanciones*].

FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 217 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.)].

FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima, 2002 [cit. *Imputación objetiva*].

FEIJOO SÁNCHEZ, «Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible», *PJ* 61, p. 105 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?», *RPCP* 9, p. 277 y ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC* 65 (1998), p. 271 y ss.

FELIP I SABORIT, «El objeto del conocimiento de la antijuricidad», *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y ss.

FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, 2000 [cit. *Error iuris*].

FELLINI, «Problemas de imputación penal en el ámbito de las personas jurídicas», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 433 y ss. [cit. en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.)].

FERRAJOLI, *Derecho y razón* (trad. Ibañez y otros), Madrid, 2001 [cit. *Derecho y razón*].

FERNÁNDEZ SESSAREGO, «Breves apuntes sobre el concepto jurídico de persona (desde la edad clásica hasta nuestros días)», *Ius et veritas* 12, p. 102 y ss.

FERNÁNDEZ TERUELO, «La inhabilitación profesional del delincuente económico-empresarial», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 351 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios de Derecho penal económico*, Madrid, 2003 [cit. *Estudios*].

FERSCHL, *Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Frankfurt a.M., 1999 [cit. *Das Problem*].

FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *Revista penal* 1 (1998), p. 21 y ss.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1818, 1820, 1847 [cit. Lehrbuch].

FINDEISEN, «Der Präventionsgedanke im Geldwäschegesetz», *wistra* 1997, p. 121 y ss.

FISCHER, «Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung», *NStZ* 1992, p. 417 y ss.

FISSENEWERT, *Der Irrtum bei der Steuerhinterziehung*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Irrtum*].

FLEISCHER, «Die materiellrechtliche Bewältigung von Serienstraftaten», *NJW* 1979, p. 248 y ss.

FLEISCHER, «Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH», *NJW* 1976, p. 96 y ss.

FLICK, «Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della Giustizia», *RTDPE* 3 (2000), p. 591 y ss.

FOERSTER VON, «On cybernetics of cybernetics and social theory», en *Self-organizing Systems*, Roth/Schwegler (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1981, p. 102 y ss. [cit. *Self-organizing Systems*, Roth/Schwegler (Hrsg.)].

FOERSTER VON, *Wissen und Gewissen*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Wissen und Gewissen*].

FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad económica» (trad. Pifarré de Moner), *Revista penal* 7 (2001), p. 61 y ss.

FRANCIA ARIAS, «Notas sobre el principio de certeza de la ley penal», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 595 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931 [cit. *Das Strafgesetzbuch*].

FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907 [cit. *Über den Aufbau*].

FRANK, *Studien zum Polizeistrafrechte*, 1897 [cit. *Studien zum Polizeistrafrechte*].

FRANKE, «Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz», *Festschrift für Blau zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1985, p. 229 y ss. [cit. *FS-Blau*].

FRANZHEIM, *Umweltstrafrecht*, Köln, 1991 [cit. *Umweltstrafrecht*].

FRANZHEIM, «Parteispenden – Steuerhinterziehung – Straffreiheit?», *NStZ* 1982, p. 137 y ss.

FREIER VON, *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998 [cit. Verbandsstrafe].

FREUND, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1998 [cit. *Strafrecht*, AT].

FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992 [cit. Erfolgsdelikt].

FREUND, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA* 1991, p. 406 y ss.

FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, 1922 [cit. *Schuld*].

FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar, Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo, 2006 [cit. *Desvalorar e imputar*].

FRISCH, «Beihilfe durch neutrale Handlungen», *Festschrift für Lüderssen zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 2002, p. 539 y ss. [cit. *FS-Lüderssen*].

FRISCH, «Faszinierendes, Berechtiges und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 219 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

FRISCH, «La imputación objetiva: estado de la cuestión» (trad. Robles Planas), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 43 y ss. [cit. *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.)].

FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad» (trad. Peñaranda), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 18 y ss. [cit. *El error*].

FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Wolter/Freund (Hrsg.), Heidelberg, 1996, p. 141 y ss. [cit. *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.)].

FRISCH, «La atenuación del marco penal en la tentativa» (trad. Sancinetti), *ADPCP* 1994, p. 161 y ss.

FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa» (trad. Paredes Castañón), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 125 y ss. [*La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.)].

FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988 [cit. *Verhalten*].

FRISCH, «Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements», *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 113 y ss. [cit. FS-Lackner].

FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá y otros), Madrid, 1995 [cit. *Tipo penal*].

FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsvertändnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg, 1993 [cit. *Verwaltungsakzessorietät*].

FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», *Festschrift für Stree und Wessels zum 70.* Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 97 y ss. [cit. *FS-Stree/Wessels*].

FRISCH, «Selbstgefährdung im Strafrecht», *NStZ* 1992, p. 1 y ss., 62 y ss.

FRISCH, «Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Afekttaten», *ZStW* 101 (1989), p. 610 y ss.

FRISCH, «Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen», *GA* 1989, p. 354 y ss.

FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983 [cit. *Vorsatz*].

FRISTER, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 53

FRISTER, *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements"*, Berlin, 1993 [cit. *Die Struktur*].

FRISTER, «Nowehr im System der Notrechte», *GA* 1988, p. 291 y ss.

GALLANDI, «Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegarschutz», *wistra* 1989, p. 125 y ss.

GALLAS, «Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenslehre» en *Studien zum Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1989, p. 52 y ss. [cit. *Studien zum Unterlassungsdelikte*].

GALLAS, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *Festschrift für Bockelmann zum 70.* Geburtstag, München, 1979, p. 155 y ss. [cit. *FS-Bockelmann*].

GALLAS, Wilhelm, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW* 80 (1968), p. 1 y ss.

GALLAS, «Täterschaft unnd Teilnahme», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, p. 92 y ss. [cit. *Beiträge zur Verbrechenslehre*].

GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002 [cit. *Responsabilidad penal*].

GALLEGO SOLER, «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 151 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].

GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, Lima, 2004 [cit., *El delito de lavado de activos*].

GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Lima, 2005 [cit. *La reparación civil*].

GARDOCKI, «Über den Begriff des Internationalen Strafrecht», *ZStW* 98 (1986), p. 703 y ss.

GARCÍA ALBERÓ, *«Non bis in idem» material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995 [cit. *Non bis in idem*].

GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999 [cit. *La puesta en peligro*].

GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), Universidad de Coruña, 1998, p. 45 y ss. [cit. *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.)].

GARCÍA ARÁN, «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *EPC* XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 68 y ss. [cit. *EPC* XVI].

GARCÍA BELAUNDE, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, II, Lima, 1993 [cit. *Teoría y práctica*].

GARCÍA CANTIZANO, «Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico-peruano», *RPDJP* 5 (2004), p. 137 y ss.

GARCÍA CAVERO, «El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales», *Normas legales* T. 357 (febrero de 2006), p. 240 y ss.

GARCÍA CAVERO, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y buena fe en los negocios*, Lima, 2005 [cit. *Fraude*].

GARCÍA CAVERO, «La imputación subjetiva en Derecho penal», en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 15 y ss. [cit. *Cuestiones actuales*].

GARCÍA CAVERO, «La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro», *RDPC* 9 (2002), p. 103 y ss.

GARCÍA CAVERO, «Recensión» al libro *Zurechnen und Verurteilen* de Alwart publicado en *REDUP* 2 (2001), p. 263 y ss.

GARCÍA CAVERO, «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales», *Cathedra* 5, p. 229 y ss.

GARCÍA CAVERO, «El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa», *RPDJP* 1 (2000), p. 505 y ss.

GARCÍA CAVERO, «La imputación objetiva en los delitos imprudentes», *REDUP* 1 (2000), p. 191 y ss.

GARCÍA CAVERO, «Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta», *Gaceta Jurídica*, 99-B, p. 29 y ss.

GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999 [cit. *La responsabilidad penal*].

GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997 [cit. *La punibilidad*].

GARCÍA PUENTE, «Nuestra concepción de las excusas absolutorias», *ADPCP* 1981, p. 84 y ss.

GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, Lima, 1985 [cit. *Sociedad anónima*].

GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, 1990 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*]

GEERDS, «Der vorsatzausschließende Irrtum», *Jura* 1990, p. 421 y ss.

GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961 [cit. *Zur Lehre*].

GEILEN, «Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung», *Festschrift für Welzel zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1974, p. 655 y ss. [cit. *FS-Welzel*].

GEISLER, «Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht», *NJW* 1982, p. 13 y ss.

GEPPERT, «Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur des "fortgesetzten Handlung" - 1. Teil», *NStZ* 1996, p. 60 y ss.

GEPPERT, «Grundzüge der Konkurrenzlehre», *Jura* 1982, p. 358 y ss., 418 y ss.

GIERKE, *Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 1887 [cit. *Genossenschaftstheorie*].

GIERKE, *Das Wesen des menschlichen Verbände*, Reihe "Libelli", T. XVII, 1902 [cit. *Das Wesen*].

GIL GIL, «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 19 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

GIMBERNAT ORDEIG, «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 661 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999 [cit. *Concepto y método*].

GIMBERNAT ORDEIG, «Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 217 [cit. *Estudios*].

GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 [cit. *Delitos cualificados*].

GIMBERNAT ORDEIG, «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», *Festschrift für Wezel zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1974 [cit. *FS-Welzel*].

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966 [cit. *Autor y cómplice*].

GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.

GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1992 [cit. *El Derecho*].

GLANDIEN, *Der Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Nebenstrafrecht*, Herdecke, 2000 [cit. *Verbotsirrtum*].

GLÖGGLER, «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», *NJW* 1953, p. 489 y ss.

GÖHLER, «Rechtsprechungsübersicht», *NStZ* 1981, p. 55 y ss.

GÖHLER, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen», *Festschrift für Dreher*, Berlin, 1977, p. 611 y ss. [cit. *FS-Dreher*].

GOLDSCHMIDT, J. *Das Verwaltungstrafrecht*, Berlin, 1902 [cit. *Das Verwaltungstrafrecht*].

GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, Madrid, 2001 [cit. *Curso de Derecho penal*].

GÓMEZ BENÍTEZ, «Administrador de hecho y de derecho en el nuevo Código penal», en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 145 y ss. [cit. *El nuevo Código penal*].

GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988 [cit. *Causalidad*].

GÓMEZ-JARA DIEZ, «Teoría de sistemas y Derecho penal: Culpabilidad y pena en una teoría constructivistas del Derecho penal», en *Teoría de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 385 y ss. [cit. *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.)].

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 425 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Autorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», en *RECPC* 08-05 (2006).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Referat «Unternehmen als Personen, insbesondere im Strafrecht. Oder: Dämonologie und Daimoniologie des "Corporate Citizen"», expuesto en el Semanario Zur Person in Recht und Wirtschaft dirigido por los profesores Engel/Jakobs/Schweizer en el semestre de invierno 2001/2002 [cit. *Referat*].

GÓMEZ MARTÍN, «La "actuación en lugar de otro" y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 421 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996 [cit. *El fraude de subvenciones*].

GÓMEZ TOMILLO, «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 465 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *PJ* 28, p. 7 y ss.

GONZALEZ CUSSAC, *Los delitos de quiebra*, Valencia, 2000 [cit. *Los delitos de quiebra*].

GONZÁLEZ GUERRA, «La protección penal del Derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 163 y ss. [*¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)].

GONZÁLEZ RIVERO, «Imputación jurídico-penal en estado de defecto», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, I*, Barcelona, 2004, p. 263 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

GONZÁLEZ RIVERO, «El fundamento de las penas y las medidas de seguridad», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 57 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Berlin, 2001 [cit. *Strafrechtliche Zurechnung*].

GÖSSEL, «La medición de la pena en el sistema del Derecho penal» (trad. Polaino Navarrete), *CPC* 42 (1990), p. 551 y ss.

GÖSSEL, «Über die Rechtsmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen», *JuS* 1979, p. 162 y ss.

GÖSSEL, *Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, Berlin, 1974 [cit. *Bedeutung des Irrtums*].

GÖSSEL, «Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB», *Festschrift für Lange zum 70*, Geburtstag, Berlin, 1976, p. 219 y ss. [cit. *FS-Lange*].

GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo"», *RECPC* 07-02 (2005), http://criminet.ugr.es/recpc

GRACIA MARTÍN, *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2004 [cit. *Estudios*].

GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003 [cit. *Prolegómenos*].

GRACIA MARTÍN, «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 361 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBOS, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Gracia Martín (coord.), Valencia, 1996 [cit. *Las consecuencias jurídicas del delito*].

GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 37 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.)].

GRACIA MARTÍN, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en Derecho penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 81 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

GRACIA MARTÍN, «Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (las funciones del tributo como bien jurídico)», *AP* 1994, p. 183 y ss.

GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP* 16 (1993), p. 213 y ss.

GRACIA MARTÍN, *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993 [cit. *Delitos*].

GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en el Derecho penal*, Madrid, 1990 [cit., *La infracción*].

GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985 [cit. *El actuar*, I].

GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986 [cit. *El actuar*, II].

GRAF ZU DOHNA, *Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Aufl., Bonn, 1947 [cit. *Aufbau*].

GRAF ZU DOHNA, «Grenzen der Idealkonkurrenz», *ZStW* 61 (1942), p. 131 y ss.

GRAF ZU DOHNA, «Die Freiwilligkeit des Rücktritt vom Versuch im Lichte der Judicatur des Reichsgerichts», *ZStW* 59 (1940), p. 541 y ss.

GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, 1925 [cit. *Recht und Irrtum*].

GRAF ZU DOHNA, *Willensfreiheit und Verantwortlichkeit*, Heidelberg, 1907 [cit. *Willensfreiheit*].

GRIBBOHM, «Strafrechtsgeltung und Teilnahme», *JR* 1998, p. 177 y ss.

GRIBBOHM, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1992, § 1 y ss.

GRÖSCHNER, «Unternehmensverantwortung und Grundgesetz», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 65 y ss. [cit. *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.)].

GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB*, Berlin, 1993 [cit. *Norm- und Verbots(un)kenntnis*].

GRÜNHUT, «Über den strafrechtlichen Schutz wirtschaftlicher Interessen», en *Die Reichgerichtpraxis im deutschen Rechtleben, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichgericht*, Tomo V, 1929, p. 115 y ss. [cit. *FS-RG*, V].

GRÜNWALD, «Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad» (trad. Ziffer), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 167 y ss. [cit. *El error*].

GRÜNWALD, «Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege"», *ZStW* 76 (1964), p. 1 y ss.

GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-Baden, 1994 [cit. *Die Auswirkungen*].

GUILLERMO BRINGAS, «La prohibición de regreso en el Derecho penal», *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281 y ss.

GÜNTGE, *Begehen durch Unterlassen*, Baden-Baden, 1995 [cit. *Begehen*].

GÜNTHER, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 203 y ss. [cit. *FS-Lüderssen*].

GÜNTHER, K., «Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 319 y ss. [cit. *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.)].

GÜNTHER, H-L, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Köln, 1983 [cit. *Strafrechtswidrigkeit*].

GÜRBÜZ, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt a.M., 1997 [cit. *Zur Strafbarkeit*].

GUTIÉRREZ FRANCÉS, «Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la "información" como valor económico de la empresa», en Estudios de Derecho

penal Económico, Madrid, Castilla-La Mancha, 1994, p. 185 y ss. [cit. *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (dir.)].

GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hamburg, 1963 [cit. *Die Freiwilligkeit*].

HABERMAAS, *Die Ideale Konkurrenz der Delikte*, Stuttgart, 1882 [cit. *Die ideale Konkurrenz*].

HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal» (trad. Silva Sánchez), en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez (ed. española), Barcelona, 1995, p. 129 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.)].

HAFFKE, *Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht*, Göttingen, 1970 [cit. *Das Rückwirkungsverbot*].

HAFT, «Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht», *JuS* 1975, p. 477 y ss.

HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, AT, Berlin, 1920 [cit. *Lehrbuch*, AT].

HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903 [cit. *Die Delikts- und Straffähigkeit*].

HALL, «Über die Leichtfertigkeit», *Festschrift für Mezger*, München, 1954, p. 229 y ss. [cit. *FS- Mezger*].

HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo 1, Bonn 1881 [cit. *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1].

HALLSWAß, *Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht*, Kiel, 1987 [cit. *Die behördliche Duldung*].

HALLSWAß, «Rechtmäßigkeit behördlich geduldeter Umweltbeeinträchtigungen?», *NuR* 1987, p. 300 y ss.

HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Berlin, 1963 [cit. Grundgesetz].

HAMM, «Kommentar: Ach das noch: Strafrecht für Verbände!», *NJW* 1998, p. 662 y ss.

HANßEN, *Steuerhinterziehung und leichtfertige Steuerverkürzung (§§ 370, 378 AO) durch Abweichen von der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung – insbesondere durch Steuerberater?*, Frankfurt a.M., 1984 [cit. *Steuerhinterziehung*].

HARDWIG, «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW* 78 (1966), p. 1 y ss.

HARDWIG, «Über den Begriff der Täterschaft», *JZ* 1965, p. 667 y ss.

HARDWIG, «Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1965, p. 97 y ss.

HARDWIG, *Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg, 1957 [cit. *Zurechnung*].

HARDWIG, «Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum», *GA* 1956, p. 369 y ss.

HARDWIG, «Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe», *GA* 1954, p. 353 y ss.

HARTUNG, *Steuerstrafrecht Kommentar*, 3. Aufl., Berlin, 1962 [cit. *Steuerstrafrecht*].

HARTUNG, «Zweifelsfragen des Verbotsirrtums», *JZ* 1955, p. 663 y ss.

HARTUNG, Anmerkung, *JR* 1954, p. 112.

HARTUNG, Referat zum Thema «Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, 1953, p. E 44 y ss. [cit. *DJT*, I].

HARTUNG, «Irrtum über "negative Tatumstände"», *NJW* 1951, p. 210 y ss.

