DERECHO PENAL
ECONÓMICO
PARTE GENERAL

PERCY GARCÍA CAVERO

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

PERCY GARCÍA CAVERO
Profesor Ordinario Principal Universidad de Piura

DERECHO PENAL ECONÓMICO

PARTE GENERAL

TERCERA EDICIÓN

JURISTA editores

© PERCY GARCÍA CAVERO
DERECHO PENAL ECONÓMICO
PARTE GENERAL

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Primera edición : Ara editores, Lima, 2003
Segunda edición: Grijley, Lima, 2007
Tercera edición : Jurista Editores, Lima, Junio 2014

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2014-06742
ISBN: 978-612-4184-35-2

Composición, diagramación y
diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

A Martha, Esteban, Roser y Fátima,
con todo mi amor.

Índice General

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN ... 25
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN ... 27
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN ... 29
NOTA INTRODUCTORIA A LA PRIMERA EDICIÓN ... 33
ABREVIATURAS ... 37

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN ... 47

II. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA ... 48
1. El Derecho penal económico en el sistema continental europeo 48
A. Primeras formas de aparición ... 48
B. La ideología liberal ... 50
C. El intervencionismo estatal ... 52
D. El neoliberalismo: La economía social de mercado ... 54
E. El fracaso del Estado de bienestar ... 56
2. Particularidades del Derecho penal económico nacional ... 58

CAPÍTULO II
CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO 67

II. LA LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA 69
1. La falta de legitimidad de la legislación penal económica 73
A. El liberalismo racionalista. 73
a. La delimitación del injusto penal frente a otras formas de injusto 75
b. Las condiciones de existencia de la libertad como bien jurídico 76
B. La escuela de Frankfurt 78
a. La legislación penal económica expansiva 79
b. Crítica a la funcionalización del bien jurídico 81
2. La legitimidad de la legislación penal económica 83
A. El sistema teleológico (orientado a finalidades político-criminales) 84
a. La legislación penal económica 85
b. El concepto de bien jurídico penalmente protegido 86
B. El sistema funcionalista de JAKOBS. 90
a. La descripción del Derecho penal económico 92
b. La vigencia de la norma como bien jurídico penalmente protegido 93
c. Los delitos económicos como Derecho penal del enemigo 96
C. El normativismo de FRISCH 97
3. El Derecho penal de dos velocidades 99
4. Toma de postura 102

III. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO 104
1. La función de motivación a través de la norma penal 105
2. La función de reestabilización de la pena. 107
3. Toma de posición 110
A. La identidad normativa de la sociedad en el sistema económico 112
B. La función de reestabilización del Derecho penal económico 116

IV. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO 119
1. Contenido del Derecho penal económico. 119
A. Las estructuras esenciales del libre mercado 120
B. La intervención económica del Estado 125
2. Figuras delictivas de dudosa incorporación en el Derecho penal económico 129

A. Los delitos patrimoniales ... 129
B. Delitos contra el medio ambiente ... 131
C. Delitos informáticos ... 133
D. Delitos de funcionarios ... 134
3. ¿Es el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho penal económico? ... 135

CAPÍTULO III
LA CONFIGURACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN ... 147

II. LA EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD ... 149
1. Cuestiones generales ... 149
2. El bien jurídico penalmente protegido por los delitos económicos 150
3. La lesividad de los delitos económicos de peligro abstracto ... 153
4. La diferencia con las infracciones administrativas ... 158

II. ¿*ÚLTIMA RATIO* EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO? ... 161

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO ... 162
1. La necesidad de legalidad en el sistema económico ... 162
2. La reserva de ley ... 163
3. El mandato de certeza ... 166
A. Las leyes penales en blanco ... 168
a. Las leyes penales en blanco impropias ... 169
b. Las leyes penales en blanco propias ... 170
c. Las leyes penales en blanco con remisiones dinámicas ... 173
d. Cláusulas de remisión inversa ... 175
B. La accesoriedad administrativa de acto ... 177
C. Las cláusulas generales en el Derecho penal económico: Especialmente el fraude a la ley penal ... 179
D. La prejudicialidad administrativa en los delitos económicos ... 185

IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: *SOCIETAS DELINQUERE POTEST* ... 189
1. La discusión dogmática ... 191
2. La capacidad delictiva de las personas jurídicas ... 197
A. La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas: El recurso a otras medidas contra las personas jurídicas ... 199

a. Sanciones administrativas ... 199
b. Medidas de seguridad ... 202
B. Imputación penal sin culpabilidad ... 205
C. Imputación penal con base en la culpabilidad ... 208
a. La adaptación del concepto tradicional de culpabilidad ... 208
b. Una culpabilidad propia para las personas jurídicas ... 212
3. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ... 218
A. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro ... 218
B. El modelo de responsabilidad por hecho propio ... 221
C. Propuesta personal ... 225
a. Los delitos de dominio ... 227
a.a La imputación objetiva ... 228
b.b. La imputación subjetiva ... 230
c.c. La intervención delictiva ... 231
b. Los delitos de infracción de un deber ... 233

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: EL *NON BIS IN IDEM* POR CONCURRENCIA DE PENA Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA 234
1. El *non bis in idem* material ... 235
2. El *non bis in idem* procesal ... 239
3. Especial referencia al caso de las medidas aplicables a las personas jurídicas ... 242

SEGUNDA PARTE
LA LEY PENAL ECONÓMICA

CAPÍTULO IV
LOS CRITERIOS DE CREACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN ... 249

II. MERECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA ... 251

III. NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA ... 256

IV. LA ADECUACIÓN JURÍDICA ... 259

CAPÍTULO V
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN ... 265

II. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL TIEMPO ... 265
1. Fundamento ... 265
2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico ... 268
A. El momento de realización del delito económico ... 268
B. La sucesión temporal de leyes penales económicas ... 270
C. La determinación de la ley penal económica más favorable ... 274
a. Criterio de determinación ... 274
b. Ilustración de los criterios explicados en algunos delitos económicos ... 275

aa) El delito de quiebra ... 275
bb) Los libramientos indebidos ... 276
D. Las leyes temporales en el Derecho penal económico ... 277
E. La vigencia temporal de la ley penal económica en blanco ... 280
a. La ley penal económica en blanco más favorable ... 280
b. La ley penal económica en blanco como ley penal temporal 284

III. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL ESPACIO ... 288
1. ¿Un Derecho penal económico supranacional? ... 289
2. La optimización de las reglas de vigencia espacial de la ley penal económica ... 292
A. La ampliación del principio de territorialidad por medio del principio de ubicuidad ... 293
a. El alcance de la ubicuidad ... 294
b. El lugar del delito en la autoría y la participación ... 297
B. El principio real o de protección: ¿Protección de intereses económicos? ... 300
C. El principio de universalidad ... 302
D. La creación de delitos económicos por hechos parciales ... 303

IV. LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL ... 304

CAPÍTULO VI
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN ... 309

II. LA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE ANÁLISIS ... 310
1. Consideraciones generales ... 310
2. Supuestos especiales ... 313
A. Las cláusulas generales: El fraude a la ley penal ... 314
B. La doctrina del levantamiento del velo ... 316

III. LA ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO ... 319
1. Consideraciones generales ... 319
2. Supuestos especiales ... 321
A. Las leyes penales en blanco ... 321
B. La accesoriedad administrativa de acto ... 324

IV. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA ... 326

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DEL DELITO ECONÓMICO

CAPÍTULO VII
LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN ... 335

II. LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA ... 336
1. Introducción ... 336
2. La definición de la criminalidad de cuello blanco ... 338
A. La investigación criminológica orientada al autor ... 338
B. La investigación criminológica orientada al hecho ... 341
3. Criterios empíricos de determinación de los delitos económicos 342
A. La configuración de la criminalidad económica a través de los mecanismos de control social ... 342
B. La configuración de la criminalidad económica a través de su relevancia social ... 344
a. El daño material de la criminalidad económica ... 345
b. El abuso de la confianza ... 346

III. LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL ... 348
1. La delimitación del concepto dogmático y el concepto político-criminal ... 348
2. El enfoque dogmático del delito económico ... 352
A. El modelo de construcción dogmática ... 352
B. El concepto de norma en la teoría del delito económico ... 354
C. La dogmática del delito económico ... 358
a. La teoría del delito económico como injusto culpable ... 358

b. La teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico 361
D. La exclusión de una teoría de la imputación de las infracciones administrativas ... 362
3. El enfoque político-criminal del delito económico. ... 362

CAPÍTULO VIII
LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN ... 367

II. LA UNIDAD DE SENTIDO DEL DELITO ECONÓMICO ... 368
1. El estatus de ciudadano al sujeto económico ... 369
2. La infracción de los roles jurídicamente relevantes ... 372
A. Punto de partida. ... 372
B. La imputación penal al uso en el Derecho penal económico ... 377
a. Los delitos de peligro abstracto ... 378
b. La criminalización de la omisión. ... 381
c. El ejecutor inmediato como figura principal. ... 382
C. El cambio de perspectiva ... 383
3. La evitabilidad individual. ... 387

CAPÍTULO IX
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS DE DOMINIO. ... 394
1. La imputación del comportamiento ... 395
A. La creación de un riesgo prohibido ... 395
a. Criterios de determinación del riesgo prohibido ... 395
b. El riesgo permitido condicionado ... 398
c. Las compensaciones del riesgo prohibido ... 399
d. La determinación cuantitativa del riesgo prohibido. ... 400
e. El riesgo prohibido en el fraude a la ley penal económica 401
B. Formas de infracción del rol de ciudadano atribuido al sujeto económico ... 405
a. Los deberes de aseguramiento: Los deberes del tráfico ... 406
b. Los deberes de salvamento por asunción ... 407
c. Los deberes de salvamento por riesgos especiales ... 408
C. La imputación del comportamiento en caso de varios intervinientes ... 411
a. Intervención delictiva ... 411

b. Principio de confianza ... 415
aa) La confianza en relación con las prestaciones ajenas en el tráfico económico ... 416
bb) La confianza en los actos regularorios de la Administración. ... 419
c. Prohibición de regreso ... 427
d. Competencia de la víctima ... 439
aa) Las incumbencias de autoprotección ... 440
bb) El consentimiento. ... 441
D. Los delitos económicos que se sancionan con la sola imputación del comportamiento ... 442
a. El delito económico cumulativo ... 442
b. La tentativa en los delitos económicos de resultado ... 444
2. La imputación objetiva del resultado. ... 445
A. El comportamiento prohibido como explicación del resultado 446
B. Las explicaciones alternativas del resultado ... 448
C. Delitos económicos que requieren la imputación del resultado 451
a. Los delitos económicos de peligro concreto ... 451
b. Los delitos económicos cualificados por el resultado ... 452

II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER ... 453
1. La imputación del comportamiento ... 454
2. La realización del resultado ... 458
3. Los contornos específicos de las instituciones en el Derecho penal económico ... 458
A. Los deberes estatales ... 459
B. La confianza especial ... 462

CAPÍTULO X
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN ... 467

II. EL DOLO ... 470
1. Cuestiones generales ... 470
A. El dolo como imputación de conocimiento ... 470
B. La inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho 475
C. Los elementos subjetivos especiales del tipo. ... 478
2. Cuestiones especiales de Derecho penal económico ... 479
A. Los conocimientos especiales: Relevancia e imputación ... 479

B. El dolo especial en el fraude a la ley penal económica.. 482
C. La imputación del dolo en las leyes penales económicas en blanco 484
D. Los delitos económicos con elementos típicos de valoración global del hecho.. 489
E. El conocimiento de la exclusión concreta del peligro en el caso de los delitos de peligro abstracto. 492
3. El error de tipo 493
A. Concepto.. 493
B. La relevancia normativa del error de tipo y su vencibilidad. .. 494
a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo. 495
b. La vencibilidad del error de tipo 499
C. Supuestos especiales de Derecho penal económico. 502
a. Error sobre el límite cuantitativo del injusto en los delitos económicos 502
b. Error de valoración debido a información técnica defectuosa 503
c. Error de valoración debido a decisiones judiciales 507
d. Desconocimiento de la obligación de obtener una autorización y error respecto de su licitud... 509
e. El error de tipo en las leyes penales en blanco 511
f. La superación del error por vías irregulares.. 513
III. LA CULPA 514
1. Cuestiones generales.. 514
2. Cuestiones especiales. 516
A. La punibilidad de la culpa grave en Derecho penal económico 516
B. La culpa por emprendimiento en el Derecho penal económico 519
C. El grado de cognoscibilidad en procesos complejos... 520
V. COMBINACIONES DE DOLO-CULPA 521

CAPÍTULO XI
LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN.. 525
II. LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS 525
1. La legítima defensa económica 526
2. Las situaciones de necesidad económica... 528

A. Situación de peligro ... 529
B. La necesidad de la defensa ... 530
C. La preponderancia del interés protegido ... 531
D. La cláusula de adecuación ... 532
3. El descargo de la imputación penal en virtud de autorizaciones administrativas ... 532
4. El descargo de la imputación por tolerancia de la Administración 535
5. Los actos permitidos por el ordenamiento jurídico ... 539
A. Ejercicio regular de un derecho ... 540
B. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio ... 541
C. El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes 542
6. El derecho de no declarar contra uno mismo ... 543

CAPÍTULO XII
LA CULPABILIDAD

INTRODUCCIÓN ... 549

EL CONOCIMIENTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ... 550
1. Cuestiones generales ... 550
2. El conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos económicos ... 554

EL ERROR DE PROHIBICIÓN ... 555

CAPÍTULO XIII
LA IMPUTACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

INTRODUCCIÓN ... 565

LOS DELITOS COMETIDOS DESDE LA EMPRESA ... 566
1. La responsabilidad penal de los miembros individuales de la empresa ... 568
A. Delitos de dominio ... 571
a. Los delitos comunes de dominio ... 571
aa) La imputación penal a los propietarios de la empresa 572
bb) La imputación penal a los directivos de la empresa ... 577
aaa) La imputación objetiva ... 586
bbb) La imputación subjetiva ... 608
cc) La imputación penal a los miembros de los órganos de control interno de la empresa ... 614

dd) La imputación penal a los mandos medios ... ...
ee) La imputación penal a los trabajadores ... ...
ff) La imputación penal a los asesores de la empresa ... ..
b. Los delitos especiales de dominio ... ...
aa) Los delitos especiales de dominio dirigidos a la empresa: El actuar en lugar de otro (I). ... ...
aaa) Ámbito de aplicación: Los delitos especiales propio
bbb) Los requisitos del actuar en lugar de otro en los delitos especiales de dominio ... ...
ccc) Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otr
ddd) Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro en delitos especiales de dominio cometidos desde la empresa. ... ...
bb) Los delitos especiales de dominio dirigidos a los miembros de la empresa: Los delitos de administración cometidos desde la empresa ... ...
aaa) La responsabilidad penal del administrador de hecho. ... ...
bbb) El instrumento doloso no cualificado. ... ...
ccc) La responsabilidad penal del delegante .. ..
cc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de dominio .. ..
B. Delitos de infracción de un deber .. ..
a. El delito común de infracción de un deber: La omisión del deber de socorro de los miembros de la empresa frente a terceros .. ..

A. Los delitos comunes de dominio cometidos dentro de la empresa ... 672
B. Los delitos especiales de dominio cometidos dentro de la empresa ... 673
2. Delitos de infracción de un deber cometidos dentro de la empresa ... 674

IV. LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN EL SENO DE LA EMPRESA ... 675
1. El estado de necesidad en el ámbito de la empresa ... 675
A. Situación de necesidad por una crisis económica de la empresa 675
a. Los delitos contra los trabajadores ... 676
b. Los delitos tributarios ... 678
c. Los delitos contra el medio ambiente ... 679
d. Los delitos culposos ... 680
B. La amenaza de despido ... 681
2. La obediencia debida en las estructuras jerárquicas empresariales 682

V. LAS SITUACIONES DE ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA ... 683

CAPÍTULO XIV
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN ... 689

II. LOS ACTOS PREPARATORIOS ... 689

III. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN: LA TENTATIVA ... 691
1. El comienzo de la ejecución sin consumación ... 692
2. La decisión de cometer el delito ... 695
3. El desistimiento ... 699

IV. LA CONSUMACIÓN ... 700
1. El concepto formal y material ... 701
2. El arrepentimiento activo ... 701
A. Criminalización en el estado previo a la lesión y reparación del daño ... 701
B. Escasa reprochabilidad y reparación del daño ... 703
C. Contribución al esclarecimiento del delito ... 704

V. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO ... 704

CAPÍTULO XV
EL CONCURSO EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

I. INTRODUCCIÓN ... 709

II. EL CONCURSO DE LEYES O CONCURSO APARENTE DE DELITOS ... 709
1. El principio de especialidad ... 709
2. El principio de subsidiariedad ... 710
3. El principio de consunción ... 710
4. El principio de alternatividad ... 711

III. EL CONCURSO DE DELITOS ... 712
1. Concurso ideal de delitos ... 713
A. Identidad completa ... 713
B. Identidad parcial ... 713
C. Identidad por vinculación (*Verklammerung*) ... 714
2. Concurso real de delitos ... 715
3. Supuestos de unidad de delito ... 716
A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales ... 716
a. La realización típica iterativa ... 717
b. La realización típica sucesiva ... 717
c. Los delitos permanentes ... 718
d. Los delitos de varios actos: En especial los delitos compuestos ... 719
B. Supuestos de unidad de delito legalmente determinados ... 720
a. El delito continuado ... 720
b. El delito colectivo o masa ... 721
... 725

CUARTA PARTE

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

CAPÍTULO XVI
LA RESPUESTA JURÍDICA AL DELITO ECONÓMICO EN EL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN ... 731

II. LA IMPOSICIÓN CONJUNTA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO ... 732

1. La pena ... 733
   A. La punibilidad ... 733
      a. Los condiciones objetivas de punibilidad ... 734
      b. Las causas de exclusión de la punibilidad ... 735
      c. Consecuencias dogmáticas ... 737
2. La determinación de la pena ... 739
   A. Clases de pena ... 740
      a. La pena privativa de libertad ... 740
      b. La prestación de servicios a la comunidad ... 741
      c. La inhabilitación ... 742
      d. La pena de multa ... 743
   B. La individualización judicial de la pena ... 745
3. Las consecuencias accesorias ... 747
   A. El decomiso ... 747
      a. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito 747
      b. El decomiso de los beneficios de las personas jurídicas ... 753
   B. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 757
      a. Presupuestos ... 757

aa) Presupuestos materiales ... 758
aaa) Hecho principal vinculado a la persona jurídica 758
bbb) Juicio de prognosis ... 762
ccc) Test de proporcionalidad ... 763
bb) Presupuestos procesales ... 764
aaa) Incorporación de la persona jurídica al proceso penal ... 764
bbb) Los derechos procesales ... 766
b. Clases ... 767
aa) Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo ... 767
bb) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años ... 769
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 ... 770
dd) La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité ... 771
ee) La intervención de la persona jurídica ... 771
c. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias ... 772
d. Criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídica ... 773
e. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias ... 773
f. Medidas preventivas previstas en leyes especiales ... 775
C. La reparación civil ... 777
a. Fundamento ... 778
b. Contenido ... 779
c. Los responsables civiles ... 782
d. La reparación del daño como tercera vía del Derecho penal económico ... 784

BIBLIOGRAFÍA ... 789

CUARTA PARTE

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

CAPÍTULO XVI
LA RESPUESTA JURÍDICA AL DELITO ECONÓMICO EN EL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN ... 731

II. LA IMPOSICIÓN CONJUNTA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO ... 732
1. La pena ... 733
A. La punibilidad ... 733
a. Los condiciones objetivas de punibilidad ... 734
b. Las causas de exclusión de la punibilidad ... 735
c. Consecuencias dogmáticas ... 737
2. La determinación de la pena ... 739
A. Clases de pena ... 740
a. La pena privativa de libertad ... 740
b. La prestación de servicios a la comunidad ... 741
c. La inhabilitación ... 742
d. La pena de multa ... 743
B. La individualización judicial de la pena ... 745
3. Las consecuencias accesorias ... 747
A. El decomiso ... 747
a. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito 747
b. El decomiso de los beneficios de las personas jurídicas ... 753
B. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 757
a. Presupuestos ... 757

aa) Presupuestos materiales ... 758
aaa) Hecho principal vinculado a la persona jurídica 758
bbb) Juicio de prognosis ... 762
ccc) Test de proporcionalidad ... 763
bb) Presupuestos procesales ... 764
aaa) Incorporación de la persona jurídica al proceso penal ... 764
bbb) Los derechos procesales ... 766
b. Clases ... 767
aa) Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo ... 767
bb) Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años ... 769
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 ... 770
dd) La disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité ... 771
ee) La intervención de la persona jurídica ... 771
c. Carácter facultativo u obligatorio de las consecuencias accesorias ... 772
d. Criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídica ... 773
e. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias ... 773
f. Medidas preventivas previstas en leyes especiales ... 775
C. La reparación civil ... 777
a. Fundamento ... 778
b. Contenido ... 779
c. Los responsables civiles ... 782
d. La reparación del daño como tercera vía del Derecho penal económico ... 784

BIBLIOGRAFÍA ... 789

PRÓLOGO
A LA TERCERA EDICIÓN

La aparición de la tercera edición del "Derecho Penal Económico. Parte General" me ha tomado, esta vez, una pausa más larga: siete años. Dentro de las diversas razones que han motivado este retraso, quisiera resaltar de manera concreta la dedicación que en los últimos años le he dado a los temas de Derecho Penal General, lo que ha significado que, entremedio, hayan visto la luz ya dos ediciones de mi Derecho Penal, Parte General. Es precisamente esta particular situación la explica además que, al contrario de lo que usualmente sucede con las nuevas ediciones, la actual no tenga una mayor extensión que la precedente, pues muchos de los temas que en la segunda edición tuve que abordar introductoriamente con exposiciones generales, hoy no tiene sentido mantenerlas en el texto, dado su tratamiento en mi libro de Derecho Penal, Parte General al que se puede acudir directamente.

Nuevamente el apoyo de varias personas e instituciones ha sido fundamental para la presente entrega del libro. La Universidad de Piura y mi socio Augusto Loli son habituales favorecedores de mis trabajos de investigación, a los que renuevo mi agradecimiento por todo el apoyo. A la Fundación Alexander von Humboldt también le agradezco infinitamente el apoyo brindado con las estancias de investigación en Alemania, especialmente con la última que se llevó a cabo entre diciembre de 2012 y febrero de 2013. A los profesores Urs Kindhäuser y Günther Jakobs les quedo en deuda por toda su hospitalidad durante la estancia antes referida. A mi maestro, el Prof. Jesús María Silva Sánchez, le estoy muy agradecido por su

apoyo constante y aunque nuestros encuentros personales se han reducido en los últimos años a sus visitas al Perú por las merecidas distinciones que las universidades nacionales le están otorgando, nuestra comunidad académica se mantiene con la misma intensidad con la que nació durante mi estancia doctoral bajo su dirección. Finalmente a Martha, Esteban, Roser y Fátima les agradezco absolutamente todo, pero muy especialmente por la sacrificada comprensión de mi lado académico y por darme esa estabilidad sin la cual nada se podría alcanzar.

Piura, 23 de abril de 2014

Prof. Dr. Percy García Cavero

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 se 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 socioeconómico 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 A LA PRIMERA EDICIÓN

La razón que me ha llevado a emprender el díficil 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)

CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
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
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
FS	Festgabe 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
LDA	Ley de Delitos Aduaneros
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LGS	Ley General de Sociedades
LGSC	Ley General del Sistema Concursal

LGSF	Ley General del Sistema Financiero
LH	Libro homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General
LPT	Ley Penal Tributaria
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
RPDE	Revista Peruana de Derecho de la empresa, citada por número y año
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
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
SchweizZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, citada por número y año
S/f	Sin fecha
SK	Systematischer Kommentar
SMV	Superintendencia del Mercado de Valores
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal)
StPO	Straprozeßordnung (ordenamiento procesal penal)
StuW	Steuer und Wirtschaft, citada por año
StV	Strafverteidiger, citada por año
SUNAT	Superintendencia Nacional Tributaria

Trad.	Traducción
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TLC	Tratado de libre comercio
UE	Unión Europea
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
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, citada por número y año
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por número y año
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, citada por año

DERECHO PENAL ECONÓMICO

PARTE GENERAL

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS

FUNDAMENTOS

JURISTA editores

CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

No siempre ha existido un sistema económico general por encima de la gestión individual que cada individuo hace de sus propios intereses. En un principio, cuando las relaciones económicas se limitaban a asegurar el disfrute de los bienes requeridos para la satisfacción de las necesidades elementales, no era necesario contar con un sistema social parcial que, por diferenciación, redujese la complejidad de la realidad y solucionase el problema de la distribución de los bienes[1]. Sólo con cierto nivel de desarrollo y, por tanto, con una mayor sofisticación de las relaciones sociales de producción y de consumo, se presentaron las condiciones para la formación de un sistema económico independiente de las concretas condiciones de vida de los particulares.

La independencia funcional del sistema económico no implica, sin embargo, su desconexión con la situación particular de cada individuo, pues, en mayor o menor medida, según cómo se distribuya la riqueza, el desarrollo económico alcanzado por una comunidad se refleja necesariamente en una mejora del estándar de vida de sus miembros individuales[2]. Bajo esta perspectiva, de lo que se encarga la economía es de garantizar ciertas condiciones generales para que los individuos alcancen, por sus propios medios, la satisfacción de sus intereses.

No existe una única manera de estructurar la economía para cumplir con su cometido, sino que eso depende de factores tan diversos como las necesida-

---

[1] Sobre la economía como sistema social autopoiético, vid., LUHMANN, *Die Wirtschaft*, pp. 14 y ss., 52 y ss.;

[2] Vid., en este sentido, LINDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 1.

des a satisfacer, la composición social, las circunstancias ambientales, el nivel de información o la división del trabajo. La cuestión más debatida en relación con la estructuración del sistema económico es, sin duda, si debe ser dirigida por el Estado o si, por el contrario, tiene que fluir espontáneamente. En función de la respuesta que se le dé a esta cuestión, se formulan los distintos modelos económicos de carácter teórico. A lo largo de la historia las sociedades se han ido inclinando por modelos que ponen un acento más estatista o liberal.

La legislación penal en materia económica ha evolucionado según cómo cada sociedad ha ido conformando su economía[3]. Con el reconocimiento de la existencia de un sistema económico, los tipos penales dejaron de circunscribir la reacción punitiva a las lesiones patrimoniales individualizadas para tipificar también ciertas conductas de abuso de las estructuras generales de la economía[4]. Desde entonces esta tipificación ha tomado un cariz más o menos intenso según el modelo económico asumido en cada momento histórico. En lo que sigue, se abordará precisamente los detalles de esta evolución de la legislación penal (económica), lo que se hará en dos niveles de exposición diferenciados. El primero se ocupará de la evolución de la legislación penal de los países que conforman el sistema continental europeo al que se adscribe nuestro sistema penal; el segundo se encargará de las particularidades de la normativa nacional.

II. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA

1. El Derecho penal económico en el sistema continental europeo

A. Primeras formas de aparición

Al reconocerse socialmente la posibilidad de que un individuo adquiera derechos sobre un bien, surgió la necesidad de dar a estos derechos una protección institucionalizada. A ello contribuyó el Derecho penal con

---

[3] Cfr., la relación existente 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.

[4] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 19 y s.; SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1991, p. 32; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 166.

los mecanismos que le son propios. La legislación penal generada por esta causa contó indudablemente con un trasfondo económico[5], lo que le ha permitido a algunos afirmar que ya aquí se puede apreciar el germen del Derecho penal económico[6]. Sin embargo, esta protección penal de los derechos sobre los bienes respondió a una visión individualista de lo económico, motivada por la escasa complejidad que en ese entonces tenían las relaciones económicas orientadas esencialmente a la apropiación de bienes para la satisfacción de necesidades primarias. Así, la normativa penal se configuró como una protección directa de aspectos de la esfera individual de las personas, tal como lo evidencian los tipos penales de hurto, robo o estafa, cuya configuración típica asumió la misma perspectiva que los delitos contra la vida o la integridad corporal: La lesión concreta de derechos individuales sobre los bienes[7]. Una vinculación con un sistema independiente (la economía) no estuvo presente, ni lo está aún hoy, en los delitos patrimoniales de viejo cuño.

Lo anterior no puede pasar por alto que las primeras incriminaciones relacionadas con intereses económicos no se redujeron a ataques dirigidos a sujetos particulares, sino que ya desde antiguo se expidieron leyes –en sentido amplio[8]– que castigaron conductas con el objetivo de proteger intereses de carácter supraindividual[9]. Esta protección penal comenzó a

---

[5] 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, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 42; El mismo, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (drg.), p. 9.

[6] 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.

[7] Cfr. Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 3; Stein, Ulrich, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 75.

[8] No se puede hablar de leyes en el sentido de un Estado con distribución de poderes (o funciones), pues no siempre existió 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).

[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*,

gestarse cuando las actividades de comercio de bienes fueron proliferando. Por un lado, se criminalizó la conducta de quienes afectaban el patrimonio de la corona o del señor feudal al dejar de pagar los impuestos sobre las ganancias obtenidas por el comercio de los bienes. Por otro lado, se castigaron también ciertas conductas de lesividad difusa en las relaciones comerciales como fue el caso de la usura, el monopolio, el acaparamiento, el comercio intermediario o la infracción del sistema de control de precios[10]. No hay duda que todas estas figuras delictivas no pueden ser entendidas bajo la lógica de la lesión a los intereses patrimoniales individuales de un ciudadano, sino que responden a una percepción más amplia de los efectos del delito.

El que los delitos antes mencionados no se correspondieran con la lógica individualista de una lesión sobre los intereses económicos de un particular, no significa que se configuraran en atención a las estructuras de un sistema supraindividual de ordenación de los actos de comercio. Aunque lo que se castigaba no era un perjuicio al patrimonio de otro particular, la perspectiva penal se mantuvo en la lógica de la causación efectiva de un perjuicio, sea de la organización real o feudal, sea de la comunidad como tal. No hay duda que esta protección jurídico-penal incorpora una visión general, pero no es posible hablar aún de la protección 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. La ideología liberal

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

---

Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 4; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 14 y s.

[10] 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*, § 1, n.m. 48.

miento de las industrias[11]. Las complejas relaciones sociales que se derivaron de la industrialización, como la producción masiva o la distribución de los beneficios para los propietarios y los trabajadores, difícilmente podían reducirse a una sumatoria 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 esta comprensión de la realidad económica jugó un papel relevante el desarrollo de la ideología liberal del siglo XIX[12], la cual tuvo un rápido auge hasta su abrupto fin con la economía dirigida de la primera guerra mundial (*Zwangswirtschaft*)[13]. Este predominio del liberalismo en la economía se reflejó en la regulación jurídica y, por supuesto, también en el Derecho penal.

El descubrimiento de la economía por parte de la ideología liberal como un sistema autorregulado por una mano invisible[14] determinó la falta de necesidad de que los gobernantes se encarguen de dirigirla. Al Estado no le correspondía un papel activo en la mejora de las condiciones económicas de los individuos, por lo que solamente debía garantizar que las reglas del mercado no se vean perturbadas por la conducta abusiva de alguno de ellos[15]. De ordinario, esta labor debía llevarse a cabo mediante el Derecho policial o administrativo, pero no con el Derecho penal o criminal[16]. La represión punitiva debía reservarse únicamente a aquellas lesiones económicas equiparables a los delitos patrimoniales[17], como sucedió, por ejemplo, con el castigo de los delitos contra la propiedad industrial[18].

---

[11] Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 9.

[12] Cfr., Schmölders, en *Bekämpfung der Wirtschaftsdelikte*, p. 13 y s.; Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 17.

[13] Jescheck, *JZ* 1959, p. 457; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 16 y ss.

[14] Vid., Righi, *Derecho penal económico*, p. 4.

[15] Vid., Mattes, *Untersuchungen*, 1, p. 38; Righi, *Derecho penal económico*, p. 6.

[16] Cfr., ampliamente, Mattes, *Untersuchungen*, 1, p. 92 y ss.

[17] 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*, p. 1 y ss.

[18] Esta comprensión de la intervención del Estado en el economía, sumado al hecho de que la propiedad industrial (patentes y marcas) fuese entendida, en un primer

La idea central era que la economía debía desarrollarse sin Derecho penal[19]. Esta comprensión de las cosas llevó a algunos autores a sostener incluso que conductas como la usura, el acaparamiento, el abuso de posición monopólica o la bancarrota fraudulenta, no deberían ser delitos en sentido estricto, sino meras infracciones del Derecho de policía[20].

Como ya se dijo, la ideología liberal que se impuso en Europa durante el siglo XIX comenzó a ser cuestionada en el primer cuarto 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 una intervención activa por parte del Estado, para que, como representante del bien común, evite las distorsiones a las que inevitablemente llega un mercado configurado por la libre actuación de los particulares[21]. Este giro en el papel económico del Estado se identifica históricamente con la famosa caída de la bolsa de valores estadounidense en 1929[22].

C. El intervencionismo estatal

En las primeras décadas del siglo XX, el Estado empezó a desarrollar una política de orden de la economía, controlando aspectos como la pro-

---

momento, como un 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.

[19] LINDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 2.

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

[21] Cfr., sobre el surgimiento en ese entonces de un Derecho económico que buscó asegurar el sistema liberal y reducir sus consecuencias negativas, con amplias referencias bibliográficas, WERNER, *Wirtschaftsordnung*, p. 12 y ss. En la doctrina penal nacional destacan este hecho 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.

[22] Vid., RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 7 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 11; MARTOS NUÑEZ, *Derecho penal económico*, pp. 19, 24, como cambio del sistema capitalista liberal.

ducción, los precios, los intereses de los trabajadores, etc. Para reforzar esta política de intervención económica se implantó una protección penal en determinados ámbitos de la economía. Así, por ejemplo, poco antes de la primera guerra mundial en diversos ordenamientos jurídicos europeos se crearon tipos penales que sancionaron el incumplimiento de ciertas disposiciones de carácter económico[23], lo que tuvo lugar como consecuencia de la visión estatista impulsada por la llamada economía de guerra[24]. El Estado dejó de tener la función de ser un simple vigilante del orden económico natural y empezó 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[25].

La progresiva regulación de la economía mediante directivas estatales de administración económica y su reforzamiento por medio de sanciones de carácter penal en caso de incumplimiento, contribuyeron a la consolidación de lo que comenzó a llamarse Derecho penal económico[26]. Con la llegada al poder de diversos regímenes totalitarios al finalizar la primera

---

[23] Cfr., Lindemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 49 y ss.; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 43 y ss.; Werner, *Wirtschaftsordnung*, p. 30 y ss.

[24] Cfr. Tiedemann, *GA* 1969, p. 73; El mismo, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 1; El Mismo, *Einführung*, § 1, n.m. 49; 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; Hernández Basualto, *Persona y sociedad*, vol. XIX, n° 1 (2005), p. 102.

[25] 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; Righi, *Derecho penal económico*, p. 8; Seijas Renjifo, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 114 y s.

[26] 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*, § 1, n.m. 49; 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.

guerra mundial, el Derecho penal económico –concretamente, el que reforzaba la actividad económica del Estado–, experimentó un crecimiento exponencial, cayéndose así en un uso abusivo del mismo[27]. El Derecho de policía en materia económica quedó relegado a un segundo plano, mientras que el Derecho penal se convirtió en la *prima ratio* para el efectivo afianzamiento del modelo económico asumido[28].

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 liberalismo radical con una economía espontánea sin dirección estatal[29]. La intervención estatal era necesaria no sólo para impedir los abusos en el terreno económico por parte de los particulares, sino también, y fundamentalmente, para fomentar una justa distribución de la riqueza[30]. En este sentido, no se habló más de un sistema económico autorregulado por leyes naturales, sino de una economía social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*), cuyas bases se asentaban indiscutiblemente en el libre mercado, pero con la necesidad de una participación activa del Estado mediante prestaciones sociales esenciales[31].

---

[27] 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.

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

[29] Cfr. JESCHECK, *JZ* 1959, p. 458; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 2, n.m. 25.

[30] Similarmente, cfr., BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3.

[31] 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 recurso al Derecho penal para reforzar la intervención social del Estado no estaba descartado. Sin embargo, estaba claro que su utilización no podía estar determinada únicamente por factores políticos –esto es, por una simple estrategia económica–, sino esencialmente por la gravedad de las infracciones. El abuso de la coactividad jurídica que tuvo lugar con los Estados totalitarios planteó la necesidad de tener que justificar el uso del Derecho más gravoso en el ámbito de la economía[32]. Bajo estas circunstancias, lo que se produjo fue un regreso al Derecho administrativo sancionador para regular los diversos aspectos disfuncionales del mercado, limitando el uso del Derecho penal al castigo de los hechos más graves[33].

También desde el punto de vista de la política económica se estimó poco conveniente una sobrepoblación de leyes penales en el terreno de la economía. En el sector occidental de la nueva ordenación de los países europeos luego de la segunda guerra mundial, se consideró más ventajoso que la actividad productiva no sea frenada con dispositivos penales de carácter controlista[34], lo que se reflejó en un Derecho penal económico poco extendido. Junto a los tradicionales delitos patrimoniales se mantuvieron alguno que otro tipo pe-

---

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.

[32] 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, la que estuvo fundamentalmente dirigida a derogar la extensa legislación penal de la economía controlada 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 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.

[33] 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.

[34] Situación totalmente distinta a la de los países que estuvieron bajo dominio soviético en los que se asumió el modelo de la llamada economía planificada. Sobre esto, vid., Martos Nuñez, *Derecho penal económico*, p. 17 y ss.

nal económico de carácter más general, pero sin afectar con ello el desenvolvimiento dinámico de la economía. La necesidad de fomentar el desarrollo de la economía y la industria determinó la existencia de pocas "trabas" jurídicas.

E. El fracaso del Estado de bienestar

Desde la década de los setenta del siglo pasado tuvo lugar un cambio sustancial en la legislación penal, lo que algunos han calificado como un resurgimiento de la actividad punitiva del Estado[35]. Si bien en el plano económico se mantuvo la lógica del libre mercado, por lo que el Estado siguió dejando las actividades económicas en manos de los particulares y limitando su intervención a las labores de control y supervisión, el Derecho penal dejó de verse como un arma excepcional para sancionar los abusos de los agentes económicos[36]. En efecto, el punto de partida liberal no se tradujo en una legislación penal económica reducida, sino que la misma se fue enfocando en la represión de las nuevas formas de afectación de los intereses económicos[37]. Es así que a la función encargada desde antes al Derecho penal de reforzar la actividad económica del Estado (Derecho penal económico en sentido estricto)[38], se le sumó de forma más nítida la función de sancionar las diversas conductas dañosas que pudiesen presentarse en el ciclo de producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Derecho penal en sentido amplio)[39].

---

[35] 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 *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.

[36] Vid., así, Pradel, en *Derecho penal económico*, II, Conde-Pumpido Tourón (dr.), p. 26 y s.

[37] Ejemplo de ello son las leyes de lucha contra la criminalidad económica promulgadas en Alemania. Vid., sobre ello, Hefendehl, *ZStW* 119 (2007), p. 817.

[38] Cfr. Tiedemann, *GA* 1969, p. 80 y s.; Bajo Fernández/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 13 y s.

[39] Vid., así, la descripción de Tiedemann, *GA* 1969, p. 71; El mismo, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 9 y s.; Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 17.

Desde entonces ha tenido lugar una progresiva expansión del Derecho penal económico que se ha ido intensificando en los últimos años. Muchos son los factores que han sido determinantes de tal expansión: El conocimiento de los cuantiosos daños que determinadas conductas defraudatorias producen en la economía del país[40], la imposibilidad de castigar las nuevas formas de aparición de conductas lesivas con los tipos penales tradicionales[41], incluso una cierta perversión del aparato estatal originada fundamentalmente por el fracaso del modelo del Estado de Bienestar[42]. Pero no hay duda que ha sido la profunda crisis económica padecida por Europa desde finales de la primera década del siglo XXI, lo que ha dado el impulso político para legitimar los procesos de neocriminalización en el sistema económico[43].

Pero más allá de las causas de esta expansión legislativa del Derecho penal económico[44], lo que llama especialmente la atención es 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 administrativas[45]. En efecto, si se revisa la actual legislación penal económica, se podrá comprobar que muchas conductas que antes constituían infracciones administrativas son actualmente figuras delictivas: Los delitos contra la competencia, los delitos contra los intereses económicos de los consumidores, la obstaculización de las labores de supervisión administrativa, etc. Todo esto no hace más que evidenciar lo que se ha venido a calificar como el fenómeno de la "administrativización" del Derecho penal.

---

[40] Vid., Tiedemann, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), p. 10.

[41] Así en los delitos económicos, Tiedemann, en *Die Verbrechen*, Tiedemann (Hrsg.), 12; Lohmeyer, *Wirtschaftskriminalität*, p. 41.

[42] 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.

[43] Vid., Feijoo Sánchez, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 20, febrero (2011), p. 94 y s.

[44] 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).

[45] 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.

A la expansión legislativa del Derecho penal económico se le debe sumar la expansión dogmática, en el sentido de una flexibilización de los criterios tradicionales de imputación penal en los delitos económicos. Por poner algunos de los ejemplos más claros: La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la utilización cada vez más extendida de tipos penales que se asientan en la lógica del daño cumulativo, la tipificación de conductas delictivas con cláusulas de remisión a la normativa administrativa de carácter técnico o la relajación de las exigencias de la imputación subjetiva. Lo anterior es una muestra inocultable de un Derecho penal económico que abandona gran parte de los parámetros clásicos de la imputación penal[46]. Sin embargo, legislativamente no se ha tomado aún la decisión de trazar una línea de distinción con el Derecho penal tradicional para evitar el natural contagio con sus nuevas reglas de imputación[47]. Todo apunta a entender que el legislador estima por conveniente que la flexibilización de los criterios de imputación penal se extienda, en la medida de lo posible, a todas las figuras delictivas.

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. La historia incaica, colonial y republicana de nuestro país presenta ciertas particularidades que difícilmente pueden equipararse a las condiciones de desarrollo existentes en el viejo continente. Para empezar, está claro que en la época incaica no puede hablarse de un Derecho penal en el mismo sentido que el europeo, sino solamente, de forma genérica, de la existencia de un orden coactivo[48]. Precisamente la existencia de estas diferencias culturales explica que en el proceso de conquista del Perú haya tenido lugar una imposición del Derecho español sobre los estándares culturales incaicos[49]. Desde ese momento, salvo el caso de aque-

---

[46] Vid., PRITTWITZ, *ZIS* 5/2012, p. 219.

[47] En este sentido, ROTSCH, *FS-Samson*, p. 145 y s., apunta que no existe una ley penal económica separada que englobe todos los delitos económicos.

[48] Hace mención a la criminalización de ciertas conductas económicas en la época incaica REYNA ALFARO, *Manual*, p. 22.

[49] Adecuadamente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 221, prefiere hablar de imposición del Derecho antes que de recepción.

llas comunidades inaccesibles que se preservaron de la inculturación española, el sistema penal peruano pasó a seguir la tradición europea continental.

Con la independencia del Perú no se consiguió una independencia de los indios frente a los españoles, sino una independencia de los españoles nacidos en América (criollos) frente a los españoles peninsulares[50]. Por esta razón, la separación del dominio español no trajo consigo la expedición de una nueva legislación penal propia, sino que se mantuvieron vigentes las leyes españolas de la colonia que no estuvieran en contra de 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 lo confirmó luego 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[51] 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[52], tanto el Código Penal de 1863 como el Código Penal de 1924 incorporaron conductas lesivas que constituyen los antecedentes de los actuales delitos económicos. El Código Penal del siglo XIX reguló, por ejemplo, diversas conductas delictivas agrupadas bajo el título de deudores punibles (artículo 339-344) que son el antecedente de los delitos concursales, así como también 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 las falsificaciones con relevancia económica, 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). Por su parte, el Código Penal de 1924 no sólo mantuvo gran parte de las figuras delictivas antes mencionadas, sino que hizo otros avances en el ámbito de la criminalidad económica, como, por ejemplo, la incorporación del delito de falso

[50] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 224.

[51] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 264 y s.

[52] Vid., con mayor detalle, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 3, n.m. 279 y ss.

informe societario del artículo 248, el cual dio origen en nuestro país al llamado Derecho penal societario[53].

Durante la vigencia del Código Penal de 1924 se aprobaron diversas leyes penales especiales que se ocuparon de reprimir delitos claramente 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 puede 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 entre los que cabe mencionar los siguientes: 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 y el artículo 12 del Decreto Ley 18882 que establecía el monopolio estatal de los 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 expresamente en 1981 con el Decreto Legislativo 123, al que se le llamó Ley sobre delitos económicos[54].

La existencia de una legislación penal económica dispersa se procuró revertir con la promulgación del actual Código Penal de 1991, que siguiendo el modelo español, inspirado a su vez en el Proyecto Alternativo Alemán de 1977[55], agrupó los distintos delitos económicos en el texto punitivo. Aun cuando la sistematización de los delitos económicos en nuestro Código Penal padece de serios defectos, no puede desconocerse un cambio de orientación

---

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

[54] 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.

[55] Vid., sobre este proyecto de sistematización conjunta de los delitos económicos con mayores efectos de prevención general, TIEDEMANN, *Einführung*, § 2, n.m. 68 y ss.

sustancial. Y es que los delitos económicos no se reducen al aseguramiento de la política económica del Estado, como se pudo apreciar claramente en la legislación penal de los años setenta, sino que apuntan a proteger también ciertas condiciones esenciales de las relaciones económicas en general[56]. En este sentido, el Derecho penal económico peruano deja de limitarse a ser un refuerzo punitivo de la política económica del Estado (Derecho penal económico en sentido estricto) para ampliarse a un Derecho penal del sistema económico en general (Derecho penal económico en sentido amplio).

Las diversas reformas penales ocurridas con posterioridad al Código Penal de 1991, abandonaron rápidamente la regulación centralizada de los delitos económicos en un mismo cuerpo legal. La necesidad de optimizar la represión penal en los ámbitos tributario y aduanero, por ejemplo, llevó a la creación de leyes penales especiales para los delitos tributarios (Decreto Legislativo 813 de 1996 que ha sufrido diversas modificaciones) 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 junto a los delitos de tráfico ilícito de drogas, pasó a ser regulado por una ley especial en el 2002, abierto a muchos más delitos precedentes (la Ley 27765), técnica legislativa que se mantiene con la ley actualmente vigente de lucha contra el lavado de activos (D. Leg. 1106). 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 si bien podría traer algunos inconvenientes desde el punto de vista de la prevención general[57], también es cierto que ofrece un instrumento punitivo mejor dispuesto, en la medida que integra aspectos procesales, de ejecución penal y de coordinación con el ámbito administrativo previo que favorece sustancialmente la eficacia represiva.

En las últimas dos décadas, si hay algo característico de las reformas penales relacionadas con delitos económicos en nuestro país, es la fuerte in-

---

[56] Vid., Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 15; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 33 y s.; Reyna Alfaro, *Manual*, p. 24 y s.

[57] En este sentido, Tiedemann, *Einführung*, § 2, n.m. 69. 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.

cidencia del factor político. No son las necesidades del sistema económico, ni los criterios consolidados en la lucha contra la delincuencia económica lo que impulsa y determina la promulgación de las leyes penales económicas de los últimos años, sino lo que se tiene por políticamente conveniente. A esta aseveración podría replicársele que ello siempre ha sido así, en la medida que el sistema de aprobación de leyes se reserva a la decisión de funcionarios que son elegidos políticamente y que, por tanto, operan con dichos criterios de decisión. Sin embargo, el político no debe olvidar que las leyes penales deben conservar cierto nivel técnico que no sólo mantenga el respeto de las garantías esenciales, sino que asegure también la propia eficacia del fin represivo. En este sentido, las leyes penales son producto de una decisión política, pero de innegable base técnica.

La incidencia política por encima de exigencias técnicas se puede apreciar con una mirada a las reformas penales de los últimos años en materia de delitos económicos. Puede mencionarse, en primer lugar, el caso de la derogación de diversos delitos contra la competencia y los consumidores en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con los EEUU[58]. De forma contraria a la tendencia actual de las legislaciones penales de nuestro entorno cultural, estos delitos han sido sacados del sistema penal y alojados en el ámbito administrativo sancionador resguardado por el INDECOPI, posiblemente con la convicción de que este organismo administrativo está en mejor capacidad técnica de enfrentarse a las prácticas anticompetitivas que un juez penal. Sin embargo, este criterio de conveniencia política tiene el alto costo de dar un sentido comunicativo benevolente a conductas de claro desvalor penal. No se puede tratar como meras infracciones administrativas conductas que afectan de forma intolerable condiciones esenciales del mercado.

La misma condicionalidad política cabe apreciar, aunque en un sentido contrario, en las últimas reformas penales a delitos económicos como el lavado de activos, la minería ilegal o los delitos tributarios. Mientras que respecto del primero las constantes reformas legislativas muestran una falta de claridad sobre lo que constituye su desvalor penal, pese a las altísimas penas que se contemplan, en los segundos se ha acudido a modificaciones innecesarias o, lo que es más grave, a técnicas de tipificación sumamente discutibles, como

[58] Vid., con mayores referencias, Ramírez Luna, *RPDE* 68 (2009), p. 95 y ss.

la anticipación de la punición con los delitos de preparación en los delitos tributarios. La represión penal no se ajusta al desvalor de la conducta, sino que, por razones de interés político, el legislador penal intensifica la respuesta penal con penas extremadamente severas o con un adelantamiento punitivo que reprime desproporcionadamente una conducta en sí misma todavía inocua.

La expansión extensiva e intensiva de la legislación penal económica contrasta, sin embargo, con una efectividad práctica casi nula. La Administración de Justicia Penal mantiene graves defectos en la persecución de la delincuencia económica, tal como lo muestra 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]. Para poder cumplir finalmente con esta tarea es necesario trabajar en dos aspectos esenciales. Por un lado, resulta indispensable, como ocurrió en Europa desde los años sesenta, desarrollar 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 criminal y sobre todo a la propia opinión pública[61]. El segundo punto por trabajar es una sistematización ordenada de las leyes penales económicas vigentes con la finalidad de permitir su manejo adecuado por parte de los tribunales penales. Esta labor, a diferencia de la primera, resulta de competencia del dogmático y a ello deben contribuir los trabajos dogmáticos sobre esta materia.

---

[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.). Hace algunos años en nuestro país se discutió la posibilidad de reprimir adecuadamente delitos aduaneros y de piratería con juzgados especializados financiados por los propios sectores empresariales, sin embargo esta discusión se ha abandonado y con ello también la posibilidad de debatir sobre la conveniencia de tribunales penales especializados.

[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 de un concepto de Derecho penal económico se pueden encontrar en los trabajos de TIEDEMANN de finales de los años sesenta y principios de los setenta[62]. Si bien autores como GRÜNHUT en 1929[63], ALSBERG en 1931[64] y LINDEMAN en 1932[65] habían hecho ya referencia a la existencia de un Derecho penal económico, no fue sino hasta los trabajos del Profesor Emérito de la Universidad de Friburgo que se pudo contar con una definición de contornos más o menos claros. Este autor parte de una distinción[66], que se ha extendido también en el mundo hispanoparlante[67], 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 (orden económico, control de precios, aseguramiento de la recaudación tributaria), la definición amplia se extiende además a todas las conductas delictivas que se verifican en las

---

[62] Especialmente cabe destacar su trabajo «Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts», *GA* 1969, p. 71 y ss.

[63] «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.

[64] «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.

[65] *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, 1932.

[66] *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 54.

[67] Así, de forma temprana, BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 36 y ss.

relaciones económicas derivadas de la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Si bien el Derecho penal económico se hizo más visible en su faceta estricta con la intervención del Estado en la economía, la crisis del modelo de economía planificada y el reconocimiento del libre mercado como una estructura económica insoslayable han hecho que en la actualidad se le enfoque desde una perspectiva amplia. Esto explica que exista pleno consenso doctrinal en reconocer que el Derecho penal económico debe ser definido en un sentido amplio. Pero esta amplitud de la comprensión del Derecho penal económico presenta, por su parte, la dificultad de no poder establecer con precisión cuál debe ser su ámbito de aplicación[68]. Es así que se suscita el interrogante de si cualquier afectación a un interés económico puede ser elevada a la categoría de un delito económico.

La doctrina recurre, por lo general, a formulaciones descriptivo-formales que definen el Derecho penal económico como un conjunto de normas que sancionan penalmente conductas que afectan el desarrollo del sistema económico o de sus instituciones[69]. Esta perspectiva apenas ofrece criterios materiales para dar contornos definidos al Derecho penal económico, pues utiliza una referencia genérica carente de una perspectiva crítica con la decisión legislativa[70]. La doctrina penal es consciente de esta situación deficitaria, por lo que en los últimos años se han ofrecido diversas propuestas teóricas que procuran aportar criterios materiales de definición del Derecho penal económico. La perspectiva más extendida es la que entiende que lo que se protege es la economía como estructuras su-

---

[68] En este sentido, Mansdörfer, *Zur Theorie*, p. 1, destaca que los límites del Derecho penal económico son tan poco claros como lo son su sentido y finalidad.

[69] La perspectiva formal se aprecia en las definiciones de Tiedemann, *GA* 1969, p. 78 y ss.; El Mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 50 y ss. (espec. 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 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 Núñez, *Derecho penal económico*, p. 130; Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 20.

[70] 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.; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck, § 3, n.m. 25.

praindividuales (el funcionamiento de la economía, el orden económico, la competencia, el sistema de pagos, el sistema crediticio, etc.)[71]. A este planteamiento se le opone aquél que pone el acento, más bien, en la protección de las condiciones de actuación de los agentes económicos individuales[72]. Pese a las diferencias de perspectiva, ambos planteamientos coinciden en negarle al Derecho penal económico una autonomía funcional, por lo que debe seguir supeditado, en sus aspectos esenciales, a las exigencias propias del Derecho penal general. Por esta razón, la legitimidad de los delitos económicos depende de la cuestión de si reúnen las condiciones generales para incriminar penalmente una conducta.

En lo que sigue, se procederá a determinar si la legislación penal económica expedida en los últimos tiempos se corresponde con las exigencias de legitimidad del Derecho penal. Una vez resuelta esta cuestión se podrá, de ser el caso, abordar la cuestión material de cuál es la función que específicamente cumple el Derecho penal económico con el castigo de los delitos económicos. Esto permitirá, por un lado, hacer un juicio crítico a la legislación penal económica actualmente vigente y, por el otro, allanará el camino para dimensionar con argumentos plausibles su ámbito de aplicación. Todo esto se hace bajo el convencimiento de que un estudio sistemático del Derecho penal económico no podrá llevarse a cabo si previamente no se determina con cierto detalle el alcance que le corresponde a este sector especial del Derecho penal.

II. LA LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA

En los últimos años, la proliferación de leyes penales que reprimen delitos cometidos en ámbitos económicos resulta innegable, lo que ha motivado también que se discuta con mayor interés su legitimidad. Esta discusión gira en torno a dos puntos centrales: La necesidad de adaptar las estructuras de imputación penal a la realidad socioeconómica[73] y la inobservancia, cuando menos parcial, de ciertos principios garantistas de tradi-

---

[71] Vid., por mencionar a su mayor representante, Tiedemann, *Einführung*, § 1, n.m. 45.

[72] Vid., Mansdörfer, *Zur Theorie*, p. 15 y ss.

[73] Vid., así, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 22; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 90 y s.; El Mismo, *Prólogo*, p. 10. Vid., este mismo parecer en el ámbito de la criminalidad de empresa, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 27 y ss.

ción liberal[74]. Pese a que las exposiciones doctrinales abordan usualmente cada cuestión de manera separada, hay que precisar que no discurren por vías paralelas, sino que se condicionan mutuamente. En efecto, en la medida que se pretenda conseguir una mayor eficacia represiva, esto supondrá, por lo general, dejar de lado o, en todo caso, flexibilizar algunos de los principios del Derecho penal liberal, mientras que un sobredimensionamiento del aspecto garantista puede poner trabas a la optimización represiva de las leyes penales económicas.

En cuanto a la necesidad de adaptar los criterios de imputación penal a la realidad económica, los escritos especializados 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", por medio de un sujeto individual que, a través de su acción, lesiona causalmente el bien jurídico de otro[75]. 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 de distribución y especialización en el trabajo[76]. Por esta razón, la doctrina penal asume como una tarea fundamental del Derecho penal económico desarrollar mecanismos de imputación de responsabilidad que se ajusten a estas particularidades de su objeto de regulación, de manera que sean eficaces en la práctica[77]. La dogmática penal no sólo se debe mostrar coherente en su estructuración interna, sino también útil para resolver los problemas de imputación que la realidad económica suscita.

La finalidad práctica que los estudios especializados procuran de los criterios de imputación en el Derecho penal económico, se corresponde de

---

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

[75] 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; SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 37 y s.

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

[77] Vid., NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 17.

alguna manera con un enfoque general de la dogmática penal de los últimos tiempos. En efecto, desde hace por lo menos cuatro décadas la naturaleza abstracta y cerrada del sistema dogmático ha perdido predicamento en la doctrina penal[78], en la medida que no se ajusta a la continua mutación de su objeto. Por ello, los sistemas abiertos, con conceptos en mayor o menor grado normativos, constituyen el tinte característico de las escuelas que hoy pueden calificarse de dominantes[79]. De lo que se trata es de permitir en su seno que los propios criterios de imputación se amolden a las necesidades sociales de punición. Esta orientación dogmática se presenta 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 concretos problemas de imputación[80].

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 de cuño liberal. 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 problemática del Derecho penal económico[81]. Con independencia de la impronta más o menos crítica de estas exposiciones, todas coinciden en general que la razón fundamental que explica el relajamiento de las garantías penales en este ámbito jurídico particular es el carácter prioritario de las necesidades innegables de prevención en el terreno económico. De lo que se trata es de potenciar al máximo la función de prevención general de la regulación penal económica[82].

---

[78] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *Fundamentos*, Silva Sánchez (ed.), p. 12; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 35.

[79] Vid., en este sentido, PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 124.

[80] Vid., SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 35.

[81] 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.

[82] Vid., sobre la eficacia preventivo-general de las leyes penales en el ámbito económico, TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 42. Críticamente, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 190 y ss.

Frente al fenómeno de flexibilización de las garantías penales antes referido son diversas las lecturas que se hacen por parte de la doctrina penal. 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 consumirse a sí mismo, esto es, que es anacrónico[83]. 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[84]. En su momento, también el llamado Derecho penal clásico[85] tuvo, como punto de partida, un proceso de incriminación que luego, poco a poco, fue legitimándose con un respaldo teórico sobre el individuo y la sociedad[86]. 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 la 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.

Lo hasta ahora expuesto pone de manifiesto que la cuestión de hasta qué punto se pueden flexibilizar los criterios de imputación penal y las garantías penales, es lo que permite decidir si las leyes penales económicas pueden formar parte legítimamente del Derecho penal o no. A continuación entraremos en los detalles de esta discusión doctrinal. Si bien los tipos penales que forman parte del llamado Derecho penal económico pertene-

---

[83] Vid., en este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 22.

[84] En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 14.

[85] 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.

[86] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 182.

cen nominalmente a la legislación penal, con la tipificación de los delitos económicos sólo se cumple con una exigencia formal, pero no se asegura la legitimidad de su calificación como "penal". Por esta razón, la primera tarea que la doctrina penal tiene entre sus manos, es determinar la compatibilidad de estos delitos con los principios legitimadores de la intervención punitiva[87]. Esta labor no es del todo pacífica, pues en la discusión doctrinal hay voces que cuestionan la legitimidad jurídico-penal de muchos delitos económicos y otras que, por el contrario, la defienden en atención a sus propios puntos de partida.

1. La falta de legitimidad de la legislación penal económica

Un importante sector de la doctrina penal sostiene que la tipificación de los delitos económicos operada en el nivel legislativo, no siempre reúne las condiciones de legitimidad exigibles, por lo que se trata de una regulación sin sustento que debería formar parte, en todo caso, de otra rama del Derecho con principios de ordenación distintos a los del Derecho penal de origen liberal. Dentro de esta línea de pensamiento se encuentran, por un lado, los defensores del liberalismo racionalista y, por el otro, los diversos autores que se agrupan en torno a la llamada escuela de Frankfurt.

A. El liberalismo racionalista

El liberalismo racionalista en el Derecho penal contemporáneo[88] encuentra en E. A. WOLFF su primer gran representante. Sus puntos de partida han sido seguidos y desarrollados 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

---

[87] 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.

[88] A esta escuela jurídico-penal se le suele vincular con 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.

sujeto, acción, libertad, autonomía, regla de acción e imputación, interpretados desde la filosofía de KANT y FICHTE[89]. Obviamente este trabajo sobre el Derecho penal económico no pretende entrar en las particularidades del pensamiento jurídico-filosófico del liberalismo racionalista, sino solamente determinar si desde esta comprensión jurídico-penal resulta posible dar legitimidad al Derecho penal económico o no.

Hay que reconocer, ante todo, que entre los llamados seguidores del liberalismo racionalista en el Derecho penal, no existen muchos trabajos dedicados especialmente a temas de Derecho penal económico[90], lo cual no impide, sin embargo, que en algunos escritos generales o en aquéllos que tocan de manera tangencial temas económicos, pueda verse cierto cuestionamiento a diversos aspectos centrales del moderno Derecho penal económico. La razón principal de tales cuestionamientos se encuentra en una incompatibilidad de las categorías conceptuales del liberalismo racionalista con los criterios de regulación que se utilizan en los delitos económicos. Muchos de los elementos que configuran los ilícitos previstos en la legislación penal económica rompen la construcción dogmática propuesta por el liberalismo racionalista en el Derecho penal, por lo que se trataría de una forma de regulación cualitativamente distinta.

Como lo hemos indicado, el sistema dogmático proyectado por el liberalismo racionalista es consecuencia de la asunción de las premisas racionalistas de raigambre kantiana[91]. En este sentido, su construcción dogmática tiene como elemento fundante un sujeto entendido como ser racional[92] y autónomo[93], a partir del cual se configura el ordenamien-

---

[89] 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.

[90] Puede citarse aquí el trabajo de von Freier sobre la pena a las asociaciones o el trabajo de Kohlhoff sobre los delitos contra la competencia.

[91] 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.

[92] 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.

[93] El individuo actuante es entendido como un ser autofundante, esto es, que su actuación se determina por sus propias capacidades de fundamentación. Vid., en

to 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 estos elementos legitimadores del Derecho penal, lo cual se hace patente en cuestiones fundamentales como la criminalización de conductas que deberían sancionarse sólo administrativamente o la determinación del bien jurídico penalmente protegido por los delitos económicos.

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 del injusto penal frente a otras formas de injusto[94]. Para poder sancionar como delito un hecho concreto debe haberse afectado las relaciones jurídicamente constituidas de mutuo reconocimiento entre los sujetos individuales[95], lo cual no se presenta en diversos delitos económicos. En muchos casos, el afectado aún puede adaptarse al hecho con sus propias fuerzas[96], por lo que la actuación indebida únicamente alcanzaría el nivel de una contravención que no niega a los demás o a la comunidad como sujetos racionales libres[97]. Bajo estas consideraciones, una simple contravención del orden social o de sectores específicos no debe sancionarse como delito, a no ser

---

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.

[94] 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.

[95] 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.

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

[97] 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* (...)".

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[98]). Si la infracción económica no alcanza este nivel de afectación, habrá que negarle el carácter delictivo, en tanto no constituye una lesión de las relaciones de mutuo reconocimiento de libertad externa[99].

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

Otro aspecto crítico que el liberalismo racionalista endilga a la legislación penal económica es el referido a lo que es objeto de protección. Una conducta solamente puede ser criminalizada en la medida que afecte las condiciones de existencia de la libertad del sujeto racional[100]. En este sentido, 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[101]. Esta lesión resulta evidente en las condiciones esenciales de la existencia de

---

[98] Vid., sobre las premisas racionalistas para legitimar el castigo de los delitos contra la competencia, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 102 y ss.

[99] Esto no niega, sin embargo, reconocer cierta mutabilidad de la voluntad general que podría dejar de incriminar determinadas conductas y criminalizar nuevas 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).

[100] Los bienes jurídicos no son 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.

[101] 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 debe 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].

la libertad del individuo como la vida, el cuerpo, la libertad fáctica y la propiedad[102], pero puede presentarse también 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[103]. En este orden de ideas, la naturaleza o la ecología podrían alcanzar el carácter de bien jurídico, pero no como bienes en sí mismos, sino en tanto constituyen elementos facilitadores de la libertad[104].

En el caso de delitos económicos, habría que recurrir a la misma fundamentación para la determinación del bien jurídico protegido. No obstante, parece que la constitución de bienes jurídicos se hace en muchos casos 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. Una buena muestra de este proceder sería la regulación actual del delito de lavado de activos, el cual se configura sin una asignación clara de los activos de origen delictivo a alguna persona o al Estado[105]. La invocación de bienes jurídicos abstractos como el orden socioeconómico, el derecho a la seguridad o el cuidado en la disposición de bienes, muestra claramente que no se trata de la protección de las condiciones de existencia de la libertad[106], de manera tal que las normas penales basadas en semejantes bienes jurídicos resultan siendo ilegítimas. En la medida que el Derecho penal económico recurra a argumentaciones de este tipo, habrá razones suficientes para dudar fundadamente de su legitimidad.

Como puede verse, los puntos de partida de los seguidores del liberalismo racionalista ponen en cuestión la legitimidad de diversos aspectos de la legislación penal económica. Es cierto que no asumen una postura absolutamente crítica con todos los delitos económicos, pero si la incrimi-

---

[102] Cfr., con mayor detalle, Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 165 y ss.

[103] Si bien siempre deben agruparse en la autonomía jurídica del individuo. En este sentido, Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 173.

[104] Cfr. Zaczyk, *Das Unrecht*, p. 174.

[105] Vid., ampliamente la crítica, desde los postulados del racionalismo liberal, Helmers, *ZStW* 121 (2009), p. 535.

[106] 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.

nación penal conlleva la introducción de criterios de imputación incompatibles con los conceptos jurídico-penales de raíz liberal-racionalista, lo que esta tendencia del Derecho penal propone es 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 moderno.

B. La escuela de Frankfurt

Más que constituir propiamente una escuela con una línea de pensamiento claramente definida, la llamada escuela de Frankfurt reúne a autores diversos con claras diferencias ideológicas y metodológicas[107], quizá con el único acuerdo común de rechazar la normativización de las categorías dogmáticas por parte de las propuestas funcionalistas[108]. Esta crítica se debe a que la perspectiva funcionalista conlleva un cierto desprecio por los datos empíricos[109], lo que se considera para los frankfurtianos un serio error metodológico, en la medida que el Derecho penal debe estar estrechamente vinculado con los planteamientos de las ciencias sociales. Esta vinculación del pensamiento penal a los datos empíricos 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[110]. El Derecho penal es una ciencia exclusivamente empírica, cuya pretensión es permitir un mejor Derecho penal, esto es, un Derecho penal

---

[107] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo*, p. XII.

[108] Vid., ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 474.

[109] 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.

[110] En este sentido, HASSEMER, *Einführung*, p. 22; NAUCKE, en *Fortschritte*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), p. 4.

racional en cuanto a sus consecuencias[111]. Por esta razón, la legitimidad del Derecho penal se obtiene únicamente si se alcanzan las consecuencias deseadas y se impiden las indeseadas[112], lo cual se determina con los conocimientos empíricos que suministran las ciencias sociales[113].

La actitud crítica de la escuela de Frankfurt se refleja claramente en el terreno del Derecho penal económico, en donde se oponen a una fundamentación normativa de las categorías jurídico-penales que permita legitimar la labor de criminalización operada en este ámbito. Los frankfurtianos advierten que, en los procesos de *neo-criminalización* ocurridos 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[114]. Sin embargo, en los últimos tiempos la actitud crítica frente a la legislación penal económica se ha relajado sustancialmente, en la medida que se ha comenzado a admitir la incriminación penal en el terreno económico siempre que se concentre en lesiones palpables de bienes jurídicos, dando cabida incluso a una función de flanqueamiento de la transparencia y control en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico[115].

a. La legislación penal económica expansiva

En consonancia con la visión crítica frente al orden imperante que siempre tienen las ciencias sociales, los estudios penales de los frankfurtianos no han hecho lo menos. En este sentido, consideran que la actual legislación penal expansiva ha sido impulsada más por factores de carácter político que científico, de manera que la eficacia del Derecho penal ha que-

---

[111] 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.

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

[113] Hassemer, *Einführung*, p. 22 y s. Igualmente, poniendo el acento en la criminología, Albrecht, *FS-E.A. Wolff*, p. 12 y s.

[114] 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.

[115] Así, Hassemer, *wistra* 5/2009, p. 169 y ss.

dado relegada a un segundo plano[116]. Este condicionamiento "político" del Derecho penal moderno no sólo habría afectado la mencionada eficacia del Derecho penal, sino que, lo que es peor aún, habría traído consigo también el paulatino abandono de los principios de tradición europea[117]. Tal situación es patente en la legislación penal económica, 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[118].

Pero, tal como se ha indicado, la crítica frankfurtiana a la legislación penal económica ha sufrido un giro llamativo en los últimos tiempos, en la medida que no se aboga más por una exclusión, sino, más bien, por un dimensionamiento del Derecho penal económico. Para llevar a cabo esta labor, el sistema penal, sin abandonar su perspectiva propia de análisis, debe llegar a determinar su ámbito de regulación, esto es, la racionalidad, el funcionamiento, las reglas, los instrumentos y las instancias del sistema económico[119]. De esta determinación del ámbito de regulación se desprenden los tres rasgos esenciales que debe tener el Derecho penal económico: La concentración de la punición a lesiones palpables de bienes jurídicos, el mantenimiento de un ámbito libre para el desarrollo de la propia racionalidad económica y la instauración de procedimientos, penalmente reforzados que posibiliten la transparencia y el control en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico[120]. Como puede verse, la crítica de los frankfurtianos ha pasado del rechazo a la exigencia de una readaptación de la legislación penal económica a ciertos parámetros de legitimidad.

---

[116] 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.

[117] Vid., en este sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 194 y ss.; ALBRECHT, en *La insostenible situación*, p. 484.

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

[119] Así, HASSEMER, *wistra* 5/2009, p. 171.