HARTUNG, «Um die Behandlung des Verbotsirrtums im Strafrecht», *JR* 1950, p. 545 y ss.

HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000 [cit. *Strafen im Rechtsstaat*].

HASSEMER, «Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik», en *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Baden-Baden, 2000, p. 17 y ss. [cit. *Strafrechtsprobleme*, Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.)].

HASSEMER, «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)», en *RPDJP* 1 (2000), p. 109 y ss.

HASSEMER, «Interkulturelles Strafrecht», *Festschrift für E.A. Wolff zum 70*, Geburtstag, Heidelberg, 1998, p. 104 y ss. [cit. *FS-E.A. Wolff*].

HASSEMER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 352 y ss. [cit. *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.)].

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995 [cit. *La responsabilidad*].

HASSEMER, «Professionelle Adäquanz», *wistra* 1995, p. 85 y ss.

HASSEMER, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 1.

HASSEMER, «Entkriminalisierung im Betäubungsmittelstrafrecht», *KritV* 1993, p. 203 y ss.

HASSEMER, «La ciencia jurídico-penal en la República federal alemana» (trad. Hormazábal), *ADPCP* 1993, p. 55 y ss.

HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP* 1992, p. 378 y ss.

HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München, 1990 [cit. *Einführung*].

HASSEMER, «Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1990, p. 201 y ss. [cit. *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.)].

HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Scholler/Philipps (Hrsg.), Heidelberg, 1989, p. 89 y ss. [cit. *Jenseits*, Scholler/Philipps (Hrsg.)]. Traducido como «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», (trad. Ziffer), *Doctrina penal* 1989, p. 281 y ss.

HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht», *NStZ* 1989, p. 553 y ss.

HASSEMER, «Über die Berücksichtigung von Folgen bei Auslegung der Strafgesetze», en *Festschrift für H. Coing*, I, 1982, p. 503 y ss. [cit. *FS-H.Coing*].

HASSEMER, «Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts», *Festschrift für Bockelmann zum 70.* Geburtstag, München, 1979, p. 225 y ss. [cit. *FS-Bockelmann*].

HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973 [cit. *Theorie*].

HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlin, 1974 [cit. *Die Beendigung*].

HEFENDEHL, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?» (trad. Salazar Ortuño), *RECPC* 04-14 (2002).

HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002 [cit. *Kollektive Rechtsgüter*].

HEFENDEHL, «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA* 2002, p. 22 y ss.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Lakebrink (Hrsg.), Stuttgart, 1970 [cit. *Grundlinien*].

HEIDER, *Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht*, 1995 [cit. *Bedeutung*].

HEINE, «Nuevos desarrollos nacionales e internacionales del Derecho penal del medio ambiente» (Polaino Navarrete), en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, Ruiz Rodríguez (ed.), Valencia, 2002, p. 227 y ss. [cit. en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.)].

HEINE, «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», *SchwZStr* 120 (2001), p. 23 y ss.

HEINE, «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur"», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 91 y ss. [cit. *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.)].

HEINE, «Kollektive Verantwortlichkeit», en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), Freiburg im Br., 1998, p. 97 y ss. [*Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.)].

HEINE, «La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales», *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hei96.html [consulta: 3 de febrero 2002].

HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995 [cit. *Verantwortlichkeit*].

HEINE/MEINBERG, «Das Umweltstrafrecht – Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform», *GA* 1990, p. 1 y ss.

HEINITZ, Referat zum Thema «Empfiehlt es sich die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?», en *Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, Tübinga, 1953, p. 65 y ss [cit. *DJT*, I].

HEINTSCHEL-HEINEGG, «Versuch und Rücktritt», *ZStW* 109 (1997), p. 29 y ss.

HEINZ, «Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts», en *Wirtschafskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Gropp (Hrsg.), Leipzig, 1998, p. 13 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.)].

HEINZ, «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 417 y ss.

HEINZ, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln – unter besonderer Berücksichtigung des 1. WiKG», *GA* 1977, p. 195 y ss.

HELLMANN, «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 271 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

HELLMER, «Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen», *GA* 1956, p. 65 y ss.

HENKEL, *«Die richtige» Strafe*, 1969 (cit. *Die «richtige» Strafe*].

HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip», *Festschrift für Mezger*, München, 1954, p. 299 y ss. [cit. *FS-Mezger*].

HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hamburg, 1934 [cit. *Strafrichter*].

HENKEL, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden im Steuer- und Wirtschaftsrecht, Diss.*, Bonn, 1960 [cit. *Verantwortlichkeit*].

HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, Freiburg i.B., 1994 [cit. *Das passive Personalitätsprinzip*].

HERBERGER, «Die deskriptiven und die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie*, Koch (Hrsg.), Kronberg, 1976, p. 124 y ss. [cit. *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Koch (Hrsg.)].

HERMANNS/KLEIER, *Grenzen der Aufsichtspflicht im Betrieben und Unternehmen*, Köln, 1987 [cit. *Grenzen*].

HERMES/WEILAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, Heidelberg, 1988 [cit. *Die staatliche Duldung*].

HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», *ADPCP* 1994, p. 111 y ss.

HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, Piura, 1999 [cit., *Introducción crítica al Derecho Natural*].

HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 33 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

HERZBERG/HARDTUNG, «Grundfälle zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum», *JuS* 1999, p. 1073 y ss.

HERZBERG, «Tatbestads- oder Verbotsirrtum?», *GA* 1993, p. 457 y ss.

HERZBERG, «Zum Grundgedanken des § 24 StGB», *NStZ* 1989, p. 49 y ss.

HERZBERG, «Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 1)», *JA* 1989, p. 243 y ss.

HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ* 1988, p. 635 y ss.

HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS* 1986, p. 249 y ss.

HERZBERG, «Handeln in Unkenntnis einer Rechtsfertigungslage», *JA* 1986, p. 190 y ss.

HERZBERG, «Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH», *NJW* 1986, p. 2466 y ss.

HERZBERG, «Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH», *JuS* 1980, p. 468 y ss.

HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977 [cit. *Täterschaft*].

HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972 [cit. *Die Unterlassung*].

HERZOG, «Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo», *Revista penal 4* (1999), p. 54 y ss.

HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991 [cit. *Gesellschaftliche Unsicherheit*].

HETZER, «Schuldlose Sanktionssubjekte?», *wistra* 1999, p. 365 y ss.

HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, Madrid, 1993 [cit. *Las excusas absolutorias*].

HILDESHEIM, «Die strafrechtliche Verantwortung des faktischen Mitgeschäftsführers in der Rechtsprechung des BGH», *wistra* 1993, p. 166 y ss.

HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlin, 1993 [cit. *Produzentenhaftung*].

HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i.Br., 2000 [cit. *Verantwortlichkeit*].

HIPPEL VON, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932 [cit. *Lehrbuch*].

HIPPEL VON, *Deutsches Strafrecht*, T. 2, Berlin, 1930 [cit. *Deutsches Strafrecht*].

HIPPEL VON, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, T. III, Berlin, 1908, p. 373 y ss. [cit. *Vergleichende Darstellung*, AT, T. III].

HIRSCH, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», *Festschrift für Lenckner*, München, 1998, p. 133 y ss. [cit. *FS-Lenckner*].

HIRSCH, «Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho» (trad. Gúzman Dálbora), en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 129 y ss. [cit. LH-*De Rivacoba y Rivacoba*].

HIRSCH, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107 (1995), p. 289 y ss.

HIRSCH, «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (trad. Ziffer), *ADPCP* 1993, p. 1099 y ss.

HIRSCH, «Gefahr und Gefährlichkeit», *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 548 y ss. [cit. *FS-Arthur Kaufmann*].

HIRSCH, «Bilanz der Strafrechtsreform», *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, 1986, p. 153 y ss. [cit. *GS-Hilde Kaufmann*].

HIRSCH, «Der "unmitellbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *Festschrift für Oehler zum 70.* Geburtstag, Köln, 1985, p. 111 y ss. [cit. *FS-Oehler*].

HIRSCH, Anmerkung, *JR* 1983, p. 78 y ss.

HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *ZStW* 94 (1982), p. 239 y ss.

HIRSCH, «Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte», *GA* 1972, p. 65 y ss.

HIRSCH, E., «Zur Rechtserheblichkeit des Normirrtums in juristischer und soziologischer Sicht», en *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Schelsky zum 65.* Geburtstag, Berlin, 1978, p. 215 y ss. [cit. *FS-Schelsky*].

HIRSCHBERG, «Die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz», *ZStW* 53 (1934), p. 34 y ss.

HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976*, Berlin, 1982 [cit. *Das Individualwucherstrafrecht*].

HOHMANN, *Personalität und strafrechtliche Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Personalität*].

HOHMANN, «Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht», *GA* 1992, p. 79 y ss.

HOHMANN, *Das Rechtgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Das Rechtsgut*].

HOLTZ, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR* 1985, p. 627 y ss.

HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 174 y ss. [cit. *FS-Frank*, I].

HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927 [cit. *Straflose Vor- und Nachtat*].

HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Mannheim, 1925 [cit. *Studien*].

HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, Berlin 1901 [cit. *Einheit*, I].

HORMAZÁBAL MALAREÉ, «El Código penal peruano y el principio de culpabilidad», *RPCP* 11, p. 21 y ss.

HORMAZÁBAL MALARÉE, «El principio de lesividad y el delito ecológico», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1421 y ss. [cit. *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*].

HORN, «Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde?», *NJW* 1988, p. 2338 y ss.

HORN, «Unweltschutz-Strafrecht: eine After-Diziplin?», *UPR* 1983, p. 362 y ss.

HORN, «Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?», *NJW* 1981, p. 1 y s.

HORN, «Wider die «doppelspurige Strafhöhenzumessung», *FS-Schaffstein*, 1975, p. 241 y ss. [cit. *FS-Schaffstein*].

HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973 [cit. *Konkrete Gefährdungsdelikte*].

HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin, 1969 [cit. *Verbotsirrtum*].

HORN, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1962 [cit. *Untersuchungen*].

HOYER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, München, 1998 [cit. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*].

HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 1997, preliminares al § 3.

HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normtheorie*, Berlin, 1997 [cit. *Strafrechtsdogmatik*].

HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987 [cit. *Die Eignungsdelikte*].

HRUSCHKA, «Wieso ist eigentlich die "eingeschränkte Schuldtheorie" "eingeschränkt"?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 441 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

HRUSCHKA, «Reglas de conducta y reglas de imputación» (trad. Baldó Lavilla), *ADPCP* 1994, p. 343 y ss.

HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin, 1988 [cit. *Strafrecht*].

HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Festschrift für Kleinknecht zum 75.* Geburtstag, München, 1985, p. 191 y ss. [cit. *FS-Kleinknecht*].

HRUSCHKA, «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand», *NJW* 1980, p. 21 y ss.

HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin, 1976 [cit. *Strukturen*].

HRUSCHKA, «Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten», *GA* 1967, p. 42 y ss.

HSÜ, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Pfaffenweiler, 1986 [cit. *Garantenstellung*].

HUERTA TOCILDO, «Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal», *Revista penal* 8 (2001), p. 43 y ss.

HULSMAN/BERNAT DE CELIS, *Sistema penal e inseguridad ciudadana: Hacia una alternativa (trad.* Politoff), Barcelona, 1984 [cit. *Sistema penal*].

HUNDT, *Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht*, Berlin, 1993 [cit. *Die Wirkungsweise*].

HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, PG, I, 3ª ed., Lima, 2005 [cit. *Manual, PG*].

HURTADO POZO, «Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho penal suizo», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 460 y ss. [cit. *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.)].

HURTADO POZO, «Personas jurídicas y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho penal*, 1996, www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/hu96.html [consulta: 23 de abril 2002].

HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, PG, 2ª ed., Lima, 1987 [cit. Manual, PG, 2ª ed.].

HÜTING, *Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1996 [cit. *Die Wirkung*].

HÜTTE, *Masstab und Umfang der Voraussehbarkeit des Kausalverlaufs bei der Fahrlässigkeit*, Diss., Göttingen, 1970 [cit. *Masstab*].

HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, Berlin, 1986 [cit. *Fehlerhafter Gesetzesvollzug*].

IMMEL, «Die Notwendigkeit eines Sondertatbestandes im Umweltstrafrecht - Umweltuntreue», *ZRP* 1989, p. 105 y ss.

IMMEL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt a.M., 1987 [cit. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*].

IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001 [cit. *La responsabilidad*].

JAÉN VALLEJO, «Nuevas conductas delictivas: Especial referencia al Derecho penal económico», en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2005, p. 181 y ss. [cit. *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.)].

JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones actuales*].

JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, München, 1996 [cit. *Der Rücktritt*].

JÄHNKE, «Grenzen der Fortsetzungszusammenhangs», *GA* 1989, p. 376 y ss.

JAKOBS, «La conducta de desistimiento», (trad. Cancio Meliá), en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 549 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

JAKOBS, «Actuar y omitir» (trad. Cancio), *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005 [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

JAKOBS, «Comentario a la Sentencia del caso Mannesmann/Vodafone» (trad. García Cavero), en *RPDJP* 6 (2005), p. 515 y ss.

JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto» (trad. Pérez del Valle), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004 [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

JAKOBS, «La intervención delictiva», *RPDJP* 5 (2004), p. 223 y ss.

JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004 [cit. *Staatliche Strafe*].

JAKOBS, «Dolus malus», *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70.* Geburtstag, 2004, p. 107 y ss. [cit. *FS-Rudolphi*].

JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003 [cit. *Sobre la normativización*].

JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 21 y ss. [cit. *Derecho penal del enemigo*].

JAKOBS, «Personalidad y exclusión en el Derecho penal» (trad. Manso), en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 85 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

JAKOBS, «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y premisión» (trad. Feijoo), *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», *Festschrift für Lüderssen zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 2002, p. 559 y ss. [cit. *FS-Lüderssen*].

JAKOBS, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación» (Trad. Cancio Meliá), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 621 y ss. [cit. *Modernas tendencias*].

JAKOBS, «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 795 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

JAKOBS, *Acción y omisión en el Derecho penal* (trad. Rey/Sánchez-Vera), Bogotá, 2000 [cit. *Acción y omisión*].

JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente* (trad. Manso Porto), Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999 [cit. *La ciencia*].

JAKOBS, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» (trad. Cancio Meliá), en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 43 y ss. [cit. *El sistema funcionalista*].

JAKOBS, «La omisión: estado de la cuestión» (trad. Sánchez-Vera), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 133 y ss. [cit. *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.)].

JAKOBS, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común» (trad. Cuadrado Ruiz), *PJ* 59, p. 132 y ss.

JAKOBS, «Observaciones sobre la imputación objetiva» (trad. Fakhouri), *PJ* 56, p. 119 y ss.

JAKOBS, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma» (trad. Sánchez-Vera), *PJ* 49, p. 297 y ss. [publicado también en *RPDJP* 1 (2000), p. 127 y ss.].

JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena» (Trad. Cancio Meliá), *PJ* 47, p. 157 y ss.

JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997 [cit. *Norm, Person, Gesellschaft*].

JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 101 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 147 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «El delito imprudente» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 167 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 209 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva» (trad. Suárez González), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 223 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 241 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal» (trad. Suárez/Cancio), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 271 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «El desistimiento como modificación del hecho», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 325 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 293 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo» (trad. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal, Madrid*, 1997, p. 347 y ss. [cit. *Estudios*].

JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1996 [cit. *Imputación objetiva*].

JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Cancio Meliá/ Feijoo Sánchez), Madrid, 1996 [cit. *Sociedad, norma y persona*].

JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996 [cit. *La autoría mediata*].

JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. Sánchez-Vera), Bogotá, 1996 [cit. *La imputación penal*].

JAKOBS, «Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen», en *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419 y ss. [cit. *FS-Miyazawa*].

JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken», *ZStW* 107 (1995), p. 843 y ss.

JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Düsseldorf, 1993 [cit. *Das Schuldprinzip*].

JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT].

JAKOBS, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», (trad. Cuello Contreras), *ADPCP* 1989, p. 635 y ss.

JAKOBS, *Anmerkung*, JZ 1988, p. 519 y s.

JAKOBS, «Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?», en *Aspekte der Freiheit*, Regensburg, 1982, p. 75 y ss. [cit. *Aspekte der Freiheit*].

JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972 [cit. *Studien*].

JANISZEWSKI, Anmerkung, *MDR* 1967, p. 229.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996 [cit. Lehrbuch, AT].

JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, II, 3ª ed., (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1985 [cit. Tratado, PG].

JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1992, § 13.

JESCHECK, «Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts», *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 579 y ss. [cit. *FS-Maurach*].

JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1965 [cit. *Aufbau*].

JESCHECK, «Die strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 139 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

JESCHECK, «Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht», *JZ* 1959, p. 457 y ss.

JESCHECK, «Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht», *SchwZStr* 70 (1955), p. 243 y ss.

JESCHECK, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände», *ZStW* 65 (1953), p. 212 y ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA, «El principio "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía», *Revista de Derecho Público* 1936, p. 50 y ss.

JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks, 5. Aufl., München, 2001 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks].

JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin, 1988 [cit. *Strukturen*].

JOHN, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechensconcurrenz*, Berlin, 1860 [cit. *Die Lehre*].

JORDAN, «Eine günstige Gelegenheit», *Jura* 1999, p. 304 y ss.

JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 285

JUNG, «Die fortgesetzte Handlung», *JuS* 1989, p. 289 y ss.

JUNG, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems*, Berlin, 1979 [cit. *Die Bekämpfung*].

JUNG, «Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat», *JZ* 1979, p. 325 y ss.

KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt a. M., 2000 [*Die Handlungsform*].

KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrikeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990 [cit. *Das Problem*].

KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968 [cit. *Das Vermeidbarkeitsprinzip*].

KAISER, «Die Bedeutung der Wirtschaftskriminalität in der Bundesrepublik Deutschland», en *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.), Stuttgart, 1978, p. 27 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.)].