[120] Vid., HASSEMER, *wistra* 5/2009, p. 174.

b. Crítica a la funcionalización del bien jurídico

La misma evolución acusada en el apartado anterior se puede apreciar en relación con el principal cuestionamiento de la escuela de Frankfurt a la legitimidad del Derecho penal económico, esto es, el bien jurídico protegido[121]. Los frankfurtianos parten de la afirmación de que si bien la doctrina penal dominante entiende que la legitimación de las normas penales se encuentra en la protección de bienes jurídicos[122], esta unanimidad no ha alcanzado a los criterios de determinación del bien jurídico digno de protección jurídico-penal[123], lo que ha permitido un abuso político para una expansión incontrolada del Derecho penal moderno y, por supuesto, del Derecho penal económico[124]. Mediante la llamada funcionalización del bien jurídico penalmente protegido[125], se pretende cubrir con un manto de modernidad un proceso empíricamente injustificado de (neo)criminalización[126], impulsado por una política populista, orientada a la obtención y al mantenimiento del poder, así como a otras intenciones pragmáticas de corto plazo[127].

---

[121] Cfr., en este sentido, respecto del bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente, HOHMANN, *Das Rechtgut*, p. 179 y ss.

[122] Vid., por todos, NESTLER, en *La insostenible situación*, p. 63 nota 1.

[123] 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.

[124] 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.

[125] 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.

[126] 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.

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

Frente a la política criminal práctica que responde exclusivamente a consideraciones pragmáticas, la escuela de Frankfurt ha contrapuesto la llamada "política criminal ilustrada o científica" (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) que exige un Derecho penal orientado a sus consecuencias, esto es, que tenga en cuenta los resultados obtenidos por las ciencias empíricas del comportamiento individual[128]. En este sentido, el concepto de bien jurídico debe reducirse a lo que es aprehensible y empíricamente medible[129], lo cual para HASSEMER sólo puede ser un *interés humano* necesitado de protección jurídico-penal[130]. Dentro de este concepto se encuentran, en primer lugar, los bienes jurídicos individuales (la vida, el cuerpo, el patrimonio)[131], mientras que los bienes jurídicos universales sólo podrán obtener legitimación jurídico-penal si están referidos a la protección de intereses individuales y si la forma de protegerlos se orienta efectivamente a ellos[132]. Como puede apreciarse fácilmente, se asume una tesis monista en la determinación del bien jurídico penalmente protegido.

En el contexto de ideas esbozadas, la escuela de Frankfurt ha considerado 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 criminalizadora en el ámbito económico, constituye una clara manipulación política de los conceptos jurídico-penales[133]. La regulación jurídica, dirigida a proteger estos sectores ge-

---

[128] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *REDUP*, 1 (2000), p. 111.

[129] HASSEMER, *Theorie*, p. 112; EL MISMO, *Einführung*, p. 22.

[130] 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.

[131] HASSEMER, *NStZ* 1989, p. 557.

[132] 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 también 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.

[133] Vid., en este sentido, HASSEMER, *Einführung*, p. 275; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 119. Vid., en el mismo sentido, la crítica de HOHMANN, *Das*

nerales en sí mismos, no puede hacerse por medio del Derecho penal, sino que debe dejar su protección al Derecho administrativo sancionador[134] 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"[135]. 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.

En los últimos años, la crítica frankfurtiana ha cedido también en lo que respecta a la perspectiva asumida sobre el bien jurídico penalmente protegido. Sin renunciar a su orientación a las ciencias sociales (en este caso, al conocimiento de la economía), los frankfurtianos admiten ahora la posibilidad de configurar un Derecho penal económico anticipado a la lesión del bien jurídico personal, siempre que se trate de flanquear procedimientos de transparencia y control en el ámbito previo a la lesión grave de bienes jurídicos[136]. Pero, en todo caso, se sostiene que este orden punitivo debe ser un Derecho penal especial que cuente con principios y fundamentos propios diferenciados de los que le corresponden al Derecho penal liberal[137]. Como puede verse, el rechazo a la legislación penal económica se ha atemperado sustancialmente.

2. La legitimidad de la legislación penal económica

En contraposición a los planteamientos dogmáticos precedentes, los que se califican de normativistas son más proclives a admitir la legitimidad

---

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).

[134] Vid., en este sentido, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 158; NAUCKE, *Die Welchselwirkung*, p. 38 y ss.; HOHMANN, *Das Rechtgut*, p. 209 y ss.

[135] 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.

[136] Vid., HASSEMER, *wistra* 5/2009, p. 173.

[137] Así, PRITTWITZ, *ZIS* 5/2012, p. 217 y ss.

de los delitos económicos. Pese a sus claras diferencias metodológicas, dichos planteamientos tienen el mismo interés por normativizar la dogmática penal para orientarla a la realidad social[138]. Este interés común por una dogmática penal abierta a las necesidades sociales es posiblemente la razón que los lleve a estar de acuerdo en admitir que la legislación penal económica cumple las condiciones de legitimidad para ser considerado también Derecho penal.

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

Ya en su obra programática *Política criminal y sistema del Derecho penal*[139] puede verse con claridad el cambio metodológico que ROXIN quiso darle a la dogmática penal, en el sentido de una estrecha vinculación de las categorías dogmáticas con finalidades político-criminales[140]. 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[141]. 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[142]. 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

---

[138] 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.

[139] Vid., *Política criminal*, *passim*. Vid., también la referencia al cambio metódico de Roxin a partir de este trabajo, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 166 y ss.

[140] Vid., ROXIN, *Política criminal*, p. 33 y ss. En este sentido, también, la interpretación de LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 167.

[141] 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.

[142] ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7 n.m. 51; SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 35.

que sólo importe la consecución de una finalidad preventiva. 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[143]. Se trata, por tanto, de un sistema dogmático orientado también a valores, que no deja de lado, por tanto, el aspecto garantista del Derecho penal. Pero además debe tenerse presenta que la configuración preventiva de las categorías dogmáticas no puede superar ciertos límites ontológicos externos que proporciona la naturaleza de las cosas[144]. Esto 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 responder a las necesidades punitivas. El sistema teleológico no otorga al dogmático una carta libre para normativizar absolutamente los conceptos dogmáticos con fines preventivos, pues la configuración de las estructuras de imputación debe tener en consideración las garantías penales y atenerse a los límites ontológicos.

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 haga frente de manera eficaz a la delincuencia económica[145]. En consecuencia, las diversas categorías dogmáticas deberán adaptarse a los nuevos requerimientos punitivos en el ámbito de la economía y permitir soluciones dogmáticas tanto eficaces como coherentes. No obstante, si la regulación penal económica resulta contraria al contenido esencial de las finalidades garantistas o desconoce los límites ontológicos

---

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

[144] 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. Sobre esta diferencia de planos, vid., Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 32 y ss.

[145] 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.

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.

b. El concepto de bien jurídico penalmente protegido

El Derecho penal económico resulta legítimo en la medida que proteja subsidiariamente bienes jurídicos por medio de las conminaciones penales. En la concepción de bien jurídico de ROXIN entran en juego un concepto dogmático y uno político-criminal. El primero constituye propiamente la *ratio* de las leyes penales o, lo que es lo mismo, aquello que el legislador decide que merece ser protegido por el Derecho penal[146]. Esta decisión sólo puede ser tomada 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*"[147]. El concepto político-criminal de bien jurídico exige, por su parte, que se proteja solamente aquellos bienes jurídicos que puedan ser deducidos de la Constitución Política[148]. Bajo

---

[146] 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.

[147] 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.

[148] 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 constituye

estas consideraciones, la protección que la legislación penal económica despliega sobre los intereses sociales sólo podrá admitirse si cumple con ambos aspectos del concepto de bien jurídico.

En cuanto a los bienes jurídicos individuales, debe destacarse que la concepción desarrollada por ROXIN presenta un carácter normativo[149], por lo que estos bienes no son realidades estáticas, sino que, dentro del marco constitucional, están abiertos al cambio y a los progresos del conocimiento científico. Por esta razón, no suscita mayor inconveniente admitir la legitimidad de los procesos de neocriminalización que se ocupan de regular 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 el resguardo normativo necesario[150]. Y esto es precisamente lo que sucede cuando se incorpora a la legislación penal económica tipos penales que sancionan nuevos sucesos dañosos distintos a los englobados por los tradicionales delitos patrimoniales, pero que afectan igualmente de manera directa o indirecta los derechos patrimoniales de los sujetos individuales (fraude mediante computadoras, por ejemplo)[151]. Esta labor de criminalización se encuentra plenamente justificada.

---

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 penal, 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.

[149] 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.

[150] Vid., ROXIN, *JA* 1980, p. 547; EL MISMO, en *Dogmática penal*, p. 448 y s.

[151] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *CCGPJ* 1991, p. 33 y ss. Vid., también, TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, I, p. 50.

Más discutible resulta la legitimación para criminalizar conductas que afectan el funcionamiento de la economía[152]. Para justificar esta incriminación penal se propone una serie de pasos. Lo primero es demostrar el daño (material e inmaterial) que este tipo de actuaciones produce en el sistema económico[153], esto es, acreditar suficientemente su dañosidad social[154]. Sin embargo, la intervención penal no se puede justificar aún con sólo estos datos sociológicos, por lo que resultará necesario encontrar además un fundamento dogmático, es decir, la afectación a un bien jurídico. 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[155]. Por esta razón, se opta, más bien, por hacer referencia a diversos bienes jurídicos dentro del sistema económico, en función del ámbito de protección de la norma jurídico-penal (sistema crediticio, competencia, consumidores)[156], lo que ha dado carta de naturalización dogmática a los bienes jurídicos económicos de carácter supra-individual[157] o, en todo caso, a bienes jurídicos mediatizados entre el interés del Estado y el de los individuos[158]. Sin embargo, esta fundamentación dogmática tampoco basta para legitimar la incriminación penal, sino que, como ya se vio,

---

[152] 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.

[153] 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.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *Persona y sociedad*, vol.XIX, nº 1 (2005), p. 103.

[154] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 53. Del mismo modo, SCHÜNEMANN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 631 y s.

[155] Vid., en este sentido, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253.

[156] Vid., por ejemplo, la enumeración de TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 51; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 691.

[157] 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.

[158] Vid., TIEDEMANN, *JZ* 1986, p. 868; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 691; EL MISMO, *Verfassungsrecht*, p. 54.

debe satisfacerse también 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 (la llamada Constitución Económica)[159].

De lo expuesto podría concluirse que 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 o de lesión al sistema. Y es que, en efecto, esta comprensión del Derecho penal critica 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[160]. 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 utilización de los recursos[161]. 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[162].

Lo anterior no significa que la perspectiva teleológica acepte todos los procesos de neocriminalización, sino que también rechaza, por ilegítimos, aquellos que tienen lugar con intenciones puramente electorales y que constituyen, por tanto, un abuso de la política criminal racional[163]. Si bien se menciona expresamente el caso de los delitos de terrorismo y

---

[159] 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.

[160] Vid., SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 23.

[161] 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.

[162] Cfr. SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 20 y ss; EL MISMO, *FS-Triffterer*, p. 438 y ss. (espec. 452).

[163] Vid., ROXIN, *JA* 1980, p. 547.

tráfico de drogas, no se excluye la posibilidad de que también en el ámbito del Derecho penal económico se presente alguna irregularidad de este tipo. En principio, hay una inclinación a conceder legitimidad al Derecho penal económico, pero eso no descarta la posibilidad de crítica en caso de presentarse 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[164]. Dentro del Derecho penal económico no hay lugar para la sanción de "meras conductas de desobediencia"[165].

B. El sistema funcionalista de JAKOBS

Si bien el planteamiento de JAKOBS puede coincidir con las propuestas teleológicas en el abandono de estructuras ontológicas absolutas para la construcción del sistema dogmático y su sustitución por conceptos normativos[166], va mucho más allá, en tanto considera que no debe existir ninguna limitación ontológica a la normativización de los conceptos jurídico-penales[167]. 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[168]. La legitimación del Derecho penal se obtiene, por lo tanto, de

---

[164] Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 75 y s.

[165] Vid.. TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C34; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 77.

[166] Vid., en este sentido, el propio ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 27.

[167] 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.

[168] 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, esto es, como el mantenimiento de su identidad normativa.

la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente[169].

Desde la perspectiva jakobsiana, el fundamento racional de la pena residiría en la negación del sentido comunicativo del delito, entendido como negación de la vigencia de la norma[170], por lo que la función de la pena consistiría en restablecer la vigencia de la norma defraudada mediante la negación de lo comunicado por el delito[171]. 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[172], de manera que procede a construir racionalmente 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 los conceptos sociológicos de expectativa, comunicación y restabilización formulados por Luhmann en su teoría de los sistemas sociales, aunque rechazando expresamente el método constructivista de interpretación de la realidad y definiendo estos conceptos de manera un tanto particular[173].

Al determinar racionalmente con base en parámetros sociológicos el orden normativo de la sociedad, Jakobs no convierte en tema de discu-

---

[169] Vid., Cancio Meliá, en *El sistema funcionalista*, p. 32.

[170] Vid, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 9 y ss.; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18. 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.

[171] Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 11; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; El Mismo, *System*, p. 13 y s.; 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.

[172] Esto se corresponde con la muy citada frase de Hegel, *Grundlinien*, p. 56. Aborda de manera extensa el sentido de esta famosa frase utilizada por Hegel, Pawlik, *La libertad institucionalizada*, Madrid, 2010, p. 15 y ss.: "*en la idea se une lo racional con lo real*" (p. 22).

[173] 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. 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.

sión la concreta configuración de la sociedad, sino que la da por válida[174]. Desde esta perspectiva, la cuestión de si está bien el Derecho penal que una determinada sociedad ha configurado, no se resuelve al interior del Derecho penal[175], pues lo que procura el método funcionalista es simplemente describir cómo el sistema penal permite el funcionamiento de una sociedad concreta[176]. Una posición crítica sólo podría tener lugar si es que algún aspecto del sistema penal no resultase funcional al desenvolvimiento del concreto sistema social.

a. La descripción del Derecho penal económico

La explicación funcionalista de los delitos económicos parte de la importancia que lo económico tiene en la sociedad moderna, lo cual influye decisivamente en la configuración normativa de la sociedad actual y, por tanto, en el Derecho penal[177]. Las actuaciones económicas 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– no asegura la observancia de las reglas de convivencia social[178]. En este sentido, para mantener la identidad normativa de la sociedad es necesario que, desde fuera, el Derecho penal se ocupe de restablecer las expectativas defraudadas en el sector económico. El Derecho penal protege la identidad normativa esencial de la sociedad también en la economía[179].

---

[174] 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.

[175] Vid., CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 40.

[176] 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]. 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.

[177] Cfr. JAKOBS, *La ciencia*, p. 133; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 54 y s.

[178] Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 55.

[179] 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.

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 tenga que sujetarse a límites ontológicos de algún tipo[180]. En la medida que la legislación penal vaya incorporando tipos penales que repriman delitos económicos, los criterios de imputación deberán también adaptarse a estos nuevos aspectos de la realidad social incorporados legislativamente al sistema penal. Esta adaptación de los conceptos puede verse en los aspectos más relevantes de la dogmática penal para la lucha contra la criminalidad económica.

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 realidades existentes valoradas positivamente, sino la vigencia efectiva de las normas que garantizan la confianza en el respeto a bienes jurídicos, roles y paz jurídica[181]. No son, pues, las consecuencias externas del quebrantamiento de una norma lo que tiene significación para el Derecho penal[182], "*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*" [183].

---

[180] 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.

[181] 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.

[182] Vid., JAKOBS, *System*, p. 13.

[183] CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 36. En el mismo sentido, LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 22.

Lo relevante del delito se encuentra, más bien, en su sentido comunicativo[184], esto es, en lo que comunica socialmente el comportamiento dirigido a lesionar o frustrar determinadas realidades socialmente valiosas. Esta necesaria referencia de la protección penal a un comportamiento se ve con mayor claridad 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[185]. En consecuencia, los bienes jurídicos sólo adquieren relevancia penal en relación con la conducta de una persona, de manera que el bien real o deseado se espiritualiza en norma y de esta manera adquiere protección[186]. Lo que protege el Derecho penal no es, pues, el bien en sí, sino a través del mantenimiento 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. En efecto, 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[187]. La tipificación de los llamados delitos de peligro abstracto en la legislación penal económica encontraría en el funcionalismo sistémico bases teóricas convincentes para su reconocimiento[188].

---

[184] Destacan el sentido comunicativo JAKOBS, *System*, p. 13 y s.; 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.

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

[186] Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 50.

[187] Vid., en este sentido, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 163 y s., nota 38.

[188] JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 2, n.m. 25b.

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 del sistema social al que están referidos los tipos penales y en el que no se presentan únicamente interacciones directas entre sujetos[189]. "*Las expectativas de conducta se pueden referir también simultáneamente al establecimiento de instituciones o a la conformación de sistemas parciales complejos de la sociedad*"[190]. 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[191]. 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 colectivos o 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 muestra crítico en determinados aspectos muy concretos de la legislación penal contemporánea[192], 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 su existencia será legítima.

---

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

[190] MÜSSIG, en *RPDJP* 2 (2001), p. 359.

[191] MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 192.

[192] 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 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. 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[193]. 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[194], 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[195] 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 que se pretende alcanzar con el aligeramiento de los límites y los controles de la reacción penal[196].

La configuración de un Derecho penal del enemigo se ha hecho patente en las legislaciones penales contemporáneas con independencia de si puede ser considerado legítimo o no. La constatación de este dato, aunque produzca en algunos un fuerte rechazo de principio, no puede negarse. En la legislación penal peruana se aprecia 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 están adquiriendo las características de un Derecho

---

[193] Vid., CANCIO MELIÁ, *RPCP* 13, p. 155.

[194] JAKOBS, *La ciencia*, p. 139: "*El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos*".

[195] Vid., sobre la autoexclusión JAKOBS, en *LH*-Jakobs (Colombia), p. 85 y ss.

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

penal del enemigo. El término "lucha" (*Kampf*) que en Alemania 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 penal del enemigo[197]. La existencia de ciertas condiciones en el sistema económico que inclinarían a los agentes económicos a infringir sistemáticamente las normas jurídicas daría la base suficiente para tratarlos punitivamente como enemigos.

C. El normativismo de FRISCH

En el planteamiento de FRISCH, el bien jurídico está definido de manera previa al Derecho penal por medio de normativas especiales de cada uno de los ámbitos vitales más importantes y de otros espacios de conflicto[198]. En el ámbito penal lo que se lleva a cabo son fundamentalmente funciones de coordinación, es decir, si el bien jurídico previamente definido merece protección penal y hasta qué punto se debe restringir la libertad de actuación con una norma de conducta a favor de la protección del bien jurídico. Para decidir esta cuestión, debe tenerse en cuenta si la restricción de libertad establecida por la norma de conducta resulta proporcional, esto es, si es idónea, necesaria y adecuada para la protección del bien jurídico[199]. Aquí entran en juego criterios de racionalidad y de justicia, e incluso, en algunos casos, fórmulas de consenso[200]. Bajo estas consideraciones, las prescripciones penales podrán considerarse legítimas si la limitación de la libertad del afectado por la prohibición o el mandato está justificada en una ponderación de los bienes e intereses implicados[201]. En lo que nos atañe, si la legislación penal económica procede a restringir la libertad de los agentes económicos con la finalidad de mantener razonablemente otros bienes jurídicos o intereses en el ámbito econó-

---

[197] Vid., así, JAKOBS, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, p. 38 y s. (nota 29). Críticamente MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 67; ABANTO VÁSQUEZ, en *Derecho penal del enemigo*, Cancio/Gómez-Jara (coord.), p. 33.

[198] Vid., FRISCH, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 316, destacando que ello se aprecia especialmente en el ámbito del Derecho penal económico.

[199] FRISCH, *Verhalten*, p. 74 y ss.

[200] Vid., con detalle, FRISCH, en *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (eds.), p. 201 y ss.

[201] Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 70; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 222 y s.

mico, entonces este Derecho punitivo alcanzará el estándar de legitimidad requerido. La legitimidad de esta restricción de la libertad de actuación por medio de una pena puede darse no sólo en delitos de lesión o de peligro concreto, sino también de peligro abstracto, en tanto el injusto de la acción sea de especial significación[202].

Sobre la base de las ideas precedentes, MANDÖRFER, discípulo de FRISCH, ha emprendido hace poco la labor de desarrollar una teoría del Derecho penal económico. Su punto de partida es rechazar los planteamientos al uso en la doctrina penal de explicar el Derecho penal económico desde una visión supraindividual de la economía, pues ello llevaría a un Derecho protector de las instituciones que sería poco compatible con la protección de los recursos económicos individuales[203]. Por ello, propone un planteamiento que se ubica en el polo opuesto, al entender la economía como un complejo de innumerables acciones individuales y ajustar, por tanto, los aspectos de la imputación penal a un referente individual, aunque no desde una perspectiva aisladora, sino en su dimensión social. Bajo esta idea, el Derecho penal económico es definido como el Derecho penal que asegura mediante sanciones las condiciones de la acción del individuo para la consecución de ganancias individuales en sociedad ante agresiones de terceros, facilitando de esta manera las actividades económicas individuales[204].

De lo anterior, se desprende que la decisión de incriminar un comportamiento económico individual requiere ponerlo en relación con las disposiciones jurídico-constitucionales y las consideraciones de teoría económica correspondientes[205]. Por un lado, debe ponderarse el interés en el desarrollo personal frente al interés por la protección de bienes jurídicos. Dado que el Derecho penal sólo puede intervenir legítimamente para proteger bienes jurídicos elementales, únicamente podrán ser pasibles de protección penal los presupuestos elementales de una actuación económi-

[202] Vid., FRISCH, en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.), p. 334.

[203] Vid., MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 14 y s.

[204] MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 17.

[205] Vid., MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 32.

ca individual[206]. El sujeto económico individual debe respetar, en la consecución de sus intereses económicos, estos bienes jurídicos establecidos por la sociedad. Pero el Derecho penal económico no sólo tiene la función de minimizar los riesgos de lesión de bienes jurídicos elementales, sino que también debe asegurar los espacios de libertad económica del sujeto individual. Las normas penales amplían su libertad de actuación, en tanto le permiten evaluar adecuadamente sus costos de transacción y, por tanto, rentabilizar sus emprendimientos de carácter económico[207].

Las consideraciones precedentes llevan a la conclusión de que la legislación penal económica se corresponde con la función general del Derecho penal de proteger bienes jurídicos elementales mediante una modulación de la libertad de actuación. La operatividad de estas prohibiciones penales precisa formular una teoría de la imputación que determine cómo la actuación del agente económico individual alcanza esa incidencia penal que permite calificarla como la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Dado que las actuaciones económicas se presentan normalmente en contextos complejos en los que diversas personas deciden y actúan[208], el Derecho penal económico debe tener en cuenta esta situación particular al momento de formular los criterios de imputación a utilizar en la asignación de la responsabilidad penal.

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, por tanto, 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 o el llamado Derecho de intervención[209]. Ante esta situación surge la opinión del Prof. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, quien a manera casi de epílogo de su significativo trabajo titulado «La expansión del Derecho pe-

[206] Vid., MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 33.

[207] Vid., MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 34.

[208] Vid., MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 310 y ss.

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

nal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales»[210], se pregunta sobre la posibilidad de un Derecho penal de dos velocidades e incluso, en circunstancias excepcionales, con una tercera velocidad[211]. Con este planteamiento se puede dar una salida salomónica a los problemas de legitimación de las nuevas formas de incriminación penal, en la medida que no todos los delitos deben agruparse en un estándar único de represión y de garantías.

La visión del Derecho penal de varias velocidades parte de la idea de que en la legislación penal es posible distinguir regularmente dos ámbitos con velocidades distintas. Por un lado, se encontraría el Derecho penal de los delitos que tienen previstos como consecuencia jurídica una pena privativa de libertad, en el que deben mantenerse plenamente vigentes los criterios clásicos de la imputación penal y las garantías político-criminales. Por el otro, estaría el Derecho penal de los delitos sancionados con penas distintas a la privativa de libertad (por ejemplo, privativas de derechos, multas e incluso sanciones a personas jurídicas), en el que los criterios y garantías podrían flexibilizarse[212]. Este Derecho penal flexible sería, no obstante, judicial (no administrativo) y mantendría el significado «penal» de los injustos y de las sanciones[213].

La formulación de un Derecho penal de dos velocidades permitiría al sistema penal satisfacer las necesidades de funcionalización que exige la modernidad y, a la vez, no abandonar el aspecto garantista propio del Derecho penal liberal[214]. Intentar mantener en el Derecho penal contem-

---

[210] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 178 y ss. 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.; TERRADILLOS BASOCO, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 21 y ss.

[211] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 183 y ss.

[212] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 178 y s. Acoge el criterio de la pena privativa de libertad como criterio de diferenciación, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 408.

[213] SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 179.

[214] Precisamente WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 50, resalta la necesidad de encontrar un sistema de imputación eficiente que no deje de lado las garantías esenciales.

poráneo no sólo una unidad de principios, sino también de categorías y contenidos específicos, resulta 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, sería desarrollar un Derecho penal de dos velocidades, es decir, con un mismo motor, pero con formas de funcionamiento diferenciadas.

La propuesta de un Derecho penal de varias velocidades admite incluso que, en ámbitos muy excepcionales, la regulación penal pueda alcanzar una tercera velocidad, lo que tendría lugar cuando se sancionan delitos con penas privativas de libertad con una flexibilización de los criterios de imputación penal y las garantías fundamentales. Se trata de lo que, en el discurso dogmático de Jakobs, se conoce como el Derecho penal del enemigo. Hay que precisar, sin embargo, que la propuesta de Silva Sánchez es mucho más crítica con la posibilidad de configurar un Derecho penal de tercera velocidad, pues entiende que, dada la mezcla de los aspectos más drásticos de los otros ámbitos del Derecho penal, el Derecho penal del enemigo tendría que quedar reducido a la mínima expresión[215].

Ya en la primera edición de *La expansión del Derecho penal*, Silva Sánchez había indicado que, a propósito del Derecho penal económico, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación, como también de los principios político-criminales[216], lo que permitía concluir que los delitos económicos estarían integrados en el Derecho penal de segunda velocidad. Pero también precisó, desde un principio, que en el caso de delitos económicos que previeran como sanción penas privativas de libertad, éstos debían mantenerse en el núcleo duro del Derecho penal y, por lo tanto, rechazarse una flexibilización de los criterios de imputación penal[217]. Pese a estas precisiones, al planteamiento de Silva Sánchez se le ha cuestionado que, al situar buena parte de los delitos económicos en el Derecho penal flexible, estaría favoreciendo la criminalidad de los podero-

[215] Vid., en este sentido, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, p. 184.

[216] Vid., Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 1ª ed., p. 125.

[217] Así, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 1ª ed., p. 126.

sos con un estándar represivo más benévolo que renuncia a la pena privativa de libertad[218]. A ello el penalista abulense responde señalando que su planteamiento no distingue personas, sino hechos, por lo que la inclusión de los delitos que se estructuran sobre la anticipación o la acumulación en el Derecho penal de segunda velocidad, se hace en atención a la estructura del comportamiento y no por la calidad del autor[219].

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-criminales se deban flexibilizar o no. Este criterio debe ser sustituido por otro que resulte dependiente más de las características del hecho sancionado que de la consecuencia jurídica a imponer.

En nuestra opinión, el Derecho penal flexible debe fundamentarse en la necesidad social de garantizar ciertas condiciones sociales esenciales al margen de la aparición de lesiones a derechos individuales. A diferencia del estándar de incriminación de los delitos patrimoniales que precisa de la efectiva lesión o puesta en peligro del patrimonio de un sujeto individual, las conductas constitutivas de delitos económicos se mueven en contextos de mayor complejidad intersubjetiva. Si a la incriminación de estos delitos se le exigiese un elemento de lesividad individualizada, lo más seguro es que no podrían ser tipificados o, en todo caso, se complicaría relevantemente la imputación penal. La protección penal en la economía no se puede alcanzar de manera satisfactoria si no se asegura su intervención en niveles que ciertamente no implican aún una lesión individualizada conforme a la figura clásica de los delitos[220]. Si bien ello provoca una variación

[218] Vid., las referencias a esta crítica en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 200.

[219] Vid., detenidamente, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 201 y ss.

[220] 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.,

de las garantías penales tradicionales vinculadas a la exigencia de una lesión concreta, no cabe otra alternativa para asegurar una protección penal eficaz en el sistema económico[221].

La inclusión del Derecho penal económico en el ámbito flexible del sistema punitivo deja aún por responder la cuestión de si debe ajustarse a la segunda o la tercera velocidad. No puede negarse que ciertos delitos económicos están tomando las características propias de un Derecho penal del enemigo, tal como lo muestra el hecho de que el "*Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Informal y Crimen Organizado*" haya incorporado modificaciones claramente represivas que pasan por encima los estándares regulares de la imputación penal. Sin embargo, más allá de esta posible asunción de algunos rasgos de un Derecho penal del enemigo (posiblemente más por la vinculación criminológica del lavado de activos con el narcotráfico), no parece plausible adscribir de manera general el Derecho penal económico peruano a este ámbito punitivo de excepción[222]. Los delitos económicos no cuentan, al menos aún, con el rechazo social que impulse a los políticos a una intensificación excepcional de los mecanismos de represión contra los delincuentes económicos. El Derecho penal económico no es, en su conjunto, un Derecho penal de tercera, sino de segunda velocidad.

El establecimiento de un estándar distinto para el Derecho penal económico, suscita razonablemente la cuestión de por qué seguir llamándolo Derecho penal y no enmarcarlo en el Derecho administrativo sancionador o dar paso mejor a una nueva disciplina jurídica. Una respuesta formal sería que este ámbito jurídico se sujeta a las reglas del proceso penal y sus sanciones son impuestas igualmente por jueces penales. Sin embargo, también hay una justificación material para seguir llamándolo así; y es que la función social que cumple es la misma que la que se le asigna al Derecho penal en general[223]. Lo único particular es que el Derecho penal económi-

---

652 y s.; El Mismo, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 82; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 221.

[221] Similarmente, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 191 y s.

[222] Del mismo parecer, Abanto Vásquez, en *Derecho penal del enemigo*, Cancio/Gómez-Jara (coord.), p. 33.

[223] En el mismo sentido, Kindhäuser, en *Hacia un Derecho penal*, p. 441 y s.

co es un Derecho penal de una velocidad distinta. En consecuencia, los criterios de imputación penal deben adaptarse a las características de la realidad económica, del mismo modo que las garantías jurídico-penales deben encontrar en este ámbito concreto su propia identidad y racionalidad[224].

III. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Es un lugar común en la doctrina que la pregunta sobre la función que cumple el Derecho penal suponga abordar previamente la cuestión de la función atribuida a la pena, pues ésta constituye el mecanismo de reacción que identifica a aquél[225]. Esta orientación de la argumentación resulta igualmente aplicable al Derecho penal económico, en la medida que, como se ha dicho, su función coincide, en términos esenciales, con la atribuida al Derecho penal general[226]. No se está, por tanto, ante un ámbito jurídico con principios regulativos y criterios de imputación cualitativamente distintos, sino simplemente ante un sector especial del Derecho penal[227]. El Derecho penal económico no cuenta, al menos todavía, con una autonomía funcional que motive tratarlo como un sistema normativo distinto al Derecho penal.

La opinión doctrinal mayoritaria coincide en que la pena a imponer por la realización de un delito económico no cumple la misión trascendental de realizar la Justicia, sino que, por el contrario, su función se mueve en el plano social[228]. Este acuerdo inicial no alcanza, sin embargo, a los criterios para determinar la función social que la pena cumpliría. Si bien se parte de la idea común de que la pena debe dar a los autores potenciales

---

[224] De parecer similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 73 y s.

[225] Vid., ALCÁCER GUIRAO, *Los fines*, p. 21.

[226] Similarmente, KINDHÄUSER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 441 y s.

[227] En este sentido, MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 32, sostiene que la dogmática vale igualmente para el Derecho penal económico y el Derecho penal nuclear. Destaca, por el contrario, ROTSCH, *FS-Samson*, pp. 148, 149 y ss., lo que llama la "compartamentalización" (*Divisionalisierung*) del Derecho penal, lo cual llevaría a distinguir entre un Derecho penal nuclear y el Derecho penal económico.

[228] 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.

un motivo adicional para la observancia de la norma[229], su imposición apuntaría a funciones distintas. En una simplificación un tanto aventurada, pero útil para la exposición de las ideas, puede decirse que las posturas que otorgan una función social al Derecho penal económico pueden ordenarse en dos tendencias: Por un lado, la que le atribuye una función de motivación para evitar conductas lesivas de los bienes jurídicos económicos; 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 en el sistema económico.

1. 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[230]. Esta comprensión parte de un diálogo racional entre la norma y su destinatario para que este último ajuste su conducta a lo dispuesto en la primera. En el Derecho penal económico se opta, por lo general, por la vertiente de la prevención general negativa, lo que significa que la motivación tiene lugar por medio de una intimidación dirigida a todos los ciudadanos. Ello se debe a que la crítica formulada usualmente por los detractores de la prevención general negativa, en el sentido de que esta función de la pena no podría sostenerse en delitos como los pasionales, no resultaría aplicable a los delitos económicos, en donde el agente hace necesariamente una ponderación de los costes y beneficios de su actuación[231]. En tal sentido, habría que reconocer la

---

[229] Vid., de manera general, FRISCH, *GA* 2009, p. 385. De lo contrario, la existencia de un Derecho penal que no pueda, siquiera potencialmente, reducir la criminalidad, no tendría sentido.

[230] 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; LAMAS PUCCIO, *LH-Bustos*, p. 522.

[231] 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.

mayor viabilidad de la función de prevención general negativa de la pena en el Derecho penal económico.

La aparente superación de la primera crítica que se le hace a la teoría de la prevención general negativa no impide, sin embargo, otro cuestionamiento más importante. La intimidación se expresa en una amenaza con una pena abstracta por el delito tipificado (por ejemplo, para el delito de libramiento indebido se establece una pena privativa de libertad para intimidar de 1 a 5 años), lo cual no considera el hecho incuestionable de que la ponderación de costes y beneficios siempre se hace en cada caso concreto y que las variables de esta ponderación nunca son las mismas[232]. Es así que, en determinado contexto, puede ser que la pena intimide realmente (cuando los beneficios a obtener por el delito son mínimos), pero puede ser también que bajo otras circunstancias no lo haga. Desde la lógica de la intimidación, un delito no muy grave requerirá una pena muy elevada para poder motivar al delincuente concreto si lo que está en juego es de vital importancia, por ejemplo, un acto de denigración del competidor del que dependa la supervivencia de la empresa[233]. Dado que los tipos penales no pueden prever una pena puntual en atención a las particularidades de cada caso, la única manera de asegurar la fuerza intimidatoria suficiente de la conminación penal sería admitiendo amplios márgenes punitivos. Sin embargo, dar cabida a estos niveles de amplitud punitiva traería consigo el riesgo de caer en una situación de terror penal.

Los defensores de la prevención general negativa son conscientes de la debilidad de centrarse exclusivamente en la función intimidatoria de la conminación penal, por lo que intentan aportar criterios generales que sirvan para establecer hasta dónde se puede llegar con una pena intimidante en el plano general[234]. La principal dificultad de esta nueva orientación

---

[232] Por esta razón, no se comparte 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.

[233] En el mismo sentido, la crítica de JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 30.

[234] 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

preventivo-general reside en la imposibilidad de armonizar en un sistema coherente los criterios de prevención y los de limitación de la potestad punitiva. Esta situación se hace especialmente patente en el Derecho penal económico, en donde se aprecia abiertamente un desequilibrio entre los fines de motivación y la limitación de la represión mediante garantías jurídico-penales[235]. Con ello se abriría finalmente la puerta a cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante la amenaza penal y los límites a esta motivación[236].

2. La función de reestabilización de la pena

El germen de una comprensión de la función del Derecho penal económico como instrumento de reestabilización de expectativas se puede encontrar en la idea de la confianza desarrollada por OTTO. 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 los bienes jurídicos por medio de la intimidación punitiva, sino, más bien, a reformular el bien jurídico protegido, en el sentido de que en los delitos económicos no se lesionan bienes jurídicos con contenido material, sino la llamada confianza general (abstracta) en el sistema económico o en algunas de sus instituciones[237]. Si OTTO hubiese concretado la idea de la confianza en los distintos delitos económicos, habría podido con seguridad reformular la función del Derecho penal económico en el sentido de un restablecimiento de la confianza en la norma.

---

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.

[235] Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 203.

[236] 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.

[237] 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.

Un desarrollo consecuente de la función de reestabilización ha sido llevado a cabo por JAKOBS para el Derecho penal en general. Este autor parte de rechazar, como criterio de legitimación, la función de motivación de las normas penales para evitar lesiones a bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece, éstos se encuentran ya lesionados[238]. La única función que el sistema penal podría desplegar en este contexto, consistiría en restablecer lo que aún le resulta posible mediante la imposición de una pena; esto es, devolver la vigencia comunicativo-social a la norma infringida[239]. Esta concepción del Derecho penal se centra en la función que cumpliría la pena en el plano comunicativo[240]. Si bien se ha calificado a esta interpretación de la pena como una forma de prevención general positiva[241], lo cierto es que no se sustenta en la motivación de los ciudadanos respecto de su comportamiento futuro, sino que atiende, más bien, a las necesidades presentes del sistema social, es decir, a solucionar el problema comunicativo provocado por la infracción de la norma[242]. Si se quiere utilizar terminología con base en la teoría de las normas, podría decirse que, según esta concepción, la función manifiesta del Derecho penal no se encuentra en la norma de conducta, sino en la norma de sanción[243]. Esta

---

[238] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 75; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 26; MÜSSIG, en *Teorías de sistemas*, p. 202. Anteriormente, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 2.

[239] 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.

[240] 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.

[241] 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.

[242] 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.

[243] Vid., esta bipartición que sirve para entender las disputas entre las teorías de la motivación y las de la reestabilización, KINDHÄUSER, en *Modernes Strafrecht*,

afirmación, sin embargo, no significa negar que la existencia del Derecho penal requiere fortalecer cognitivamente la norma de conducta, pues queda claro que un ordenamiento penal que nadie respeta termina finalmente por desaparecer[244]. Pero una condición de la existencia de un sistema no tiene que ser elevada a la calidad de función legitimante del desarrollo de dicho sistema.

Recientemente Michael Lindemann ha asumido plenamente la función de reestabilización de la pena en el ámbito específico del Derecho penal económico[245]. A la pena le correspondería la función comunicativa de mantener la vigencia de las expectativas normativas institucionalizadas en normas de los intervinientes en la vida económica. El punto de referencia de esta función de reestabilización de la pena es, sin duda, la economía, la cual es entendida como el conjunto de todas las disposiciones y medidas para satisfacer ordenadamente las necesidades humanas respecto de bienes. Sin embargo, el referido autor señala que no es suficiente darle a la pena la función de restablecer las expectativas normativas defraudadas, sino que ella debe percibirse por la generalidad como una retribución ajustada al injusto realizado culpablemente[246]. De esta manera se resaltan dos perspectivas para la fundamentación de la pena: Una interna cuya medida es la justicia en el caso concreto que se alcanza

---

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.

[244] Es necesario precisar que el reconocimiento de una base cognitiva sobre la probabilidad de la vigencia del Derecho, reconocida 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).

[245] Vid., Lindemann, *Voraussetzungen*, p. 5 y s. En España cabe destacar igualmente la definición que, al respecto, da Feijoo Sánchez, *Diccionario de Derecho penal económico*, Boix Reig (dir.), p. 143; El Mismo, *InDret* 2/2009, p. 4.

[246] Vid., Lindemann, *Voraussetzungen*, p. 23.

si la pena es conforme a la culpabilidad del autor por el hecho, y otra externa cuya medida es la finalidad procurada sobre la generalidad con la imposición efectiva de la pena.

3. Toma de posición

Pese a las objeciones que la doctrina penal dominante esgrime contra 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[247]. El Derecho penal económico no cumple, por tanto, una función de motivación mediante las normas penales, al menos no cómo 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[248]. Sin embargo, pese a compartir la misma perspectiva con el planteamiento general 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[249]. 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 nuevas condiciones de la realidad, pero también hay que reconocer que la sociedad no tendría ningún sentido sin los seres humanos[250]. Si bien el funcionalismo en el Derecho penal, utilizando

---

[247] Vid., en general para el Derecho penal, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 15; Lesch, *Intervención delictiva*, p. 37 y s.

[248] Vid., similarmente, Schmidhäuser, *Form und Gehalt*, p. 41 y ss. Tampoco se justificaría la imposición de una pena a aquéllos que no se pueden intimidar por la norma penal (vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 275).

[249] Vid., Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 69. Reconoce la vinculación de esta concepción con una visión positivista, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 142.

[250] Vid., igualmente, Witteck, *Der Betreiber*, p. 152.

en parte las ideas de la teoría de los sistemas, acepta que sin individuos no existiría sociedad, rechaza que su configuración dependa de éstos[251] 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)[252]. Con este proceder se abre la posibilidad de excluir determinados individuos del sistema social o de sus sistemas parciales, así como también de dejar al margen determinados aspectos del individuo que no "sirven" o "comunican" en el sistema social.

Nuestra divergencia con el planteamiento de JAKOBS se presenta precisamente en la concepción de 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 a todo individuo por el hecho de ser un ser humano[253]. 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*"[254]. En este sentido, el Derecho penal económico no cumple su función de reestabilización respecto de la identidad de la sociedad en sí misma o de un determinado modelo *a*

---

[251] 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.).

[252] Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 17. Por ello, el concepto de persona que utiliza JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 30 y s., 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. Una interesante exposición sobre la escisión de persona e individuo, PIÑA ROCHEFORT, *Rol social*, p. 271 y ss.

[253] Vid., con mayor detalle y fundamentación, SPAEMANN, *Personen*, p. 252 y ss.

[254] *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 140.

priori del sistema económico, sino en tanto la organización económica de la sociedad favorece la realización de las personas[255].

Por aclarar queda, sin duda, cuáles son los aspectos de la persona que inciden en la configuración normativa de la sociedad. Podría seguirse una visión individualista que se asiente en el plano netamente económico, en el sentido de asegurar las condiciones de la acción del individuo para la consecución de sus ganancias individuales en sociedad[256]. Esta visión no es, sin embargo, completa, pues solamente destaca el lado económico de la persona, olvidando que los ingresos económicos constituyen solamente un medio para la realización personal. Si la configuración normativa de la sociedad en el plano económico se limitase a las condiciones para los emprendimientos económicos individuales, el Derecho penal económico no podría alcanzar a delitos como la contaminación ambiental o el tráfico de productos defectuosos nocivos. Por ello, debe tenerse en cuenta que en la economía la persona no interviene para lucrar u obtener ganancias, sino fundamentalmente para satisfacer diversas necesidades que permiten su realización personal. En lo que sigue, entraremos en esta idea de manera más detenida, vinculándola con la función que debe cumplir el Derecho penal económico.

A. 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. 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). La aportación social del sistema económico radica en llevar a cabo una distribución de los recursos existentes que posibilite el desarrollo personal[257].

---

[255] Vid., esta orientación respecto del Derecho penal en general, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 271.

[256] En este sentido, MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 17.

[257] Debe ponerse el acento en que la función de distribución no es ciega, sino que tiene como fin el desarrollo de las personas. Por ello, no puede asumirse la concepción

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[258]. No 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[259]. Estas actuaciones divergentes producen una defraudación de expectativas

---

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. 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): "*Ella* (la comunicación) *no sería posible sin este entorno* (el individuo)".

[258] 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*, pp. 25, 60 y ss.; cfr. también 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 constituida 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).

[259] Vid., Tiedemann, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C19; Bottke, *Revista penal* 4 (1999), p. 22.

que, en muchos casos, no puede ser reestabilizada cognitivamente por el propio sistema económico[260], de manera que se hace necesaria la intervención del sistema jurídico para devolver la vigencia a tales expectativas defraudadas y mantener la identidad del sistema social en la economía.

Para que el sistema jurídico cumpla con su prestación al sistema social, necesita reproducir internamente el modo de funcionamiento de la economía y, especialmente, sus estructuras de expectativas[261], aunque debe reconocerse que las utiliza sólo instrumentalmente, es decir, como aspectos de los que se vale para desempeñar su propia función[262]. En este sentido, el ordenamiento jurídico tiene que contemplar la función social atribuida al 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[263]. Estas normas constitucionales no asumen, sin em-

---

[260] Vid., así, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 55.

[261] 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.

[262] Vid., en este sentido, GIMÉNEZ ALCOVER, *El Derecho*, p. 310 y s.

[263] Vid., en 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, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 17, nota 3; REYNA ALFARO, *Revista jurídica del Perú*, 25 (2001), p. 63.

bargo, un concreto modelo económico[264], ya que el carácter dinámico y cambiante de la 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.)[265]. 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 intervención social del Estado[266]. Como libre mercado deben entenderse las condiciones que permiten la participación de todas las personas con capacidad de ofrecer o adquirir bienes o servicios. Cabe advertir que este aspecto del sistema económico no se reduce a consideraciones in-

---

[264] En el mismo sentido, para el Derecho alemán, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 148 y s.; EL MISMO, Introducción al *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; EL MISMO, *Lecciones*, p. 126; BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3; HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht*, p. 180; NESTORUK, *Strafrechtliche Aspeckte*, p. 39. 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. Hay que señalar, sin embargo, que la Constitución puede establecer algunas medidas concretas que delimitaría el marco de decisión del legislador (vid., al respecto, KOHLHOFF, *Kartellstrafrecht*, p. 123; MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 121 y s.).

[265] 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; NESTORUK, *Strafrechtliche Aspeckte*, p. 38. 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.

[266] 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.

dividualistas, pues ya en el reconocimiento de las distintas manifestaciones de la libertad económica se pueden apreciar ciertos aspectos sociales como, por ejemplo, la observación de una función social de la propiedad[267]. 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 sectores económicos especiales, en donde la ausencia de regulación produce costos sociales demasiado altos para el sistema económico en su conjunto[268].

A partir de los mencionados aspectos centrales del sistema económico se conforma la identidad normativa de la sociedad en la economía, cuyo mantenimiento garantiza el sistema jurídico 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 el mecanismo de reestabilización normativa más gravoso, esto es, con la imposición de las sanciones penales.

B. La función de reestabilización del Derecho penal económico

El Derecho penal económico cumple la función de restablecer la vigencia de las expectativas sociales derivadas de la identidad normativa *esencial* de la sociedad en la economía ante aquellas conductas que expresan el sentido social de ponerlas en tela de juicio[269]. No le corresponde proteger la incolumidad de ciertos intereses económicos particulares[270],

---

[267] BOTTKE, *wistra* 1991, p. 3.

[268] 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.

[269] 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.

[270] A diferencia de la propuesta de BAUMANN, *JZ* 1983, p. 937, de entender que el Derecho penal económico protege el patrimonio individual de los agentes económicos. Un análisis crítico a la idea de interpretar los delitos económicos como lesión patrimonial, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 358 y s. Por su parte, TIEDEMANN,

pues cuando el Derecho penal económico aparece en escena estos intereses se encuentran, por lo general, afectados. Tampoco asume la labor de asegurar el funcionamiento de la economía o de sectores económicos específicos, en la medida que esa prestación, además de borrar los límites funcionales con el Derecho administrativo económico, difícilmente se puede alcanzar con una reacción focalizada en un hecho delictivo concreto. Bajo estas consideraciones, la única prestación que realmente puede cumplir el Derecho penal económico es mantener, a pesar de la actuación delictiva concretamente realizada, la identidad normativa esencial de la sociedad en el sistema económico[271]. Ya que el Derecho penal económico no puede retrotraerse a un estado anterior a los sucesos acaecidos para impedirlos, su función tendrá que centrarse en devolver la vigencia a la norma defraudada por el hecho delictivo[272].

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.

[271] Vid., similarmente, Jaén Vallejo, *Cuestiones actuales*, p. 21.

[272] 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, de manera similar, Calliess, *Theorie der Strafe*, p. 143. En el Derecho penal económico, Otto, *ZStW* 96 (1984) p. 344 y s.; El Mismo, *Jura* 1989, p. 26, se acercó a la realidad de las cosas al señalar 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, amplió 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" [*MschrKrim* 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 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 rechazaba la ruptura de la confianza como bien jurídico Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 67 y s.

A la comprensión precedente se le cuestiona el hecho de dejar de lado, de alguna forma, la función crítica asignada al bien jurídico penalmente protegido[273], pues ya se no contaría con un sustrato de contenido material, sino con 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 de la intervención penal. En efecto, en la doctrina penal se ha destacado que la tipificación de los delitos se mueve en dos niveles de 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 punitiva del Estado por la infracción del tipo penal[274].

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 leyes penales, sino que hay que tener en cuenta las condiciones que la sociedad concreta exige mantener, esto es, su identidad normativa[275]. 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 personas[276], en este nivel de análisis se podrá determinar si la incriminación de una conducta como

---

[273] Vid., sobre esto, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 217 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 24.

[274] Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 77 y s.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 56, con mayores referencias bibliográficas. En el Derecho penal económico, utilizan esta misma lógica, aunque con otros criterios referenciales, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 126 y s., con los conceptos de bien jurídico y deber jurídico; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 158 y ss., con los conceptos de bien jurídico mediato y bien jurídico inmediato.

[275] 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.

[276] Vid., sobre la necesidad de concretar estas condiciones en cada sociedad, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 167. Por esta razón, pueden 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.

delito económico resulta legítima o no[277]. La norma penal debe corresponderse con una expectativa social derivada de la identidad normativa de la sociedad en cuestión. Si bien podría alegarse que la limitación general de la libertad que hace el legislador en razón de otros intereses, constituye un tema de naturaleza fundamentalmente política[278], el carácter prudencial de esta decisión política no impide que el dogmático pueda entrar a discutir su corrección[279].

Por el contrario, la labor del dogmático se despliega fundamentalmente en el segundo nivel de legitimación de los tipos penales, en donde se trata de justificar la intervención estatal para castigar una conducta concreta contraria a la norma penal. En este segundo nivel de legitimación, la expectativa social institucionalizada en la norma 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 se acaba de indicar, un carácter fundamentalmente dogmático. Si el Derecho penal económico protege bienes jurídicos, entonces su función consistirá en restablecer la vigencia de la expectativa normativa de conducta defraudada por el autor del delito económico.

IV. 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 por la Constitución Política de 1993, establece dos pilares esenciales sobre los que se construye el sistema económico: El libre mercado y la intervención 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 desa-

---

[277] En este sentido, Wohlers, *Deliktstypen*, p. 217, pone de manifiesto que las normas concretas deben también legitimarse.

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

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

rrollo 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 intervención social del Estado), el tipo penal no formará parte del Derecho penal económico, aun cuando pueda infringirse en un ámbito económico. Se tratará, en todo caso, de tipos penales del Derecho penal tradicional o de otro ámbito especializado del Derecho penal que tienen 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 llevarse a cabo de cualquier forma, pues el afán de lucro podría llevar a una encarnizada disputa que finalmente perjudicaría 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 empoderados deseosos de aumentar de cualquier forma sus beneficios económicos.

Por las razones precedentes, el Derecho penal debe ofrecer los mecanismos adecuados para asegurar las condiciones de vigencia de una competencia que se base en el propio esfuerzo de los competidores, sancionando los actos que ponen en cuestión las expectativas de conducta derivadas de la competencia como medio de ordenación de la oferta de bienes y servicios[280]. En un primer momento, el Código Penal actualmente vigente le

[280] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692 y s.; NAGEL, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 102; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 133; RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad*, p. 42; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 66; ABANTO VÁSQUEZ, *El Derecho*, p. 26 y ss.

dio a la competencia una protección integral[281], contemplando los delitos de abuso de posición monopólica, acuerdos colusorios, competencia desleal, cárteles de licitación y atentados contra la propiedad industrial. Sin embargo, con ocasión de la implementación del TLC con los EEUU se hizo una derogación de gran parte de estos delitos contra la competencia, quedando supérstites solamente algunas modalidades graves de los cárteles de licitación y los delitos contra la propiedad industrial. Puede decirse que la protección penal de la competencia es, en la actualidad, abiertamente deficitaria.

Otro aspecto del libre mercado que la normativa penal también protege es el sistema de pagos. El sistema económico tiene que ver la manera de compatibilizar la escasez natural de determinados bienes con su consumo actual, pues el acceso a los mismos por alguien excluye la posibilidad de acceso de otros[282]. La paradoja específica del sistema económico consiste en que la reducción de la escasez aumenta la escasez. Para evitar esta paradoja, la economía crea una escasez artificial (la escasez del dinero[283]), de manera que cubrir la escasez de bienes para uno, implica cubrir la escasez de dinero para otro. En este sentido, la economía moderna se configura como una economía monetarizada[284]. Esta estructura monetaria de la economía de mercado debe asegurarse normativamente por medio del Derecho penal mediante el castigo de las conductas que perjudican la función de los medios de pago en el mercado. El Código Penal contempla, en este sentido, diversos delitos que afectan la confianza en los medios de pago, dentro de los que cabe incluir los delitos de falsificación o alteración de dinero[285] y los delitos cometidos con medios comerciales de pago[286], concretamente, los libramientos indebidos, la falsificación de títulos valores y la estafa en relación con datos de tarjetas de ahorro o crédito.

---

[281] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 30.

[282] Vid. Corsi/Esposito/Baraldi, *Glosario*, p. 69.

[283] Cfr., sobre esto, Luhmann, *Die Wirtschaft*, p. 64; Corsi/Esposito/Baraldi, *Glosario*, p. 70.

[284] Cfr., en general, Giménez Alcover, *El Derecho*, p. 124, nota 8. Referido al Derecho penal económico, Bottke, *JuS* 2002, p. 320.

[285] Vid., en este sentido, Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 30; Caro Coria, en *Contexto socio-económico*, p. 28.

[286] Vid., Bramont-Arias Torres, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

En una economía de mercado dinámica como la nuestra, se necesita asegurar 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 la intervención de las personas jurídicas en el mercado (principalmente sociedades mercantiles), las que se constituyen no sólo para optimizar beneficios mediante una distribución funcional del trabajo, sino también para limitar el riesgo económico de los comerciantes en el mercado. En consecuencia, en la empresa confluyen intereses económicos que, por de encima de los propietarios, alcanzan a terceros (*stakeholders*), lo que hace especialmente necesario asegurar una administración transparente y confiable del patrimonio de la entidad corporativa. El aseguramiento de la confianza en el cumplimiento de los créditos se consigue con los delitos que sancionan los atentados contra el sistema crediticio[287], mientras que la regularidad en la administración de las personas jurídicas se protege por medio de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas[288].

El libre mercado se caracteriza también 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 de manera general esta condición del mercado, sino que la sanción penal tendrá que reservarse para las conductas más graves. En este contexto, se entiende la regulación, como delito económico, del delito de lavado de activos[289], en el que se castiga los actos

---

[287] Vid., Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 30; Bramont-Arias Torres, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4.

[288] Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 30; Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 108.

[289] 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. 133; Foffani, *Revista*

de conversión, transferencia, ocultación, tenencia y transporte de activos de procedencia delictiva, así como determinadas conductas periféricas[290].

Parte esencial del sistema económico basado en el mercado, sin el cual ni siquiera existiría como tal, lo constituyen los consumidores, esto es, aquellos sujetos que necesitan cubrir sus necesidades de bienes y servicios con los que se ofrecen en el mercado[291]. Los actos dirigidos a perjudicar a este sector importante del mercado dan lugar a los delitos contra los consumidores[292], los cuales puede ser sistematizados en los siguientes grupos: Los delitos contra el derecho a la información de los consumidores (el delito de especulación de precios previamente fijados y el delito de especulación de cantidades fijadas en embalajes o recipientes), los delitos contra los intereses económicos de los consumidores (el delito de adulteración, el delito de especulación en el peso o medida y el delito de adulteración de terminales celulares), y los delitos contra la salud de los consumidores (delitos de alteración y fraude de bienes de uso o consumo humano). Respecto a la inclusión de los dos primeros grupos dentro del Derecho penal económico, no existe mayor cuestionamiento en la doctrina penal[293], apareciendo las discrepancias de opinión, más bien, respecto de los delitos contra la salud

---

penal 7 (2001), p. 61; Rodríguez Ramos, *Secundariedad*, p. 42. Jaén Vallejo, *Cuestiones actuales*, p. 18. Para Bajo Fernández, en *LH-Del Rosal Fernández*, p. 146 y ss., se trata de un delito económico, pero vinculado con la política de represión del fraude fiscal. Por su parte, Prado Saldarriaga, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo, p. 12, considera que se trata de un delito pluriofensivo que incluye ciertamente aspectos económicos, pero no exclusivamente. Vincula la parte económica (libre competencia) con la Administración de Justicia, Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, p. 29.

[290] Bramont-Arias Torres, Luis A., *Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 4; El Mismo, *Actualidad jurídica* 84-B (2000), p. 64.

[291] Vid., Tiedemann, *Einführung*, Introducción, n.m. 15.

[292] 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. 133; 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.

[293] Vid., Doval Pais, *RPCP* 11, p. 286; Puente Aba, *Delitos económicos*, p. 130 y ss.

de los consumidores[294]. Por nuestra parte, consideramos que también estos hechos delictivos entran en el 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.

En lo que respecta a la actividad industrial que se desarrolla por los productores y fabricantes para la elaboración de bienes que luego se ofrecen en el mercado, hay que dejar precisado que esta actividad no se puede llevar a cabo de cualquier forma. En la medida que se requiere, por un lado, el uso racional de los insumos naturales y, por el otro, que la actividad explotativa respete el orden natural del entorno, el medio ambiente se presenta como una condición esencial del mercado que precisa también de un refuerzo penal. En este sentido, los delitos ambientales deben incardinarse igualmente dentro de los delitos económicos[295], en la medida que pretenden preservar el medio ambiente de una actividad industrial desaforada que solamente puede traer consigo una peor situación económica en el futuro. La depredación de los recursos naturales es el ejemplo más claro de los efectos económicos que puede ocasionar en el futuro una explotación irracional de los recursos naturales.

Cabe destacar finalmente la existencia de ciertos sectores económicos específicos de oferta de bienes o servicios, en los que están presentes algunas particularidades que los hace especialmente sensibles a determinadas conductas defraudatorias que deben recibir una respuesta penal específica. Por esta razón, la normativa penal incorpora determinados tipos penales *ad hoc* para preservar la confianza en las

---

[294] Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 121; 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.

[295] 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.

estructuras de expectativas que se derivan del funcionamiento de estos sectores específicos del sistema económico. En nuestro Código Penal esto ha sucedido con la configuración del delito de estafa de crédito en el ámbito financiero[296], el fraude al seguro obligatorio contra accidentes de tránsito y el delito de colusión desleal en el ámbito de las contrataciones estatales[297].

B. La intervención económica del Estado

El otro pilar sobre el que se construye nuestro modelo económico es la intervención estatal, la cual tiene lugar no sólo para corregir los excesos de la economía de libre mercado, sino también para cubrir necesidades sociales que el libre mercado no puede satisfacer[298]. A esta forma de intervención estatal puede llamársele orden económico, en el sentido de un conjunto de reglas dispuestas por el Estado para evitar las consecuencias injustas a las que puede llevar el desarrollo espontáneo de las relaciones económicas. La forma más tradicional de ordenación de la economía por parte del Estado se lleva a cabo por medio de la fijación de precios[299]. Frente a esta actividad reguladora del Estado pueden cometerse los delitos contra el orden económico que, en nuestro Código Penal, se expresan en el delito de especulación de productos de primera necesidad y en el delito de usura[300].

---

[296] Referido al delito de estafa de crédito alemán, Tiedemann, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 11, n.m. 316.

[297] Vid., García Cavero, *El delito de colusión*, p. 24, circunscribiendo el ámbito de aplicación del delito de colusión desleal a las contrataciones y adquisiciones estatales.

[298] 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.

[299] 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.

[300] 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.

El orden económico se manifiesta también en un orden monetario que monopoliza el Estado con la finalidad de evitar una emisión descontrolada del numerario que pueda desestabilizar los precios con efectos inflacionarios desastrosos. A diferencia del delito monetario de falsificación de dinero que se constituye como un delito estructurado en la lógica de la confianza en los medios de pago, el delito monetario de emisión ilegal de billetes constituye una afectación al orden económico dispuesto por el Estado, por lo que resulta adecuado apreciarlo desde la lógica de la ordenación económica del Estado[301]. Dentro de esta política monetaria se debe incluir además el manejo de las divisas, castigándose como delitos monetarios su uso ilegal o la no entrega indebida de las mismas[302].

El orden económico no se agota en aspectos regulatorios. La intervención estatal en la economía puede materializarse también por medio de una labor social del Estado. Esta labor se manifiesta de dos formas. Por un lado, cabe el desarrollo de una política de compensación con ciertos sectores desfavorecidos en un sistema económico poco perfeccionado como el nuestro (trabajadores y clases sociales bajas)[303]. Para reforzar estas acciones de favorecimiento de sectores sociales débiles se configuran los delitos contra los derechos de los trabajadores[304] y el delito de venta ilícita de mercaderías[305]. Por otro lado, la labor social puede estar en el fomento de determinadas actividades esenciales o estratégicas mediante una política

---

[301] Así, acentúan la perspectiva estatal en los delitos monetarios MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 132; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 14.

[302] Vid., lo que se conoce como el Derecho penal cambiario, TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, p. 39.

[303] Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

[304] 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. 133; 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.

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

de subsidios estatales. La obtención fraudulenta de estos subsidios o de regímenes especiales configura también un delito económico que resulta enmarcable en la actividad económica del Estado[306].

El despliegue de la actividad estatal en la economía demanda un considerable gasto público. Para procurarse los medios financieros que son necesarios a este fin, resulta indispensable que el Estado emprenda una política recaudatoria, la que constituye, además, una forma indirecta de direccionar la economía[307]. Los actos dirigidos a frustrar esta actividad estatal pueden configurar, bajo determinadas condiciones, una conducta sancionable como un delito contra la economía financiera estatal[308]. He aquí el origen político-criminal de los delitos tributarios[309] y los delitos aduaneros[310], aunque respecto de estos últimos hay que indicar que también procuran proteger la ordenación del tráfico internacional de las mercancías.

La libertad de organización económica que se reconoce en general a las empresas, no significa que el Estado no pueda llevar a cabo labores de

---

[306] 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.

[307] En este sentido, Tiedemann, *JuS* 1989, p. 692.

[308] 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. 132.

[309] 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.

[310] 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.

control o supervisión sobre estas entidades, especialmente cuando, por su magnitud, existen diversos intereses económicos en juego. En estos casos, el Estado cumple una función de control de los agentes económicos más importantes (fundamentalmente empresas) mediante organismos de supervisión, a los que se les reconoce específicamente la potestad de requerir la información económica o financiera que estimen necesaria. La frustración de esta labor de control por parte de los directivos de las empresas requeridas dará lugar al delito económico de negación de información a organismos fiscalizadores, sancionado en el artículo 242 del CP[311].

Aun cuando, en consonancia con el postulado liberal, la constitución de una empresa no requiere una autorización estatal[312], existen sectores de actuación, en los que, por los intereses colectivos en juego, está justificado un control estatal de entrada y actuación. Así, la amplia participación de los agentes económicos en el sistema bancario y financiero (reforzada por el llamado proceso de bancarización) hace necesario asegurar la transparencia y el respeto de ciertas reglas de funcionamiento de este sector. Al Derecho penal se le asigna la función de garantizar estos aspectos esenciales del sistema financiero por medio de los llamados delitos financieros[313]. La misma situación se presenta en el mercado de valores, en tanto se garantiza penalmente la vigencia de ciertas condiciones de funcionamiento de este sector económico específico a través de los delitos bursátiles de abuso de información privilegiada y de intermediación bursátil no autorizada. Esta perspectiva podría utilizarse también para explicar la creación de los delitos relacionados con el funcionamiento ilegal de casas de juego, casino y apuestas, aunque hay que reconocer que resulta sumamente discutible si la importancia de este ramo empresarial justifica una intervención penal.

---

[311] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, Introducción, n.m. 28; SEIJAS RENJIFO, *Revista de Derecho y Ciencia Política* 54-55 (1997/8), p. 121.

[312] Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, Introducción, n.m. 27.

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

2. Figuras delictivas de dudosa incorporación en el Derecho penal económico

A. Los delitos patrimoniales

Una de las clásicas preguntas que se plantean los estudios especializados es si los delitos patrimoniales forman parte del Derecho penal económico. Hay una tendencia cada vez mayor a aceptar esta inclusión[314]. Si la perspectiva de análisis se centrase en el daño económico, habría que dar una respuesta afirmativa, pues no hay duda que toda lesión a los derechos patrimoniales implica una vulneración económicamente valuable[315]. Sin embargo, semejante comprensión de la delincuencia económica podría llevar al absurdo de considerar también como delitos económicos determinados atentados contra la vida, en tanto se prive al sistema social de un sujeto económicamente activo que aporta al producto bruto interno[316]. A nuestro modo de ver, la única manera de dar una respuesta coherente a la cuestión de si los delitos patrimoniales integran del Derecho penal económico, sería precisar si estos delitos dependen de las bases del modelo económico peruano: La economía de mercado y la intervención social del Estado.

No cabe duda que la protección penal del patrimonio individual tiene lugar dentro del sistema económico actual. Sin embargo, los tradicionales delitos contra el patrimonio no están configurados en una relación directa con el sistema económico[317], como lo demuestra no sólo su regulación

---

[314] Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, en *LH-Cerezo Mir*, p. 366; MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 159 y ss. 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.; NESTORUK, *Strafrechtliche Aspeckte*, p. 51; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 15; CARO CORIA, en *Contexto socio-económico*, p. 28.

[315] Vid., en este sentido, las consideraciones críticas de MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 269 y ss.

[316] Vid., similarmente, ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, § 19, n.m. 12.

[317] 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. 120; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 67 y s.; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 63.

penal desde antiguo, sino también el hecho de que en una economía sin intercambios comerciales igualmente existirían. En efecto, si la sociedad no contase con un sistema económico de producción e intercambio de bienes o servicios en el mercado, sino que cada individuo tuviese que ver la manera de procurarse por sí mismo la satisfacción de sus necesidades, la protección penal de la propiedad igualmente tendría lugar, pues el consumo de los bienes requeriría del reconocimiento jurídico de un dominio sobre los mismos. Delitos como el hurto, el robo, la extorsión e incluso la estafa, podrían perfectamente cometerse. Por consiguiente, queda claro que los delitos patrimoniales tradicionales se estructuran sobre expectativas normativas que no dependen del modelo económico asumido, lo que los pone al margen de los delitos económicos.

Lo anterior no debe llevar, sin embargo, a la falsa conclusión de que todo tipo penal con referencia a aspectos patrimoniales está excluido del Derecho penal económico. Si la protección de una expectativa normativa de conducta derivada de una relación patrimonial se configura típicamente de manera dependiente del modelo económico, 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 que se configuran a partir de relaciones de carácter patrimonial, pero cuya protección adquiere su expresión funcional a través del sistema de créditos propio del modelo económico actual[318]. Del mismo modo, los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, pese a formar parte de los delitos contra el patrimonio, se muestran claramente como delitos económicos, en la medida en que están contextualizados en el funcionamiento de las personas jurídicas dentro del sistema económico.

Por otro lado, debe señalarse que aunque un delito patrimonial esté configurado típicamente al margen de las estructuras del sistema económico, ello no impide que dicho delito pueda cometerse, en el caso concreto, en el marco de relaciones derivadas del funcionamiento del sistema económico. Si bien este delito no es típicamente un delito económico, los criterios

[318] 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.

de imputación penal propios del Derecho penal económico pueden ser utilizados en la resolución del caso concreto, pues el contexto en el que tiene lugar es de carácter económico. En este orden de ideas, por ejemplo, si una estafa –que conforme a su estructura típica no es un delito económico–, es cometida en el marco de una operación económica (por ejemplo, una inmobiliaria que estafa a distintos clientes en la adquisición de viviendas), la imputación penal podrá utilizar válidamente los criterios desarrollados para los delitos económicos con la finalidad de superar las dificultades que el sistema económico suscita. Se trata de un uso impropio, pero no ilegítimo, de los criterios de imputación del Derecho penal económico.

B. Delitos contra el medio ambiente

Un tema harto discutido es el referido a si los delitos contra el medio ambiente son parte integrante del Derecho penal económico. Por un lado, tienen lugar opiniones que se inclinan por una respuesta afirmativa, al entender que la economía está cada vez más orientada a la protección del medio ambiente y que incluso la determinación de los límites del riesgo permitido y prohibido tiene en cuenta factores económicos[319]. 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[320]. Para dar solución a la

---

[319] 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.

[320] 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*, Introducción, n.m. 19.

disputa de estas perspectivas 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[321]. Es evidente, por ejemplo, que el exterminio de determinadas especies animales protegidas por cazadores inescrupulosos no constituye necesariamente una actividad económica. No obstante, resulta también innegable que la mayoría de las conductas que afectan de forma considerable al medio ambiente, tienen lugar en la actividad de producción de bienes, lo cual forma parte del ciclo de desarrollo de la economía[322]. 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 indudablemente una interdependencia de la protección del medio ambiente con el modelo económico, pero deja en claro 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 que, en principio, los delitos contra el medio ambiente no son necesariamente delitos económicos.

La conclusión general a la que hemos llegado no excluye, sin embargo, que diversos tipos penales de protección del medio ambiente se encuentren incrustados concluyentemente 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 CP establece como elemento típico la superación de los límites administrativos de contaminación permitida, el inciso 3 del artículo 305 agrava la pena en atención a la clandestinidad de la actividad económica realizada por el agente y el artículo 307 se contextualiza en un pro-

[321] En este sentido, Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 83; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 138.

[322] Vid., Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 15 y s.

ceso de producción, extracción, transformación, utilización o consumo. 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 propios del Derecho penal económico.

C. Delitos informáticos

Los delitos informáticos fueron incorporados en el Código Penal por la Ley 27309 del 17 de julio del 2000, tipificándose el delito de intrusismo informático y el delito de sabotaje informático. Mediante la Ley 30076 de fecha 19 de agosto de 2013 se adicionó una figura delictiva más, el delito de tráfico ilegal de datos. Pese a que el legislador penal ordenó sistemáticamente todas estas figuras delictivas como delitos patrimoniales[323], su tenor típico evidenció que solamente el sabotaje informático era un delito propiamente patrimonial, mientras que el intrusismo informático y el tráfico ilegal de datos eran delitos relacionados más con la privacidad[324]. En todo caso, lo que quedaba claro es que ninguno de los delitos informáticos antes mencionados estaba configurado como un delito económico, pues podían ser realizados tanto en un ámbito económico como doméstico[325]. Conforme al tenor de la regulación penal nacional, los delitos informáticos no formaban parte del Derecho penal económico[326].

---

[323] Vid., Durand Valladares, *RPCP* 11, p. 306.