KAISER, *Kriminologie*, 3. Aufl., Heidelberg, 1976 [cit. *Kriminologie*].

KAMINSKI, *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, Berlin, 1992 [cit. *Der objektive Maßstab*].

KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Berlin, 1999 [cit. *Die fahrlässige Mittäterschaft*].

KAMPERMANN, *Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch*, Frankfurt a.M., 1992 [cit. *Grundkonstellationen*].

KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho» (trad. Ragués i Vallès), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 19 y ss. [cit. *La insostenible situación*].

KARGL *GA*, 1999, p. 55 y ss.

KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Der strafrechtliche Vorsatz*].

KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlin, 1991 [cit. *Handlung*].

KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt a.M., 1982 [cit. *Kritik*].

KARGL, «Kommunikation kommuniziert?», *Rechtstheorie* 21 (1990), p. 352 y ss.

KATSANTONIS, «Der Handlungsbegriff in existentiell-ontologischer Sicht. Ein Versuch», *ZStW* 72 (1960), p. 351 y ss.

KAUFMANN, Armin, «"Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 251 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *Festschrift für Welzel zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1974, p. 393 y ss. [cit. *FS-Welzel*].

KAUFMANN, Armin, «Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 319 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959 [cit. *Die Dogmatik*].

KAUFMANN, Armin, «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», *ZStW* 70 (1958), p. 64 y ss.

KAUFMANN, Armin, «Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung», *JZ* 1955, p. 37 y ss.

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1988 (reimpresión de la edición de 1954) [cit. *Lebendiges*]. Traducido como *Teoría de las normas* (trad. Bacigalupo/Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977 [cit. *Teoría de las normas*].

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho* (trad. Villar/Montoya), Bogotá, 1999 [cit. *Filosofía del Derecho*].

KAUFMANN, Arthur, «Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum», *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 185 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

KAUFMANN, Arthur, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, München, 1982 [cit. Die Parallelwertung].

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976 [cit. *Das Schuldprinzip*].

KAUFMANN, Arthur, «Subsidiaritätprinzip und Strafrecht», *Festschrift für Henkel*, Berlin, 1974, p. 103 y ss. [cit. *FS-Henkel*].

KAUFMANN, Arthur, «Die ontologische Struktur der Handlung», *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966, p. 79 y ss. [cit. *FS-Hellmuth Mayer*].

KAUFMANN, Arthur, *Analogie und «Natur der Sache»*, Karlsruhe, 1965 [cit. *Analogie und «Natur der Sache»*].

KAUFMANN, Arthur, «Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit», *JZ* 1963, p. 432 y ss.

KAUFMANN, Arthur, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950 [cit. *Unrechtsbewusstsein*].

KAUFMANN, H., *Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Göttingen, 1968 [cit. *Strafanspruch*].

KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960 [cit. *Reine Rechtslehre*].

KIENAPFEL, «Zur Einheitstäterschaft im Ordnungwidrigkeitensrecht», *NJW* 1983, p. 2235 y ss.

KIENAPFEL, «Unrechtsbewußtsein und Verbotssirrtum», *ÖJZ* 1976, p. 113 y ss.

KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1966 [cit. *Das erlaubte Risiko*].

KINDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2005 [cit. *Strafrecht*, AT].

KINDHÄUSER, «¿Indiferencia como dolo?» (trad. García Cavero), en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Lima, 2005, p. 33 y ss. [cit. *Cuestiones actuales*].

KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad» (trad. García Cavero), *RPDJP* 1 (2000), p. 171 y ss.

KINDHÄUSER, «Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho» (trad. Córdova/Bruzzone), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 144 y ss. [cit. *El error*].

KINDHÄUSER, «Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 269 y ss. [cit. *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.)].

KINDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, II, Baden-Baden, 1998 [cit. *Strafrecht*, BT, II].

KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en: *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Koch (Hrsg.), Berlin, 1997, p. 81 y ss. [cit. *Herausforderungen*, Koch (Hrsg.)].

KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico» (trad. Molina Fernández), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 441 y ss. [cit., *Hacia un Derecho penal*].

KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA* 1994, p. 200 y ss.

KINDHÄUSER, «Strafe, Strafrechtgut und Rechtsgüterschutz», en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1990, p. 29 y ss. [cit. *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.)].

KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989 [cit. *Gefährdung*].

KINDHÄUSER, «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit», *JuS* 1985, p. 100 y ss.

KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW* 96 (1984), p. 1 y ss.

KINDHÄUSER, «Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmekmale», *Jura* 1984, p. 468 y ss.

KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, Berlin, 1980 [cit. *Intentionale Handlung*].

KIRSCHBAUM, *Der Vertrauenschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 1980 [cit. *Der Vertrauenschutz*].

KLEINHEYER, *Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung*, Tübingen, 1968 [cit. *Vom Wesen*].

KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001 [cit. *Die Kollegialentscheidung*].

KNIFFKA, «Aspekte der Tateinheit bei Steuerhinterziehung», *wistra* 1986, p. 90 y ss.

KNIFFKA, «Durchsuchung von Kreditinstituten in Steuerstrafverfahren», *wistra* 1983, p. 310 y ss.

KOHLER, «Teilnahme und Urheberschaft», *GA* 1911, p. 15 y ss.

KÖHLER, A., *Deutsches Strafrecht*, AT, Leipzig, 1917 [cit. *Deutsches Strafrecht*, AT].

KÖHLER, A., *Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum*, München, 1904 [cit. *Rechtsirrtum*].

KÖHLER, A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, München, 1900 [cit. *Die Grenzlinien*].

KÖHLER, «La imputación subjetiva: estado de la cuestión» (trad. Sánchez-Ostiz), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 77 y ss. [cit. *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.)].

KÖHLER, «Der Begriff der Zurechnung», en *Festschrift für Hirsch zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1999, p. 67 y ss. [cit. *FS-Hirsch*].

KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1997 [cit. *Strafrecht*, AT].

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986 [cit. *Der Begriff*].

KÖHLER, «Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatz», *GA* 1981, p. 285 y ss.

KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kohlmann, 7. Aufl., Köln, 1997, estado: noviembre de 2000 [cit. *Steuerstrafrecht*].

KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers*, Heidelberg, 1990, [cit. *Die Verantwortlichkeit*].

KOHLMANN/OSTERMANN, «Die Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen – Pläne für eine verfasssungswidrige Reform», *wistra* 1990, p. 124 y ss.

KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903 [cit. *Irrtum*].

KÖLBEL, «Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die strafrechtsauslegung», *GA* 2002, p. 403 y ss.

KOPACEK, «Die Leichtfertigkeit bei Steuerverkürzungen», *BB* 1961, p. 446 y ss.

KORIATH, «Zum Streit um die Gefährdungsdelikte», *GA* 2001, p. 53 y ss.

KORIATH, «Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre», *Jura* 1996, p. 113 y ss.

KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994 [cit. *Grundlagen*].

KÖSTLIN, *Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845 [cit. *Grundbegriffe*].

KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845 [cit. *Neue Revision*].

KRACK, «Die tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht», *NStZ* 2001, p. 505 y ss.

KRATZSCH, «Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?», *JA* 1983, p. 420 y ss., 578 y ss.

KRAUß, «Strafgesetzgebung im Rechtsstaat», *KritV* 1993, p. 183 y ss.

KREKELER, «Brauchen wir ein Unternehmensstrafrecht?», *Festschrift für Hanack*, Berlin, 1999, p. 643 y ss. [cit. *FS-Hanack*].

KREMNITZER//GHANAYIM, «Die Strafbarkeit von Unternehmen», *ZStW* 113 (2001), p. 541 y ss.

KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983 [cit. *Keine Strafe ohne Gesetz*].

KREY, «Der Fall Peter Lorenz – Probleme des rechtfertigenden Notstands bei der Auslösung von Geiseln», *ZRP* 1975, p. 75 y ss, 97 y ss.

KREY/SCHNEIDER, «Die eigentliche Vorsatz- Fahrlässigkeitskombination nach geltendem und künftigem Recht », *NJW* 1970, p. 640 y ss.

KRÜMPELMANN, «Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation», *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 292 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

KRÜMPELMANN, «Die normative Korrespondez zwischen Verhalten und Erfolg», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 313 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlin, 1966 [cit. *Die Bagatelldelikte*].

KUBE, «Wirtschaftskriminalität. Zu Phänomen und Prävention», *Festschrift für Rolinski zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 2002, p. 395 y ss. [cit. *FS-Rolinski*].

KÜCHENHOFF, «Individueller Normenirrtum? – Höchstens genereller Normenirrtum als strafrechtlicher Entschuldigungsgrund», en *Festschrift für Rittler*, Aalen, 1957, p. 195 y ss. [cit. *FS-Rittler*].

KUDLICH, Anmerkung, *JZ* 2000, p. 1178 y s.

KÜHL, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl., München, 2002 [cit. *Strafrecht*, AT].

KÜHL, «Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 819 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

KUHLEN, «Objektive Zurechnung bei Rechtsfertigungsgründe», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 331 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

KUHLEN, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto» (trad. Bolea Bardon), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 237 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.)].

KUHLEN, «Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW* 105 (1993), p. 679 y ss.

KUHLEN, «Zum Umweltstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland (Teil 2)», *WiVerw* 1992, p. 217 y ss.

KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung in Strafrecht und in der Moral», en *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Baden-Baden, 1991, p. 341 y ss. [cit. *Recht und Moral*, Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.)].

KUHLEN, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *NStZ* 1990, p. 568 y ss.

KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989 [cit. *Fragen*].

KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a.M., 1987 [cit. *Unterscheidung*].

KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *GA* 1986, p. 389 y ss.

KÜHN, «Moderne Verwaltung und Strafrecht: Risiko und Chance», *wistra* 2002, p. 43 y ss.

KUNERT, «Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes», *NStZ* 1982, p. 276 y ss.

KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958 [cit. *Die normativen Merkmale*].

KUNZ, «Strafausschluß oder –milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?», *GA* 1983, p. 457 y ss.

KÜPER, «Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtsfertigung und Entschuldigung», *JuS* 1987, p. 81 y ss.

KÜPER, «Gefährdung als Erfolgsqualifikation?», *NJW* 1976, p. 543 y ss.

KÜPER, «Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse"», *GA* 1983, p. 289 y ss.

KÜPPER, «Strafvereiteilung und "sozialadäquate" Handlungen», *GA* 1987, p. 401 y ss.

KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990 [cit. *Grenzen*].

KÜPPER, *Der «unmittelbaren» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Berlin, 1982 [cit. *Der «unmittelbaren» Zusammenhang*].

LABSCH, «Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH», *wistra*, 1985, p. 1 y ss.

LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967 [cit. *Gefährdungsdelikt*]

LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Lima, 1996 [cit. *Derecho penal económico*].

LAMPE, F., *Die strafrechtliche Haftung des Kraftwagenführers bei Verkehrsunfällen*, Leipzig, 1930 [cit. *Die strafrechtliche Haftung*].

LAMPE, J., «*Wirtschaftsstrafrecht*», en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), 1981 [cit. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.)].

LAMPE, J., «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *JZ* 1994, p. 125 y ss.

LAMPE, J. «Systemunrecht und Unrechtsysteme», *ZStW* 106 (1994), p. 685 y ss.

LAMPE, J., «Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht», *ZStW* 79 (1967), p. 476 y ss.

LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana»*, Granada, 2002 [cit. *La complicidad delictiva*].

LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlin, 1985 [cit. *Zur Problematik*].

LANG-HINRICHSEN, «Bermerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 353 y ss. [cit. *FS-Engisch*].

LANG-HINRICHSEN, «Der irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH», *JZ* 1953, p. 362 y ss.

LANG-HINRICHSEN, «Zur Problematik der Lehre von Tatbestands und Verbotsirrtum», *JR* 1952, p. 184 y ss.

LANGE, *Das Sonderverbrechen*, Berlin, 1972 [cit. *Das Sonderverbrechen*].

LANGE, «Nur eine Ordnungswidrigkeit?», *JZ* 1957, p. 234 y ss.

LANGE, «Die Strafgesetzgeber und die Schuldlehre», *JZ* 1956, p. 73 y ss.

LANGE, «Der Magna Charta der anständigen Leute», *JZ* 1956, p. 519 y ss.

LANGE, «Zur Strafbarkeit von Personenverbänden», *JZ* 1952, p. 261 y ss.

LANGE, «Zum Denunziantenproblem», *SJZ* 48, p. 309 y s.

LANGER, «Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung», *GA* 1976, p. 193 y ss.

LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (trad. Díez Picazo), Madrid, 1990 [cit. *Derecho justo*].

LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927 [cit. *Hegels Zurechnungslehre*].

LARRAZ, *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Madrid, 1952 [cit. *Metodología*].

LASCANO, «Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales», en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 387 y ss. [cit. *Nuevas formulaciones*].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 565 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 587 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000 [cit. *Sobre la retroactividad*].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización», www.adi.uam.es/~jalonso/lascurain [consulta: 23 de setiembre 2002].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 209 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994 [cit. *La protección penal*].

LAUBENTHAL/BAIER, «Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung», *GA* 2000, p. 214 y ss.

LAUER, *Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*, Bonn, 1997 [cit. *Der Irrtum*].

LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, «Umweltstrafrecht in neuer Gestalt», *ZStW* 92 (1980), p. 912 y ss.

LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992 [cit. *El resultado*].

LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia 1999 [cit. *Dolo y conocimiento*].

LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht und Teilnahme*, Breslau, 1933 [cit. *Internationales Strafrecht*].

LEMKE, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, preliminares a los §§ 3 hasta 7.

LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970 [cit. *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*].

LENCKNER/PERRON, en *Schönke/Schröder StGB*, 26. Aufl., München, 2001, §§ 14, 32 y ss

LENCKNER, Voz: «rechtfertigende Notstand», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), Heidelberg, 1990, p. 6 [cit. Voz: «rechtfertigende Notstand», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

LENCKNER, «Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht», *Festschrift für Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, 1988, p. 33 y ss. [cit. *FS-Pfeiffer*].

LENCKNER, «Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crime sine lege'"», *JuS* 1968, p. 256 y ss.

LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965 [cit. *Notstand*].

LENCKNER, «Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff», *GA* 1961, p. 299 y ss.

LESCH, Anmerkung, *JR* 2001, p. 385 y ss.

LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal* (trad. Ragués i Vallès), Bogotá, 2001 [cit. *Injusto y culpabilidad*].

LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn, 2000 [cit. *Notwehrrecht*].

LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Köln, 1999 [cit. *Der Verbrechensbegriff*].

LESCH, *Función de la pena* (trad. Sánchez-Vera), Madrid, 1999 [cit. *Función de la pena*].

LESCH, «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtum», *JA* 1996, p. 346 y ss., 504 y ss.

LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Bogotá, 1995 [cit. *Intervención delictiva*].

LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1992 [cit. *Das Problem*].

LILIENTHAL VON, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, 2. Aufl., 1890 [cit. *Grundriss*].

LINDEMANN, *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, 1932 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*].

LINDNER, «Die Behandlung des Verbotsirrtums als strafprozeßrechtliches Problem», *NJW* 1960, p. 657 y ss.

LISZT VON/EB. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932 [cit. *Lehrbuch*, 26. Aufl.].

LISZT, VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22. Aufl., 1919 [cit. *Lehrbuch*, 22. Aufl.].

LISZT, VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9. Aufl., Berlin, 1899 [cit. *Lehrbuch*, 9. Aufl.].

LISZT, VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4. Aufl., 1891 [cit. *Lehrbuch*].

LISZT VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3. Aufl., Berlin, 1888 [cit. *Lehrbuch*, 3. Aufl.]. Traducido como *Tratado de Derecho penal* (trad. Jiménez de Asúa), I, 3ª ed., Madrid, S/f. [cit. *Tratado*, I].

VON LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin, 1905, p. 248 y ss. [cit. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*].

VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vörtrage*, T. I (1875-1891), Berlin, 1905 (reimp. Berlin, 1970) [cit. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*].

LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristóteles*, Hildesheim, 1903 [cit. *Die Zurechnungslehre*].

LOHBERGER, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz*, München, 1968 [cit. *Blankettstrafrecht*].

LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, Berlin, 2002 [cit. *Steuerstrafrechtliche Risiken*].

LOHMEYER, *Wirtschaftskrimininalität*, Stuttgart, 1978 [cit. *Wirtschaftskriminalität*].

LOHMEYER, «Schuldprobleme im Steuerstrafrecht», *GA* 1966, p. 163 y ss.

LOHMEYER, «Die Bedeutung des Irrtums als Schuldausschließungsgrund im Steuerstrafrecht», *GA* 1964, p. 14 y ss

LOHMEYER, «Was ist "leichtfertig" i. S. des § 402 RAbgO», *NJW* 1960, p. 1799 y ss.

LOOS, «Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente», *Festschrift für Oehler zum 70.* Geburtstag, Köln, 1985, p. 227 y ss. [cit. *FS-Oehler*].

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 381 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La relación de causalidad y la imputación objetiva en la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo», en *Sistemas Penales Iberoamericanos, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Jaen Vallejo (dr.), Lima, 2003, p. 465 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (Perú)].

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos», *PJ* 48, p. 299 y ss.

LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997 [cit. *La complicidad*].

LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981 [cit. *Zur Rechtsnatur*].

LÖW, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtumm nach § 17 StGB*, Frankfurt a.M., 2002 [cit. *Erkundigungspflicht*].

LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung bei Bankgeschäften*, 2. Aufl., Stuttgart, 2000 [cit. *Steuerhinterziehung*].

LÜBBE, «Erlaubtes Risiko – Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrundes», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 373 y ss. [cit. en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, Lüderssen (Hrsg.)].

LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, II, Göttingen, 1836-1940 [cit. *Abhandlungen*].

LÜDERSSEN, «Irrtum und Prävention», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 469 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

LÜDERSSEN, «Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung», *Festschrift für Grünwald zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 1999, p. 341 y ss. [cit. *FS-Grünwald*].