[324] Es usual en la doctrina distinguir dentro de los delitos informáticos los de carácter económico y los que afectan la privacidad, Salt, en *Delitos no convencionales*, Maier (comp.), p. 226 y s.

[325] Reconocen esta posibilidad Tiedemann, *Poder económico*, p. 121; Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, p. 14.

[326] Vid., así, Salinas Siccha, *Derecho penal*, PE, p. 1303. De otro parecer, Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, p. 108 y s. En la regulación alemana le niega el carácter de delito económico Otto, *Jura* 1989, p. 33; de otra opinión, sin embargo, Tiedemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 32 y s.;.El Mismo, *Lecciones*, p. 51; Wohlers, *Deliktstypen*, p. 151. En la regulación penal española la opinión dominante es que se trata de delitos económicos, Stampa Braun/Bacigalupo, *La reforma*, p. 12; De la Cuesta Aguado, en *Sistema penal*, Ruíz Rodríguez (ed.), p. 198; Gutiérrez Francés, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (dir.), p. 185 y s.; Gracia Martín, en *LH-Cerezo Mir*, p. 366.

La situación legal anteriormente descrita parecería haber cambiado con la promulgación de la Ley 30096 que regula, como una ley penal especial, los delitos informáticos (modificada sustancialmente por la Ley 30171). Esta ley contiene nuevas modalidades delictivas, respecto de las cuales cabría discutir su carácter de delito económico, como es el caso del llamado fraude informático (artículo 8). En la medida que este delito puede tener lugar en un contexto claramente económico, podría catalogársele sin mayor inconveniente como un delito económico. Sin embargo, si se analiza el tenor legal, se podrá comprobar que el fraude informático no está típicamente estructurado en el contexto de una operación o transacción económica, sino que sanciona cualquier interferencia o manipulación de un sistema informático con la finalidad de obtener un provecho en perjuicio de otro. Bajo estas consideraciones, este delito informático no tiene que darse necesariamente en el marco de una relación económica, lo que no permite calificarlo como un delito económico.

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 también al ámbito de regulación del Derecho penal económico[327]. No obstante, la regla general es que los delitos cometidos por funcionarios se orientan a la protección de otros intereses, aun cuando puedan aparecer en un contexto económico determinado[328]. Por esta razón, se puede decir que, en principio, los delitos cometidos por funcionarios públicos no son delitos económicos en sentido estricto.

Pero como toda regla, lo anteriormente señalado tiene sus excepciones, las que pueden presentarse por dos razones. Por un lado, puede ser que el interés del Estado protegido por el delito de funcionario público sea de carácter económico, lo que lo hace un delito económico en el que simple-

[327] 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.

[328] En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 120 y s.

mente una de las partes de la relación u operación es el Estado. Bajo estas consideraciones, el delito de colusión desleal se erige como un delito económico que protege los intereses económicos del Estado en las contrataciones públicas. Por otro lado, puede ser que, en ciertos delitos económicos, se regule de manera específica un acto de participación de un funcionario público. En estos casos, la configuración típica del delito se enmarcará necesariamente en un contexto económico, de manera que, sin perder su orientación al buen funcionamiento de la Administración, el delito adquirirá los contornos específicos de un delito económico. En este sentido, por ejemplo, el delito urbanístico del artículo 312 del CP o el delito ambiental del artículo 314 del CP, pueden ser considerados también delitos económicos, aunque debe reconocerse que mantienen los criterios de imputación propios de los delitos de funcionarios públicos[329].

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

Otro de los puntos centrales de discusión lo constituye la inclusión del Derecho administrativo sancionador como parte integrante del Derecho penal económico. La flexibilidad de los criterios de imputación en los delitos económicos y cierto relajamiento de las garantías jurídico-penales tradicionales, han producido un acercamiento innegable entre la legislación penal económica y la normativa administrativa sancionatoria de los sectores económicos que hace especialmente difícil su delimitación. Esta 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 protegido. Bajo estas consideraciones, no habría ninguna razón para realizar un tratamiento diferenciado de ambos ámbitos jurídicos, por lo que dentro del Derecho penal económico podría incluirse la normativa administrativa sancionadora en materia económica[330].

---

[329] 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).

[330] 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

A nuestro entender, no es viable equiparar los delitos económicos con las infracciones administrativas económicas. El primer planteamiento claro de distinción puede retrotraerse a Eberhard SCHMIDT[331], quien, siguiendo la concepción dominante en su época[332], 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 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 existían marcadas diferencias: El delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico entendido como un valor social vital, mientras que el delito administrativo era simplemente una desobediencia a la relación de dependencia con la administración estatal[333].

Llevando el razonamiento precedente al terreno del Derecho penal económico, Schmidt concluyó que sólo debían ser sancionadas con penas aquellas conductas que lesionan en general, o en ámbitos específicos, la existencia y el mantenimiento del orden económico, ya sea porque estas infracciones son idóneas para afectar la capacidad de rendimiento del orden económico, ya sea porque manifiestan un considerable desprecio por el orden económico. Por el contrario, a las otras infracciones sólo les podrían corresponder sanciones administrativas o las llamadas penas de orden[334], en tanto su repercusión se limita únicamente a la regularidad de la actividad administrativa del Estado, pero no al orden económico[335].

---

económico incluye también el Derecho administrativo sancionador. Hace alusión a esta posibilidad, ABANTO VÁSQUEZ, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 3 y s.

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

[332] 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.

[333] SCHMIDT, E., *SJZ* 1948, p. 230; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 20 y ss.

[334] 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.

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

Con el desarrollo doctrinal que alejó el concepto de bien jurídico de consideraciones éticas y lo fundamentó en aspectos socio-funcionales, la interpretación de E. SCHMIDT dejó de ser doctrina dominante en la literatura especializada[336]. Tanto para el Derecho penal en general[337], como para el Derecho penal económico en especial[338], se generalizó la afirmación de que entre el delito y la infracción administrativa no había más que una diferencia cuantitativa en función de la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico[339]. La razón principal para respaldar tal parecer reside en que ambos ámbitos jurídicos tienen por función motivar con sus normas a que los sujetos no lesionen (de forma más o menos grave) bienes

---

[336] 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.

[337] 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.

[338] 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 (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.

[339] Así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR, *ADPCP* 1975, p. 159: "*Desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer*".

jurídicos[340]. Un sector doctrinal lleva esta interpretación a un extremo tal que incluso deja de lado el criterio de la gravedad cuantitativa y lo sustituye por un criterio formal, esto es, por la decisión del legislador de qué es delito y qué es una infracción administrativa[341].

A pesar de lo extendido de la opinión doctrinal precedente, queda claro que la perspectiva cuantitativa no es capaz de explicar satisfactoriamente por qué en el ámbito del Derecho administrativo se opera con criterios de imputación más flexibles que los utilizados en el Derecho penal[342]. Por mencionar sólo algunos aspectos: En el Derecho administrativo sancionador rige un principio de legalidad sustancialmente distinto en cuanto a la reserva de ley y al mandato de determinación[343], la lesividad siquiera potencial de la conducta no es necesaria en el caso de las infracciones de mera desobediencia, se cuenta con un concepto unitario de autor[344], las personas jurídicas pueden ser sujetos de sanción[345], el principio de culpabilidad por el hecho propio no es un elemento indispensable de la infrac-

[340] 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, *ADPCP* 1975, p. 159; 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.

[341] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 1, n.m. 122; BAJO FERNÁNDEZ, *InDret* 3/2008, p. 2.

[342] Vid., la misma apreciación en SILVA SÁNCHEZ, *AP* 24 (1998), p. 435 y ss. Por el contrario, intenta sortear estos cuestionamientos como meras contingencias normativas, GÓMEZ TOMILLO, *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, 4, 2003, p. 37.

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

[344] 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.

[345] Situación que ciertamente está cambiando sustancialmente en diversos países de tradición europea continental con la incorporación de sanciones penales a las personas jurídicas. Vid., con mayor detalle, FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado*, 2012, p. 51 y ss.

ción administrativa[346]. Por consiguiente, si el delito y la infracción administrativa compartiesen materialmente el mismo fundamento, las sustanciales diferencias antes mencionadas no podrían encontrar una explicación satisfactoria[347]. Esta situación hace razonable pensar que detrás de estos datos manifiestos se esconde un aspecto cualitativo que marca realmente la diferencia entre el delito y la infracción administrativa[348].

Una observación siquiera superficial enseña que en la mayoría de los casos los bienes jurídicos se deterioran por procesos naturales sin que se requiera una respuesta jurídica[349]. Si la lesión del bien jurídico es consecuencia de un suceso natural, la persona afectada debe hacer frente a la situación acaecida de manera cognitiva, es decir, aprendiendo de la experiencia y tomando medidas correctivas para que no vuelva a suceder. Si la afectación al bien jurídico proviene, por el contrario, del comportamiento de una persona contrario a una norma, entonces el restablecimiento sí se hará normativamente, es decir, la expectativa de que el bien jurídico no será lesionado por otro se mantendrá a través de una respuesta jurídica que pone de manifiesto que la conducta errónea del infractor de la norma es la causa decisiva de la defraudación. El esquema es, pues, bastante simple. Si la lesión del bien jurídico proviene de la naturaleza, procede un restablecimiento cognitivo, si proviene de la actuación de una persona, el restablecimiento es normativo[350].

Al Derecho penal económico le corresponde la función de restablecer normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor. Dado

---

[346] Vid., sobre el principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador, 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.

[347] Vid., similarmente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 612.

[348] Mantienen 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.

[349] Vid., en relación con el Derecho penal, JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 60.

[350] Sobre la restabilización cognitiva y la normativa, vid, con mayores referencias, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 4 y ss.

que el Derecho administrativo sancionador se ocupa también de reaccionar frente a conductas humanas antinormativas, podría concluirse que su función no es cualitativamente distinta de la que cumple el Derecho penal económico. La sanción administrativa restablecería la confianza en la norma infringida por el administrado con una actuación divergente del estándar administrativamente establecido. Esta conclusión no es, sin embargo, necesariamente correcta. Desde KANT se ha diferenciado en el hombre dos mundos: el *homo phaenomenon* y el *homo noumenon*[351]. El primero es el aspecto sensible de la persona que reacciona ante los estímulos externos del entorno, mientras que el segundo lo caracteriza como un ser racional dotado de voluntad y que actúa bajo la idea de libertad. Sobre la base de esta distinción puede encontrarse, a nuestro entender, la distinción cualitativa entre el Derecho penal económico y el Derecho administrativo sancionador: La pena se dirige a la persona en cuanto ser inteligible, al que trata como ser racional, dándole a su comportamiento delictivo una pretensión de validez y asignándole a la pena la función de negar tal validez; por el contrario, la sanción administrativa se dirige al infractor como ser sensible al que procura orientar por medio de estímulos externos negativos (como las multas) a actuar correctamente en determinado sector social.

La idea precedente explica razonablemente las sustanciales diferencias entre el Derecho penal económico y el Derecho administrativo sancionador. Así, en el primero no es posible prescindir del principio de culpabilidad, pues el imputado es tratado como un ser trascendente al que se le imputa un hecho como propio; mientras que en el segundo la situación es distinta, ya que el infractor es considerado un ser sensible al que hay que estimular para que no vuelva a hacer lo que hizo o para que los demás tampoco lo hagan. Por otro lado, la imputación penal se sustenta ineludiblemente en un injusto propio, lo que no sucede con la regulación administrativa, la que tiene la vista puesta en el funcionamiento global del sector regulado, lo que le hace admitir criterios objetivos de imputación de responsabilidad, sustentados más en la lógica de una distribución eficiente de los riesgos del sector regulado. La impronta cognitiva del Derecho administrativo sancionador se deja ver claramente en otros mecanismos ad-

[351] KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, IV, Berlin, 1968, p. 448.

ministrativos de reacción, tales como el decomiso de objetos peligrosos o el cierre de establecimientos, en donde no se reacciona frente a conductas, sino frente a situaciones peligrosas.

Queda claro entonces que las infracciones administrativas no sustentan su desvalor en el sentido comunicativo del hecho concretamente realizado por el autor. Si bien una infracción administrativa puede lesionar o poner en peligro determinados derechos o intereses individuales, la razón de la reacción administrativa no está en la perturbación social del hecho concreto, sino en el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado. Las normas administrativas de sanción aseguran el funcionamiento global de un sector del tráfico social sometido a control o fiscalización, por lo que sus sanciones tienen como finalidad únicamente que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto[352]. El Derecho penal económico, por el contrario, protege la vigencia de la norma defraudada por la afectación culpable de un bien jurídico imbricado en un contexto económico.

La diferencia funcional entre el Derecho penal económico y el Derecho administrativo sancionador hace comprensible por qué los ilícitos penales se someten a un juez y, por otro lado, se impide a la Administración imponer penas privativas de libertad[353]. Sólo el Poder Judicial tiene la legitimidad, por emanar del pueblo, para negar la pretensión de validez que el delincuente expresa como sujeto racional, del mismo modo que la ordenación de un sector social no puede llevarse a cabo privando de aspectos existenciales al infractor. Por más que exista un acercamiento de los criterios de imputación penal a los manejados en el Derecho administrativo, o viceversa, de ninguna manera esto puede significar una absoluta homogeneidad entre ambos ordenamientos[354]. El Derecho penal económico sigue

---

[352] Vid., Silva Sánchez, *AP* 24 (1998), p. 443; El Mismo, *La expansión*, p. 126.

[353] 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.

[354] Vid., Kohlhoff, *Kartellstrafrecht*, p. 107. Por su parte, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 48 y s.; El Mismo, en Introducción al *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5, pretende salir al paso ante esta apreciación, señalando que la diferencia cuantitativa se encuentra en la consecuencia jurídica, pero no en el supuesto de hecho.

criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan flexibilizarse en aras de mayor eficacia (delitos de peligro abstracto), 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 y no de legalidad[355].

Lo acabado de decir no debe llevar a la conclusión de que una determinada conducta siempre será un delito o una infracción administrativa. Las circunstancias temporales influyen también en la significación social de una conducta y en la necesidad de negar su validez penalmente, o cambian incluso su significación para dejarla en un ámbito meramente administrativo. No puede negarse que en casos límite entra a tallar cierto decisionismo que hace imposible una delimitación teórica[356], pero esto se explica no por una indiferencia valorativa, sino por una cuestión de seguridad jurídica, tal como sucede, por ejemplo, con el 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[357].

El criterio de distinción cualitativo que se acaba de esbozar, permite responder a la cuestión de si el Derecho penal económico puede englobar a las infracciones administrativas de carácter económico. La respuesta es evidentemente negativa, pues el ilícito penal y el ilícito administrativo responden a funciones y criterios de imputación totalmente distintos. Es más, con la distinción cualitativa se puede incluso hacer un juicio crítico a la legislación penal económica cuando integra indebidamente comportamientos que tienen una incidencia exclusivamente administrativa. Por ejemplo,

---

[355] 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.

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

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

hay razones fundadas para cuestionar la legitimidad de los delitos referidos a la organización y administración de casinos sin autorización[358]. Estos delitos tienen una finalidad puramente 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. Si se parte de una presunción de realización de trampas en los juegos o el uso de máquinas manipuladas en perjuicio de los usuarios por la sola ausencia de control administrativo, se acudirá a un criterio abiertamente inconstitucional por atentar contra la presunción de inocencia. No hay, por tanto, una mínima afectación a la identidad normativa esencial de la sociedad en las estructuras del sistema económico, por lo que esta incriminación resulta a todas luces ilegítima.

[358] 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.

CAPÍTULO III
LA CONFIGURACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

La pena no comunica socialmente el restablecimiento de las expectativas normativas defraudadas de cualquier forma, sino bajo la observancia de ciertas condiciones para la comunicación. A estas condiciones, cuya vigencia debe asegurarse de la manera más óptima posible, se le conoce con el nombre de principios jurídico-penales[359]. Dos son las premisas fundamentales que inspiran a estos principios. Por un lado, el hecho de que el sujeto de la sanción penal sea una persona, obliga a tratarlo siempre como tal, aunque haya infringido las reglas básicas de convivencia. Por otro lado, si bien la naturaleza puede ser "sabia" en sus procesos de reestabilización, los seres humanos se caracterizan por su falibilidad, por lo que el recurso a la pena debe rodearse de un conjunto de exigencias que aseguren la racionalidad de la sanción[360].

El Derecho penal económico debe observar los principios limitantes del ejercicio del *ius puniendi*, dado que si no se respetan, cuando menos en su contenido esencial, la eficacia que pudiese alcanzarse en la represión de la criminalidad económica no será suficiente para justificar la forma en la que está configurado. Su función de reestabilización no es ajena, por lo tanto, a la observancia de las garantías penales[361]. En este sentido, BOTTKE

---

[359] 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.

[360] En este sentido, aunque desde la perspectiva de la motivación, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 242 y ss.

[361] 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.

indica que la penalización de una conducta como delito económico debe seguir los siguientes pasos: Concretar el aspecto a proteger, precisar el comportamiento delictivo con base en el principio de legalidad y observar los principios de *última ratio* y de proporcionalidad[362]. Esta consideración de los aspectos garantistas no significa, sin embargo, asumir la configuración liberal de las garantías jurídico-penales, pues éstas deben adaptarse a la realidad económica actual. No llevar a cabo esta labor de adaptación, significaría alejarse de la realidad y caer en un aislamiento de la dogmática con la consiguiente pérdida de su repercusión social[363].

No hay duda que el origen de las garantías penales 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 de la relevancia penal[364]. Por otra parte, la situación histórico-política entonces 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 de los gobernantes en el ejercicio de las potestades penales para mantener sus intereses de clase y privilegios sociales.

Intentar trasladar al ámbito del Derecho penal económico actual las garantías jurídico-penales tal y como se originaron, sería un error desde la raíz. Hay que decir primeramente que el modelo económico y el contexto político-social son absolutamente distintos. La sociedad moderna no es más una sociedad de contactos individualizados en grupos humanos reducidos, sino de interrelaciones muy dinámicas, con un mayor desarrollo de la diversifi-

---

[362] 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 *última 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.

[363] Similarmente, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 192.

[364] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 65.

cación y con una tendencia hacia la expansión más allá de las fronteras nacionales. En este sentido, el Derecho penal económico no puede configurar las garantías penales teniendo a la vista una realidad social que ha sido hoy sustancialmente superada. En cuanto a la situación política, no hay duda que actualmente también el *ius puniendi* puede pervertirse y dejar de proteger la constitución social para favorecer intereses (económicos) de determinados grupos, pero el contexto político 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 los abusos de Estados absolutistas, constituiría un estancamiento del sistema jurídico y una falta de correspondencia con la realidad. La labor de determinación de las garantías penales y su contenido debe de responder a la constitución de la sociedad actual[365]. Pero debe quedar claro que no se trata de abandonar los aspectos garantistas en el Derecho penal económico, sino de reformularlos en función de las características del sistema económico actual.

II. LA EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

1. Cuestiones generales

Un principio básico del Derecho penal actual es que este orden normativo debe proteger exclusivamente bienes jurídicos, de manera tal que la intervención punitiva no podrá admitirse para resguardar meras convicciones morales o aspectos de simple orden social[366]. Este postulado general se vincula, como correlato lógico, con la exigencia de que la conducta tipificada como delito, afecte el bien jurídico protegido (principio de lesividad). La lógica que subyace en esta vinculación de exigencias garantistas radica, sin duda, en una comprensión de los bienes jurídicos como realidades individuales valoradas positivamente que, para legitimar la imposición de una sanción penal, deben ser lesionadas o puestas en peligro por la conducta del autor.

---

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

[366] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 2 y ss.; El Mismo, *RPDJP* 5 (2004), p. 294.

2. El bien jurídico penalmente protegido por los delitos económicos

La comprensión esbozada sobre el bien jurídico penalmente protegido resulta a todas luces poco útil para legitimar el castigo de la gran mayoría de los delitos económicos. El agente económico no se reduce a un individuo que se desarrolla en el mercado mediante el ejercicio de los derechos subjetivos de corte liberal (libertad, patrimonio, etc.), sino que participa en un sistema económico complejo con sectores e instrumentos operativos específicos que son también fundamentales para sus actividades. Bajo esta óptica, los delitos económicos no deben quedarse en la protección de los bienes jurídicos individuales de los intervinientes en el sistema económico, sino que deben tener en cuenta también los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos[367]. El discurso jurídico-penal sobre el bien jurídico protegido abandona el monismo liberal para asumir un dualismo social derivado de la necesidad de proteger también los sustratos colectivos de la actual realidad social.

Desde la tesitura del dualismo, un sector importante de la doctrina penal sostiene que los delitos económicos protegen bienes jurídicos de carácter colectivo como el buen funcionamiento del orden económico ge-

---

[367] Realizan una fundamentación del Derecho penal económico a partir del concepto de bien jurídico supraindividual, colectivo o difuso, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 691; EL MISMO, *Poder económico*, p. 12 y s.; EL MISMO, *Einführung*,§ 1, n.m. 45; 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. 169; 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 con el 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.

neral[368] o de ciertas instituciones económicas[369]. A esta formulación del bien jurídico protegido en los delitos económicos, otro sector doctrinal le critica no sólo llevar al objeto de protección penal a una indeterminación poco garantista[370], sino, sobre todo, terminar protegiendo funciones del sistema, identificables con la propia razón de la norma penal[371]. Si se atiende a la comprensión liberal del bien jurídico, no cabe más que concluir que a las apreciaciones críticas antes mencionadas les asiste toda la razón. Por lo tanto, si se pretende mantener la actual configuración del Derecho penal económico, la respuesta a estos cuestionamientos no puede ir por el camino de limitar la protección penal a los bienes jurídicos individuales o simplemente aglutinar de cualquier forma las realidades colectivas, sino

---

[368] 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. 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 (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. En sentido crítico, 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. Por su parte, Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p. 5, propone una consideración dinámica del bien jurídico protegido por los delitos económicos como la interrelación de los factores de producción (p. 47 y ss.).

[369] 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. 199 y s.

[370] Vid., así, Hassemer, *Doctrina penal* 1989, p. 282 y ss.; El Mismo, *ADPCP* 1993, p. 56; Sgubbi, *El delito*, p. 103 y s. En el Perú, asume esta posición crítica Villavicencio Terreros, *Lecciones*, p. 50.

[371] 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.

por reformular el concepto de bien jurídico que subyace en los delitos económicos.

Pese al relativo éxito de las tesis dualistas que acentúan el carácter colectivo de la gran mayoría de los bienes jurídicos protegidos por los delitos económicos, lo cierto es que esta amalgama de objetos de protección se hace por medio de una "socialización" poco convincente del discurso liberal de los bienes jurídicos individuales y de la lesividad del delito. Esta situación trae como consecuencia que, al final, ambas perspectivas adolezcan del mismo pecado original, a saber, partir de la idea de que el Derecho penal asegura la incolumidad de esas realidades individuales o colectivas, cuando lo cierto es que su función se despliega cuando esas realidades ya se encuentran afectadas o frustradas[372]. Tal como ya se dijo, el fin de la sanción penal no es garantizar la existencia de determinados bienes individuales o realidades colectivas, sino resolver el problema social que se produce por un ataque contra los mismos, es decir, por el desconocimiento del derecho de una persona a poder disponer de sus bienes de manera segura[373].

Si se lleva el razonamiento precedente al terreno de los delitos económicos, quedará claro entonces que lo que el Derecho penal económico sanciona no es un menoscabo del sistema económico o de algún sector económico específico. El delito económico no tiene que alcanzar tal lesividad, pues su injusto está constituido por la defraudación de una expectativa normativa de conducta de carácter esencial en el sector económico[374], lo que no precisa necesariamente de una afectación sensible a realidades individuales o colectivas valoradas positivamente[375]. Esta expectativa se configura a partir del reconocimiento social de determinados bienes, intereses, facultades e instituciones económicas que resultan indispensables

---

[372] Similarmente, de manera general, PÉREZ DEL VALLE, *LH-Jakobs* (Perú), p. 726.

[373] Vid., JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 44 y s.; EL MISMO, *Sobre la normativización*, p. 60 y s.

[374] Sobre la importancia de la economía en el sistema social actual, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 54.

[375] Vid., la indicación de una ausencia de lesión medible en términos naturalísticos en la economía o institutos económicos concretos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 253.

para que los agentes económicos puedan desplegar sus actividades[376]. Por lo tanto, el bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de las expectativas normativas de conducta esenciales en el sistema económico, radicando su carácter esencial en su necesidad para garantizar el desarrollo personal de los agentes económicos.

3. La lesividad de los delitos económicos de peligro abstracto

La comprensión todavía dominante es que el delito debe consistir en la lesión de un bien jurídico, sin lo cual no es posible fundamentar la imposición de una pena[377]. Este razonamiento ha tenido también calado en el Derecho penal económico, por lo que siempre se ha buscado acreditar en la criminalidad económica algún nivel de lesividad al sistema económico global o a determinados sectores económicos[378]. Sin embargo, la situación se torna especialmente complicada cuando, como es bastante usual, la configuración típica del delito económico recurre a la técnica de tipificación del delito de peligro abstracto. Esta técnica de tipificación se caracteriza por sancionar comportamientos que son, en general, peligrosos sin requerir que se haya puesto en peligro o lesionado la realidad que encarna el valor

---

[376] 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.

[377] Vid., así en el Derecho penal nacional, Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 94.

[378] Así, Gracia Martín, en *Derecho penal económico*, Heydegger/Atahuamán (coord.), p. 68, señala que la lesión –y en referencia a ella el peligro– de los bienes jurídicos colectivos consistirá, pues, en la desestabilización de las circunstancias o en la desviación de los procedimientos reales con respecto al modelo de ordenación establecido en la regulación jurídica primaria. En esta línea, Paredes Castañón, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 67, precisa 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. En la doctrina penal, se han emprendido distintos intentos por mostrar cierta lesividad al sistema económico global o sectorial: Los bienes jurídicos intermedios espiritualizados en 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.; los llamados delitos cumulativos en Kuhlen, *GA* 1986, p. 389 y ss.; Bottke, en *Hacia un Derecho penal*, p. 645 y s.; y el orden económico como bien jurídico mediato en Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 171 y s.; Moreno y Bravo, *Delitos*, p. 41.

que sustenta la prohibición penal[379]. Por lo tanto, no habrá posibilidad de establecer la lesividad de estos delitos económicos, en la medida que el mismo tipo penal renuncia a exigir alguna forma de lesividad concreta.

Un sector de la doctrina penal se muestra crítico frente a la técnica de tipificación del delito abstracto precisamente por su ausencia de lesividad. Así, la escuela de Frankfurt considera que el concepto de peligro abstracto es una invención del legislador para solucionar simbólicamente, y no de manera efectiva, los problemas de la criminalidad[380]. Otro sector admite excepcionalmente la técnica del peligro abstracto, siempre que el autor genere ciertas condiciones que dejen abierta su transformación en un peligro concreto considerable o en una lesión, excluyendo la posibilidad de una conducta voluntaria de salvamento del propio autor o de un tercero (por ejemplo, el delito de incendio y los delitos contra el medio ambiente)[381]. Sin embargo, esta situación excepcional no se presenta, por lo general, en el ámbito económico, por lo que el uso extendido de delitos de peligro abstracto en la legislación penal económica se hará con la finalidad de castigar penalmente el incumplimiento de simples medidas de orden[382].

Las interpretaciones precedentes no se corresponden, a nuestro entender, con las características de la sociedad actual y sus necesidades de imputación, pues el peligro no constituye un estado subjetivo creado en la ciudadanía por la política y los medios de comunicación, ni tampoco una simple infracción de orden. Su relevancia penal es consecuencia lógica de estar en una sociedad con una economía de contactos sociales complejos y con mayores grados de desarrollo tecnológico[383]. Por lo tanto, si el De-

---

[379] Vid., similarmente, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 311.

[380] Vid., HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pp. 70 y ss., 110; EL MISMO, *Revista penal* 4 (1999), p. 54 y s.; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 255 y ss.; KARL, en *La insostenible situación*, p. 61 y s. En relación con delitos económicos, LÜDERSSEN, *Prólogo*, p. 8; PRITTWITZ, en *Konstruktion*, Frehsee/Löschper/Smaus (Hrsg.), p. 53, respecto al Derecho penal del medio ambiente.

[381] WOLFF, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 219 y s. En la misma línea, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 23; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 65 y s.

[382] En este sentido, KÖHLER, *Strafrecht*, AT, pp. 31 y s., 33; ZACZYK, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 116 y s.

[383] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 47 y ss.

recho penal económico pretende tener una vigencia efectiva en el actual modelo de orientación de los sujetos económicos, debe necesariamente adaptar sus categorías dogmáticas a la configuración que hoy en día tiene la realidad económica[384]. Y no hay duda que en una sociedad de riesgos, los delitos de peligro abstracto no son, en lo absoluto, cuerpos extraños.

En consonancia con lo anterior, los defensores del funcionalismo de orientación político-criminal tienen claro que los delitos económicos requieren cada vez menos la lesión de la realidad que encarna bien jurídico y pasan a estructurarse más sobre la base de un peligro. Los criterios de imputación de los delitos económicos abandonan el paradigma de la lesión y asumen un concepto común con los delitos de peligro[385]. El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras dogmáticas de imputación radica en la necesidad de estar orientados a la realidad y a las finalidades político-criminales. En una sociedad como la moderna, con una 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[386]. En este sentido, la apertura de la dogmática penal a consideraciones empíricas y político-criminales exige que ésta se adapte a la nueva formas de aparición de los contactos sociales y su complejidad[387]. Si bien en los delitos de lesión se requiere, además, que el riesgo prohibido se realice en el resultado[388], lo esencial en la construcción de las estructuras imputación es la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido.

Pese a la plausibilidad de la perspectiva antes mencionada, no puede negarse que el recurso a los delitos de peligro abstracto implica cierta ruptura con la concepción tradicional del bien jurídico[389]. El funcionalismo teleológico mantiene, aun con todo, la necesidad de contar con los delitos de peligro abstracto, en tanto constituyen una consecuencia de la moder-

---

[384] Vid., Schünemann, *CCGPJ* 1991, p. 33.

[385] 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.

[386] Vid., en este sentido Schünemann, *Consideraciones*, p. 30 y s.

[387] Roxin, en *Dogmática penal*, p. 29.

[388] Roxin, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 59.

[389] Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 23.

nización del Derecho penal[390]. Ahora bien, la 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[391]. Si no se cumple con estos requisitos mínimos, el uso de esta técnica legislativa no resultará legítimo[392].

El esfuerzo del planteamiento teleológico-funcional por legitimar los delitos de peligro abstracto sin romper la referencia con la afectación del bien jurídico entendido en un sentido liberal, no ha llevado a una propuesta satisfactoria[393]. 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 punición 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*[394]. En consecuencia, el castigo por la peligrosidad de una conducta no puede hacerse con base en su capacidad futura de vulnerar un bien jurídico[395].

---

[390] 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.

[391] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 23b.

[392] 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.

[393] Vid., con mayor destalle sobre este intento de fundamentación, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 229 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 287 y ss.

[394] 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.

[395] En este sentido, KINDHÄUSER, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 273.

Para poder legitimar la creación de los delitos de peligro abstracto, no debe recurrirse al peligro sobre la realidad que encarna el bien jurídico, sino a las condiciones para disponer despreocupadamente del mismo[396]. Una expectativa normativa de conducta puede defraudarse también si no hay seguridad en el disfrute de los bienes sin peligros, lo que sucede precisamente con los delitos de peligro abstracto. La cuestión será entonces decidir cuándo la protección de esta seguridad debe hacerse por medio del Derecho penal (seguridad heterónoma) o dejarse en manos de cada individuo (seguridad autónoma)[397]. El Estado no está en capacidad de prohibir específicamente todas las conductas peligrosas para los bienes jurídicos, por lo que sólo puede establecer prohibiciones generales cuya concreción deja en manos de cada individuo[398]. Sin embargo, en sectores sociales con numerosos contactos sociales de carácter anónimo no es posible que los agentes sigan un estándar de seguridad homogéneo, sino que cada uno puede tener una comprensión divergente de lo que es una actuación segura. Dado que en estos sectores la seguridad de un disfrute de bienes jurídicos sin peligros no puede ser procurada por el individuo mismo o sólo con un esfuerzo desproporcionado, el Estado lo asegura por medio de la técnica de los delitos de peligro abstracto[399].

Por todo lo anteriormente señalado, los delitos de peligro abstracto encuentran su justificación en la necesidad del legislador penal de establecer, por el riesgo de representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos. Este proceder es muy usual en el ámbito económico. El Estado asume una administración centralizada de los riesgos y precisa cuándo alguien está infringiendo expectativas sociales esenciales en el sistema económico, aunque individualmente el agente no lo crea así[400]. Se trata, pues, de peligros abstractos prohibidos centralizadamente por el

---

[396] Vid., así, Kindhäuser, *Gefährdung*, p. 279 y ss. Por eso, Kindhauser, *Indret*, 1/2009, p. 7 y ss., considera necesario abandonar el paradigma de la agresión por el de la inseguridad en la disposición racional de un bien.

[397] Vid., sobre esta diferenciación Kindhäuser, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 79.

[398] Vid., Derksen, *Handeln*, p. 179.

[399] Vid., Kindhäuser, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 79.

[400] Vid., de manera general, Jakobs, *La ciencia*, p. 124.

legislador, independientemente de una valoración individual divergente. Por ejemplo: El mantener una contabilidad paralela en la administración de la persona jurídica defrauda la expectativa normativa de un respeto a los intereses patrimoniales de terceros, aunque el administrador de la persona jurídica no lo estime así[401]. La seguridad misma respecto del disfrute de los bienes jurídicos en las relaciones económicas, se constituye así también en el bien jurídico de los delitos económicos configurados como delito de peligro abstracto[402]. Esta afectación produce una defraudación social que fundamenta ya la intervención del Derecho penal económico, adquiriendo así el principio de lesividad una nueva interpretación en el Derecho penal económico: No se trata de la lesión de realidades económicas positivamente valoradas, sino de la defraudación de expectativas normativas esenciales en el sistema económico.

4. La diferencia con las infracciones administrativas

El cambio de perspectiva planteado en el apartado precedente en cuanto a la conformación del principio de lesividad en los delitos económicos, suscita ciertos problemas de delimitación entre los delitos económicos de peligro abstracto y las infracciones administrativas en sectores económicos regulados[403]. Si el delito de peligro abstracto se sustenta en una peligrosidad estadística que define centralizadamente el Estado como defraudación de una expectativa normativa de conducta, parecería no haber una diferencia sustancial con el criterio utilizado por la regulación de las infracciones administrativas. Para poder salir al frente ante este problema de delimitación existen fundamentalmente dos caminos.

Por un lado, podría sostenerse que la diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal es simplemente cuantitativa, no existiendo, por tanto, una distinción cualitativa respecto de los criterios de estructuración de ambas formas de injusto[404]. El límite entre estos ámbitos

---

[401] Vid., con mayores ejemplos, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 45 y s.; EL MISMO, en *El sistema funcionalista*, p. 53 y s.

[402] Vid., así, en general sobre los delitos de peligro abstracto, KINDHÄUSER, en *Aufgeklärtes Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 276.

[403] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 328.

[404] Así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR, *ADPCP* 1975, p. 159.