LÜDERSSEN, en «Prólogo» a *Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden, 1998 [cit. *Prólogo*].

LÜDERSSEN, «Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum», *wistra* 1983, p. 223 y ss.

LUHMANN, *Confianza* (trad. Flores/Rodríguez Mansilla), Barcelona, 1996 [cit. *Confianza*].

LUHMANN, *Introducción a la teoría de los sistemas*, (trad. Javier Torres), México, 1996 [cit. *Introducción*].

LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt aM., 1995 [cit. *Das Recht*].

LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1994 [cit. *Die Wirtschaft*].

LUHMANN, *Sociedad y sistema*, Barcelona, 1990 [*Sociedad y sistema*].

LUHMANN, «Was ist Kommunikation?», en *Lebende Systeme, Wirklichkeitskonstruktionen in der systemischen Therapie*, Simon (Hrsg.), Berlin, 1988, p. 9 y ss. [cit. *Lebende Systeme*, Simon (Hrsg.)].

LUHMANN, «The Autopoiesis of Social Systems», en *Sociocybernetic Paradoxes: observation, control and evolution of self-steering Systems*, Geyer/van der Zouwen (eds.), London, 1986, p. 172 y ss. [cit. *Sociocybernetic Paradoxes*, Geyer/van der Zouwen (eds.)].

LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3° Aufl. Berlin, 1986 [cit. *Grundrechte*].

LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Hamburg, 1983 [cit. *Rechtssoziologie*].

LUHMANN, *Funktionen und Folgen del formaler Organisatione*, 3. Aufl., Berlin, 1973 [cit. *Funktionen*].

LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, Madrid, 1996 [cit. *Curso*, PG].

MAHLBERG, *Die Leichtfertigkeit im Steuerstrafrecht*, 1965 [cit. *Leichtfertigkeit*].

MAIER, «¿Es la reparación uns tercera vía del Derecho penal?», en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 215 y ss. [cit. LH-*De Rivacoba y Rivacoba*].

MAIHOFER, «Der soziale Handlungsbegriff», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 156 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

MAIWALD, «El consentimiento del lesionado en el derecho y la dogmática penal alemanes», (trad. M. Bacigalupo), *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 342 y ss.

MAIWALD, «Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 465 y ss. [cit. *FS-Miyazawa*].

MAIWALD, «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 405 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984 [cit. *Unrechtskenntnis*].

MAIWALD, «Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte – BGHSt 31, 96», *JuS* 1984, p. 439 y ss.

MAIWALD, «Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit», *Festschrift für Dreher*, Berlin, 1977, p. 437 y ss. [cit. *FS-Dreher*].

MAIWALD, «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte», *GA* 1974, p. 257 y ss.

MAIWALD, «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?», *ZStW* 86 (1974), p. 636 y ss.

MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964 [cit. *Die natürliche Handlungseinheit*].

MALITZ, *Zur behördlichen Duldung* im Strafrecht, Berlin, 1995 [cit. *Zur behördlichen Duldung*].

MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahmen*, Tübingen, 1979 [cit. *Rechtsauskunft*].

MANGAKIS, *Das Unrechtsbewusstsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht*, Bonn 1954 [cit. *Das Unrechtsbewusstsein*].

MANSO PORTO, «La regulación del error en el Código penal peruano», *RPCP* 12, p. 70 y ss.

MANSO PORTO, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, 1999 [cit. *Desconocimiento*].

MANTOVANI, «Il principio di offensività nel codice penale peruviano», *RPCP* 12, p. 93 y ss.

MAQUEDA ABREU, «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, p. 186 y ss. [cit. CDJ: *Elementos subjetivos de los tipos penales*].

MAQUEDA ABREU, «La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código penal de 1992», *AP* 1994, p. 497 y ss.

MARAT, *Plan de legislación criminal* (trad. Rivacoba), Buenos Aires, 2000 [cit. *Plan de legislación criminal*].

MARAVER GÓMEZ, «Riesgo permitido por legitimación histórica», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 209 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002 [cit. *Legalità*].

MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg, 1989 [cit. *Strafbarkeit*].

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 415 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, Valencia, 1998 [cit. *Derecho penal económico*, PG].

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Prólogo» al *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), Universidad de Coruña, 1998, p. 9 y ss. [cit. *Prólogo*].

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El delito de defraudación tributaria», *Revista penal* 1 (1998), p. 63 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores», *RDPC* 1 (1998), p. 90 y ss.

MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1989 [cit. *Las condiciones*].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal», en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 331 y ss. [cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a derecho en la imputación objetiva del resultado?», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), Madrid, 1994, p. 106 y s. [cit. *Omisión e imputación objetiva*, Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.)].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, Madrid, 1994 [cit. *El desistimiento*].

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, [cit. *Imputación objetiva*].

MARTOS NUÑEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1987 [cit. *Derecho penal económico*].

MARX, *Die behördliche Genehmigung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1993 [cit. *Die behördliche Genehmigung*].

MARXEN, *Nomos Kommenter zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 14.

MARXEN, «Strafgesetzgebung als Experiment?», *GA* 1985, p. 547 y ss.

MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*, Berlin, 1997 [cit. *Aufsichtspflichtverletzungen*].

MATA Y MARTÍN, «Problemas y eficacia del Derecho penal del medio ambiente», *CPC* 72 (2000), p. 649 y ss.

MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997 [cit. *Bienes jurídicos intermedios*].

MATTERN, Anmerkung, *JZ* 1954, p. 255 y ss.

MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Vol., Berlin, 1977 [cit. *Untersuchungen*, 1].

MATTIL, «Gewissenanspannung», *ZStW* 74 (1962), p. 201 y ss.

MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, AT, T. I, 8. Aufl., Heidelberg, 1992 [cit. *Strafrecht*, AT, I].

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht*, AT, 7. Aufl., Heidelberg, 1989 [cit. *Strafrecht*, AT II].

MAURACH, «Probleme des erfolgsqualifizierte Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie», Festschrift für Heinitz, Berlin, 1972, p. 403 y ss. [cit. *FS-Heinitz*].

MAURACH, «*Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik*», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 301 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht*, AT, Stuttgart, 1967 [cit. *Strafrecht*, AT].

MAYER, Hellmuth, «Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff», *Festschrift für von Weber*, Bonn, 1963, p. 137 y s. [cit. *FS-von Weber*].

MAYER, Hellmuth, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962 [cit. *Strafrechtsreform*].

MAYER, Hellmuth, «Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit», *MDR* 1952, p. 392 y ss.

MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915 [cit. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*].

MAYER, M.E., Normas jurídicas y normas de cultura

MAZUREK, «Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB», *JZ* 1976, p. 233 y ss.

MAZZACUVA, «Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios», (trad. Suárez González), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 681 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

MAZUELOS COELLO, «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro"», *Advocatus*, diciembre 2001, p. 173 y ss.

MAZUELOS COELLO, *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996 [cit. *Derecho penal económico*].

MAZUELOS COELLO, *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1995 [cit. *Lecciones*].

MEESKE, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, Berlin, 1937 [cit. *Die Ordnungsstrafe*].

MEILI, *Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts*, Zürich, 1910 [cit. *Lehrbuch*].

MEINBERG, «Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden», *NJW* 1986, p. 2220 y ss.

MEINBERG, Anmerkung, *NStZ* 1986, p. 318.

MEINE, «Die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern unter Zuhilfenahme einer falschen Buchführung», *GA* 1978, p. 325 y ss.

MEINECKE, *Die Gesetzgebungssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB*, Frankfurt a.M., 2000 [cit. *Gesetzgebungssystematik*].

MEINI MÉNDEZ, «Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 455 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

MEINI MÉNDEZ, «La determinación del límite superior de la pena privativa de libertad», en *Justicia Viva*, Informativo, noviembre-diciembre 2003, p. 1 y ss.

MEINI MÉNDEZ, «El «actuar en lugar de otro» en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal», *Revista jurídica del Perú*, Nº 28, noviembre 2001, p. 127 y ss.

MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUC, Lima, 1999 [cit. *La responsabilidad penal*].

MEINI MÉNDEZ, «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos de cometidos por sus subordinados», *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 883 y ss.

MEINI MÉNDEZ, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión», *Ius et veritas* 13, p. 119 y ss.

MEINI MÉNDEZ, «Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado», en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002).

MEIßNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Berlin, 1990 [cit. *Interessenabwägungsformel*].

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993 [cit. *Los delitos de peligro*].

MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC* 9 (2002), p. 71 y ss.

MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001 [cit. *El Derecho penal*].

MENDOZA BUERGO, «El delito ecológico y sus técnicas de tipificación (1)», www.ecoiuris.com/paginas/art125htm [consulta: 15 de noviembre 2002].

MERGEN, «Die Persönlichkeit des Verbrechers im weissen Kragen», en *Probleme im Gespräch 4, Wirtschaftskriminalität*, Bern, 1972, p. 27 y ss. [cit. *Probleme im Gespräch 4*, Wirtschaftskriminalität].

MERGEN, *Tat und Täter. Das Verbrechen in der Gesellschaft, München*, 1971 [cit. *Tat und Täter*].

MERKEL, A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889 [cit. *Lehrbuch*].

MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, París, 1899 [cit. *Les personnes morales*].

MEYER, A., *Die Gefährlichkeitsdelikte*, Hamburg, 1992 [cit. *Die Gefährlichkeitsdelikte*].

MEYER, D., «Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums und Erkundigungspflicht – KG, JR 1978, 166», *JuS* 1979, p. 250 y ss.

MEYER, F., «Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht», *NStZ* 1986, p. 443 y ss.

MEYER, J., «Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht – OLG Dusseldorf, NStZ 1981, p. 444», *JuS* 1983, p. 513 y ss.

MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra* 1989, p. 287 y ss.

MEZGER, *Strafrecht*, AT, 6. Aufl., Berlin, 1955; I, 11. Aufl., München, 1965 [cit. *Strafrecht*, AT, I]. Traducido como MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, PG, II (trad. Rodríguez Muñoz), Madrid, 1957 [cit. *Tratado*, PG]

MEZGER, «Die Handlung im Strafrecht», *Festschrift für Rittler*, Aalen 1957, p. 119 y ss. [cit. *FS-Rittler*].

MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950 [cit. *Moderne Wege*].

MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, AT, 3. Aufl., Berlin, 1949 [cit. *Lehrbuch*].

MEZGER, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin 1944, p. 180 y ss. [cit. *FS-Kohlrausch*].

MEZGER, «Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht», *JW* 1938, p. 3265 y ss.

MEZGER, «Die Straftat als Ganzes», *ZStW* 1937, p. 675 y ss.

MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *Gerichtsaal* 89 (1924), p. 207 y ss.

MICHALKE, «Grenzüberschreitende Probleme des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts in der Verfolgungspraxis der Strafjustiz», en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, I, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden, 1998, p. 29 y ss. [cit. *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, Lüderssen (Hrsg.)].

MICHALKE, *Umweltstrafsachen*, Heidelberg, 1991 [cit. *Umweltstrafsachen*].

MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *RPDJP* 3 (2002), p. 257 y ss.

MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 73 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Barcelona, 2002 [cit. *Derecho penal*, PG].

MIR PUIG, «Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand», *Gedächtnnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 265 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982 [cit. *Función de la pena*].

MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976 [cit. *Introducción*].

MISERÉ, *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*, Berlin, 1997 [cit. *Grundprobleme*].

MITSCH, «Gesetzeseinheit im Strafrecht», *JuS* 1993, p. 471 y ss.

MITTERMAIER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld*, Giessen, 1909 [cit. *Kritische Beiträge*].

MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales» (trad. Ragués i Vallès), en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 113 y ss. [cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

MOHRBOTTER, «Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB», *ZStW* 88 (1976), p. 942 y ss.

MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 691 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001 [cit. *Antijuridicidad penal*].

MONTENBRUCK, «Gesamtstrafe – eine verkappte Einheitsstrafe?», *JZ* 1988, p. 332 y ss.

MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin, 1983 [cit. *Strafrahmen*].

MONTES FLORES, «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», *RPDJP* 6, p. 322 y ss.

MONTESQUIEU, *Vom Geist der Gesetze* (trad. Forsthoff), Tübingen, 1951 [cit. *Vom Geist des Gesetze*].

MONTOYA MANFREDI, *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed., Lima, s/f [cit. *Responsabilidad*].

MORALES PRATS, «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», www.uoc.es/aulajmvalle [consulta: 9 de enero del 2002].

MORENO HERNÁNDEZ, «Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik», en *Festschrift Roxin zum 70*. Geburtstag, Berlin, 2001, p. 69 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

MORENO Y BRAVO, *Delitos contra la propiedad industrial*, Madrid, 1999, p. 40 [cit. *Delitos*].

MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004 [cit. *El error*].

MORSELLI, «Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva», en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Moreno Hernández (coord.), Col. Guadalupe Inn, 2001, p. 402 y ss. [cit. *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.)].

MÖSBAUER/MEINE, en *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), Berlin, estado: enero 1999, § 7 [cit. *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Wannemacher (Hrsg.)].

MÜHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre*, Berlin, 1967 [cit. *Die Fahrlässigkeit*].

MÜLLER/WABNITZ/JANOVSKY, *Wirtschaftskriminalität*, 4. Aufl., München, 1997 [cit. *Wirtschaftskrininalität*].

MÜLLER-GUGENBERGER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck, 3. Aufl., Köln, 2000, § 5 [cit. en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.)].

MÜLLER, H., *Der Irrtum über negative Tatumstände*, Regensburg, 1958 [cit. *Der Irrtum*].

MÜLLER-DIETZ, «Strafverteidigung und Strafvereitelung», *Jura* 1979, p. 242 y ss.

MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1996 [cit. *Infracciones tributarias*].

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG 5ª ed., Valencia, 2002 [cit. *Derecho penal*, PG].

MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista penal* 9 (2002), p. 75 y ss.

MUÑOZ CONDE, «Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen "nichtrechtsgelöster" Organisationen?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 609 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

MUÑOZ CONDE, «El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes», en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, Madrid, 1999 p. 222 y ss. [cit. CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II].

MUÑOZ CONDE, «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», *Revista penal* 1 (1998), p. 67 y ss.

MUÑOZ CONDE, «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 265 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989 [cit. *El error*].

MUÑOZ CONDE, «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», *CPC* 3 (1977), p. 151 y ss.

MUÑOZ CONDE, «Theoretische Begründung uns systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *ZStW* 84 (1972), p. 778 y ss.

MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999 [cit. *Versuchsunrecht*].

MURMANN, «Täterschaft durch Weisungsmacht», *GA* 1996, p. 275 y ss.

MÜSSIG, «Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización» (trad. Cancio

Meliá), en *Teoría de los sistemas y Derecho penal* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 197 y ss. [cit. *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.)].

MÜSSIG, «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal» (trad. Cancio/Peñaranda), *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a.M., 1994 [cit. *Schutz abstrakter Rechtsgüter*].

NAGEL, «Reaktionen auf Verstöße im Rahmen der Wirtschaftskriminalität», en *Wirtschafskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Gropp (Hrsg.), Leipzig, 1998, p. 101 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.)].

NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig, 1903 [cit. *Die Teilnahme*].

NAGLER, *Leipziger Kommentar, II*, 7. Aufl., Nagler/Jagusch/Mezger(Hrsg.), Berlin, 1954.

NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Die Zurechnung*].

NAPPERT, *Die strafrechtliche Haftung von Bürgermeistern und Gemeinderäten im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1997 [cit. *Die strafrechtliche Haftung*].

NAUCKE, «Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts», *KritV* 1990, p. 253 y ss.

NAUCKE, «Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik», *JuS* 1989, p. 863 y ss.

NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechenbegriff*, 1985 [cit. *Die Wechselwirkung*].

NAUCKE, «Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts», en *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Heidelberg, 1983, p. 3 y ss. [cit. *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.)].

NAUCKE, «Generalprävention und Grundrechte der Person», en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a. M., 1979, p. 9 y ss. [cit. *Hauptprobleme*].

NAUCKE, *Über Generalklauseln und Strafrechtanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973 [cit. *Über Generalklauseln*].

NAUCKE, «Über das Regreßverbot im Strafrecht», *ZStW* 76 (1964), p. 409 y ss.

NESTLER, «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión» (trad. Benlloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 63 y ss. [cit. *La insostenible situación*].

NESTLER, Einleitung, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Lüderssen (Hrsg.), Band V: Lernprozesse im Vergleich der Kulturen, Lüderssen (Hrsg.), Baden-Baden 1998, p. 11 y ss. [cit. *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, V, Lüderssen (Hrsg.)].

NETZLER, *Das Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, Bonn, 1961 [cit. *Das Verbotsirrtum*].

NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a.M., 1995 [cit. *Verantwortlichkeit*].

NEUMANN, «Das Blankostrafgesetz», en *Strafrechtliche Abhandlung*, Breslau, 1908, p. 25 y ss. [cit. *Strafrechtliche Abhandlung*].

NEUMANN, U., *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70.* Geburtstag, Beck, München 2001, p. 596 y ss. [cit. *FS-Müller-Dietz*].

NEUMANN, U., «Das Corpus Iuris im Streit um ein europäisches Strafrecht», en *Das Corpus Iuris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, Huber (Hrsg.), 2000, p. 79 y ss. [cit. *Das Corpus Iuris*, Huber (Hrsg.)].

NEUMANN, U., *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 17.

NEUMANN, U., «Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)», *JuS* 1993, p. 793 y ss.

NEUMANN, U., «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 225 y ss. [cit. *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.)].

NEUMEYER, «Das verbotene Handlung im internationalen Strafrecht», *ZStW* 23 (1903), p. 439 y ss.

NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW* 107 (1995), p. 507 y ss.

Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommision, V, Bonn, 1958 [cit. *Niederschriften*, V].

NIEMEYER, «Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit», en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller/Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), 3. Aufl., Köln, 2000, § 17 [cit. en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller/Gugenberger/Bieneck (Hrsg.)].