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. Esta solución argumentativa no puede, sin embargo, ser de recibo para quienes entienden que la diferencia no es, o no lo es solamente, cuantitativa. En nuestra comprensión del bien jurídico penalmente protegido, por ejemplo, queda claro que el Derecho penal económico no debe restablecer toda defraudación de expectativas derivadas de las estructuras del sistema económico, sino sólo aquéllas cuya vigencia resulta indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad en la economía[405]. Por el contrario, para asegurar el 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 este último recurra fundamentalmente a mecanismos de reestabilización de carácter cognitivo como el decomiso, medidas preventivas de seguridad, etc.[406].

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 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[407]. En la medida que la reacción penal

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

[406] Vid., igualmente, Pérez del Valle, *LH-Jakobs* (Perú), p. 725.

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

constituye una de las formas más extremas de limitación de la libertad de los ciudadanos, debe recurrirse a la técnica del peligro abstracto 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 punitiva 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 tal que sea necesario utilizar un restablecimiento normativo con las sanciones más drásticas.

Lo último que se ha dicho precisa responder a la cuestión de cuándo la conducta peligrosa fundamenta una perturbación social que requiere de una intervención penal. FEIJOO SÁNCHEZ ha recurrido a la idea de organización insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo[408]. 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[409]. Para dar mayor contenido a esta propuesta de distinción cabe acudir a la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico[410]. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. En esta última forma de probabilidad se sustenta la peligrosidad en un delito de peligro abstracto.

---

[408] Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p.330 y ss.

[409] Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 y s. En la misma línea, VILCHEZ CHINCHAYÁN, en *Estudios críticos*, p. 23.

[410] Vid., FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, p. 94 y s.

II. ¿*ÚLTIMA RATIO* EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO?

Es doctrina casi unánime la afirmación de que la intervención jurídico-penal está sujeta al principio de mínima intervención o *última ratio*[411]. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando los sistemas de control extrapenal fracasen o sean insuficientes para hacer frente a determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos. 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 para solucionarlas. Esta secundariedad del Derecho penal se expresa en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que informan la labor incriminatoria del legislador penal, según los cuales sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente.

Si bien el carácter de *última ratio* de la intervención penal debería también regir en la represión de los delitos económicos, la regulación penal muestra que muchas veces se recurre directamente al Derecho penal en lugar de otros mecanismos de solución o control menos gravosos[412]. La explicación de esta situación particular radicaría en el hecho de que, por lo general, resulta económicamente menos gravosa para el agente económico la creación de tipos penales de castigo de determinadas conductas abusivas que la implementación de una compleja red administrativa de deberes de control sobre los agentes económicos[413]. 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

---

[411] 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/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 1, n.m. 108; Villavicencio Terreros, *Lecciones*, p. 46. Críticamente, Niggli, *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss.

[412] 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.

[413] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Einführung*, § 1, n.m. 63a; Jaén Vallejo, *Cuestiones actuales*, p. 45 y s.

determinado ámbito económico[414]. En efecto, los agentes económicos considerarían menos gravosa la posibilidad de padecer una sanción penal por una conducta determinada que someterse a un control administrativo minucioso que entorpecería y encarecería sustancialmente la realización de sus actividades, por lo que la solución penal al problema devendría en más eficiente en términos económicos.

No cabe la menor duda de que las consideraciones precedentes pueden ser tenidas en cuenta en el plano político-económico, donde se ponderan las consecuencias prácticas que determinada regulación legal produce. Sin embargo, el recurso al Derecho penal no se determina por la mayor o menor tolerabilidad de la represión penal por los sujetos infractores, sino por el sentido social altamente perturbador que expresa el comportamiento desvalorado. En consecuencia, al Derecho penal se debe acudir para castigar las defraudaciones más graves de las expectativas normativas de conducta esenciales para el funcionamiento de la sociedad, no estando los delitos económicos excluidos de cumplir con este criterio de gravedad. La permeabilidad de las decisiones legislativas frente a criterios de eficiencia económica, no puede llevar a que la decisión de recurrir al Derecho penal se haga únicamente en virtud de razones de costos administrativos más bajos o menores restricciones al desarrollo económico.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. La necesidad de legalidad en el sistema económico

No constituye algo novedoso destacar el mayor dinamismo del sistema económico frente a otros sectores del sistema social[415]. En un ámbito de actuación tan cambiante, la determinación de lo que es conforme a las reglas o no, tiene un alto grado de contingencia[416]. Lo que hoy puede constituir una defraudación de expectativas de conductas, puede que mañana ya no lo sea, o al revés, pues esto, por lo general, depende de

---

[414] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, § 1, n.m. 63a.

[415] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 24.

[416] Vid., este problema de delimitación entre lo legal y lo ilegal en el Derecho penal económico, LINDEMANN, *Voraussetzungen*, p. 7 y s.

circunstancias cambiantes que inciden en el funcionamiento del sistema económico. En este sentido, se hace necesaria una labor de determinación de las conductas infractoras por parte del Estado, la cual sólo puede llevarse a cabo mediante leyes jurídicas de carácter general. Bajo estas circunstancias, la vigencia del principio de legalidad se erige en una condición básica para el mantenimiento del modelo de orientación en el sector económico, pues, de lo contrario, no se contraría con referentes claros para poder salvar la permanente variabilidad de las relaciones económicas.

Para el Derecho penal, el principio de legalidad conlleva un conjunto de exigencias tanto para la actividad criminizalizadora del legislador como para la sancionadora del juez[417]. En concreto, se señala que el principio de legalidad exige una ley escrita, la determinación de la conducta prohibida y de la pena, la promulgación previa de la ley y la prohibición de la analogía in *malam partem*[418]. En lo que sigue de este apartado, se harán algunas consideraciones sobre la manera cómo se expresan en el Derecho penal económico las exigencias establecidas al legislador penal de reserva de ley y del mandato de certeza. Por el contrario, las exigencias referidas a la ley previa y a la prohibición de analogía se tratarán en el capítulo referido a la aplicación e interpretación de la ley penal económica.

2. La reserva de ley

La llamada reserva de ley establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer las penas correspondientes. En este sentido, la ley constituye la única fuente directa del Derecho penal. La costumbre, la jurisprudencia y los principios generales constituyen, por el contrario, simples medios para interpretar el Derecho positivo, pudiendo, en el mejor de los casos, influir en la formación de nuevas leyes penales[419]. La claridad de este planteamiento comienza, sin embargo, a perderse cuando hay que fijar

---

[417] 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.

[418] 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.

[419] Vid., así, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 18.

qué dispositivos legales abarca el término "ley", al que se reserva la determinación de los delitos y las penas.

No cabe duda que la reserva de ley se refiere primeramente a la ley en sentido formal, es decir, a la expedida por el Congreso de la República conforme a los procedimientos constitucionales. Esta reserva se extiende sin mayor discusión a la llamada ley en sentido material, esto es, cuando el Poder Ejecutivo legisla, por delegación de facultades legislativas del Congreso, a través de decretos legislativos[420]. La discusión se suscita, por el contrario, 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 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, cabe hacerse la pregunta de si los delitos económicos podrían ser regulados excepcionalmente mediante decretos de urgencia.

El tenor de la disposición constitucional que regula los decretos de urgencia no parece excluir la posibilidad de que se expidan por esta vía leyes penales económicas. 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*"[421]. 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 las leyes penales, pues la gravedad de la respuesta penal precisa de una ponderación equilibrada ajena a circunstancias de excepción. Se trata de una regulación que no puede expedirse de imprevisto con los

[420] Vid., en este sentido, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 5; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 4, n.m. 392; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 16, n.m. 281; GARCÍA CANTIZANO, *RPDJP* 5 (2004), p. 143.

[421] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 20 y s.

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 toda intervención punitiva debe observar.

Una vigencia estricta de la reserva de ley ha comenzado a tematizarse en los últimos años en relación con los llamados procesos de autorregulación empresarial. Desde la década de los noventa del siglo pasado ha tomado gran fuerza la idea de que la mejor manera de asegurar que las empresas actúen en observancia de la ley es que éstas adopten voluntariamente un programa de cumplimiento normativo (*compliance*), esto es, un conjunto de medidas organizativas dispuestas por la propia empresa para prevenir la realización de delitos en el marco de su actividad[422]. Uno de los aspectos más relevantes del *compliance* es que, en todos los niveles de la empresa, se deben elaborar códigos de conductas, a través de los cuales se pone en conocimiento de cada trabajador la manera en la que debe actuar frente a las diversas situaciones de riesgo de infracción penal[423]. Es en este punto en el que se suscita la discusión de si con esta determinación de la manera de actuar se le está entregando a las empresas el poder de definir las conductas penalmente relevantes[424]. Algunos autores aceptan que existe una asunción de facultades regulatorias, por lo que se ocupan de desarrollar algunos mecanismos para legitimar esta intromisión de los privados en la definición de lo jurídicamente relevante[425]. A nuestro entender, tal delegación normativa no tiene lugar, pues lo único que está haciendo la empresa

---

[422] Vid., de manera más extensa, Engelhart, *Sanktionen*, p. 40 y ss.; Bock, *Criminal Compliance*, p. 19 y ss.

[423] Vid., Momsen, *ZIS* 6/2011, p. 509. Si bien la idea del código de conducta surge como expresión de la ética de los negocios impulsada por la responsabilidad social corporativa, en la actualidad se ha erigido como elemento principal de los programas de cumplimiento. Vid., con mayor detalle, Navas Mondaca, en *Criminalidad de empresa y compliance*, Silva Sánchez (ed.), p. 112 y ss. Esta sucesión histórica hace comprensible la afirmación de que los programas de cumplimiento normativo son la evolución de los códigos de conducta corporativos (vid., así, Gómez-Jara Díez, *Fundamentos*, p. 330).

[424] Vid., esta cuestión, Navas Mondaca, en *Criminalidad de empresa y compliance*, Silva Sánchez (ed.), p. 124.

[425] Vid., así, Nieto Martín, en *Autorregulación y sanciones*, p. 88 y s.

es simplemente precisar el mandato del legislador en situaciones concretas[426]. Esto sucede en muchos ámbitos (por ejemplo, en la determinación del deber de cuidado del delito culposo), sin que se haya hecho tanto aspaviento. En todo caso, queda claro que lo dispuesto por las empresas en sus códigos de conducta no tiene un carácter normativo, aunque ciertamente podrá ser tenido en cuenta al analizar la imputación subjetiva y la presencia de situaciones de error.

3. El mandato de certeza

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 a imponer[427]. A esta expresión del principio de legalidad se le conoce como mandato de certeza, taxatividad o determinación. No obstante, queda claro que este mandato no puede exigir leyes absolutamente determinadas, pues el legislador sólo puede precisar en la ley los rasgos generales del delito y juzgarlo desde una perspectiva general[428]. En tanto el caso concreto sólo se presenta ante el juez, el legislador es incapaz de prever una solución para una situación específica[429]. Como consecuencia de lo antes referido, el mandato de certeza 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 frente al caso concreto[430]. El legislador se ocupa de establecer, de manera general,

---

[426] En el mismo sentido, COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y compliance*, Silva Sánchez (ed.), p. 70.

[427] Vid., así, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 14.

[428] Vid., en este sentido, las razones para el fracaso de una descripción casuística por parte del legislador, STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 48; BOOP, *Die Entwicklung*, p. 161 y ss; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 185; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 129.

[429] 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.

[430] 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.

los elementos esenciales de las formas de actuación defraudatorias de las expectativas normativas de conducta[431], dejando al proceso de interpretación judicial la decisión de si una conducta específica forma parte de tales formas de actuación.

La determinación legislativa de los rasgos esenciales del delito debe modularse en ámbitos especialmente dinámicos como la economía. En este ámbito, el legislador penal se ve en la necesidad de utilizar en la estructuración de los tipos penales elementos normativos generales que le permitan al juez adaptar su labor interpretativa a la multiformidad de las relaciones económicas, así como cláusulas de remisión a normas administrativas para definir la conducta típica en ámbitos especializados sometidos a constante revisión[432]. Sólo de esta manera el juez penal podrá contar con las condiciones necesarias para una efectiva labor de estabilización de las expectativas sociales en un ámbito tan dinámico como el económico. La observancia del principio de legalidad debe atender a parámetros que se correspondan con la variabilidad de las conductas constitutivas de delitos económicos[433].

El hecho de que la legislación penal económica recurra usualmente a cláusulas generales o contenga cláusulas de remisión a leyes extrapenales o a actos de la Administración, ha llevado a que la doctrina penal se pregunte si este ámbito jurídico-penal respeta la exigencia de determinación de las

---

[431] 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. Sobre el mandato de certeza como determinación objetiva, vid., Jakobs, *op. cit.*, Apdo 11, n.m. 11; Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 253. Crítico Ransiek, *Gesetz*, p. 19, 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 podría responder 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).

[432] Vid., sobre la necesidad de remitirse a la normativa administrativa para determinar estándares en el ámbito de la economía, Jakobs, *La ciencia*, p. 134 y s.; El Mismo, en *El sistema funcionalista*, p. 55.

[433] Vid., Abanto Vásquez, *RPCP* 11, p. 23 y ss. De manera general, Yacobucci, *LH-Jakobs* (Perú), p. 646.

conductas prohibidas[434]. Los estudios penales no rechazan absolutamente el uso de leyes penales con cláusulas generales o remisiones extrapenales, pues resulta claro que en ámbitos de regulación cambiante no puede exigirse una tipificación detallada de las conductas delictivas, así como tampoco una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas a los cambios económicos[435]. Sin embargo, con esta concesión de uso no se legitima la utilización de cláusulas generales o cualquier remisión extrapenal, 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[436]. La lucha contra la criminalidad económica debe respetar también un estándar mínimo impuesto por el mandato de certeza[437].

A. Las leyes penales en blanco

En el Derecho penal económico es común encontrar leyes penales en blanco que se remiten a una normativa extrapenal para precisar la conducta punible[438]. Este acoplamiento de la ley penal con la regulación extrape-

---

[434] Vid., así la discusión en 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 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.

[435] Vid., 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. Respecto de las leyes penales en blanco, vid., 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.

[436] Vid., así, TIEDEMANN, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C42 y ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, p. 32, referido en concreto a las cláusulas generales.

[437] 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.

[438] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 99; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 243. Sobre el concepto de ley penal en blanco y sus posibilidades de clasificación, vid., WARDA, *Abgrenzung*, pp. 5 y ss., 10 y ss.

nal ha generado un fenómeno de identificación total o parcial de la norma penal con la regulación extrapenal[439]. El inconveniente de esta confluencia normativa es que si el mandato de certeza se circunscribe a la norma de conducta de la ley penal, entonces a una parte de la determinación de la conducta delictiva no le alcanzará dicho mandato[440]. De esta manera, las leyes penales en blanco podrían dar entrada a una forma de escapar del mandato de certeza. Esta desvinculación no puede ser de recibo, aunque ello tampoco puede llevar a mantener la determinación de la ley penal económica con la misma rigidez que en el Derecho penal "tradicional". El mandato de certeza debe asumir una configuración que, sin renunciar a la garantía de la previsibilidad objetiva de lo prohibido, se corresponda con las particularidades del sistema económico.

De inicio, debe señalar que el mandato de certeza establece la exigencia de que la ley penal contenga los criterios de decisión que permitan al juez decidir sobre la relevancia penal de un caso concreto, es decir, afirmar la contrariedad a la norma de una conducta determinada (supuesto de hecho) y establecer la pena correspondiente (consecuencia jurídica)[441]. Para poder responder a la cuestión de si los delitos económicos estructurados como leyes penales en blanco se ajustan a este mandato o si, por el contrario, lo vulneran, la doctrina penal los ha sistematizado en diversos grupos.

a. Las leyes penales en blanco impropias

En las leyes penales en blanco impropias, la remisión legal se hace a otras leyes de igual rango (leyes especiales)[442]. Un ejemplo de esta clase de ley penal en blanco es el delito de concentración crediticia del artículo

---

[439] 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.

[440] 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.

[441] 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.

[442] 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*, § 4, n.m. 99, denomina a estos supuestos leyes penales en blanco en sentido amplio.

244 del CP que se remite a la Ley General del Sistema Financiero. Queda claro 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 el Ejecutivo con base en una delegación de facultades legislativas)[443]. Sucede solamente que los criterios de decisión para determinar la conducta prohibida se encuentran repartidos en estas leyes[444].

El problema se presenta, más bien, como atinadamente lo observa TIEDEMANN, en relación con una posible ruptura del mandato de certeza, en tanto éste sólo alcanzaría a la ley penal y no a la ley extrapenal[445]. Hay que precisar, sin embargo, que la cláusula de remisión de la ley penal en blanco hace que la parte pertinente de la ley extrapenal pase a formar parte de la ley penal, con todos los requerimientos exigidos por el mandato de certeza. En este orden de ideas, si de la interpretación conjunta de la ley penal y la ley extrapenal no resultan criterios suficientes para determinar el carácter defraudatorio de la conducta concreta o de la pena a imponer, entonces estaremos ante una ley incompleta y, por ello, contraria al nivel de determinación legal exigido.

b. Las leyes penales en blanco propias

En las leyes penales en blanco propias la remisión normativa se hace a disposiciones administrativas de inferior jerarquía[446]. Ejemplo de esta clase de leyes penales en blanco es el delito de especulación de bienes de primera necesidad del artículo 234 primer párrafo del CP. El uso de esta forma de estructuración de la ley penal en blanco ha sido objeto de crítica por dejar en manos de la Administración la decisión sobre la configuración de alguno de los elementos constitutivos del hecho delictivo[447]. Para salir

---

[443] Vid., así la referencia, WARDA, *Abgrenzung*, p. 8; HUERTA TOCILDO, *Revista penal* 8 (2001), p. 44.

[444] Similarmente, KÜHL, *FS-Lackner*, p. 829 y s.

[445] TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 88 y s.; EL MISMO, *JuS* 1989, p. 695.

[446] 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].

[447] A no ser que posean competencias legislativas penales como lo precisa BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 55.

al paso frente a este cuestionamiento, se han desarrollado fundamentalmente dos líneas de argumentación que se expondrán brevemente.

La primera es la desarrollada por el Tribunal Constitucional Español, quien admite la compatibilidad de las leyes penales en blanco con el mandato de certeza 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[448]. Esto significa que habría una infracción del mandato de certeza, pero que, por tratarse de cuestiones incidentales, estaría todavía tolerada. La necesidad de flexibilizar la tipificación penal para reprimir eficazmente los delitos económicos justificaría una infracción no esencial del mandato de certeza.

La otra línea de argumentación es desarrollada por la teoría de la concreción, seguida por los tribunales alemanes, según la cual la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de la normativa de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal[449]. 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 esta-

---

[448] 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; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero (2010), p. 158; 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.

[449] 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.

blecidos 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[450], puede señalarse que más feliz resulta la formulación de la teoría de la concreción, pues deja a salvo conceptualmente el mandato de certeza. 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 certeza. Tal compatibilidad depende del hecho de que la regulación administrativa de remisión no constituya un criterio de decisión, sino sólo un criterio de especificación[451]. 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, se tratará entonces también de leyes penales incompletas que facultan de manera encubierta una intervención de la Administración 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[452].

---

[450] Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 9, p. 25.

[451] La cuestión central será determinar cuándo algo constituye un criterio de decisión y cuándo una simple especificación (vid., así, KÜHL, *FS-Lackner*, p. 833), 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.

[452] 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 manera que el legislador lo único que hace es evitar repetir lo que dice una norma administrativa.

Resulta pertinente señalar que la apertura conceptual que usualmente tiene la cláusula de remisión contenida en una ley penal en blanco, debe compensarse con una regulación administrativa detallada[453]. De esta manera, la remisión a disposiciones administrativas para especificar la conducta prohibida ofrecerá mayor seguridad frente al arbitrio judicial, pues no se tratará de una decisión judicial libre, sino sujeta a parámetros claros administrativamente establecidos[454]. Por esta razón, no es de recibo que en la normativa administrativa remitida se contemplen, a su vez, remisiones a criterios discrecionales de la Administración. La concreción del elemento típico a través de una remisión normativa debe preservarse de decisiones sorpresivas o dependientes de los eventuales objetivos que procuran alcanzar los órganos administrativos.

c. 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 regulaciones complementarias dinámicas, es decir, a aquéllas que sufren modificaciones continuamente[455]. Se reprocha a esta forma de ley penal en blanco una infracción del mandato de certeza, pues el legislador determina la conducta prohibida con base en actos de contenido incierto[456]. Sin embargo, si se considera detenidamente los requerimientos del mandato de certeza, podrá concluirse que esta forma de ley penal en blanco tampoco lo afecta necesariamente, pues se trata de una modificación de los criterios de especificación que no cambia el sentido de la determinación general realizada

---

[453] Vid., Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 108.

[454] Vid., así, Tiedemann, en *Derecho Penal Económico*, Mazuelos Coello (coord.), p. 260; 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.

[455] Vid., así, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 243; El Mismo, Voz: Blankettstrafgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; El Mismo, *Einführung*, § 4, n.m. 109; 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.

[456] Vid., Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 109.

legalmente por el legislador[457]. En nuestra legislación penal constituyen ejemplos de leyes penales en blanco con remisiones dinámicas el delito tributario contable (artículo 5 de la LPT) y el delito de contabilidad paralela (artículo 199 del CP). En estos casos no existe una infracción del mandato de certeza, 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[458].

Si bien cabe imaginar un abuso de los conceptos generales de la ley penal en blanco por parte de la regulación administrativa de remisión, 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 normativa extrapenal y sujetarse a una interpretación de los conceptos generales de la ley penal. La fundamentación jurídica de tal proceder se encontraría en el mandato constitucional que, en caso de conflicto de leyes, obliga al juez a preferir una ley sobre una norma de menor jerarquía.

Dentro de las cláusulas dinámicas se incluyen los casos de remisión a las reglas técnicas generalmente reconocidas[459]. La doctrina penal tiene una posición crítica sobre la posibilidad de que las leyes penales en blanco se remitan a reglas técnicas, pues no se cumpliría con el principio de publicidad, lo que impediría el conocimiento de la prohibición penal por parte de los ciudadanos[460]. Al respecto habría que determinar si la referencia a reglas técnicas constituye realmente un supuesto de ley penal en blanco o si se trata, más bien, de un elemento normativo del tipo. Al igual

---

[457] Vid., en este sentido, OTTO, *Jura* 1991, p. 310 en referencia al Tribunal constitucional alemán.

[458] 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.

[459] Vid., sobre las normas técnicas SCHÜNEMANN, *FS-Lackner*, p. 373 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, p. 237 y ss.

[460] Así, SANTANA VEGA, *El concepto de ley penal en blanco*, p. 46

que en los delitos culposos, en los que el deber de cuidado no se encuentra muchas veces positivizado, las reglas de la técnica son conocimientos que cabe imputar a personas que se mueven en ámbitos especializados y que, por lo tanto, pueden constituirse en referentes del comportamiento del autor[461]. Sobre la base de estas ideas, puede decirse que la admisión de reglas técnicas en la configuración de los tipos penales no es una forma de ley en blanco que se remite a aspectos desconocidos por los ciudadanos, sino el recurso a reglas especializadas que permiten conocer la aptitud lesiva del comportamiento.

d. Cláusulas de remisión inversa

Mediante una cláusula de remisión inversa una ley extra-penal se remite a una ley penal para el castigo de una conducta determinada. Esta remisión no genera mayores problemas de legitimidad si la conducta en cuestión puede subsumirse completamente en el tipo penal remitido[462], pues no sólo no se desnaturalizaría el tipo penal, sino que se ofrecería incluso una mayor seguridad jurídica[463]. Por ejemplo, el artículo 179 de la LGSF señala que quien, valiéndose de información o documentación falsa sobre su situación económica y financiera, obtiene de una empresa del sistema financiero o de seguros, una o más operaciones de crédito, directas o indirectas, incluido el arrendamiento financiero o la prórroga o refinanciación de tales operaciones, quedará sujeto a la sanción establecida en el primer párrafo del artículo 247 del CP. A esta remisión inversa no cabe hacerle ninguna objeción desde el punto de vista de la observancia del mandato de certeza.

---

[461] Similarmente, Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales*, p. 244, señala que "*las normas técnicas pueden operar, fundamentalmente, integrando un concepto jurídico indeterminado que sirve de parámetro para formular un juicio de valor y determinar los deberes de cuidado exigibles a quienes participan en actividades de riesgo, esto es, en un nivel de imputación*".

[462] En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 110.

[463] 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.

Los cuestionamientos aparecen, por el contrario, cuando la conducta prevista en la ley extra-penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal. Si bien no se trata de un delito económico, resulta bastante gráfico acudir al artículo 23.6 del D.S. N° 018-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva para graficar el uso indebido de las cláusulas de remisión inversa. Este artículo establece concretamente que, "(e)*n concordancia con lo establecido en el artículo 392 del CP, incurre en delito de concusión el Ejecutor o Auxiliar coactivo que, a pesar de tener conocimiento de la interposición de la demanda de revisión judicial, exija la entrega de los bienes mientras dure la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva*". Como puede verse, esta cláusula de remisión inversa extiende, por un lado, la aplicación del artículo 392 del CP *a los auxiliares coactivos* en clara contravención al tenor de dicho artículo y, por otro lado, da a entender que su ámbito de aplicación alcanza también al delito de concusión, lo que no es así, pues dicho artículo sólo está referido a los delitos de peculado y malversación[464].

La doctrina penal peruana ha visto con sentido muy crítico las cláusulas de remisión inversa que desbordan 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[465]. 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 por su irrelevancia, excediese del ámbito del injusto típico propuesto por el legislador penal*"[466]. Es evidente que, en estos casos, se estará ante una clara infracción a la reserva de ley, pues el tipo penal no contendrá como delito la conducta que la cláusula de remisión inversa cataloga como tal.

---

[464] Así, Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 581 y s.

[465] En este sentido, Yon Ruesta, *Derecho* 53 (2001), p. 977.

[466] Vid., Doval Pais, *Posibilidades*, p. 207 y s.

B. La accesoriedad administrativa de acto

La accesoriedad administrativa de la normativa penal abarca las distintas formas en las que los presupuestos del tipo penal se determinan en relación con normas o decisiones de la Administración[467]. En los escritos especializados se mencionan tres formas de accesoriedad administrativa: De conceptos, de leyes y de actos[468]. La primera forma de accesoriedad se presenta cuando los tipos penales contienen elementos normativos con contenido jurídico-administrativo. La accesoriedad administrativa de leyes alude a los casos en los que el tipo penal se remite a una normativa administrativa de inferior jerarquía para definir la conducta típicamente relevante. Finalmente, la accesoriedad administrativa de acto tiene lugar cuando los tipos penales exigen un acto administrativo, o su inexistencia, para poder sancionar penalmente una conducta determinada[469].

El hecho de que la ley penal se estructure con parámetros administrativos, suscita la cuestión de si se cumple con la exigencia de que sea la ley penal la que defina suficientemente la conducta penalmente sancionada. La accesoriedad administrativa de conceptos no suscita mayores problemas, pues resulta plenamente válido que los tipos penales utilicen elementos normativos, los que pueden tener una naturaleza administrativa[470]. Tampoco la accesoriedad administrativa de leyes resulta opuesta al mandato de determinación, pues se trata de leyes penales en blanco que, mientras la remisión a las normas administrativas se haga como un criterio de

---

[467] Vid., así, Schall, *NJW* 1990, p. 1265.

[468] 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.

[469] En este sentido, Wilkenbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 34.

[470] 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.

especificación, cumplirán con las exigencias del principio de legalidad[471]. El punto de discusión recae, más bien, sobre la llamada accesoriedad administrativa de acto. En tanto la realización del tipo penal se hace dependiente de un acto de la Administración, se plantea la pregunta de si con ello no se le está otorgando a esta última facultades decisorias sobre la relevancia penal de la conducta típica[472].

Para determinar si con la accesoriedad administrativa de acto se presenta una infracción del mandato de determinación, resulta necesario precisar cómo tiene lugar esta forma de accesoriedad. Si bien hemos señalado que la accesoriedad administrativa de leyes alude al caso de leyes penales en blanco con remisión a normas administrativas, 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[473]. Por esta razón, hay que diferenciar 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 artículo 234 primer párrafo del CP), de aquellos en los que el acto administrativo constituye sólo un elemento típico circunstancial del delito respectivo[474] (por ejemplo, el delito de uso ilegal de divisas del artículo 259 del CP que requiere que el sujeto activo cuente con una autorización de disposición de divisas).

---

[471] 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.

[472] 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. 254.

[473] 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. 252.

[474] 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.

En el primer grupo de supuestos de accesoriedad administrativa de acto (leyes penales en blanco), se cumplirá con el mandato de certeza si, en observancia del parámetro de determinación antes esbozado, la ley penal establece suficientemente los criterios de decisión y deja al acto administrativo simplemente la función de especificar un elemento típico general. En el segundo grupo de supuestos, para dar por cumplida la determinación típica de la conducta prohibida, 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[475].

C. Las cláusulas generales en el Derecho penal económico: Especialmente el fraude a la ley penal

El uso de cláusulas generales en la tipificación penal recibe serios cuestionamientos desde el punto de vista del mandato de determinación, ya que se trata de conceptos generales que requieren de una valoración complementaria por parte del juez en el caso concreto[476]. Dado que las cláusulas generales son poco conciliables con el mandato de determinación[477], no hay duda que lo mejor sería tipificar las conductas delictivas con base en conceptos determinados. Sin embargo, tampoco puede caerse en un sistema de tipificación detallista que impida al juez penal llevar a cabo una Administración de Justicia material en sectores que se caracterizan por la multiformidad de los supuestos[478]. El legislador penal tiene que utilizar cláusulas generales en la estructuración típica de los delitos económicos para poder darle al juez una mayor capacidad de

---

[475] Similarmente, Wilkenbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 35; Ransiek, *Gesetz*, p. 116 y s.

[476] Vid., con mayores detalles, Lenckner, *JuS* 1968, p. 249 y ss.; Haft, *JuS* 1975, p. 479; Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 4, n.m. 425 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.

[477] 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.

[478] Vid., así, Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen*, p. 183; Rudolphi, *SK* § 1, n.m. 13.

ajustar el tipo penal a la variada realidad en la que estos delitos se presentan[479]. Por lo tanto, habrá que admitir el uso de estas cláusulas si es que no hay otra manera de realizar una tipificación mínimamente eficaz de las conductas delictivas en el ámbito económico[480].

La posibilidad de usar cláusulas generales en la tipificación de conductas cometidas en contextos dinámicos o cambiantes como el económico, no significa que se puedan crear tipos penales sin contenido propio. Por esta razón, no se puede utilizar cualquier cláusula general, sino solamente aquella que se asiente en conceptos valorativos con cierto núcleo de significación asegurado. Lo único que las cláusulas generales admiten es una mayor participación creadora del juez en ámbitos en los que no hay otra manera de llevar a cabo una Administración de Justicia que responda a las particularidades del caso concreto[481]. No se trata de un supuesto de falta de vigencia del mandato de determinación, sino de su flexibilización para alcanzar niveles mínimos de prevención.

El recurso a cláusulas generales en el ámbito económico no será adecuado, por el contrario, si se trata de fijar estándares de observancia obligatoria en una actividad realizada en determinados sectores económicos (p.e. el respeto al medio ambiente en la actividad de explotación industrial). Ello se debe a que las instancias judiciales carecen de los conocimientos técnicos suficientes para su correcta concreción y en cada concreción cualquier autor podría alegar una interpretación personal divergente[482]. Por consiguiente, los estándares deberán determinarse en estos casos de manera

---

[479] 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*, § 4, n.m. 111.

[480] 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.

[481] 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.

[482] Vid., así, JAKOBS, *La ciencia*, p. 134.

inelástica, es decir, como permisos individuales delimitados con precisión o como niveles mínimos de validez general[483].

Ejemplos de cláusula general en nuestro Código penal son el artículo 236 del CP que regula la agravante de conmoción o calamidad públicas para los delitos de especulación y adulteración. La intención del legislador penal es establecer un elemento de agravación del injusto, cuando la necesidad de los consumidores afectados es mucho mayor. Obviamente, el legislador penal podría haber optado por una regulación casuística (guerra, terremoto, maremoto, inundaciones, etc.), pero, de haberlo hecho así, habría corrido el riesgo de dejar vacíos de punición, en tanto la realidad podría presentar otro tipo de circunstancias, naturales o creadas por el hombre, que justifiquen igualmente la elevación de la pena de las conductas que buscan aprovecharse de los consumidores en situaciones de mayor necesidad pública.

Un caso muy controvertido de cláusula general, bastante común por cierto en el Derecho penal económico, es aquélla que establece la penalización de las llamadas conductas de fraude a la ley (*Umgehungsverhalten*)[484]. El fraude a la ley no es una figura novedosa, pues ya en los escritos del jurista romano Paulo se puede encontrar una aproximación conceptual a esta forma de actuación[485]. Aplicado al Derecho penal, el fraude a la ley consiste en la realización de actos que no se subsumen de manera específica en la ley penal, pero que van igualmente en contra de su fin de protección, por lo que también deberían ser castigados[486]. La evasión de la ley penal puede tener lugar de dos formas: Por un lado, por medio de la evasión de

---

[483] Vid., Jakobs, *La ciencia*, p. 134.

[484] 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.

[485] D. 1, 3, 29: "*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*" ("*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].

[486] Vid., en este sentido, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 134 y s.

la realización de la conducta típicamente prevista (*fraude a la ley penal en sentido estricto*); por otro lado, por medio de la evasión de la ley extrapenal a la que el tipo penal se remite para determinar un elemento de la conducta típica (*fraude a la ley penal en sentido amplio*).

En el caso de las conductas de *fraude a la ley penal en sentido estricto*, la doctrina penal mayoritaria entiende que castigarlas únicamente con el tipo penal evadido resultaría contrario al principio de legalidad (específicamente contra el mandato de determinación y la prohibición de analogía). Al juez se le estaría otorgando un poder de configuración de las conductas penalmente prohibidas únicamente con base en la *ratio legis* (fin de protección de la norma)[487]. Por esta razón, existe amplio consenso en señalar que la represión de la conducta de fraude a la ley penal sólo podría estar autorizada si se cuenta con una habilitación legal para ello.

Lo primero que cabría hacer es ampliar la disposición penal evadida para abarcar el acto específico de fraude a la ley detectado[488]. Si bien esta alternativa de solución podría funcionar adecuadamente en el caso de las reglas de la Parte General (por ejemplo, la cláusula antifraude en la aplicación de las consecuencias accesorias del último párrafo del artículo 105 del CP), en el caso de los tipos penales de la Parte Especial llevaría a una política legislativa de leyes penales casuísticas que mantendrían el vacío de punición en relación con otras formas de evasión de la ley penal[489]. Por esta razón, lo que se discute, más bien, es la posibilidad de implementar

---

[487] 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.), p. 16; 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.

[488] Sobre la compatibilidad de estas regulaciones especiales del fraude a la ley penal con las exigencias de legalidad, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 371; TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 145.

[489] Sobre las limitaciones de 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.

disposiciones legales que sean idóneas para reprimir los distintos actos de fraude a la ley penal.

Siguiendo el planteamiento de Stöckel[490], existen, en principio, dos formas de sancionar de manera general las conductas de fraude a la ley penal. La primera se materializaría a través de la inclusión de un instituto jurídico-penal del fraude a la ley penal en la Parte General del Código Penal, el cual permitiría castigar las conductas que, mediante una conducta evasiva de cualquier tipo penal de la Parte Especial, infringen igualmente el sentido de la norma penal. A esta vía se le ha calificado de contraria al principio de legalidad, pues facultaría al juez a realizar un proceso analógico en relación con cualquier delito[491]. La segunda forma de sanción consistiría 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 cumpliría formalmente el principio de legalidad al expedirse una ley penal que sanciona conductas específicas de fraude a la ley penal, no se excluye un proceso analógico que, en el caso concreto, tendría que llevar a cabo el juez[492]. Si la regulación de la Parte Especial únicamente indica que se castigan también las conductas de fraude a dicha ley penal, entonces se estará autorizando igualmente la utilización de la analogía para fundamentar una sanción penal[493]. Por consiguiente, las dos posibles alternativas de criminalización de las conductas de fraude a la ley penal en sentido estricto no serían compatibles con el principio de legalidad.