NIESE, «Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht», *JZ* 1956, p. 463 y ss.

NIESE, *Finalität, Vosatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951 [cit. *Finalität*].

NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico español», *pro manuscripto* [cit. *pro manuscripto*].

NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia, 2000 [cit. *El delito de quiebra*].

NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho*, Barcelona, 1999 [cit. *Conocimiento*].

NIETO MARTÍN, «Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia», en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 125 y ss. [cit. *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.)].

NIPPOLDT, *Die Strafbarkeit von Umgehungshandlungen, dargestellt am Beispiel der Erschleichung von Agrarsubventionen*, Diss., Gießen, 1974 [cit. *Die Strafbarkeit*].

NOLDEN, *Der Rücktritt vom Versuch nach § 24 I 1 StGB als Wertungsfrage zwischen ultima ratio und Regelvorschrift*, Aachen, 1996 [cit. *Der Rücktritt*].

NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtsfertigung», *ZStW* 77 (1965), p. 1 y ss.

NOWAKOWSKI, *Freiheit, Schuld, Vergeltung, Innsbruck*, 1957 [cit. *Freiheit*].

NOWAKOWSKI, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW* 63 (1951), p. 287 y ss.

NUÑEZ CASTAÑO, «La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas», *Revista penal* 10 (2002), p. 71 y ss.

NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal de la empresa*, Valencia, 2000 [cit. *Responsabilidad penal*]

OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Cerezo* Mir, Madrid, 2002, p. 1129 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «El actuar en nombre de otro», *ADPCP*, 1984, p. 23 y ss.

OEHLER, Voz: «Internationales Strafrecht», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. Voz: «Internationales Strafrecht», *HwiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

OEHLER, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Köln, 1983 [cit. *Internationales Strafrecht*].

OEHLER, «Theorie des Strafanwendungsrechts», *Festschrift für Grützner zum 65.* Geburtstag, Hamburg, 1970, p. 111 y ss. [cit. *FS-Grützner*].

OEHLER, «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt», *ZStW* 69 (1957), p. 503 y ss.

OETKER, «Die gesetzlichen Merkmale im Haupt- und Nebenfrage», en *Gerichtsaal* 64 (1904), p. 160 y ss.

OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, München, 1975 [cit. *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*].

ORCE, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Güntlier Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 369 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Colombia)].

OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, tesis doctoral, Pamplona, 2002 [cit. *La formulación de los tipos penales*].

OSTENDORF, «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *JuS* 1982, p. 426 y ss.

OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns», *JZ* 1981, p. 173 y ss.

OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, «Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes», en www.castillofreyre.com

OTTO, «Das Strafbarkeit berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *JZ* 2001, p. 441 y ss.

OTTO, «Vorgeleistete Strafvereitelung» durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», *Festschrift für Lenckner zum 70.* Geburtstag, München, 1998, p. 214 y ss. [cit. *FS-Lenckner*].

OTTO, «Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen», *Jura* 1998, p. 410 y ss.

OTTO, *Grundkurs, Strafrecht*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996 [cit. *Strafrecht*, AT].

OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993 [cit. *Strafbarkeit*].

OTTO, «Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt», *Jura* 1992, p. 423 y ss.

OTTO, «Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts», *Jura* 1991, p. 308 y ss.

OTTO, Voz: «Leichtfertigkeit», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), Heidelberg, 1990, p. 1 y ss. [cit. Voz: «Leichtfertigkeit», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

OTTO, voz: «Versuch», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. Otto, voz: «Versuch», en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

OTTO, «Der Verbotsirrtum», *Jura* 1990, p. 645 y ss.

OTTO, «Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch», *Jura* 1989, p. 25 y ss.

OTTO, «Die vorgetäuschte Notwehr-Nothilfelage», *Jura* 1988, p. 330 y ss.

OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», *Jura* 1985, p. 536 y ss.

OTTO, «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbrauchschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 339 y ss.

OTTO, «Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten», *NJW* 1980, p. 417 y ss.

OTTO, «Strafrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik», *MschrKrim* 1980, p. 400 y ss.

OTTO, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?», en *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 55 y ss. [cit. *GS-Schröder*].

OTTO, «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW* 87 (1975) p. 539 y ss.

OTTO, «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht», *JuS* 1974, p. 702 y ss.

OTTO, «Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strarecht», *Festschrift für Maurach zum 70.* Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 91 y ss. [cit. *FS-Maurach*].

OTTO, «Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt», *GA* 1967, p. 144 y ss.

PAEFFGEN, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 18.

PAEFFGEN, «Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 399 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*]. Traducido como «Observaciones acerca del error de tipo permisivo» (trad. Córdova), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 184 y ss. [cit. *El error*].

PAGANO, *Derecho penal económico*, Buenos Aires, 1983 [cit. *Derecho penal económico*].

PAREDES CASTAÑÓN, «La responsabilidad penal por productos defectuosos: Problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 411 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].

PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 45 y ss. [*Estudios*, Mir y otros (coord.)].

PAREDES CASTAÑÓN, *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, obra conjunta con Rodríguez Montañés, Valencia, 1995 [cit. *El caso colza*].

PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Madrid, 2001 [cit. *La protección penal*].

PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Madrid, 1995 [cit. *El riesgo permitido*].

PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 1999 [cit. *Delitos contra el patrimonio*].

PARIONA ARANA, «Participación en delitos especiales», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 747 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

PARIONA ARANA, «Aproximaciones al Derecho penal económico. Del nacimiento de un "nuevo Derecho" penal a una aproximación crítica», en *Nuevas Tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord)., Lima, 2005, p. 269 y ss. [cit. *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.)].

PARK, *Die Leichtfertigkeit*, 1994 [cit. *Leichtfertigkeit*].

PASTOR, «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 777 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)]

PASTOR MUÑOZ, «La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?», *InDret* 4/2006 (380), www.indret.com.

PAWLIK, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW* 114 (2002), p. 259 y ss.

PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002 [cit. *Der rechtfertigende Notstand*].

PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, 1999 [cit. *Das unerlaubte Verhalten*].

PAZ ARES/VELASCO CABALLERO, *Infracciones administrativas y autocartera en la sociedad anónima*, Madrid, 1997 [cit., *Infracciones administrativas*].

PEINE, «Die Legalisierungswirkung», *JZ* 1990, p. 209 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 223 y ss. [*Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.)].

PEÑARANDA RAMOS, «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *RPDJP* 2 (2001), p. 401 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991 [cit. *Concurso de leyes*].

PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, «Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 1514 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *Revista penal* 9 (2002), p. 109 y ss.

PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997 [cit. *La responsabilidad*].

PÉREZ DEL VALLE, «En el punto de la mira: La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 713 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

PÉREZ DEL VALLE, «La persona del Derecho penal en la filosofía del Derecho de Hegel», en *Dogmática penal y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, I, Barcelona, 2004, p. 625 y ss. [cit. *LH-Bacigalupo* (España)].

PÉREZ DEL VALLE, «Introducción al Derecho penal económico», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 29 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

PÉREZ MANZANO, «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales". La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 789 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

PÉREZ MANZANO, «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 73 y ss. [cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

PÉREZ MANZANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *AP* 1995, p. 15 y ss.

PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, Madrid, 1990 [cit. *Culpabilidad*].

PHILIPOWSKI, *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1983 [cit. *Strafverfolgung*].

PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, Frankfurt a.M., 1974 [cit. *Der Handlungsspielraum*].

PIETH, «Internationale Anstösse zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz», *SchwZStr* 120 (2001), p. 1 y ss.

PILZ, *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Frankfurt a.M., 2001 [cit. *Beihilfe*].

PINTO DE ALBUQUERQUE, «Ein unausrottbares Mißverständnis» *ZStW* 110 (1998), 646 y ss.

PIÑA GARRIDO, «La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 281 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].

PIÑA ROCHEFORT, «Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-consructivista?», en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), Granada, 2005, p. 259 y ss. [cit. *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.)].

PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005 [cit. *Rol social*].

PIÑA ROCHEFORT, «Rol social y sistema penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 41 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Colombia)].

PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Wien, 1964 [cit. *Die Bewußtseinsform*].

POHL, *Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung*, Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Steuerhinterziehung*].

POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal PG*, I, Barcelona, 2001 [cit. *Derecho penal*, PG, I].

POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 1997 [cit. *Haftung*].

PRADEL, «El Derecho penal internacional», en *Derecho penal económico*, II, CDJ, Conde-Pumpido Tourón (dr.), Madrid, 2003, p. 25 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, II, Conde-Pumpido Tourón (dr.)].

PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000 [cit. *Las consecuencias*].

PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Lima 1999 [cit. *Derecho penal*].

PRADO SALDARRIAGA, «El delito de lavado de dinero en el Perú», www.unifr.ch/derechopenal/art/artsaldoc.1 [consulta: 15 de noviembre 2002].

PRADO SALDARRIAGA, «Mecanismos administrativos de prevención del lavado de dinero y la responsabilidad penal de los agentes del sistema financiero», en www.unifr.ch/derechopenal/art/artsaldoc.3 [consulta: 15 de noviembre del 2002].

PRITTWITZ, «Sociedad del riesgo y Derecho penal», (trad. Nieto/Crespo), en *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, p. 147 y ss. [cit. LH-*De Rivacoba y Rivacoba*].

PRITTWITZ, «El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?» (trad. Castiñeira Palou), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. 427 y ss. [cit. *La insostenible situación*].

PRITTWITZ, «Risiken des Risikostrafrechts», en *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), Baden-Baden, 1997, p. 55 y ss. [cit. en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.)].

PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Strafrecht*].

PRITTWITZ, «Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr», *Jura* 1984, p. 74 y ss.

PREUß, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974 [cit. *Untersuchungen*].

PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002 [cit. *Delitos económicos*].

PUPPE, *La teoría de la imputación objetiva* (trad. García Cavero), Granada, 2001 [cit. *La imputación objetiva*].

PUPPE, «Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 305 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

PUPPE, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000 [cit. *Die Erfolgszurechnung*].

PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation», en *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 1999, p. 469 y ss. [cit. *FS-Grünwald*].

PUPPE, «Error de hecho, error de derecho, error de subsunción» (trad. Cancio Meliá), en *El error en el Derecho penal*, Buenos Aires 1999, p. 91 y ss. [cit. *El error*].

PUPPE, «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto» (trad. Cardenal Montraveta), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 215 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.)].

PUPPE, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, §§ 15, 52

PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992 [cit. *Vorsatz*].

PUPPE, «Anmerkung zu BGH, *JR* 1992, 27», *JR* 1992, p. 34 y s.

PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW* 103 (1991), p. 1 y ss.

PUPPE, «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt», *NStZ* 1986, p. 14 y ss.

PUPPE, «Der halbherzige Rücktritt», *NStZ* 1984, p. 488 y ss.

PUPPE, Anmerkung, *NStZ* 1983, p. 22 y ss.

PUPPE, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW* 92 (1980), p. 879 y ss.

PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979 [cit. *Idealkonkurrenz*].

QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, Barcelona, 1996 [cit. *Derecho penal español*, PE].

QUINTANAR DIEZ, «La responsabilidad penal del abogado. Especial referencia al abogado de empresa y al letrado asesor», *CPC* 72 (2000), p. 676 y ss.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, Barcelona, 1958 [cit. *Derecho penal de la culpa*].

QUINTERO/CAVANILLAS/DE LLERA, *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Navarra, 2002 [cit. *La responsabilidad civil «ex delicto»*].

QUINTERO OLIVARES, «El nuevo delito fiscal», *RDFHP* 137 (1978), p. 1327 y ss.

RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1999 [cit. *Rechtsphilosophie*].

RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967 [cit. *Handlungsbegriff*].

RADBRUCH, «Der Relativismus in der Rechtsphilosophie», en *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 81 y ss. [cit. *Der Mensch im Recht*].

RADBRUCH, Anmerkung, *SJZ* 1948, p. 309.

RADBRUCH, *SJZ* 1947, p. 633 y s.

RADBRUCH, en «Recensión» al libro *Tat und Schuld* de Kantorowicz, *SchwZStr* 51 (1937), p. 255 y ss-

RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Festgabe für Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 158 y ss. [cit. *FS-Frank*, I].

RADEMACHER, *Die Strafbarkeit wegen Verunreinigung eines Gewässers (§ 324 StGB)*, Frankfurt a.M., 1989 [cit. *Die Strafbarkeit*].

RAGUÉS I VALLÈS, «El tribunal penal internacional. La última gran institución del siglo XX», *La Ley*, 17 de abril del 2002, p. 1 y ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2001, p. 244 y ss. [cit. *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*].

RAGUÉS I VALLÈS, «Lavado de activos y negocios standard», en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de Derecho y ciencias sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 645 y ss. [cit. *Nuevas formulaciones*].

RAGUÉS I VALLÈS, «Tres propuestas recientes en la histórica discusión sobre el dolo», en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 466 y ss.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999 [cit. *El dolo*].

RANDELZHOFER/WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*, Berlin, 1981 [cit. *Die Duldung*].

RANSIEK, «Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen*

des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 97 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht», *wistra* 1997, p. 44 y s.

RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996 [cit. *Unternehmensstrafrecht*].

RANSIEK, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, Heidelberg, 1989 [cit. *Gesetz*].

REAÑO PESCHIERA, «Sobre los fundamentos de la exención de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa», *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 345 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004 [cit. *Formas de intervención*].

REATEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, Lima, 2002 [cit. *El delito de omisión impropia*].

REÁTEGUI SÁNCHEZ, «Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposo de lesión», *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 74 y ss.

REBOLLO VARGAS, «La pena de arresto de fin de semana en el Nuevo Código penal español», *RPCP* 7-8, p. 554 y ss.

REHBERG, *Zur Lehre vom «erlaubten Risiko»*, Zürich, 1962 [cit. *Zur Lehre*].

REHBINDER, «Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.

REIß, «Tatbestandirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung», *wistra* 1987, p. 161 y ss.

RENGIER, *KR-OWiG-Kommentar*, Müchen, 2000 [cit. *KR-OWiG-Kommentar*].

RENGIER, «Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht», *ZStW* 101 (1989), p. 892 y ss.

RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986 [cit. *Erfolgsqualifizierte Delikte*].

RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997 [cit. *Restriktiver Täterbegriff*].

RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994 [cit. *Notstand*].

REYES ALVARADO, «Causalidad y explicación del resultado», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 875 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

REYES, «Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *ZStW* 105 (1993), p. 108 y ss.

REYNA ALFARO, «La individualización de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano», en el www.eldial.com (consulta 25/04/2006).

REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002 [cit. *Manual*]

REYNA ALFARO, «Televisión "fujimontesinista", revocación de licencias y responsabilidad de empresas», *Actualidad jurídica*, 98 (2002), p. 29 y ss.

REYNA ALFARO/VERA LORET DE MOLA, «El delito de publicidad engañosa: cuestiones administrativas y penales», *Revista jurídica del Perú*, 30 (2002), p. 110 y ss.

REYNA ALFARO, «Aproximación al Derecho penal económico», *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 34 y ss.

REYNA ALFARO, «El programa penal económico de la Constitución», *Revista jurídica del Perú*, 25 (2001), p. 63 y ss.

REYNA ALFARO, «Derecho penal económico, derecho administrativo sancionador y la nueva ley del procedimiento administrativo general», *Actualidad jurídica* 93 (2001), p. 39 y ss.

REYNA ALFARO, «El aumento indebido de riesgo y su incidencia en la jurisprudencia penal peruana», *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

REYNA ALFARO, «Notas sobre la problemática de la técnica del reenvío en el Derecho penal», *Revista electrónica de Derecho penal*, www.vlex.com.pe.redp [consulta: 9 de enero 2002].

RIBKA, *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*, Diss., München, 1950 [cit. *Strafbares Handeln*].

RICHTER, «Grundbegriffe», en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck, 3. Aufl., Köln, 2000, § 3 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck].

RIEDO/CHVOJKA, «Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft», *SchwZStr* 120 (2002), p. 151 y ss.

RIETZSCH, *Deutsches Strafrecht*, en Grau/Krug/Rietzsch, T. I, Berlin, 1943 [cit. *Deutsches Strafrecht*, en Grau/Krug/Rietzsch, I].

RIETSZCH, «Das Ordnungstrafrecht», *JW* 1938, p. 1073 y ss.

RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991 [cit. *Derecho penal económico*].

RIMMELSPRACHER, «Strafrechtliche Organ- Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung», *JZ* 1967, p. 472 y ss.

RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Cádiz, 2005 [cit. *El administrador de hecho*].

RISSING-VAN SAAN, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, preliminares al § 52, § 52.

ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas?» *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com,

ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003 [cit. *La participación en el delito*].

ROBLES PLANAS, «Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales», en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, 2002, p. 370 y ss. [cit. *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*].

ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC* 6 (2000), p. 227 y ss.

RÖCKL, *Das Steuerstrafrecht im Spannungsfeld des Verfassungs- und Europarechts*, Berlin, 2002 [cit. *Steuerstrafrecht*].

RODRÍGUEZ DELGADO, «La reparación como tercera vía en el Derecho penal», en *Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 827 y ss. [cit. *LH-Bramont Arias*].

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 17ª ed., Madrid, 1994 [cit. *Derecho penal español*, PG].

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8ª ed., 1981 [cit. *Derecho penal español*, PG].

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, «¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de «infracción de un deber»?», en *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 413 y s. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal en la actividad económica*, Buenos Aires, 2000 [cit. *El Derecho penal*].

RODRÍGUEZ MONTANÉS, «Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidung», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 325 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 263 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón, (coord.)].

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, obra conjunta con Paredes Cartañón, Valencia, 1995 [cit., *El caso colza*].

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994 [cit. *Delitos de peligro*].

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (drg.), Civitas, Madrid, 1997 [cit. *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (drg)].

RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADPCP* 1984, p. 677 y ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, Madrid, 1978 [cit. *Derecho penal*, PG].

RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, 2001 [cit. *Secundariedad*].

ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risiko und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969 [cit. *Die Einhaltung*].

ROGALL, «Die strafrechtliche Organhaftung», en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 145 y ss. [cit. *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

ROGALL, *Die Strafbarkeit vom Amtsträgern im Umweltbereich*, Berlin, 1991 [cit. *Die Strafbarkeit*].

ROGALL, «Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts», *Festschrift für die Rechtswissenschaftliche Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, p. 505 y ss. [cit. *FS-Universität Köln*].

ROGALL, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)», *ZStW* 98 (1986), p. 591 y ss.

ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1997 [cit. *Zurechnung*].

ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Lima, 2002 [cit. *Delitos*].

ROJAS VARGAS, «La atipicidad subjetiva del delito: inexistencia de dolo. Precisiones dogmáticas y jurisprudenciales», *Diálogo con la jurisprudencia* 16 (2000), p. 120 y ss.

ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, T.I, Gaceta jurídica, Lima 1999 [cit. *Jurisprudencia penal*, I].

ROJAS VARGAS, «Imputación objetiva: aproximaciones críticas a una temática contemporánea en la dogmática penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.

ROJAS VARGAS, «La responsabilidad objetiva en Derecho penal», *Diálogo con la jurisprudencia* 11 (1999), p. 67 y ss.

ROLLETSCHKE, «Die wiederholte Steuerhinterziehung», *wistra* 2002, p. 332 y ss.

ROMANO, «Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito» (trad. Sánchez-Ostiz), en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 139 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.)].

ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP de 1980», *ADPCP* 1981, p. 739 y ss.

RÖNNAU, «Die Strafbarkeit des Arbeitgebers gemäß § 266a I StGB in der Krise des Unternehmens», *wistra* 1997, p. 13 y ss.

ROOS, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, Berlin, 2000 [cit. *Die Vermeidbarkeit*].

ROSSY, *El delito fiscal*, Barcelona, 1989 [cit. *El delito fiscal*].

ROTBERG, *OWiG-Kommentar*, 5. Aufl., München, 1975 [cit. *OWiG-Kommentar*].

ROTH, *Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens*, Berlin, 1996 [cit. *Zur Strafbarkeit*].

ROTH-STIELOW, «Kritisches zur fortgesetzten Handlung», *NJW* 1955, p. 450 y ss.

ROTSCH, «Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere», *wistra* 1999, p. 374 y ss.

ROTSCH, *Individuelle Haftung in Grossunternehmen*, Baden-Baden, 1998 [cit. *Individuelle Haftung*].

ROXIN, «¿Protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal?» (trad. Perdomo), *RPDJP* 5 (2004), p. 287 y ss.

ROXIN, «Anmerkungen zum Vortrag vom Prof. Dr. Herzberg», en Individuelle *Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Orga-*

nisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 56 y ss. [*Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.)].

ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión» (trad. Castiñeira Palou), en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000, p. 169 y ss. [cit. *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.)].

ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (trad. Gómez Rivero/García Cantizano), Valencia, 2000 [cit. *La evolución*].

ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl., Berlin, 2000 [cit. *Täterschaft*].

ROXIN, «Über den Strafgrund des Versuchs», *Festschrift für Nishihara zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 1998, p. 157 y ss. [cit. *FS-Nishihara*].

ROXIN, «El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo», en *Dogmática penal y Política criminal*, Abanto Vásquez (trad. y ed.), Lima, 1998, p. 437 y ss. [cit. *Dogmática penal*].

ROXIN, «Was ist Beihilfe?», *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 501 y ss. [cit. *FS-Miyazawa*].

ROXIN, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., München, 1993 [cit. *Strafrecht*, AT].

ROXIN, «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Festschrift für Tröndle zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1989, p. 179 y ss. [cit. *FS-Tröndle*].

ROXIN, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?» (trad. Silva Sánchez), *CPC* 1986, p. 686 y ss.

ROXIN, «Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum», en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium* 1986, Hirsch (Hrsg.), Baden-Baden, 1987, p. 84 y ss. [cit. *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*].

ROXIN, Anmerkung, *JR* 1986, p. 425 y ss.

ROXIN, «Der fehlgeschlagene Versuch», *JuS* 1981, p. 1 y ss.

ROXIN, «Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfe», *JA* 1980, p. 546 y ss.

ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin, 1980, § 14.

ROXIN, «Prevención y determinación de la pena» (trad. Muñoz Conde), *CPC* 9 (1979), p. 55 y ss.

ROXIN, «"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als Systemkategorien», *Festschrift für Henkel*, Berlin, 1974, p. 171 y ss. [cit. *FS-Henkel*].

ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *Festschrift für Gallas zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1973, p. 241 y ss. [cit. *FS-Gallas*].

ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1972, p. 126 y ss. [cit. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*].

ROXIN, «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, p. 251 y ss. [cit. *FS-Heinitz*].

ROXIN, *Política criminal y Sistema del Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Barcelona, 1972 [cit. *Política criminal*].

ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Aufl., Berlin, 1970 [cit. *Offene Tatbestände*].

ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS* 1966, p. 377 y ss. Traducido como «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, p. 11 y ss. [cit. *Problemas básicos*].

ROXIN, «Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962», *ZStW* 76 (1964), p. 584 y ss.

ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW* 75 (1963), p. 541 y ss.

ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW* 74 (1962), p. 411 y ss.

RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 1997, §§ 1, 13, 16, 17, 18.

RUDOLPHI, «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 81 y ss. [cit. *El sistema moderno*].

RUDOLPHI, «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 371 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

RUDOLPHI, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid», en *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 863 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

RUDOLPHI, «Die zeitliche Grenzen der sukzessiven Beihilfe», *Festshrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 569 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

RUDOLPHI, «Primat des Strafrechts im Umweltschutz?», *NStZ* 1984, p. 193 y ss.

RUDOLPHI, «Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Aamtsträgern für Gewässerverunreinigungen», en *Festschrift für Dünnebier zum 75.* Geburtstag, Berlin, 1982, p. 570 y ss. [cit. *FS-Dünnebier*].

RUDOLPHI, «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 73 y ss. [cit. *GS-Schröder*].

RUDOLPHI, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», *Festschrift für Maurach zum 70.* Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 51 y ss. [cit. *FS-Maurach*].

RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff», en *Festschrift für Honig zum 80.* Geburtstag, Göttingen, 1970, p. 71 y ss. [cit. *FS-Honig*].

RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS* 1969, p. 549 y ss.

RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969 [cit. *Unrechtsbewußtsein*].

RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966 [cit. *Die Gleichstellungsproblematik*].

RUEDA MARTÍN, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Revista penal* 9 (2002), p. 125 y ss.

RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001 [cit. *La teoría*].

RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre*, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Die Veränderung*].

RÜPING, «Blankettnormen als Zeitgesetze», *NStZ* 1984, p. 450 y ss.

RUPPERT, «Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung», *MDR* 1994, p. 973 y ss.

SÁENZ TORRES, «El estado actual de la punibilidad en la ciencia penal», en *Libro Homenaje al Prof. Peña Cabrera*, Peña Cabrera/Montes/Sánchez Mercado (coord.), I, Lima, 2006, p. 915 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

SALM, «Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum», *ZStW* 69 (1957), p. 522 y ss.

SALINAS SICCHA, *Curso de Derecho penal peruano*, Parte especial, III, Delitos contra el patrimonio, Lima, 2002 [cit. *Curso*, PE, III].

SALVADOR CODERCH/AZAGRA MALO/FERNÁNDEZ CRENDE, «Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos», *InDret* 3/2004 (www.indret.com).

SALT, «Delitos informáticos de carácter económico», en Delitos no convencionales (Maier com.), Buenos Aires, 1994 [cit. *Delitos no covencionales*].

SAMSON, «Erfolgszurechnung und Risiko», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 587 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

SAMSON/SCHILLHORN, «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch anonymisierten Kapitaltransfer?», *wistra* 2001, p. 5 y ss.

SAMSON, *Steuerstrafrecht*, 3. Aufl., Franzen/Gast/Samson, München, 1985, § 369 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson].

SAMSON, «Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik», *wistra* 1983, p. 235 y ss.

SAMSON, *Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1972 [cit. *Hypotetische Kausalverläufe*].

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 693 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento de "fraude" en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social», en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*

Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 91 y ss. [*¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)].

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Navarra, 2002 [cit. *La exención*].

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delitos de infracción de un deber», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, I, Bogotá, 2003, p. 273 y ss. [*LH-Jakobs* (Colombia)].

SÁNCHEZ-VERA; *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlin, 1999 [cit. *Pflichtdelikt*].

SANCINETTI, «Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional», *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 269 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación*, Bogotá, 1996 [cit. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*].

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991 [cit. *Teoría del delito*].

SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Frankfurt a.M., 1989 [cit. *Garantenstellung*].

SAN MARTÍN CASTRO, «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú», *Derecho* 39 (1985), p. 356 y ss.

SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003 [cit. *Derecho procesal penal*].

SANZ MORÁN, «Teoría general de la justificación», *Revista penal* 5 (2000), p. 75 y ss.

SANZ MORÁN, «El concurso de delitos en la Reforma penal», en CDJ: *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, 1995, p. 208 y ss. [cit. *CDJ: Unidad y pluralidad de delitos*].

SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, 1993 [cit. *Elementos subjetivos de justificación*].

SANZ MORÁN, «Los elementos subjetivos de justificación», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 739 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

SAUER, «Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis», *ZStW* 69 (1957), p. 8 y ss.

SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1955 [cit. *Allgemeine Strafrechtslehre*].

SAVIGNY VON, *System des heutigen römischen Rechtes*, Tomo III, Berlin, 1840 [cit. *System*, III].

SAX, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung (II)», *JZ* 1976, p. 429 y ss.

SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Volumen III, 2, 1959, p. 998 y ss. [cit. Sax, *Handbuch der Grundrechte*, Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), III, 2].

SAX, «Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem», en *Annales Universitaris Saraviensis, Rechts- und Staatswissenschaften*, Saarbrücken, 1955, p. 415 y ss. [cit. *Annales Universitaris Saraviensis*].

SAX, *Das strafrechtliche «Analogieverbot»*, Göttingen, 1953 [cit. *Das strafrechtliche, «Analogieverbot»*].

SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en *Festschrift Honig zum 80.* Geburtstag, Göttingen, 1970, p. 173 y ss. [cit. *FS-Honig*].

SCHAFFSTEIN, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum», *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen, 1961, p. 175 y ss. [cit. *FS-Oberlandesgericht Celle*].

SCHAAL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin, 2001 [*Strafrechtliche Verantwortlichkeit*].

SCHALL, «Strafloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht», *Gedächtnisschrift für Meurer*, Berlin, 2002, p. 106 y ss. [cit. *GS-Meurer*].

SCHALL, «Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben», en *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*, T. III, Köln, 1996, p. 99 y ss. [en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III].

SCHALL, «Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit», *NJW* 1990, p. 1263 y ss.

SCHALL, «Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung», *JuS* 1990, p. 623 y ss.

SCHEELE, *Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte behördliche Genehmigung im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1993 [cit. *Zur Bindung*].

SCHEWE, *Das Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, 1967 [cit. *Das Bewußtsein*].

SCHICK, «Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat», *ÖJZ* 1980, p. 105 y ss.

SCHILD, «Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff», *GA* 1995, p. 101 y ss.

SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin, 1994 [cit. *Täterschaft*].

SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, Bern, 1995 [cit. *Harmlose Gehilfenschaft*].

SCHLAPP, Anmerkung, *StV* 1983, p. 62.

SCHLEEH, «Die Bedeutung der Pflichten für das Steuerstrafrecht», *BB* 1971, p. 815 y ss.

SCHLOSKY, «Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen», *ZStW* 61 (1942), p. 245 y ss.

SCHLÜCHTER, «Der Kaufmann als Garant im Rahmen der unerlaubten Gewässerverunreinigung», *Festschrift für Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes*, Köln, 1995, p. 148 y ss. [cit. *FS-Salger*].

SCHLÜCHTER, «Normkonkretisierung am Beispiel des Rücktritthorizonts», *Festschrift für Baumann zum 70.* Geburtstag, Bielefeld, 1992, p. 71 y ss. [cit. *FS-Baumann*].

SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Heidelberg, 1987 [cit. *Zweites Gesetz*].

SCHLÜCHTER, «Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB», *JuS* 1985, p. 373 y ss., 527 y ss.

SCHLÜCHTER, «Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht», *wistra* 1985, p. 43 y ss., 94 y ss.

SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1983 [cit. *Irrtum*].

SCHMID, «Der Wirtschaftsstraftäter» *SchwZStr* 92 (1976), p. 54 y ss.

SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen, 1988 [cit. *Form und Gehalt*].

SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der Rechtsfertigung im Strafrecht», Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin, 1987, p. 77 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, Tübingen, 1982 [cit. *Strafrecht*, AT].

SCHMIDHÄUSER, «Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)», *JZ* 1979, p. 361 y ss.

SCHMIDHÄUSER, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», *Festschrift für Schaffstein zum 70.* Geburtstag, Göttingen, 1975, p. 129 y ss. [cit. *FS-Schaffstein*].

SCHMIDHÄUSER, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 260 y ss. [cit. *GS-Radbruch*].

SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968 [cit. *Vorsatzbegriff*].

SCHMIDHÄUSER, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1966, p. 317 y ss. [cit. *FS-H. Mayer*].

SCHMIDHÄUSER, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», *ZStW* 71 (1959), p. 559 y ss.

SCHMIDT, E., «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, p. 339 y ss. [cit. *FS-Engisch*].

SCHMIDT, E., «Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeit der Wirtschaftsstrafrechtskommision (1947-1949)», en *Festschrift für Arndt*, Frankfurt a.M., 1969, p. 423 y ss. [cit. *FS-Arndt*].

SCHMIDT, E., «Straftaten und Ordnungswidrigkeiten», *JZ* 1951, p. 103 y ss.

SCHMIDT, E., *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*].

SCHMIDT, E., «Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts», *SJZ* 1949, p. 665 y ss.

SCHMIDT, E. «Probleme des Wirtschaftsstrafrecht», *SJZ* 1948, p. 231 y ss.

SCHMIDT, J., *Untersuchungen zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte*, Marburg, 1999 [cit. *Untersuchungen*].

SCHMIDT-SALZER, «Konkretisierungen der strafrechtlichen Produkt- und Unweltverantwortung», *NJW* 1996, p. 1 y ss.

SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, I, 2. Aufl., Heidelberg, 1988 [cit. *Produkthaftung*, I].

SCHMITT, *Festschrift für Lange zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1976, p. 877 y ss. [cit. *FS-Lange*].

SCHMITT, «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», *ZStW* 75 (1963), p. 43 y ss.

SCHMITT, «Nochmals: Die strafrechtliche Organ- Vertreterhaftung», *JZ* 1968, p. 123 y ss.

SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtliche Unrechtsfolge*, Stuttgart, 1958 [cit. *Maßnahmen*].

SCHMITZ, *Verwaltungshandeln und Strafrecht*, Heidelberg, 1992 [cit. *Verwaltungshandlung*].

SCHMITZ, *wistra* 1993, p. 129 y ss.

SCHMÖLDERS, «Die Wirtschaftsdelikte als Störungsfaktoren im Ordnungssytem der Marktwirtschaft», en *Bekämpfung der Wirtschaftsdelikte*, Wiesbaden, 1957, p. 13 y ss [cit. *Bekämpfung*].

SCHMOLLER, «Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf», *Festschrift für Triffterer zum 65.* Geburtstag, Wien, 1996, p. 244 y ss. [cit. *FS-Triffterer*].

SCHMUCKER, *Die «Dogmatik» einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt a.M., 2001 [cit. *Die «Dogmatik»*].

SCHNEIDER, «Wirtschaftskriminalität in kriminologischer und strafrechtlicher Sicht», *JZ* 1972, p. 461 y ss.

SCHNEIDER, C., «Straflose Nachtat trotz Verjährung der Haupttat im Falle wiederholter Steuerhinterziehung», *wistra* 2001, p. 408 y ss.

SCHÖNEBORN, «Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation», *NStZ* 1981, p. 201 y ss.

SCHÖNKE, «Gegenwartsfragen des internationalen Strafrecht», *Festschrift für Mezger*, München, 1954, p. 105 y ss. [cit. *FS-Mezger*].

SCHOREIT, «Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen», *Festschrift für Rebmann zum 65.* Geburtstag, München, 1989, p. 453 y ss. [cit. *FS-Rebmann*].

SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Frankfurt a.M., 1976 [cit. *Gesetz und Richter*].

SCHREIBER, «Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte», *ZStW* 80 (1968), p. 364 y ss.

SCHROEDER, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1992, § 17.

SCHROEDER, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung», *JZ* 1989, p. 776 y ss.

SCHROEDER, «Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze», en *Festschrift für Bockelmann zum 70.* Geburtstag, München, 1979, p. 785 y ss. [cit. *FS-Bockelmann*].

SCHROEDER, «Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts», *NJW* 1969, p. 81 y ss.

SCHROEDER, «Der räumliche Geltungsbereich der Strafgesetze», *GA* 1968, p. 353 y ss.

SCHRÖDER, «Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen», *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 127 y ss. [cit. *FS-Maurach*].

SCHRÖDER, «Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht», *ZStW* 81 (1969), p. 14 y ss.

SCHRÖDER, «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?», *JZ* 1967, p. 522 y ss.

SCHRÖDER, «Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch», *JuS* 1962, p. 81 y ss.

SCHRÖDER, «Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II», *Festschrift für Eberhardt Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 290 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

SCHRÖDER, «Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa», *GA* 1957, p. 297 y ss.

SCHRÖDER, «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», *ZStW* 65 (1953), p. 178 y ss.

SCHRÖDER, «Tatbestand- Verbotsirrtum», *MDR* 1951, p. 389 y ss.