El propio Stöckel plantea, sin embargo, una tercera vía para sancionar las 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 fraude de ley relativamente determinadas, en las que se sigue trabajando con el concepto de fraude a la ley, pero con una especificación

---

[490] 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.

[491] En este sentido, Bruns, *JZ* 1956, p. 182; Stöckel, *ZRP* 1977, p. 135 y s.; Röckl, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

[492] Vid., similarmente, Stöckel, *ZRP* 1977, p. 136; Pohl, *Steuerhinterziehung*, p. 117 y s.; Röckl, *Steuerstrafrecht*, p. 261.

[493] Vid., críticamente, Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 325.

administrativa de lo que para el delito en concreto se entiende por tal[494]. Un ejemplo de esta forma de regulación se encuentra en el delito de fraude de subvenciones del Derecho penal alemán, en el que se castiga al beneficiario de una subvención por no informar al otorgante de la subvención sobre hechos relevantes en contra de lo establecido en la regulación sobre subvenciones. Se utiliza, por lo tanto, un procedimiento de criminalización que sigue los siguientes pasos: Se abarcan las acciones de fraude en el ámbito jurídico-administrativo previo a la norma penal, se prohíbe administrativamente estas acciones, se declaran extrapenalmente como antijurídicas y luego de forma mediata se castigan penalmente como infracciones contra la prohibición administrativa[495]. 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 tienen que determinar suficientemente las conductas infractoras y no utilizar a su vez criterios generales que lleven igualmente al uso de la analógica[496].

Queda claro que el modelo precedente no conlleva una indeterminación de las conductas sancionadas, pero desplaza el problema a una estructuración de la ley penal como una ley penal blanco contraria al mandato de certeza, pues deja finalmente en manos de la normativa administrativa la determinación de las conductas de fraude a la ley 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

---

[494] En este sentido, TIEDEMANN, Voz: Umgehung, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; RANSIEK, *Gesetz*, p. 109; STÖCKEL, *Gesetzesumgehung*, p. 152. Crítico frente a la conciliación de esta forma de regular el fraude a la ley con el principio de legalidad, RÖCKL, *Steuerstrafrecht*, p. 280.

[495] 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.

[496] 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.

simple remisión a las normas administrativas. Esta determinación sólo podrá realizarse mediante el uso de cláusulas generales, de manera que se tratará de un sistema de regulación que utiliza conjuntamente cláusulas de remisión y cláusulas generales. Sólo si se cumple 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. A lo anterior hay que sumar que esta incriminación es de carácter extremadamente excepcional, por lo que sólo podrá legitimarse en ámbitos en los que los actos de fraude a la ley son constantes y variados.

En el caso de las conductas de *fraude a la ley penal en sentido amplio*, la situación es distinta, pues el tipo penal contiene los diversos elementos típicos, siendo que uno de ellos se determina con base en una regulación extrapenal que es evadida. No hay, por lo tanto, una cuestión de indeterminación de la ley penal, sino de interpretación, en el sentido de si la conducta de fraude a la normativa extrapenal de remisión permite, pese a todo, afirmar la realización del elemento típico correspondiente. El ejemplo más paradigmático de estos actos de fraude a la ley es la posibilidad de imputar el delito de defraudación tributaria a quien deja de pagar las obligaciones tributarias por medio de una conducta de fraude a la ley tributaria[497]. Más allá de cómo se solucionen estos problemas interpretativos, lo que queda claro es que desde el punto de vista del mandato de determinación no hay nada que reprochar al tipo penal.

D. La prejudicialidad administrativa en los delitos económicos

En la legislación penal económica se han regulado en varias oportunidades delitos cuya persecución penal depende de una decisión o valoración administrativa[498]. Un ejemplo de este tipo de requerimiento en nuestra legislación penal fueron los delitos tributarios, los cuales, según la redacción

---

[497] Sobre esta discusión en el Derecho penal español, Martínez Buján-Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 257 y s.

[498] Vid., así respecto del Derecho penal económico alemán, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 272; El Mismo, *Einführung*, § 3, n.m. 93; Ballbé/Padrós, *La prejudicialidad*, p. 188 y ss. En el Perú, como un mecanismo que limitaba visiblemente la facultad de investigación del Ministerio Público, Álvarez Dávila, *Ita Ius Esto* 8 (2012), p. 90.

original del artículo 7 del Decreto Legislativo 813, sólo podían ser perseguidos si el órgano administrador del tributo ejercitaba la acción penal[499]. A esta forma de regulación jurídica se le cuestionó hacer depender la decisión sobre el carácter delictivo del hecho a una facultad discrecional administrativa, guiada fundamentalmente por criterios de oportunidad[500]. No obstante, algunos entendieron que con esta dependencia administrativa no se afectaba propiamente el carácter delictivo del hecho, sino en todo caso sólo su perseguibilidad[501]. La cuestión se centró entonces en si se trataba simplemente de un tema procesal o si, por el contrario, alcanzaba también al Derecho penal sustantivo.

No hay duda que los criterios que formalmente se utilizaron en la regulación de los delitos tributarios fueron fundamentalmente procesales: Delitos perseguibles a instancia de parte, parte agraviada, etc. No obstante, hay que reconocer que se recurrió a una construcción procesal artificial para encubrir un tema de fondo, pues para poder hablar de un delito privado tendría que haberse admitido que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es exclusivamente el patrimonio del Estado, algo que en la doctrina penal resulta ampliamente cuestionado. Si se aprecia la regulación penal tributaria original sin la ficción formal creada por el Decreto Legislativo 813, se podrá constatar que el legislador (curiosamente también el Poder Ejecutivo a través de una delegación de facultades) otorgó a la Administración la facultad para decidir cuándo un hecho típico merecía ser sancionado penalmente. La distribución de poderes, que precisamente garantiza constitucionalmente el principio de legalidad, se dejó claramente de lado por medio del uso indebido de categorías procesales inaplicables[502].

---

[499] 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.

[500] 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.

[501] Igualmente crítico frente a este parecer, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 274 y s.

[502] Propuso, por ello, no aplicar estas disposiciones con base en el control difuso de la constitucionalidad, ABANTO VÁSQUEZ, *RPCP* 11, p. 33.

A nivel de la jurisprudencia se presentaron igualmente opiniones tanto críticas como favorables a las facultades conferidas a la Sunat en la Ley Penal Tributaria. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (Cons. 2613-03 La Libertad), por ejemplo, declaró inconstitucional y, por tanto, inaplicable el artículo 9 del Decreto Legislativo 813 que exigía el ejercicio de la acción penal por parte del órgano administrador del tributo. Esta decisión se fundamentó en la exclusividad constitucionalmente establecida del Ministerio Público respecto del ejercicio de la acción penal. Por su parte, el Tribunal Constitucional no siguió este parecer, pues en la sentencia 3556-2003-HC/TC del 28 de junio de 2004 señaló que "*si la ley dispone que es la SUNAT la que puede, o no, denunciar a los contribuyentes que pagan los tributos investigados, ello se debe al carácter de parte agraviada que tiene dicho órgano administrativo, mas no a un mecanismo de intimidación o de chantaje*". Como puede verse, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de un tema fundamentalmente procesal.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal se ha corregido la situación de incertidumbre que reinaba sobre la constitucionalidad del monopolio de la acción penal de la Administración Tributaria en los delitos tributarios, pues se le devuelve la autonomía al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, exigiendo únicamente un informe previo motivado del órgano administrador del tributo. Pese a este cambio importante en el plano del ejercicio de la acción penal, la regulación de los delitos tributarios mantiene cierta prejudicialidad administrativa, ya que exige un informe previo del órgano administrador del tributo para poder ejercer la acción penal[503]. Se sustituye, de esta manera, el ejercicio de la acción penal por el manejo de una condición de procedibilidad, lo que en la práctica le otorga también cierta injerencia a la Administración Tributaria en el ejercicio de la acción penal por parte de Ministerio Público.

El informe previo del órgano administrador del tributo en los delitos tributarios es un supuesto especial de una forma usual de regular procesalmente la persecución de los delitos económicos: Los informes técnicos

[503] Distinta ha sido la reforma en el Derecho penal español, en donde se ha abandonado completamente la prejudicialidad administrativa en los delitos tributarios (vid., al respecto, Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 15 y s.).

como requisitos de procedibilidad de la acción penal. 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. Esta situación se presenta en el caso de tipos penales cargados con elementos normativos de carácter jurídico o con diversas remisiones normativas a la regulación administrativa. Ejemplos en los que se materializa esta exigencia procesal son los delitos sometidos al control administrativo del INDECOPI (por ejemplo, los delitos cometidos por funcionarios públicos en el marco de procedimientos concursales[504]). En el fondo, estos informes constituyen elementos de valoración que le permiten al Ministerio Público saber si, de cara a decidir la incidencia penal del hecho investigado, se presentan ciertas condiciones en el ámbito previo sometido a regulación extrapenal[505]. Sin embargo, dado que el Fiscal debe conocer toda la normativa jurídica y no solamente la penal, podría cuestionarse que los informes técnicos deban estar configurados como condiciones de procedibilidad de la acción penal. A ello cabría replicar que, en una realidad como la peruana, en la que los órganos de persecución penal no están especializados, podría estimarse necesaria la obtención previa de informes técnicos, pues sólo así el Ministerio Público podrá disponer de datos básicos para decidir si formaliza o no una investigación penal.

El carácter procesal de requisito de procedibilidad del informe técnico 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 podrá apreciar que, a diferencia de otros dispositivos procesales penales, no se le impone al fiscal el deber de requerir el informe antes de formalizar una investigación, sino el deber de requerir el informe bajo responsabilidad. Por lo tanto, el informe técnico no constituye propiamente una condición de procedibilidad[506], sino un elemento de valoración que el

[504] Vid., ÁLVAREZ DÁVILA, *Ita Ius Esto* 8 (2012), p. 92.

[505] 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.

[506] Lo considera un requisito de procedibilidad, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 369.

fiscal debe tener en cuenta antes de decidir si formaliza una investigación o no, bajo responsabilidad. Por consiguiente, este dispositivo establece una obligación jurídica que se sanciona en caso de incumplimiento, pero no un requisito de procedibilidad que anule todo lo actuado en caso de incumplirse.

En los últimos años puede apreciarse un fenómeno curioso de modificación del sentido de los informes técnicos, en la medida que han abandonado su posición de condición de procedibilidad de la acción para constituirse en un requisito para la emisión del requerimiento acusatorio o de sobreseimiento del Ministerio Público. Esto ha sucedido, específicamente, en el caso de los delitos medioambientales (artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente y el D.S. 004-2009-MINAM) y en los delitos contra la propiedad industrial (Tercera Disposición Complementaria Final del D. Leg. 1075). Esta modificación puede encontrar su fundamento en la necesidad de evitar que la usual demora en la evacuación de los informes técnicos por los organismos especializados impida que se vaya investigando un delito, más aún en un contexto procesal con mecanismos para el control de la razonabilidad del plazo. Pero también, en la otra cara de la moneda, está que, con esta configuración de los informes técnicos, se puede procesar a una persona por hechos que carecen, desde el punto de vista técnico, de toda relevancia[507]. Nuevamente se aprecia esa forma tan nuestra de resolver los problemas creando otros, pues la solución más idónea habría sido establecer los mecanismos adecuados para que los informes sean solicitados oportunamente y evacuados en el más breve plazo.

IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: *SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

Otro de los principios fundamentales del Derecho penal es la exigencia de culpabilidad para imponer una pena. El principio de culpabilidad tiene dos manifestaciones en los criterios de imputación[508]. En el ámbito del injusto, el principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposa-

[507] Así, Álvarez Dávila, *Ita Ius Esto* 8 (2012), p. 95. Similarmente, Calderón Valverde, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 55, enero (2014), p. 155.

[508] Vid., Mir Puig, *Introducción*, p. 153.

mente, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva. A nivel de la categoría de la culpabilidad, se exige, a su vez, que el injusto haya sido cometido por un sujeto penalmente responsable, es decir, por un sujeto capaz de desestabilizar la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas en normas.

Hasta hace algunas décadas, al menos en la tradición europea continental, era indiscutible que las exigencias derivadas del principio de culpabilidad sólo podían ser cubiertas por las personas naturales. En este orden de ideas, sujeto de la imputación penal era únicamente el individuo, mas no un ente colectivo. La situación ha cambiado radicalmente en el actual panorama legislativo internacional, en donde progresivamente se ha incorporado a las personas jurídicas como sujetos pasibles de recibir sanciones penales. Si bien en nuestro país aún no se ha dado ese paso[509], todo indica

[509] No obstante, debe destacarse una fugaz, pero importante regulación sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en la realización de delitos vinculados al medio ambiente. Por Ley 29263, publicada el 2 de octubre de 2008, el Congreso hizo diversas modificaciones al Código Penal en cuanto a los delitos contra la propiedad intelectual y el medio ambiente, de cara a la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica. En su Primera Disposición Complementaria, cuyo título era "De las sanciones a las personas jurídicas", la referida ley dispuso textualmente que: "*Si el hecho punible fuera cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez notificará a la autoridad administrativa competente a fin de que se imponga una multa a dicha persona jurídica, que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos a consecuencia de la actividad ilícita*". Como puede verse, esta regulación implicó asumir una cierta forma (indirecta) de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues si la multa se imponía por un hecho punible cometido en la actividad o a través de la organización de la persona jurídica y la autoridad administrativa debía hacerlo por disposición del juez, entonces no cabe duda que se estaba ante una responsabilidad penal de persona jurídica, por más que sea la autoridad administrativa la que formalmente la imponga. La situación anterior era tan clara que el propio Congreso de la República, tal como se derivan de las actas del debate parlamentario, aprobó la Ley 29316, la cual se ocupó, entre otros aspectos, de sustituir el texto de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29263 por el siguiente texto: "*PRIMERA.- De las sanciones a las personas jurídicas: En el caso que una persona actuando en nombre de una persona jurídica participe en las actividades descritas en el Libro II, Título XVIII del Capítulo II, Sección IV (Corrupción de Funcionarios) del Código Penal con el propósito de beneficiarla, la autoridad administrativa impondrá a dicha persona jurídica, previo procedimiento administrativo e independientemente de las sanciones penales previstas en los supuestos señalados, una multa que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos con la actividad imputada, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas a las*

que no será más que una cuestión de tiempo para que ello suceda, especialmente si en el ámbito internacional el Perú se está adhiriendo a convenciones internacionales que establecen como uno de los compromisos adquiridos la incorporación de sanciones penales a las personas jurídicas, como es el caso de la Convención de Palermo referido a la lucha transnacional contra el lavado de activos (artículo 10).

1. La discusión dogmática

A pesar de que nuestro sistema penal se mantiene en la tradición jurídica del *societas delinquere non potest*[510], la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un tema de permanente discusión en la doctrina penal[511]. El acento de este 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 penal. 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 el tema

---

que hubiere lugar". Resulta fácilmente constatable que el tenor actual es totalmente distinto al sustituido, pues precisa que la actuación penal es de la persona que actúa en nombre de la persona jurídica y que la decisión de imponer la multa a la persona jurídica no le corresponde al juez, sino a la autoridad administrativa. No hay duda que, conforme a la nueva redacción, la multa a imponer a las personas jurídicas es de naturaleza estrictamente administrativa.

[510] Vid., sobre el origen histórico de este principio vid., Schroth, *Unternehmen*, p. 159; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 42 y ss. Hay que destacar, sin embargo, que algunos autores nacionales, como García Rada, *El delito tributario*, p. 90, reconocieron la posibilidad de imponer penas en nuestro sistema penal a raíz de lo dispuesto por la derogada Ley 16185 de represión del contrabando y defraudación de rentas de aduanas que, en su 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. No obstante, habría que preguntarse por el verdadero carácter de esta medida (¿pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria?).

[511] 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 (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).

de discusión ha sido el mismo, 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, cabe 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 la persona jurídica a la que calificó no más que de una ficción[512]. Esta ficción sólo 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[513]. A este planteamiento se opuso la teoría de la realidad de GIERKE[514], quien, en atención a teorías organicistas procedentes 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[515]. La persona jurídica es definida como un organismo real que expresa su voluntad a través de sus órganos.

Si bien se ha dicho que no fue el debate brevemente esbozado sobre la esencia de la persona jurídica, sino el referido a la teoría 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[516], lo cierto es que ambos aspectos se encuentran 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

---

[512] SAVIGNY, *System*, II, p. 312 y ss. Vid., la exposición de este planteamiento, BACIGALUPO, S. en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 78.

[513] Vid., SAVIGNY, *System*, II, p. 312.

[514] Vid., así, BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 65.

[515] GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, p. 754 y ss.; EL MISMO, *Das Wesen, passim.*

[516] Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Jakobs*, p. 192 y ss.

en la teoría de la ficción de la persona jurídica[517], 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[518]. 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 regulación 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, únicamente se responsabilizó a las personas naturales que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.

El segundo momento en el que se volvió a discutir vivamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tuvo lugar a causa del Derecho de ocupación que se desarrolló en Europa luego de la segunda guerra mundial[519]. En esta época, varios principios de la tradición jurídica anglosajona aterrizaron en la Europa occidental y empezaron a ser recepcionados por las legislaciones y los tribunales europeos. Joaquín Garrígues sintetiza este fenómeno con una formulación 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*"[520]. En el terreno propiamente penal, se presentaron varios casos durante 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 en el marco de sus actividades. Esta situación judicial llevó a que en la doctrina se volviera a plantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El remecimiento que la recepción de los principios jurídicos angloamericanos produjo en la máxima europea de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, motivó que en 1953 se discutiera en el Congreso Ale-

---

[517] Vid., Berner, *Lehrbuch*, § 40; Binding, *Handbuch*, I, p. 310; von Lilienthal, *Grundriss*, p. 32.

[518] 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.

[519] Vid., von Weber, *GA* 1954, p. 237; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 126 y ss.

[520] Garrigues, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964.

mán 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, a lo que también se agregó la falta de capacidad de culpabilidad y de personalidad de las penas[521]. La importancia que tuvo el argumento de la falta capacidad de acción encuentra explicación en el hecho de que en ese momento el concepto de acción era un tema central en la discusión sobre la teoría del delito (la llamada lucha de escuelas)[522]. 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 de la postguerra no se quedó en el simple rechazo de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se presentaron también propuestas que intentaron fundamentar la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas[523], lo cual significaba reconocerles cierta capacidad de acción. Pese al esfuerzo de un sector de la doctrina penal, estas propuestas no se materializaron en disposiciones legales, en especial por la falta de una definición clara de sus presupuestos: ¿La acción y la peligrosidad eran del miembro individual o de la persona jurídica?[524] 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 hacía difícil enmarcarlas en la comprensión tradicional de las medidas de seguridad[525]. Por el contrario, en el plano legislativo se desarrollaron con cierta

---

[521] 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.

[522] En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 91.

[523] HEINITZ, *DJT*, I, p. 84 y ss.

[524] Vid., así, la discusión en SCHMITT, *Maßnahmen*, p. 200 y ss.; SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 106 y ss.

[525] 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.

extensión medidas de carácter administrativo contra las personas jurídicas como multas e inhabilitaciones, lo que tuvo lugar en el marco del proceso de crecimiento que caracterizó al Derecho administrativo sancionador en la segunda mitad del siglo XX.

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se volvió 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[526]. En este contexto, más político que jurídico, los cambios se han producido rápidamente en el plano legislativo[527], mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen todavía encontradas. Pese a que no se ha llegado a un consenso doctrinal sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas y los fundamentos para responsabilizarlas penalmente, muchas legislaciones penales de países europeos han incorporado ya sanciones para los entes colectivos, motivados fundamentalmente por objetivos de carácter político. Muy gráfica al respecto es la exposición de motivos de la reforma al Código penal suizo que incorpora sanciones penales a las personas jurídicas, en donde se dice textualmente lo siguiente: "*No es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática, la que decide si esta regulación resulta permitida*"[528].

---

[526] 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. No obstante, algunos autores, como Nieto Martín, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 132, son escépticos ante la explicación de que sea un proceso de armonización internacional del Derecho penal el que haya motivado el abandono europeo del *societas delinquere non potest*, sino, más bien, la influencia del modelo estadounidense para controlar el poder de las grandes corporaciones.

[527] Vid., Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 103.

[528] Citado por Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 25 y s.

El apuro político por implementar sanciones 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 SEELMANN hizo precisamente 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 sólo ambas partes pueden perder[529]. Por esta razón, la incorporación legislativa de sanciones aplicables a las personas jurídicas requiere no sólo de una decisión política, sino también de una fundamentación dogmática. Si no se define cuáles son las condiciones para legitimar la imposición de estas sanciones, entonces la Administración de Justicia Penal podrá estar cargada de buenas intenciones, pero en incapacidad de poder explicitar las razones que justifican afectar los derechos de los ciudadanos.

En el Perú la discusión dogmática sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido más bien escasa. Mientras algunos autores se han mantenido en la tradición del *societas delinquere non potest*,[530] otros destacan, desde consideraciones de *lege ferenda*, la viabilidad y conveniencia de admitir la capacidad delictiva de las personas jurídicas[531]. En todo caso, la opinión dominante es que la actual regulación penal no admite la posibilidad de imponerles penas propiamente dichas. Esta particularidad del Derecho positivo no debe, sin embargo, llevar a considerar que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea un tópico de discusión sin ninguna repercusión práctica, pues no sólo existen datos ciertos que hacen completamente plausible esperar que en el futuro inmediato se procederá a reconocer legislativamente la respon-

---

[529] SEELMANN, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 26.

[530] Vid., CARO CORIA, *Thémis* 24, p. 69 y ss.; MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 141; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, p. 268 y ss.; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 195 y ss.; REYNA ALFARO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p. 128 y ss.

[531] Vid., HURTADO POZO, *Anuario de Derecho penal*, 1996, Hurtado Pozo (dir.), p. 141 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 162 y s.; GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica*, p. 51 y ss.; REYES TELLO, *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídica?*, p. 115 y ss.; MAZUELOS COELLO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 279 y ss.

sabilidad penal de las personas jurídicas[532], sino también porque es clara la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de asignar a las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal el carácter de sanciones penales especiales.

2. La capacidad delictiva de las personas jurídicas

El principal escollo dogmático para poder hacer penalmente responsables a las personas jurídicas radica en la dificultad para atribuirles capacidad delictiva, esto es, tener el estatus de ciudadano. No suscita mayor discusión el hecho de que la persona jurídica cuente con un ámbito de organización al que se le pueden atribuir socialmente determinados hechos, tal como lo ponen de manifiesto los estudios de sociología de la organización[533] y lo reconocen incluso regulaciones jurídicas como la civil o la comercial. Atendiendo a las características del hecho y a la organización de la persona jurídica, no parecen haber objeciones de peso para que no se haga lo mismo en el ámbito jurídico-penal, pues de su esfera de organización pueden derivarse sucesos defraudatorios de expectativas sociales esenciales del mismo modo que de la esfera de organización de una persona natural[534]. La dificultad no se encuentra, por tanto, en la imputación de un riesgo prohibido a la esfera de organización de la persona jurídica, sino, más bien, en la capacidad de la persona jurídica de poder recibir una imputación penal[535]. La doctrina pe-

---

[532] En la actualidad se discute pre-legislativamente la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas con el Proyecto de Ley N° 2225/2012-CR, presentado por la bancada oficialista con fecha 15 de mayo de 2013.

[533] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 34 y s.

[534] De otro parecer, Maurach/Zipf, *Strafrecht*, AT, I, § 15, n.m. 8, quienes 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.

[535] En este sentido, no basta con decir, como Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 411, que el

nal aún mayoritaria niega que la competencia penal por la defraudación producida por la creación de un riesgo prohibido derivado de la organización colectiva, recaiga sobre la persona jurídica, pues entiende que solamente las personas naturales (sus miembros) pueden responder por la configuración de tal esfera de organización[536].

Frente al parecer dominante en la doctrina penal, se levantan en la actualidad cada vez más voces inconformes con un simple traslado de la responsabilidad penal a las personas naturales que actúan en nombre o en lugar de la persona jurídica[537]. Un sector de la doctrina que se mantiene, con todo, férrea en la incapacidad delictiva de las personas jurídicas, reconoce la necesidad de aplicarles adicionalmente sanciones administrativas o incluso 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 por el hecho, 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.

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).

[536] 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. En el Perú, REYNA ALFARO, *Actualidad jurídica* 98 (2002), p. 37; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 268.

[537] 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.

A. La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas: El recurso a otras medidas contra las personas jurídicas

a. Sanciones administrativas

En la doctrina penal un sector importante defiende la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, este posicionamiento doctrinal no ha impedido que se admita la posibilidad de aplicarles diversas medidas de carácter administrativo para hacer frente al peligro de que se puedan volver a cometer hechos delictivos en el marco de sus actividades. Parece claro que lo que anima a este planteamiento es la convicción de una equivalencia funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, lo que permitiría acudir a una solución administrativa para resolver los problemas de imputación que no pueden ser disipados por las exigencias garantistas del Derecho penal.

Gracia Martín considera que ni siquiera es posible sustentar dogmáticamente la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas, pues al carecer éstas de capacidad de acción, no pueden realizar una acción infractora de una disposición administrativa[538]. Para evitar una situación intolerable de falta de respuesta legal, Gracia Martín recurre a la idea de las medidas preventivas de carácter asegurativo, las cuales se ocuparían de eliminar los estados objetivos de riesgos, en este caso, la peligrosidad objetiva de la cosa (concretamente, de la persona jurídica)[539]. Pese a la coherencia interna de la argumentación de Gracia Martín, consideramos que su planteamiento no se ajusta a una visión actual de la realidad económica, en donde la persona jurídica actúa plenamente como agente económico autónomo, celebrando y ejecutando negocios jurídicos y contratos.

La posición mayoritaria admite sin mayor dificultad la posibilidad de imponer a las personas jurídicas sanciones administrativas[540], las que encontrarían su fundamento en la idea de la prevención general de riesgos. Si bien este fundamento podría legitimar también la imposición de sanciones

---

[538] Vid., Gracia Martín, en La responsabilidad penal de las empresas, Mir Puig/Luzón Peña (coord.), p. 37 y ss.

[539] Vid., Gracia Martín, *en La responsabilidad penal,* Mir/Luzón (coord.), p. 69 y ss.

[540] Vid., así, Volk, *JZ* 1993, p. 431.

penales, la especial intensidad de las sanciones penales motiva la exigencia de ciertos parámetros que no están presentes en las personas jurídicas (acción individual, culpabilidad personal, personalidad de las penas). Por esta razón, las necesidades punitivas insatisfechas se tendrían que cubrir con sanciones administrativas a las personas jurídicas. En esta línea de pensamiento, OTTO propone, a partir del rechazo de una capacidad delictiva de las personas jurídicas por falta de culpabilidad, un sistema de medidas sancionatorias de supervisión administrativa[541]. 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 con una regulación administrativa sancionadora[542].

Las propuestas que procuran resolver con mecanismos administrativos problemas que deberían zanjarse en el plano penal, parten de una discutible equivalencia funcional de la sanción administrativa con la sanción penal[543]. Pero lo cierto es que al Derecho penal le corresponde la función de restablecer la vigencia de expectativas sociales esenciales que el Derecho administrativo sancionador no está en capacidad de satisfacer[544]. En efecto, la función asignada al Derecho administrativo sancionador es asegurar el funcionamiento global de determinados sectores sociales, por lo que sus criterios de imputación no se enfocan en la subjetividad de las unidades sancionadas, sino en el orden del sector regulado. La muestra más clara de

---

[541] 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, resultan 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.

[542] 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 de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 110 y ss.

[543] De esta discutible equiparación parte 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.

[544] En este sentido, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 72. Destacan el significado simbólico de la intervención penal, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 111; ARTAZA VARELA, *La empresa como sujeto de imputación*, p. 72.

esta afirmación es el hecho de que las sanciones administrativas se imponen no sólo a personas jurídicas, sino también a consorcios y unidades económicas[545]. La culpabilidad por el hecho constituye un aspecto que no es esencial en el Derecho administrativo sancionador, lo que le permite sancionar a la persona jurídica al margen de su capacidad de culpabilidad[546]. El fundamento administrativo de la sanción se encuentra, más bien, en la necesidad de ordenar el funcionamiento global de un sector sometido a regulación estatal.

A partir de lo acabado de decir, puede concluirse que la responsabilidad penal de la persona jurídica es un problema totalmente ajeno a la posibilidad de aplicarle sanciones administrativas. Si bien debe existir un manejo conjunto de los mecanismos de reacción penal y administrativo, esto no depende de consideraciones dogmáticas, sino de una visión de conjunto que es propia de la política criminal. Es así que, en este plano, debe tomarse la decisión de si basta con sancionar penalmente a los miembros de la empresa y administrativamente a la persona jurídica. Dos razones muy sencillas y ampliamente conocidas abogan por una respuesta negativa. En primer lugar, las multas administrativas resultan de fácil contabilización en los costos operativos e incluso trasladables a los mismos clientes, por lo que su fuerza disuasoria resulta cuando menos limitada[547]. 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 una sanción administrativa.

---

[545] Crítico ante esta fundamentación, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 227 y ss.

[546] 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 nuestra 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.).

[547] Similarmente, Schünemann, en *XXV Jornadas*, p. 296 y s.

No es lo mismo dejar de solicitar una autorización administrativa que ser responsable de un delito contra la salud pública. Por estas razones, no es suficiente que se le pueda imponer a la persona jurídica una sanción administrativa, sino que resulta necesario que el sistema penal contemple la posibilidad de adoptar medidas específicas contra la misma.

b. Medidas de seguridad

La doctrina penal, apurada posiblemente por la necesidad de una solución penal a la criminalidad corporativa, ha debatido en diversos momentos la posibilidad de imponer a las personas jurídicas medidas de seguridad con base en distintos fundamentos dogmáticos[548]. En un principio, la procedencia de aplicar medidas de seguridad a 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[549] y si ésta era de la persona jurídica o de sus representantes[550], pues la imposición de una medida de seguridad dependía de una peligrosidad manifestada a través de la acción[551]. Esta propuesta doctrinal no se vio reflejada, sin embargo, en la legislación penal, pues la persona jurídica no llegó a ser 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.

A partir de la incorporación legislativa de las llamadas consecuencias accesorias aplicables directamente a la persona jurídica, un sector de la

---

[548] 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 Massnahmen*, p. 96 y ss.; BRICOLA, *RIDPP* 1970, p. 1012 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, PG, p. 177.

[549] Vid., en este sentido, EXNER, *Theorie*, p. 52.

[550] 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.

[551] 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 compatibles 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.

doctrina penal ha encontrado un espacio legal para reactivar la lógica de las medidas de seguridad para justificar la imposición de estas consecuencias jurídicas del delito[552]. Lo novedoso de semejante replanteamiento se encontraría en que las consecuencias accesorias no limitarían su espectro de acción a razones de prevención especial, sino que también darían entrada a finalidades de prevención general[553]. Criterios como el interés público[554] o el estado de necesidad preventivo[555] constituyen una clara muestra del abandono de la naturaleza jurídica tradicional de las medidas de seguridad y su ampliación hacia finalidades de prevención general[556].

El que se haya acercado el fundamento de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas a criterios generales de prevención, ha llevado a entender que la imposición de estas medidas se debe 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[557]. Frente a esta interpretación, cabe replicar que el fundamento de las mencionadas medidas no puede encontrarse en el déficit de prevención general de las sanciones penales, pues, de lo contrario, existirían razones fundadas para reprochar un fraude de etiquetas[558].

---

[552] Vid., Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 137.

[553] 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.

[554] Así, Stratenwerth, *FS-R. Schmitt*, p. 304.

[555] Así, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 236 y ss.; El Mismo, *CuCGPJ* 1992, p. 43; El Mismo, *LK* § 14, n.m. 78. Críticamente, Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 160 y ss.; von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 197; Caro Coria, *RPCP* 11, p. 520 y s.

[556] Vid., en este sentido, la apreciación crítica de Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1108 y s.; Heine, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 35 y ss.; von Freier, *Verbandsstrafe*, pp. 189, 199; Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 38 y s.; Bacigalupo, S., *Responsabilidad*, p. 168.

[557] 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. 108 y ss. Anteriormente Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 128 y s.

[558] En este sentido, Hirsch, *ADPCP* 1993, p. 1108, nota 38; Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 38 y s.; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 123.

Resulta claramente contradictorio otorgar a estas nuevas medidas de seguridad funciones de prevención general, si justamente tal prevención se niega en la persona jurídica por su incapacidad para ser motivada a actuar conforme a Derecho[559]. Por esta razón, el fundamento penal de las consecuencias accesorias 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[560].

La naturaleza administrativa de las consecuencias accesorias permite mantenerlas en un plano distinto al de las sanciones penales[561]. Estas medidas se imponen en el proceso penal por una situación de peligro que percibe el juez al determinar la responsabilidad de los sujetos individuales. Se trata de una decisión judicial con base en un criterio de peligrosidad que igualmente habría llevado a la Administración a tomar una decisión similar con base en la idea del interés público[562]. Su imposición en el proceso penal no requiere, por tanto, un fundamento jurídico-penal específico[563], sino sólo de una delimitación objetiva que evite un eventual dispersamiento de la actividad preventiva del juez penal[564]. Ello es, sin duda, completamente razonable, pero deja en claro que la posibilidad de aplicar sanciones

---

[559] En este sentido, SEELMANN, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 39.

[560] Vid., en este sentido, SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 98.

[561] En la doctrina penal se afirma que las medidas de seguridad tienen una 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 de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 136 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 146].

[562] De opinión contraria, STRATENWERTH, *FS-R. Schmitt*, p. 305.

[563] Similarmente, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 255 y s.

[564] 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 (mayor) garantía jurídica que no afecta el carácter administrativo de las medidas.

penales a las personas jurídicas no tiene por qué impedir la imposición de medidas preventivas cuando no se le pueda responsabilizar penalmente[565]. Como consecuencia de lo anterior, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe verse afectada en lo absoluto por la posibilidad de imponerles consecuencias accesorias.

B. Imputación penal sin culpabilidad

Un sector cada vez más relevante de la doctrina penal considera insuficiente enfrentar la criminalidad corporativa con medidas administrativas impuestas dentro o fuera de un proceso penal[566]. Incluso los que, desde posturas preventivo-generales, dan cabida a la imposición de medidas preventivas específicas tan radicales como la curatela empresarial[567] o la disolución de la persona jurídica, se esfuerzan por fundamentar también la imposición de sanciones propiamente penales[568]. 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[569], aunque fundamentan la imposición de la pena en criterios preventivos ajenos al principio de culpabilidad. Uno de estos criterios preventivos es el llamado estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos[570]. Con este tipo de fundamentación, sin embargo, se termina recurriendo al

---

[565] Vid., así, por ejemplo, Dannecker, *GA* 2001, p. 127.

[566] Vid., por todos, Volk, *JZ* 1993, p. 435.

[567] 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.

[568] 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.

[569] 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.