SCHRÖDER, «Die Teilnahme im internationalen Strafrecht», *ZStW* 61 (1942), p. 57 y ss.

SCHROTH, U., «Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umstände, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen», *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.* Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 595 y ss. [cit. *FS-Arthur Kaufmann*].

SCHROTH, J.H., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen, 1993 [cit. *Unternehmen*].

SCHUBARTH, «Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherren», *SchwZStr* 92 (1976), p. 390 y ss.

SCHUBARTH, «Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte», *ZStW* 85 (1973), p. 754 y ss.

SCHULTZ, «Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962», *GA* 1966, p. 193 y ss.

SCHULTZ, «Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht», *Festschrift für von Weber*, Bonn, 1963, p. 305 y ss. [cit. *FS-von Weber*].

SCHULZ, «Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft –eine notwendige Rechtsfortbildung? –BGH, NJW 1994, 2703», *JuS* 1997, p. 113 y ss.

SCHUMANN, «Responsabilidad individual en la gestión de empresas» (Rodríguez Montañés), en *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), Barcelona, 1996, p. 203 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coord.)].

SCHUMANN, «Zur Wiederlebung des "voluntativen" Vorsatzelement durch den BGH», *JZ* 1989, p. 427 y ss.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986 [cit. *Handlungsunrecht*].

SCHÜNEMANN, «*Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos directivos en la Unión Europea*» (trad. Sacher), conferencia dictada en el Seminario *Constitución europea y Derecho penal económico*, dirigida por el Prof. Bajo Fernández, Universidad Autónoma de Madrid [cit. *Responsabilidad penal*].

SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro» (trad. Sacher), en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 981 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

SCHÜNEMANN, «Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas», en *XXV Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bernal Cuellas (coord.), Bogotá, 2003, p. 269 y ss [cit. *XXV Jornadas*].

SCHÜNEMANN, «Sistema del Derecho penal y victimodogmática» (trad. Sacher), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 170 y ss. [cit. *LH-Cerezo Mir*].

SCHÜNEMANN, «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», *Gedächtnisschrift für Meurer*, Berlin, 2002, p. 43 y ss. [cit. *GS-Meurer*].

SCHÜNEMANN, «Las prescripciones sobre la autoría en la Ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código penal de 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas – ¿un modelo para latinoamérica?» (trad. Sacher), en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 223 y ss. [cit. *Estudios*, Mir y otros (coord.)].

SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 15 y ss. [cit. *FS-Roxin*].

SCHÜNEMANN, «Consideracionnes sobre la imputación objetiva» (trad. Sacher), *RP-DJP* 1 (2000), p. 409 y ss.

SCHÜNEMANN, «Unternehmenskriminalität», *Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV, München, 2000, p. 640 y ss. [cit. *Festgabe aus der Wissenchaft*, IV].

SCHÜNEMANN, «Concepto de dolo en la nueva dogmática del Derecho penal», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 69 y ss.

SCHÜNEMANN, «Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad» (trad. Sacher de Köster), *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss.

SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva» (trad. Sánchez-Ostiz), en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 89 y ss. [cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

SCHÜNEMANN, «Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltsstrafrechts», en *Festschrift für Otto Triffterer zum 65.* Geburtstag, Wien, 1996, p. 437 y ss. [cit. *FS-Triffterer*].

SCHÜNEMANN, «Aids und Strafrecht», en *Aids und Strafrecht*, Szwarc (ed.), Berlin, 1996, p. 9 y ss. [cit. *Aids und Strafrecht*, Szwarc (ed.)].

SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá), Bogotá, 1996 [cit. *Consideraciones*].

SCHÜNEMANN, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad» (trad. Suárez González), en *Fundamentos de un sistema europeo*, Silva Sánchez (ed.), Barcleona, 1995, p. 205 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sänchez (ed.)].

SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (trad. Peñaranda Ramos/Pérez Manzano), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 565 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin, 1993, § 14.

SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal» en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 31 y ss. [cit. *El sistema moderno*].

SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 147 y ss. [cit. *El sistema moderno*].

SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?» (trad. Rodríguez Montañés), en *CCGPJ, Jornadas sobre La reforma del Derecho penal en Alemania*, Madrid, 1991, p. 31 y ss. [cit. *CCGPJ* 1991]

SCHÜNEMANN, voz: «Aufsichtspflicht in Betrieben», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: «Aufsichtspflicht in Betrieben», *HwiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

SCHÜNEMANN, voz: «Handeln für einen anderen», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: Handeln für einen anderen, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

SCHÜNEMANN, «Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 631 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

SCHÜNEMANN, «Die Regeln der Technik im Strafrecht», *Festschrift für Lackner zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1987, p. 373 y ss. [cit. *FS-Lackner*].

SCHÜNEMANN, «Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht», *wistra* 1986, p. 244 y ss.

SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenchaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, Teil 1: Tatbestands- und Unrechtslehre», *GA* 1985, p. 341 y ss.

SCHÜNEMANN «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW* 96 (1984), p. 317 y ss.

SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», *wistra* 1982, p. 45 y ss. Traducido como «Cuestiones

básicas de dogmática penal y política criminal acerca de de la criminalidad de la empresa» (trad. Brückner/Lascuraín), *ADPCP* 1988, p. 529 y ss.

SCHÜNEMANN, «Raub und Espressung (2. Teil)», *JA* 1980, p. 396 y ss.

SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979 [cit. *Unternehmenskriminalität*].

SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, Berlin, 1978 [cit. *Nulla poena sine lege?*].

SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 1975, p. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., y 787 ss.

SCHÜNEMANN, «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», *Festschrift für Schaffstein zum 70.* Geburtstag, Göttingen, 1975, p. 175 y ss. [cit. *FS-Schaffstein*].

SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971 [cit. *Grund und Grezen*].

SCHÜNEMANN, H., «Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis», *NJW* 1980, p. 735 y ss.

SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, Frankfurt a.M., 1998 [cit. *Erlaubte Risiken*].

SCHÜTZ, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Wien, 2000 [cit. *Tatbestandsirrtum*].

SCHUTZBACH, *Die strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle*, Berlin, 1983 [cit. *Die strafrechtliche Verantwortung*].

SCHWARZ, *Die unterlassene Verbrechensanzeige*, Neuwied, 1968 [cit. *Die unterlassene Verbrechensanzeige*].

SCHWARZ, «Der Verbotsirrtum seit der Steuerstrafrechtsnovelle von 1956», *NJW* 1956, p. 1906 y ss.

SCHWARZ, «Zum richtigen Verständnis der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht», GA 1993, p. 318 y ss.

SCHWEGLER, *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt a.M., 1995 [cit. *Subsumtionsirrtum*].

SEEBALD, «Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt und am Fahrlässigkeitsdelikt», *GA* 1964, p. 161 y ss.

SEELMANN, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin, 2002 [cit. *Kollektive Verantwortung*].

SEELMANN, «Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen», *Festschrift für Niklaus Schmid zum 65.* Geburtstag, Zürich, 2001, p. 171 y ss. [cit. *FS-Niklaus Schmid*].

SEELMANN, «Risikostrafrecht. Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht», *KritV* 1992, p. 455 y ss.

SEELMANN, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 13.

SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtsfertigungsgründen*, Heidelberg, 1978 [cit. *Das Verhältnis*].

SEGURA GARCÍA, «La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial», en CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II, Madrid, 1999, p. 21 y ss. [cit. CDJ: *Empresa y Derecho penal*, II].

SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995 [cit. *Derecho penal y propiedad industrial*].

SEIER, «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», *Jura* 1983, p. 225 y ss.

SEIJAS RENJIFO, «Los nuevos delitos económicos, la legislación tributaria y la Constitución», *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 111 y ss.

SEILER, *Strafrechliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg (Schweiz), 1967 [cit. *Strafrechliche Massnahmen*].

SEILER, D., *Die Sperrwirkung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2002 [cit. *Die Sperrwirkung*].

SERRANO GÓMEZ, *La prescripción del delito*, Madrid, 2003 [cit. *La prescripción del delito*].

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/MERINO JARA, «"Levantamiento del velo" y delito fiscal», *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.

SGUBBI, *El delito como riesgo social* (trad. Virgolini), Buenos Aires, 1998 [cit. *El delito*].

SIEBER, «Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo» (trad. S. Bacigalupo/Espósito), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 601 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

SIEBER, «Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht», *ZStW* 103 (1991), p. 957 y ss.

SIEBER, Tagungsbericht, «Grundfragen des Wirtschaftsstrafrecht in rechtsvergleichender Sicht», *ZStW* 96 (1984), p. 269 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret* 2/2006 (344), www.indret.com,

SILVA SÁNCHEZ, «¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal», *InDret* (julio de 2001), www.indret.com.

SILVA SÁNCHEZ, «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 899 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].

SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 1007 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, 2004 [cit. *Estudios*].

SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Wolter/Freund (ed. alemana), Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Madrid, 2004. [cit. *El sistema integral*

del Derecho penal, Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española)].

SILVA SÁNCHEZ, «Hacia el Derecho penal del "Estado de prevención". La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal», en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico empresarial*, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, p. 307 y ss. [*¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.)].

SILVA SÁNCHEZ, «¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 977 y ss. [*LH-Cerezo Mir*].

SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima, 2002, p. 151 y ss. [cit. *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.)].

SILVA SÁNCHEZ, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *RPDJP* 3 (2002), p. 395 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001 [cit. *La expansión*].

SILVA SÁNCHEZ, «Nota preliminar» a *Sobre el estado de la teoría del delito*, Silva Sánchez (ed.), Madrid, 2000 [cit. *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.)].

SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en *REDUP* 1 (2000) p. 101 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo» a la edición española de *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Granada, 2000, p. XI y ss. [cit. *Prólogo*].

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000 [cit. *Estudios de Derecho penal*].

SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de los actos de "reparación"», en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, p. 213 y ss. [cit. *Estudios de Derecho penal*].

SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mir/Luzón (coord.), Madrid, 1999, p. 155 y ss. [cit. *Cuestiones actuales*].

SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999 [cit. *Delitos contra el medio ambiente*].

SILVA SÁNCHEZ, «Ingeniería financiera y Derecho penal», en *Fenómenos delictivos complejos*, CDJ IX, 1999, p. 168 y ss. [cit. *Fenómenos delictivos complejos*].

SILVA SÁNCHEZ, «Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.), Freiburg im Br., 1998, p. 210 y ss. [cit. *Einzelverantwortung*, Eser/Huber/Cornils (Hrsg.)].

SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español», *AP* 24 (1998), p. 435 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)», en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 94 y ss. [cit. *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*].

SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del *iter criminis*», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 121 y ss. [cit. *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*].

SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», CDJ: Empresa *y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 11 y ss. [cit. *Empresa y delito*].

SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en Política criminal y nuevo Derecho penal, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 17 y ss.[cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 357 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.)].

SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal», en *Fundamentos de un Derecho penal europeo del Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 11 y ss. [cit. *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.)].

SILVA SÁNCHEZ, «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "leyes penales en blanco"», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 697 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

SILVA SÁNCHEZ, *La aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992 [cit. *Aproximación*].

SILVA SÁNCHEZ, «¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain*, San Sebastián, 1990, p. 633 y ss. [cit. *LH-Beristain*].

SILVA SÁNCHEZ, «Introducción» en *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 11 y ss. [cit. *Introducción*].

SILVA SÁNCHEZ, «Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts», *GA* 1990, p. 207 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones jurídico-políticas* (inédito), Barcelona, 1990 [cit. *La ley penal*].

SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP* 1987, p. 647 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Barcelona, 1986 [cit. *El delito de omisión*].

SILVA SÁNCHEZ, «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *ADPCP* 1984, p. 347 y ss.

SOMMER, *Das «mildeste Gesetz» im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Hanstein, 1979 [cit. *Das «mildeste Gesetz»*].

SOWADA, «Probleme der natürlichen Handlungseinheit», *Jura* 1995, p. 245 y ss.

SOWADA, «Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen», *JZ* 1994, p. 663 y ss.

SPAEMANN, *Personen*, Stuttgart, 1998 [cit. *Personen*].

SPAEMANN, *Philosophische Essays*, Stuttgart, 1994 [cit. *Philosophische Essays*].

SPAEMANN, «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Lo natural y lo racional*, Madrid, 1989 [cit., *Lo natural y lo racional*].

SPENDEL, «Notwehr und "Verteidigungswille" objektiver Zweck und subjektive Absicht», *Festschrift für Oehler zum 70.* Geburtstag, Köln, 1985, p. 197 y ss. [cit. *FS-Oehler*].

SPENDEL, «Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis», *Festschrift für Bockelmann zum 70.* Geburtstag, München, 1979, p. 245 y ss. [cit. *FS-Bockelmann*].

SPOLANSKY, «Integración regional y delitos económicos», en *Teorías actuales en el Derecho penal, 75º* aniversario del Código penal, Buenos Aires, 1998, p. 459 y ss. [cit. *Teorías actuales*].

STAMPA BRAUN/BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid, 1980 [cit. *La reforma*].

STEIN, Ulrich, «Entwicklung und nationale Rechtsquellen des Wirtschaftsstrafrecht und -ordnungswidrigkeitenrechts», en *Wirtschafskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*, Gropp (Hrsg.), Leipzig, 1998, p. 75 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.)].

STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, 1988 [cit. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*].

STIELER, «Rechtsirrtum im Steuerstrafrecht», *SJZ* 1950, p. 528 y ss.

STÖCKEL, «Bekämpfung der Gesetzesumgehung mit Mitteln des Strafrechts», *ZRP* 1977, p. 134 y ss.

STÖCKEL, *Gesetzesumgehung und Umgehumgsgesetze im Strafrecht*, Berlin, 1966 [cit. *Gesetzesumgehung*].

STRATENWERTH, «"Wahres" Strafrecht?», *Festschrift für Lüderssen zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 2002, p. 374 y ss. [cit. *FS-Lüderssen*].

STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl., Köln, 2000 [cit. *Strafrecht*, AT].

STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en *Festschrift für R. Schmitt*, Tübingen, 1992, p. 295 y ss. [cit. *FS-R. Schmitt*].

STRATENWERTH, «Vermeidbarer Schuldausschluß», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 490 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

STRATENWERTH, «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin, 1985, p. 285 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].

STRATENWERTH, «Arbeitsteilung und ärtzliche Sorgfaltspflicht», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 387 y ss. [cit. *FS-Eb. Schmidt*].

STRATENWERTH, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs», *ZStW* 71 (1959), p. 567 y ss.

STRAUß, *Die Richtlinien der Rechtsprechung für die Vermeidbarkeitsprüfung beim Verbotsirrtum*, München, 1968 [cit. *Die Richtlinien*].

STRAUSS, «Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht», *NJW* 1969, p. 1418 y ss.

STREE/STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder StGB*, 26. Aufl., München, 2001, § 78.

STREE, «Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch», *JuS* 1973, p. 461 y ss.

STREE, «Objektive Bedingungen der Strafbarkeit», *JuS* 1965, p. 473 y ss.

STRENG, «Rücktritt und dolus eventualis», *JZ* 1990, p. 212 y ss.

STRUENSEE, «La punibilidad de la tentativa», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, agosto 1999, número especial 1, p. 21 y ss.

STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 531 y ss. [cit. *GS-Armin Kaufmann*].

STRUENSEE, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA* 1987, p. 97 y ss.

STRUENSEE, «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ* 1987, p. 53 y ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 213 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 676 y ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación», en *La imputación objetiva en el Derecho penal de Günther Jakobs*, Madrid, 1996 [cit. *Estudio preliminar*].

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal», en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuaciones en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, VII, Madrid, 1994, p. 55 y ss. [cit. CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*].

SUAY RINCÓN, «Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», en CDJ: *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1997, p. 131 y ss. [cit. *Las fronteras*].

SUPPERT, *Studien zur Notwehr und «notwehrähnliche Lage»*, Bonn, 1973 [cit. *Studien*].

SUTHERLAND, «White-Collar criminality», en *White-Collar criminal*, Gilbert Geis (ed.), New York, 1968, p. 40 y ss. [cit. *White-Collar criminal*, Gilbert Geis (ed.)].

TAFEL, *Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht*, Stuttgart, 1902 [cit. *Die Geltung*].

TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR* 1997, p. 56 y ss.

TAG, *Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozial- und Arbeitlosenversicherung*, Heidelberg, 1994 [cit. *Das Vorenthalten*].

TAMARIT SUMILLA, «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 1166 y ss. [*LH-Cerezo Mir*].

TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, Quintero Olivares (dir.), Pamplona, 1996, p. 861 y ss. [cit. *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.)].

TENCKHOFF, «Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen», *ZStW* 88 (1976), p. 897 y ss.

TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 793 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid, 1995 [cit. *Derecho penal de la empresa*].

TERSTEGEN, *Steuer-Strafrecht*, Köln, 1956 [cit. *Steuer-Strafrecht*].

TEUBNER, «Unternehmenskorporativismus», *KritV* 1987, p. 63 y ss.

THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, Bochum, 1976 [cit. *Aufsichtspflichtverletzung*].

TIEDEMANN, «Hacia un Derecho penal común para mercados comunes», en *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Lima, 2006, p. 51 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004 [cit. *Einführung*].

TIEDEMANN, «Constitución y Derecho penal» (trad. Arroyo Zapatero), en *Constitución y Derecho penal*, Lima, 2003, p. 45 y ss. [cit. *Constitución y Derecho penal*].

TIEDEMANN, «Lesiones corporales y responsabilidad por el producto» (trad. Abanto Vásquez), en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, 2000, p. 110 y ss. [cit. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*].

TIEDEMANN, «¿Conservación del puesto de trabajo como causa de justificación en el Derecho penal del ambiente?» (trad. De la Cuesta Arzamendi/Fernández), en *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Lima, 1999, p. 143 y ss. [cit. *Temas*].

TIEDEMANN, «El Derecho penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas» (trad. De la Cuesta), en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Mazuelos

Coello (coord.), Lima, 1996, p. 257 y ss. [cit. *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.)].

TIEDEMANN, «La responsabilidad penal de la persona jurídica», *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/kl96.html [consulta: 3 de febrero 2002].

TIEDEMANN, «Presente y futuro del Derecho penal económico» (trad. Suárez/Lascuraín/Cancio), en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 29 y ss. [cit. *Hacia un Derecho penal*].

TIEDEMANN, «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht», *Festschrift für Geerds*, Lübeck, 1995, p. 95 y ss. [cit. *FS-Geerds*].

TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften)*, 3. Aufl., Köln, 1995 [cit. *Kommentar GmbH-Strafrecht*].

TIEDEMANN, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht», *NJW* 1993, p. 23 y ss.

TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993 [cit. *Lecciones*].

TIEDEMANN, «*Parte General del Derecho Penal Económico*», *Anuario de Derecho Penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), www.unifr.ch/derechopenal/num93/tie93.htm [consulta: 3 de febrero 2002].

TIEDEMANN, «Strafrecht in der Marktwirtschaft», *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70.* Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 527 y ss. [cit. *FS-Stree/Wessels*].

TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991 [cit. *Verfassungsrecht*].

TIEDEMANN, «Einführung in das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 [cit. *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, voz: «Auslegung», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: «Auslegung», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, Voz: «Blankettstrafgesetzen», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [Voz: «Blankettstrafgesetzen», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, Voz: «Irrtum über Rechtsfragen», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. Voz: «Irrtum über Rechtsfragen», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, Voz: «Umgehung», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [Voz: «Umgehung», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, voz: «Zeitgesetz», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: «Zeitgesetz», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, «Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern», *Festschrift für Tröndle*, Berlin, 1989, p. 321 y ss. [cit. *FS-Tröndle*].

TIEDEMANN, «Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen», en *Old ways and new needs in criminal legislation*, Eser/Thormundsson (ed.), Freiburg, 1989, p. 170 y ss. [cit. *Old ways*, Eser/Thormundsson (ed.)].

TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *JuS* 1989, p. 691 y ss.

TIEDEMANN, «Die «Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW* 1988, p. 1169 y ss.

TIEDEMANN/KINDHÄUSER, «Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?», *NStZ* 1988, p. 337 y ss.

TIEDEMANN, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber», *JZ* 1986, p. 868 y ss.

TIEDEMANN, «Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung», *NJW* 1986, p. 1842 y ss.

TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, Köln, 1985 [cit. *Die gesetzliche Milderung*].

TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985 [cit. *Poder económico*].

TIEDEMANN, «Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts- Versuch einer Zwischenbilanz», en *Festschrift für Dünnebier zum 75*. Geburtstag, Berlin, 1982, p. 525 y ss. [cit. *FS-Dünnebier*].

TIEDEMANN, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Berlin, 1980 [cit. *Die Neuordnung*].

TIEDEMANN, «Strafbare Erschleichung von Investitionszulage durch Aufhebung und Neuabschluß von Lieferverträgen?», *NJW* 1980, p. 1558 y ss.

TIEDEMANN, «Wirtschaftsdelinquez und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und der Bundesrepublik Deutschland», en *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.), Stuttgart, 1978, p. 11 y ss. [cit. *Wirtschaftskriminalität*, Göppinger/Walder (Hrsg.)].

TIEDEMANN, «Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts», *NJW* 1977, p. 779 y ss.

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, Hamburg, 1976 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*, I].

TIEDEMANN, *Wettbewerb und Strafrecht*, Heidelberg, 1976 [cit. *Wettbewerb*].

TIEDEMANN, «Sollen einzelne Kartellrechtsverstösse – einschließlich typisierungsfähiger Fälle aus dem Bereich der Mißbrauchsaufsicht – unter Strafdrohung gestellt werden», en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekäm-*

pfung der Wirtschaftskriminalität, Tomo 10, anexo I, Bonn 1976, p. 207 y ss. [cit. *Tagungsberichte*, 10, I].

TIEDEMANN, «Zeitliche Grenze des Strafrechts», *Festschrift für Peters zum 70.* Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 193 y ss. [cit. *FS-Peters*].

TIEDEMANN, «Der Versuch der Zwechentfremdung im Steuerstrafrecht», *JR* 1973, p. 412 y ss.

TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wriksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, München, 1972 [cit. *Welche strafrechtlichen Mittel*].

TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht als Aufgabe», en *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, Tiedemann (Hrsg.), Karlsruhe, 1970, p. 9 y ss. [cit. *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.)].

TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969 [cit. *Tatbestandsfunktionen*].

TIEDEMANN, «Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht», *ZStW* 81 (1969), p. 869 y ss.

TIEDEMANN, «Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts», *GA* 1969, p. 71 y ss.

TIMPE, «Fortsetzungszusammenhang und Gesamtvorsatz», *JA* 1991, p. 12 y ss.

TIMPE, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *JuS* 1985, p. 35 y ss.

TIMPE, «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», *GA* 1984, p. 51 y s.

TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot*, Berlin, 1983 [cit. *Strafmilderungen*].

TISCHLER, *Verbotsirrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Berlin, 1983 [cit. *Verbotsirrtum*].

TORÍO LÓPEZ, «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Madrid, 1991, p. 2529 y ss. [*LH-García de Enterría*, III].

TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP* 1986, p. 42 y ss.

TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», *ADPCP* 1981, p. 826 y ss.

TORÍO LÓPEZ, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 249 y ss. [cit. *La reforma penal y penitenciaria*].

TORÍO LÓPEZ, «El "error iuris". Perspectivas materiales y sistemáticas», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 313 y ss. [cit. *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*].

TRAPERO BARREALES, «El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación?», en *El Nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 860 y ss. [cit. *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz].

TRIFFTERER, «Zur subjektiven Seite des Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe», *Festschrift für Oehler zum 70.* Geburtstag, Köln, 1985, p. 209 y ss. [cit. *FS-Oehler*].

TRIFFTERER, «Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung», *Festschrift für Klug zum 70.* Geburtstag, II, Colonia, 1983, p. 419 y ss. [cit. *FS-Klug*, II].

TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 1980 [cit. *Umweltstrafrecht*].

TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003 [cit. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*]

UGAZ ZEGARRA, «Análisis del artículo 27 del Código penal peruano: Aproximación al estudio del actuar en lugar de otro», *Revista bibliotecal* 7, Colegio de Abogados de Lima, p. 144 y ss.

ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin, 1976 [cit. *Grundfragen*].

ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965 [cit. *Das Verhältnis*].

URQUIZO OLAECHEA, *«El principio de legalidad: nuevos desafíos»*, Ponencia en el Congreso Internacional «Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología» organizado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED y llevado a cabo en Madrid del 6 al 10 de noviembre de 2000, publicado en www.abogados-revista.com [consulta: 9 de enero 2002].

VAN WEEZEL, «Coautoría en delitos de organización», en *El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, II, Bogotá, 2003, p. 279 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Colombia)].

VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7 del Código penal)*, Valencia, 2001 [cit. *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público*].

VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Abgrenzung*].

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, «Los criterios de determinación de la pena en el Código penal peruano de 1991», Ponencia presentada en 21 de agosto de 2000, PUCP, Lima, p. 1 y ss. [cit. *Ponencia*]

VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002 [cit. *Normkenntnis*].

VEN VAN DER, «Verantwortung und Verantwortlichkeit», en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), Tübingen 1983, p. 33 y ss. [cit. *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.)].

VEST, «Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn», *SchwZStr* 105 (1988), p. 300 y ss.

VIDALES RODRÍGUEZ, *Delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997 [cit. *Delitos de receptación*].

VILLA STEIN, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., Lima, 2001 [cit. *Derecho penal*, PG].

VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, Parte general, Lima, 2006 [cit. *Derecho penal*, PG].

VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal*, Lima, 2002 [cit. *Código penal*].

VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990 [cit. *Lecciones*].

VOGEL, «La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro» (trad. Nieto Martín), *Revista penal* 8 (2001), p. 97 y ss.

VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ* 1995, p. 341 y ss.

VOGEL, «Los límites constitucionales a las presunciones del Derecho penal económico alemán» (trad. Nieto Martín), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 43 y ss. [en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.)]

VOGEL, «Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo» (trad. Abanto), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed.), Castilla-La Mancha, 1994, p. 320 y ss. [en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.)].

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993 [cit. *Norm und Pflicht*].

VOGEL, «Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung», *GA* 1990, p. 253 y ss.

VOGEL, Voz: «Fahrlässigkeit», en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 1 y ss. [cit. voz: «Fahrlässigkeit», *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].

VOGEL, «Kartellrecht und Handelspolicey», *JZ* 1958, p. 112 y ss.

VOGLER, «Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit», *Festschrift für Bockelmann zum 70.* Geburtstag, München, 1979, p. 715 y ss. [cit. *FS-Bockelmann*].

VOGLER, «Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze», *Festschrift für Grütner zum 65.* Geburtstag, Hamburg, 1970, p. 149 y ss. [cit. *FS-Grütner*].

VOLK, «Concepto y prueba de los elementos subjetivos», *RPDJP* 3 (2002), p. 424 y ss.

VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», *Festschrift für Claus Roxin zum 70.* Geburtstag, Berlin, 2001, p. 565 y ss. [cit. *FS- Roxin*].

VOLK, «Zur Bestrafung von Unternehmen», *JZ* 1993, p. 431 y ss.

VOLK, «Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus», *ZStW* 97 (1985), p. 876 y ss.

VOLK, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität», *JZ* 1982, p. 85 y ss.

VOLK, «Kriminologische Probleme der Wirtschaftsdelinquenz», *MschrKrim* 1977, p. 267 y ss.

VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis vom materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978 [cit. *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*].

VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Diss., Göttingen, 1968 [cit. *Unrecht*].

VON DER HEIDE, *Tatbestands und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO*, Bochum, 1986 [cit. *Steuerhinterziehung*].

VVAA., *Person, Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart*, Reclam, Stuttgart, 1999 [cit. *Person*].

WAGEMANN, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Heidelberg, 1992 [cit. *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*].

WAHLE, «Die sogenannte Handlungseinheit durch Klammerwirkung», *GA* 1968, p. 97 y ss.

WALTER, M., *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, Göttigen, 1980 [cit. *Der Rücktritt*].

WALTER, *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2000 [cit. *Pflichten*].

WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. Br., 1991 [cit. *Eigenverantwortlichkeit*].

WARDA, «Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre», *Jura* 1979, p. 1 y ss., 71 y ss., 113 y ss., 286 y ss.

WARDA, «Schuld und Strafe bei Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein», *Festschrift für Welzel zum 70.* Geburtstag, Berlin, 1974, p. 499 y ss. [cit. *FS-Welzel*].

WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *JuS* 1964, p. 81 y ss.

WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin, 1955 [cit. *Abgrenzung*].

WARDA, «Irrtum über negative Tatumstände», *NJW* 1951, p. 210 y ss.

WARDA, «Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB», *JR* 1950, p. 547 y ss.

WASMUTH/KOCH, «Rechtfertigende Wirkung der behördliche Duldung im Umweltstrafrecht», *NJW* 1990, p. 2436 y ss.

WEBER VON, «Negative Tatbestandsmerkmale», *Festschrift für Mezger zum 70.* Geburtstag, München, 1954, p. 183 y ss. [cit. *FS-Mezger*].

WEBER VON, «Über die Strafbarkeit juristischer Personen», *GA* 1954, p. 237 y ss.

WEBER VON, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., Bonn, 1948 [cit. *Grundriss*].

WEBER VON, «Vom Subsumtionsirrtum», *GA* 1953, p. 161 y ss.

WEBER VON, «Die Strafbarkeit der zur Umgebung des Gesetzes im Ausland begangenen Tat», *Der Gerichtssaal*, 114, p. 266 y ss.

WEBER, «Konzeption unnd Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)», *ZStW* 96 (1984), p. 381 y ss.

WEBER, Anmerkung, *StV* 1988, p. 16 y ss.

WEGNER, «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechtes», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.* Geburtstag, I, Tübingen, 1930, p. 145 y ss. [cit. *FS-Frank*, I].

WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz*, Berlin, 1980 [cit. *Echte und scheinbare Konkurrenz*].

WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regreßverbot*, Frankfurt a.M., 1986 [cit. *Regreßvebot*].

WEIGEND, «Grenzen strafbarer Beihilfe», *Festschrift für Nishihara zum 70.* Geburtstag, Baden-Baden, 1998, p. 208 y ss. [cit. *FS-Nishihara*].

WEIGEND, «Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?», *ZStW* 105 (1993), p. 795 y ss.

WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Baden-Baden, 1990 [cit. *Rettungsverhalten*].

WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, 1997 [cit. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*].

WEIZ, *Die arten des Irrtums*, Breslau, 1931 [cit. *Arten des Irrtums*].

WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968 [cit. *Vorangegangenes Tun*].

WELZEL, «Kausalität und Handlung», *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 17 y ss. [cit. *Abhandlungen*].

WELZEL, «*Über die etischen Grundlagen der sozialen Ordnung*» (1947), en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 243 y ss. [cit. *Abhandlungen*].

WELZEL, «Irrtum über die Rechtsmäßigkeit des Handelns» (1948), en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 251 y ss. [cit. *Abhandlungen*].

WELZEL, «Das Gesinnungsmoment im Recht», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 263 y ss. [cit. *Abhandlungen*].

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969 [cit. *Das deutsche Strafrecht*].

WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS* 1966, p. 421 y ss.

WELZEL, «Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht», *JZ* 1956, p. 238 y ss.

WELZEL, «Der Parteiverrat und die Irrtumslehre Tatbestands-, Verbots-, Susbsumtionsirrtum», *JZ* 1954, p. 276 y ss.

WELZEL, «Arten des Verbotsirrtum», *JZ* 1953, p. 266 y ss.

WELZEL, «Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht», *NJW* 1953, p. 487 y ss.

WELZEL, «Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum», *MDR* 1952, p. 584 y ss.

WELZEL, «Der Irrtum über die Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung», *JZ* 1952, p. 19 y s.

WELZEL, «Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde», *JZ* 1952, p. 133 y ss.

WELZEL, «Der Irrtum über die Amtspflicht», *JZ* 1952, p. 208 y ss.

WELZEL, Anmerkung, *JZ* 1952, p. 341 y ss.

WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949 [cit. *Um die finale Handlungslehre*].

WELZEL, «Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns», *SJZ* 1948, p. 370 y ss. Publicado también en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 251 y ss.

WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin, 1943 [cit. *Der Allgemeine Teil*].

WELZEL, «Persönlichkeit und Schuld», *ZStW* 60 (1941), p. 429 y ss.

WELZEL, «Studien zum System des Strafrecht», *ZStW* 58 (1939), p. 491 y ss.

WERLE, «Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts», *JZ* 2001, p. 885 y ss.

WERNER, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Wirtschaftsordnung*].

WERNICKE, «Das neue Wasserstrafrecht», *NJW* 1977, p. 1664 y ss.

WIELAND, «Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft», en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 53 y ss. [cit. *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.)].

WIESENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt, 1971 [cit. *Verantwortlichkeit*].

WILLKE, *Systemtheorie I: Grundlagen*, 5. Aufl., Stuttgart, 1996 [cit. *Systemtheorie*].

WINKELBAUER, «Die strafbefreiende Selbstanzeige im Beitragsstrafrecht (§ 266a Abs. 5 StGB)», *wistra* 1988, p. 16 y ss.

WILKENBAUER, «Die behördliche Genehmigung im Strafrecht», *NStZ* 1988, p. 201 y ss.

WINKELBAUER, Anmerkung, *JR* 1988, p. 33 y ss.

WINKELBAUER, «Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht», *NStZ* 1986, p. 149 y ss.

WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Berlin, 1985 [cit. *Zur Verwaltungsakzessorietät*].

WIMMER, «Strafbarkeit des Handeln aufgrund einer erschlichenen behördlichen Genehmigung», *JZ* 1993, p. 70 y ss.

WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 2004 [cit. *Der Betreiber*].

WOHLERS, «Rechtstheorie und Deliktsstruktur», *GA* 2002, p. 19 y ss.

WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000 [cit. *Deliktstypen*].

WOHLERS, «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit», *NStZ* 2000, p. 170 y ss.

WOHLERS, «Gehilfeschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten», *SchwZStr* 117 (1999), p. 425 y ss.

WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München 1996 [cit. *Beihilfe*].

WOLF, E., «Der Sachbegriff im Strafrecht», en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Band V, Berlin 1929, p. 44 y ss. [cit. *Die Reichsgerichtspraxis*, V].

WOLF, E., *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931 [cit. *Die Typen*].

WOLF, E., «Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem», en *Festgabe für Reinhardt Frank zum 70.* Geburtstag, II, Tübingen, 1930, p. 515 y ss. [cit. *FS-Frank*, II].

WOLFF, «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en *Strafrechtspolitik, Hassemer* (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1987, p. 161 y ss. [cit. *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.)].

WOLFF, «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW* 97 (1985), p. 787 y ss.

WOLFF, «Das Problem der Handlung im Strafrecht», *Gedächtnisschrift für Radbruch*, Göttingen, 1968, p. 291 y ss. [cit. *GS-Radbruch*].

WOLFF, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964 [cit. *Der Handlungsbegriff*].

WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Baden-Baden, 1995 [cit. *Verhalten*].

WOLTER, «Der unmittelbaren» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *GA* 1984, p. 443 y ss.

WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981 [cit. *Objektive und personale Zurechnung*].

WOLTER, «Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte», *JuS* 1981, p. 168 y ss.

WOLTER, «Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum», *JuS* 1979, p. 482 y ss.

WOLTER, «Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht», *JuS* 1978, p. 748 y s.

WULF, «Strafbarkeit der Vermögensteuerhinterziehung und § 370 AO als Blankettgesetz», *wistra* 2001, p. 43 y ss.