[570] Vid., Schünemann, *Responsabilidad penal*, p. 10 y s.

mismo criterio preventivo que sirve de legitimación para la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas[571], lo que hace evidente una situación de fraude de etiquetas[572].

En una línea de argumentación similar se mueve también la propuesta de ALWART de un modelo subsidiario de responsabilidad penal de las empresas que se fundamenta no en la culpabilidad de la persona jurídica, sino en un fracaso de la imposición de la pena a los sujetos individuales debido a la organización de la empresa[573]. Si bien ALWART se esfuerza por argumentar una complementariedad de la imposición y la exención entre las asociaciones y los sujetos individuales que justificaría su modelo subsidiario de responsabilidad, lo cierto es que su propuesta termina configurando finalmente un sistema de responsabilidad por el resultado[574]. El reconocimiento de una imputación de segundo nivel a la persona jurídica se haría a costa de renunciar al principio de culpabilidad por el hecho propio, lo cual levanta sospechas fundadas de una ausencia de fundamento para imponer una sanción penal a la persona jurídica por el delito cometido por sus miembros[575].

Otra posibilidad de fundamentar la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas sin la categoría de la culpabilidad es la que ofrecen BAJO FERNÁNDEZ y BAIGÚN. El autor español sostiene que debe renunciarse a la idea de fundamentar la imposición de la pena a la persona jurídica con el concepto de culpabilidad manejado en el Derecho penal liberal[576],

---

[571] En este sentido, SCHÜNEMANN, en *Hacia un Derecho penal*, p. 590.

[572] 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.

[573] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 32 y s.

[574] En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 209; GARCÍA CAVERO, *REDUP* 2 (2001), p. 263 y ss.

[575] En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 210.

[576] Vid., BAJO FERNÁNDEZ, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 118.

por lo que la única posibilidad de hacerlo sería mediante la creación de un Derecho penal propio de las personas jurídicas que no opere con la culpabilidad personal, sino con una categoría que pueda predicarse de las personas jurídicas como lo es la responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad[577]. En la misma línea se mueve la propuesta del penalista argentino, quien emprende incluso 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[578]. En el ámbito nacional Abanto Vásquez ha lanzado una propuesta en el mismo sentido, al esbozar un Derecho sancionatorio de las empresas con sus propios principios y una dogmática específica[579].

No resulta difícil estar de acuerdo con el punto de partida de las propuestas antes referidas: No es posible utilizar el mismo principio de culpabilidad en la imposición de sanciones a las personas individuales y a las jurídicas. Pero, a nuestro entender, estos planteamientos llevan 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 la imposición de una pena. No se trata, por lo tanto, de crear un nuevo Derecho sancionatorio, sino de adaptar los criterios de imputación penal a las particularidades de las personas jurídicas.

Las críticas que hasta ahora se han efectuado en contra de las propuestas anteriormente expuestas, permiten concluir que no es posible fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas al margen de su

---

[577] Vid., Bajo Fernández, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 129.

[578] Vid., Baigún, *La responsabilidad penal*, pp. 32, 119 y ss.

[579] Vid., Abanto Vásquez, en Derecho penal del enemigo, Cancio/Gómez-Jara (coord.), p. 42 y ss. Igualmente, Reyna Alfaro, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p. 137. A favor también de un régimen específico de la responsabilidad penal de la empresa compatible con la naturaleza restringida que se le asigna a la empresa como sujeto de la imputación penal, Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación*, p. 319.

culpabilidad jurídico-penal, si es que se quiere mantener lo que es propio del Derecho penal[580]. En consecuencia, la imputación de conductas delictivas a las personas jurídicas mismas sólo puede ser producto del reconocimiento de una capacidad de culpabilidad de los entes corporativos[581]. Bajo estas consideraciones, lo que debe emprenderse, más bien, es la labor dogmática de construir una culpabilidad jurídico-penal de las propias personas jurídicas.

C. Imputación penal con base en la culpabilidad

Como se acaba de indicar, el camino correcto para imponer sanciones penales a las personas jurídicas va por reconocerles una culpabilidad jurídico-penal. La doctrina penal que se ocupa de ello no sigue una misma línea de argumentación, sino que discurre, en términos generales, entre dos modelos de fundamentación. Mientras que un sector procura adaptar el concepto individual de culpabilidad a la persona jurídica, otro sector se dedica a desarrollar una categoría de la culpabilidad específica para las personas jurídicas, pero que no abandone la función propia del Derecho penal[582].

a. La adaptación del concepto tradicional de culpabilidad

Hablar de una adaptación del concepto de culpabilidad presupone que no se trata de un concepto estático o inmutable, sino históricamente configurado[583]. A lo largo de la historia de la dogmática penal se han formulado distintas concepciones sobre la 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

---

[580] En este sentido, OTTO, *Strafbarkeit*, p. 22; HIRSCH, *ADPCP* 1993, p. 1109.

[581] En este sentido, SCHROTH, *Unternehmen*, p. 192; HIRSCH, *ADPCP* 1993, p. 1108 y s.

[582] Vid., BACIGALUPO, S., en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (ed.), p. 84 y s.

[583] Vid., así, la concepción de KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 217 y ss.

negar la culpabilidad de las personas jurídicas[584], mientras que en una comprensión social de la culpabilidad podría admitirse de manera mucho más fácil[585]. No obstante, hay que indicar que esta afirmación no es absoluta, pues aún partiendo de un concepto de culpabilidad muy vinculado a sujetos individuales, existen autores, como von Weber[586] o Hirsch[587], que han emprendido la labor de fundamentar desde una concepción individualista de la culpabilidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y lo mismo cabe decir, aunque en el sentido inverso, del 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[588].

---

[584] 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.

[585] Actualmente se empieza a admitir por algunos autores como Brender, *Die Neuregelung*, p. 122; Schroth, *Unternehmen*, p. 198 y s., la capacidad delictiva de la persona 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.

[586] 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.

[587] 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.

[588] Vid., así, el 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 aparentemente 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 de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 87 y ss.; De la Gándara Vallejo, en *Curso*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 63 y s., para sustentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las apreciaciones precedentes ponen de manifiesto que los intentos de fundamentación de una responsabilidad de las personas jurídicas no sólo deben tener clara la concepción de culpabilidad de la que parten, sino también la indicación de cómo desde dicha concepción se puede llegar a fundamentar la pena a las corporaciones. TIEDEMANN, por ejemplo, parte de un concepto social de culpabilidad que le permite englobar la llamada culpabilidad por defecto de organización de la persona jurídica[589], 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*[590]. 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 la determinación de que el hecho hubiese podido evitarse por la corporación mediante una mejor selección y control de los órganos, una correcta política de negocios, etc.[591]. En este sentido, la divergencia con estos planteamientos puede presentarse en dos niveles de discusión

---

[589] 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.), p. 116; 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, *La dogmática jurídico-penal*, p. 157 y s.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 208; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 36 y s.; 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 de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 162 y s.; 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.

[590] 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.

[591] 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.

diferentes: Por un lado, cabe tematizar la concepción de culpabilidad de la que se parten y, por el otro, la fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas que hacen desde tal concepto.

Lo anterior deja absolutamente claro que la fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas a partir de un determinado concepto de culpabilidad constituye una cuestión de coherencia y de ausencia de contradicción, de manera que un análisis crítico podrá emprenderse por cualquiera, incluso por aquellos que no comparten el concepto de culpabilidad sobre el que se sustenta la argumentación. Sin embargo, tales críticas no cuestionan en sí el intento de adaptar el 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. Este enfoque crítico no se desarrollará aquí. Lo que se discutirá es la viabilidad dogmática de elaborar un concepto unitario de culpabilidad, en el sentido de si puede formularse un concepto tan general que permita incluir realidades muy distintas[592].

En la actualidad, cabe destacar la propuesta de Gómez-Jara Díez, quien emprende la tarea de formular un concepto jurídico-penal de culpabilidad que resulte adecuada para personas físicas y jurídicas (empresas). Con base en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo, propone un cambio de paradigma de la imputación penal que deje de lado la visión antropológica de la persona y se centre en la comunicación como elemento esencial de los sistemas sociales (autopoiéticos)[593]. Este planteamiento hace fructíferas muchas de las ideas desarrolladas por autores que procuran elaborar una culpabilidad penal para las empresas, pero con la diferencia de que esta culpabilidad sería general y no limitada a las empresas. Centrado en la función de prevención general positiva, Gómez-Jara sostiene que la empresa, alcanzada cierta complejidad organizativa, se autoorganiza de forma penalmente relevante. No habrá

---

[592] 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.

[593] Vid., Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 201 y ss.

ninguna objeción dogmática para responsabilizarlas penalmente, pues cuentan con libertad organizativa, así como con una participación en la configuración de la sociedad que le permite cuestionar la vigencia de la norma. Pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, se le ha cuestionado llevar a una identidad mediante conceptos tan abstractos que finalmente desdibujan aspectos irrenunciables de la persona individual[594].

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 liberal y hacer realidad el dicho popular de que lo que "mucho abarca, poco aprieta"[595]. Un único concepto de culpabilidad para 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 de imputación ajenos a la lógica constitutiva del Derecho penal contemporáneo.

b. Una culpabilidad propia para las personas jurídicas

De lo hasta ahora expuesto puede concluirse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo podría fundamentarse mediante el desarrollo de una culpabilidad propia de las personas jurídicas que se corresponda con sus particularidades[596]. Negar tal posibilidad porque las

---

[594] Similarmente SCHÜNEMANN, *Responsabilidad penal*, pp. 8 y ss.

[595] 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.), p. 36; SEELMANN, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 37 y s; BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 217. Niega también una fundamentación unitaria para la pena de las personas naturales y jurídicas, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 179 y ss., si bien rechaza igualmente la posibilidad de un Derecho penal de las asociaciones.

[596] En este sentido van dirigidas las construcciones dogmáticas de HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 264 y ss.; LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, p. 162 y s.; DANNECKER, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 27; EL MISMO, *GA* 2001, p. 112

personas jurídicas no tienen existencia humana[597], constituye, a nuestro parecer, una reducción injustificada del panorama social. No cabe duda que se trata de realidades distintas en el plano empírico y ontológico, en la medida que la individualidad de la persona natural que se expresa a través del ejercicio de la libertad constituye desde ya una exigencia imposible de cumplir por las personas jurídicas[598], pues su individualidad se configura con criterios, más bien, convencionales[599]. Pero estas diferencias no impiden que las personas naturales y jurídicas participen en un orden social único[600]. En este sentido, la persona jurídica no posee libertad[601], ni la toma prestada de las personas naturales que actúan como sus órganos o

---

y ss. Anteriormente en este mismo sentido, Busch, *Grundfragen*, pp. 49, 55 y ss.; 63 y ss. En España asumen esta perspectiva García Arán, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 54; Zúniga 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.

[597] 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.

[598] En este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 262 y s.; El Mismo, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 38; Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 150 y s.; Dannecker, *GA* 2001, p. 107 y s. Por su parte Otto, *Strafbarkeit*, p. 18; Busch, *Unternehmen*, p. 444, se apoyan finalmente en esto para rechazar la culpabilidad de las personas jurídicas, pues entienden que no poseen la libertad de decisión de la persona individual.

[599] Por ello, no puede comprenderse a la persona jurídica sin 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.

[600] Vid., en este sentido, Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 150; 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.

[601] 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, *La dogmática jurídico-penal*, p. 150, 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.

representantes[602], sino que alcanza cierta capacidad de autodeterminación en el marco de sus propias 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, los estudios doctrinales consideran que la culpabilidad penal de las personas jurídicas tendría que buscar otro punto de referencia, pues apoyarse en una culpabilidad de acto supondría un libre arbitrio insustentable en los entes colectivos. Esto explica que diversas formulaciones actuales sobre la culpabilidad de la empresa discurran por una especie de culpabilidad de autor, como es el caso de HEINE con la culpabilidad por la conducción de la empresa[603], sustentada en la culpabilidad por la conducción de vida de MEZGER[604], o el caso de LAMPE con la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa[605], sustentada en las ideas de ENGISCH[606]. Como puede verse, la culpabilidad de la empresa se desvincularía del acto lesivo, en tanto no es posible acreditar una libertad de actuación en las corporaciones. No obstante, llama la atención que los autores mencionados requieran finalmente de efectos socialmente dañosos o de un injusto de resultado producido por la acción de un miembro de la empresa[607]. Tal exigencia permitiría llegar a la conclusión de que se trata de una fundamentación de la culpabilidad de la empresa desde el autor, pero con una condición de acto de una persona natural para la imposición de la pena.

---

[602] 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.

[603] Vid., HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 249, 265 y ss., como administración defectuosa del riesgo en el manejo de la actividad empresarial (*Betriebsführungsschuld*).

[604] Vid., MEZGER, *ZStW* 1937, p. 675 y ss.

[605] Vid., LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, p. 162 y s., 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.

[606] Vid., ENGISCH, *MschKrim* 1967, p. 108 y ss.

[607] Vid., BOTTKE, *wistra* 1997, p. 253; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 267; y LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 161 y s., 178.

En nuestra opinión, la culpabilidad de la persona jurídica no debe abandonar la culpabilidad de acto. Pero como no es posible encontrar el libre arbitrio en las personas jurídicas, su culpabilidad jurídico-penal sólo podrá formularse en términos análogos a la de las personas naturales[608]. Dado que la culpabilidad jurídico-penal de la persona natural por el acto delictivo se estructura en atención a su individualidad (libertad) y sociabilidad (responsabilidad), será necesario encontrar equivalentes funcionales a estos aspectos en la realidad de las personas jurídicas.

Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, la persona jurídica alcanza su individualidad en la medida que su complejidad organizativa permita atribuirle la capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción en razón de intereses sociales propios distintos a los de sus órganos, representantes e incluso socios[609]. 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[610], aunque podemos adelantar que tal identidad va más allá de lo establecido en los estatutos y el organigrama formal de la persona jurídica[611]. En este punto debe dársele cierta centralidad a la existencia de una autoconciencia o capacidad de reflexión de la persona jurídica a través

---

[608] Al respecto muy esclarecedoras son las palabras de Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, pp. 216 y ss.: "correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (...), la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*" (cursivas en el original).

[609] 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, en *RECPC* 08-05 (2006). Escépticos ante estas consideraciones se muestran Seiler, *Strafrechtliche Massnahmen*, p. 48; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 177.

[610] Una breve exposición sobre la organización de la empresa, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 62 y ss.

[611] Como, por ejemplo, parecen reducirlo Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 569; Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 85, a los estatutos de la persona jurídica.

de la complejidad de su organización[612], lo que ha permitido a algún autor diferenciar, al igual que la persona natural, entre empresas imputables y no imputables en función de su complejidad organizativa[613]. Una persona jurídica se individualiza por la complejidad de su organización que lleva a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen[614].

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 persona jurídica pueda defraudar expectativas sociales esenciales con sus actos organizativos[615]. Este segundo aspecto resulta posible por el reconocimiento de la socialidad de las personas jurídicas a raíz de su participación en el tráfico económico-patrimonial[616].

---

[612] Vid., las importantes afirmaciones en esta 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, *KritV* 1987, p. 64, reconoce a 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, *La dogmática jurídico-penal*, p. 161 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.

[613] Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 425 y ss. Igualmente, NIETO MARTÍN, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 141 y s.

[614] Vid., así la llamada cultura o identidad corporativa, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskrimiminalität*, 22 y ss.; LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, pp. 130 y s., 163; 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.

[615] 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?).

[616] 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.), p. 433; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 65 y s. Pero esta participación en el

La persona jurídica no se presenta en este ámbito en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de negociación[617]. Es titular igualmente del estatus de ciudadano[618], lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad)[619]. La ausencia de derechos políticos atribuidos a la persona jurídica no puede cuestionar en lo absoluto que se le atribuya el estatus de ciudadano[620], 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, en las decisiones de gobierno y en la exposición de sus puntos de vista en el debate de los asuntos públicos[621].

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 está en plena capaci-

---

tráfico económico-patrimonial no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse sólo a infracciones de carácter económico, 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.

[617] Vid., Hurtado Pozo, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 462.

[618] 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*, § 4, n.m. 244, 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, *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.

[619] 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.

[620] Vid., esta apreciación, Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 83.

[621] Vid., al respecto, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, p. 173.

dad de realizar culpablemente hechos delictivos. Bajo esta premisa, la culpabilidad jurídico-penal de la persona jurídica estará conformada por una falta de fidelidad al Derecho que se manifiesta en una autoorganización realizada en infracción de los roles que socialmente le corresponden por su participación en el tráfico económico-patrimonial.

3. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas

Respondida afirmativamente la cuestión de si es posible sostener dogmáticamente la capacidad delictiva de las personas jurídicas, se debe pasar a la cuestión del "cómo" se les debe imputar la responsabilidad penal. A continuación se expondrán los diversos modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, luego de lo cual se procederá a hacer una referencia a los rasgos generales de aquel modelo que se estima más óptimo para imputarles responsabilidad penal por la realización de un hecho delictivo.

A. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro

El modelo más elemental para responsabilizar penalmente a una persona jurídica es el llamado modelo de responsabilidad penal por atribución[622], conforme al cual a la persona jurídica se le transfiere la responsabilidad penal por el injusto penal que realizan sus órganos o representantes[623]. Dentro de este modelo cabe alinear fundamentalmente a la teoría de la identificación o *alter ego theory* de procedencia anglosajona[624]. No

---

[622] Críticamente con la terminología, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, p. 140, pues entiende que todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en un acto normativo de atribución de dicha responsabilidad.

[623] Vid., 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).

[624] 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 la necesidad de fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en un defecto propio de organización,

hay duda que el punto neurálgico de este modelo de fundamentación es el título por el cual la responsabilidad penal por el hecho se transfiere del sujeto individual a la persona jurídica[625]. En el plano más operativo, este modelo precisa determinar cuándo tiene lugar el llamado elemento de conexión entre la actuación del órgano o representante y la persona jurídica que autoriza la transferencia de la responsabilidad penal.

El modelo de la atribución del hecho de otro es sometido a diversas críticas que ponen en tela de juicio su viabilidad dogmática. En primer lugar, se le cuestiona que la transferencia de la responsabilidad penal pueda comprender la faceta subjetiva del delito, pues queda claro que lo interno del órgano, al ser un tema de naturaleza estrictamente personal, no puede ser trasladado a la persona jurídica. En consecuencia, este modelo de atribución llevaría, en el fondo, a que se dé entrada a un sistema de responsabilidad objetiva de la persona jurídica, lo que resulta difícilmente compatible con el principio de la culpabilidad por el hecho propio[626]. No es posible, por tanto, que este modelo de responsabilización penal de la persona jurídica pueda mantenerse en un sistema de imputación penal que excluya la responsabilidad penal por el hecho de otro.

Dado que el modelo de la responsabilidad penal por atribución permite sancionar a la persona jurídica y a su órgano, se le ha reprochado también llevar a cabo una doble valoración del hecho. En efecto, o el representante de la persona jurídica actuó como tal, o lo hizo en su calidad de persona individual al margen de la organización; pero lo que resulta suma-

---

esto es, en una culpabilidad propia de la persona jurídica (vid., las referencias bibliográficas en Kremnitzer y Ghanayim, *Die Strafbarkeit von Unternehmen*, *ZStW* 113, 2001, p. 560, nota 89). 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. 116 y ss. Críticamente Jakobs, *FS-Lüderssen*, p. 569 y ss.; Feijoo Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 156 y ss.

[625] Así, lo destaca, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 115.

[626] En este sentido, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 121; Schünemann, en *XXV Jornadas*, p. 283 y ss.; Robles Planas, *InDret* 2/2006 (344), p. 5; Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 481 y s.

mente dudoso es sostener que actuó en ambos roles al mismo tiempo[627]. La atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica presupone que la persona individual que lo cometió haya actuado como órgano de representación, por lo que si tal responsabilidad penal se transfiere, no se podrá castigar, a la vez, a dicho representante. Sin embargo, ningún sistema de imputación penal está dispuesto a renunciar a imponerle una pena al representante de la persona jurídica, pues, de hacerlo, las personas naturales podrían utilizar a las personas jurídicas para evadir las responsabilidades penales.

Con independencia del cuestionamiento a la viabilidad dogmática del modelo de atribución de un hecho ajeno, existen ciertos aspectos de su propia configuración que deben precisarse para su puesta en práctica. En primer lugar, resulta necesario establecer cuándo se entiende que el agente actúa propiamente como órgano o representante de la persona jurídica. Es posible manejar al respecto fundamentalmente dos interpretaciones: La teoría de la función y la teoría del interés. Conforme a la primera, los representantes u órganos de administración de una persona jurídica actuarán como tales, si se mueven en el marco de las facultades de representación o administración conferidas, mientras que la segunda teoría sostiene que la actuación será como representante u órgano de administración si la realización de las tareas derivadas de su relación de representación se hace en interés de su representada[628].

En segundo lugar, resulta necesario determinar las exigencias que tiene que reunir el hecho de conexión del órgano o representante para dar pie a una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este punto, se dis-

---

[627] Así, JAKOBS, *FS-Lüderssen*, p. 565: "*Si la persona jurídica tiene que reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual*". Igualmente, 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; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 115; CESANO, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 3, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo, p. 3 y ss. Mantiene, por el contrario, un sistema de doble imputación, BAIGÚN, *La responsabilidad penal*, p. 27 y s.

[628] Vid., con mayor detenimiento en relación con la regulación del actuar en lugar de otro, GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, p. 94 y ss.

cute, por ejemplo, si basta con la realización de un injusto penal por parte del representante o si es necesario también que éste haya actuado culpablemente. Además de la discusión sobre la calidad del hecho de conexión, se suscitan también aspectos de orden procesal, en el sentido de si el hecho de conexión requiere de una individualización y efectiva condena del representante o basta simplemente con tener por acreditado que algún miembro ha cometido un delito en el marco de las actividades de la persona jurídica. Sin precisar estos aspectos, el modelo de atribución del hecho ajeno tendrá serios problemas operativos.

B. El modelo de responsabilidad por hecho propio

Como su mismo nombre lo dice, el modelo de responsabilidad por hecho propio sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en un hecho de ésta. Posiblemente la formulación doctrinal que inicia esta línea de argumentación es la llamada "culpabilidad por defecto de organización" (*Organisationsverschulden*), expuesta originariamente en el ámbito de las contravenciones por Tiedemann y que pone como punto de referencia de la culpabilidad de la persona jurídica a su organización[629]. Si bien esta propuesta interpretativa no renunció a la acción realizada por un miembro individual de la persona jurídica, puso de manifiesto una culpabilidad propia de la persona jurídica basada en una carencia o deficiencia organizativa de la misma. El trabajo dogmático en este modelo deberá estar dirigido a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización.

La idea esencial es que la defectuosa organización tiene lugar cuando la persona jurídica ha omitido tomar las medidas preventivas necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo, por lo que los hechos individuales de sus órganos o representantes se considerarán delitos de la persona jurídica. Para evitar que esta referencia al hecho del órgano o representante lleve de vuelta al modelo de la responsabilidad por el hecho de otro, Tiedemann acude a la figura de la omisión y la *actio libera in causa* con la finalidad de mantener la imputación en la propia

[629] Vid., Tiedemann, *NJW* 1988, pp. 1169 y ss.; El Mismo, *Anuario de Derecho penal*, 1996, Hurtado Pozo (dir.), p. 118, en el Derecho de contravenciones alemán. Sostiene también que el hecho debe imputarse directamente a la persona jurídica, García Arán, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 54.

persona jurídica[630]. De esta manera, la responsabilidad penal de la persona jurídica por los hechos cometidos por sus órganos o representantes encontrará sustento en una omisión de medidas de control que ha puesto previamente a la persona jurídica en incapacidad de poder impedir dichos delitos.

A la propuesta de la culpabilidad por defecto de organización se le ha cuestionado no seguir, en realidad, un modelo de autorresponsabilidad, sino mantenerse en un modelo de atribución del hecho de otro. De manera general, se ha dicho que la defectuosa organización es finalmente consecuencia de la actuación indebida de los órganos de control o supervisión de la empresa, por lo que se seguiría trabajando con un modelo de transferencia de la responsabilidad penal[631]. Este cuestionamiento presupone, sin embargo, que sea posible reconducir la forma de organización de la persona jurídica completamente a la decisión de un órgano de control o supervisión, lo que parece poco plausible, al menos, en organizaciones con cierto grado de complejidad. Por esta razón, no parece razonable calificar, en general, a la culpabilidad por defecto de organización como un modelo de atribución del hecho de otro. Sin embargo, no puede desconocerse que mantiene muchos rasgos de heterorresponsabilidad, como lo sería la necesidad de un hecho de conexión realizado por el órgano o representante, pero sobre todo la negación de supuestos de exculpación en relación con la culpabilidad propia de la persona jurídica[632].

Un intento de desligar conceptualmente la responsabilidad penal de la persona jurídica del hecho de conexión individual es, sin duda, la propuesta hecha por LAMPE. Según su planteamiento, la culpabilidad de la empresa se sustentaría en haber creado, favorecido o mantenido una filosofía corporativa criminógena o ciertas deficiencias organizativas[633]. Sin embargo, la

---

[630] TIEDEMANN, *NJW* 1988, p. 1172.

[631] Así, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal*, García Cavero (coord.), p. 119. En el mismo sentido, BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 41, señala que un defecto de actuación de la empresa que no se pueda determinar con normas individuales de comportamiento deviene finalmente en un sistema de responsabilidad por pura casualidad.

[632] Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, pp. 153 y s.

[633] Vid. LAMPE, *La dogmática jurídico-penal*, p. 162.

cuestión de cómo se estructura esta culpabilidad de la empresa, dependerá evidentemente del contenido del injusto en tanto culpabilidad realizada. En este aspecto, Lampe es muy claro al señalar que la responsabilidad de las empresas económicas no puede apoyarse en el injusto de acción ajeno, sino en el injusto del propio sistema[634].

La determinación del injusto propio de la empresa precisa de una distinción de los sistemas de injusto jurídico-penales, los que Lampe define como las relaciones organizadas entre individuos para fines injustos[635]. Estos sistemas pueden ser simples, como lo es la coautoría, o constituidos, como es el caso de las empresas con tendencia criminal, las organizaciones criminales y los Estados criminalmente pervertidos. Lo característico de cada sistema de injusto es su injusto del sistema[636]. En el caso de la actuación de las personas individuales, el injusto jurídico-penal (injusto personal) es un injusto de relación cuyos componentes son el injusto de la acción y el injusto del resultado. En el caso de las empresas con tendencia criminal, el injusto del sistema estará constituido, más bien, por aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización[637]. Pese a la independencia conceptual de ambas clases de injusto, Lampe señala, estableciendo un paralelo con la imprudencia leve, que el injusto del sistema de la empresa no es suficiente para generar responsabilidad penal, por lo que resulta necesario que su filosofía criminógena o su deficiencia organizativa se realice a través del injusto personal de un miembro de la empresa que infrinja la norma[638]. No obstante, debe quedar claro que la actuación del miembro de la empresa no es un hecho de conexión que vuelva al modelo de la atribución de un hecho ajeno, sino que el injusto propio de la empresa se relaciona con un injusto de resultado del miembro individual de la empresa[639]. Esta relación tiene lugar en términos de elevación del riesgo.

---

[634] Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 161.

[635] Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 103.

[636] Vid. Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 123.

[637] Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 131.

[638] Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 161.

[639] Así, Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad*, pp. 186 y s.

No hay duda que el planteamiento de LAMPE presenta un modelo que construye la responsabilidad penal de la empresa en la atribución de un hecho propio. No obstante, no termina de desvincularse del injusto personal del miembro de la empresa que realiza la conducta antinormativa, aunque solamente lo considere un injusto de resultado del injusto propio de la empresa. Si bien la filosofía criminógena o el defecto de organización elevan el riesgo de un resultado antinormativo realizado personalmente por un miembro de la empresa, la decisión sobre la producción del resultado sigue en manos del miembro individual, lo que hace discutible la imputación del resultado al injusto del sistema de la empresa. Por otro lado, la adhesión de la culpabilidad de la empresa a la culpabilidad por el carácter levanta las críticas que la doctrina penal de manera casi uniforme le asesta a dicha comprensión de la culpabilidad, en el sentido de su falta de correspondencia con una culpabilidad por el hecho. En palabras de GÓMEZ JARA, "(e)*l concepto de culpabilidad por el carácter (empresarial), en definitiva, peca de no poder integrarse en el Derecho penal moderno*"[640].

El mismo cuestionamiento de abandonar la culpabilidad penal por el hecho se le puede hacer al planteamiento de HEINE que apunta a construir un concepto de culpabilidad empresarial que sea análogo-funcional al Derecho penal individual. Conforme a dicho planteamiento, a la empresa se le asigna el deber de administrar adecuadamente los riesgos (*Risikomanagement*), por lo que su responsabilidad penal se deriva de una defectuosa administración de los riesgos que, a través de una elevación del riesgo específico, lleva a la realización externa de un riesgo típico de la empresa[641]. Esta estructuración de la imputación tiene como aspecto resaltable una visión del injusto centrada en la organización (defectuosa) de los riesgos[642], pero construye la culpabilidad de la empresa en atención no al hecho defectuoso concretamente realizado, sino a la conducción de la actividad empresarial[643]. Está claro que lo que se busca es desvincular la culpabilidad empresarial de una decisión concreta tomada por una persona natural en determinado momento, pero, al darle a la dimensión temporal un carácter

[640] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, p. 184.

[641] Vid. HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 292 y ss.

[642] Así lo destaca especialmente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad*, pp. 188 y ss.

[643] HEINE, en *Individuelle Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 104.

constitutivo de la culpabilidad empresarial, se desmarca de la culpabilidad por el hecho y entra en el ámbito de la tan cuestionada culpabilidad de autor.

Con la finalidad de llegar a un modelo que se asiente efectivamente en un hecho propio de la persona jurídica, Gómez Jara recurre a la idea de una culpabilidad por la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad[644]. Conforme a tal planteamiento, las empresas están obligadas, en cumplimiento de su rol de ciudadano (corporativo), a instituir una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, de manera que su no institucionalización constituye el quebrantamiento del mencionado rol y, por lo tanto, su culpabilidad jurídico-penal. La persona jurídica que, por su complejidad organizativa, puede autoorganizarse, responderá penalmente por la defectuosa organización en el cumplimiento de la legalidad. Si en dicha organización corporativa actúa delictivamente una persona natural, ésta responderá también por su actuación, del mismo modo que respondería si la misma acción se hace en el contexto de una organización corporativa correcta[645]. De esta manera, queda claro que la persona jurídica responde por un hecho propio que no depende del sentido penal atribuido a la actuación de las personas físicas en el marco de la organización corporativa.

C. Propuesta personal

En los estudios doctrinales, hay una relativamente extendida coincidencia en que el injusto atribuible a la persona jurídica es una organización defectuosa. Pero esta afirmación precisa aclarar si la responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta o no en un injusto de organización independiente del injusto de resultado cometido por su representante, administrador o miembro individual. De ser la respuesta afirmativa, la responsabilidad penal de la persona jurídica no necesitaría que alguno de sus miembros haya realizado un injusto de resultado. Sin embargo, esta situación no parece compatible con un sistema penal anclado en los injustos de resultados[646], aunque podría salirse al paso frente a este cuestionamiento,

---

[644] En este sentido, ampliamente, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, p. 169 y ss.

[645] Así, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, p. 142.

[646] Vid., así, Schünemann, en *XXV Jornadas*, p. 292; Robles Planas, *InDret* 2/2006 (344), p. 15.

estableciendo como condición objetiva de punibilidad la realización de un injusto de resultado por parte de un miembro de la empresa[647].

A nuestro entender, el defecto de organización de la persona jurídica no forma un injusto independiente del injusto de sus órganos o representantes, sino que se trata de una forma de intervención en un hecho común. 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 en la actuación colectiva[648]. 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[649]. El defecto por organización no es un injusto autónomo, sino lo que la hace organizativamente competente por el hecho que defrauda la norma.

Si la prestación del órgano en la actuación colectiva trae consigo 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 personal que se sustenta en sus propios ámbitos de organización[650]. Lo anterior pone en evidencia que también resulta posible que el órgano o representante no sea responsable por la producción del resultado penalmente desvalorado, pero sí lo sea la persona jurídica, lo que sucedería en los casos en los que la organización del órgano se muestra individualmente correcta y lo que fracasa es la organización global de los aportes individuales que dan lugar a la actuación del ente corporativo[651].

---

[647] Críticamente VAN WEEZEL, *Polít. crim.*, Vol. 5, N° 9, julio 2010, art. 3, p. 122.

[648] 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.

[649] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 34; ZUGALDÍA ESPINAR, *CPC* 53 (1994), p. 624.

[650] Similarmente, ORCE, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 385.

[651] 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.

De manera resumida, puede decirse que la persona jurídica al organizarse defectuosamente infringe su rol y, por lo tanto, defrauda expectativas normativas de conducta esenciales[652]. Si bien esta competencia se expresa generalmente en términos de organización (delitos de dominio), también puede presentarse en la forma de infracción de un deber positivo especial (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 faculta a configurar libremente su esfera de organización[653]. Como contrapartida a esta libertad de organización, se le impone el deber de evitar configuraciones que perjudiquen a otras personas[654]. Si la persona jurídica infringe este deber negativo, responderá por las consecuencias lesivas de su propia organización, lo cual se castiga mediante los llamados delitos de dominio[655]. 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 distinta[656]. No obstante, parece evidente que tampoco se puede 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 y subjetiva que atienda a las particularidades de las personas jurídicas.

---

[652] 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.

[653] Vid., en este sentido, García Cavero, *RPDJP*, 1 (2000), p. 524.

[654] Vid., Gómez-Jara Diez, *RECPC* 08-05.

[655] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73, nota 128.

[656] En otra dirección, la propuesta de interpretación esbozada por Lampe, *La dogmática jurídico-penal*, p. 97 y ss., con la dogmática de los sistemas de injusto antes referida.

a.a. La imputación objetiva

En el plano objetivo, la actuación de las personas jurídicas debe reunir los mismos elementos requeridos en la teoría general de la imputación objetiva[657]. El primer elemento de la teoría de la imputación objetiva es la imputación del comportamiento, lo que significa poder atribuir a la persona jurídica la creación de un riesgo penalmente relevante. En este punto se ha pretendido rentabilizar el mecanismo del sistema de cumplimiento normativo de carácter penal (*criminal compliance*), en el que se agrupan el conjunto de medidas necesarias y permitidas que la empresa incorpora para evitar que sus miembros cometan delitos en la actividad empresarial[658]. Si bien no se obliga a las empresas a implementar un programa de cumplimiento respecto de los riesgos penales, si ellas deciden hacerlo desde la lógica de la autorregulación empresarial, cabrá evaluar el programa de cumplimiento penal como un criterio para la determinación de la relevancia objetiva de la conducta lesiva, pues la incorporación del *criminal compliance* hace que el riesgo de que, pese a todo, se pueda cometer un delito en el marco de la organización, sea calificado como un riesgo permitido o tolerado[659].

Los estudios especializados coinciden en decir que el *criminal compliance* debe conformarse con base en tres columnas: la primera es la formulación del programa de cumplimiento, la segunda consiste en su implementación y, en tercer lugar, su consolidación y perfeccionamiento[660]. En la primera columna se deben identificar los riesgos de infracción legal (*risk assessment*), definir el comportamiento adecuado para eliminar o reducir

---

[657] 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.

[658] Vid., ROTSCH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 6.

[659] Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 37; BOCK, *Criminal compliance*, p. 485, en relación con el llamado valor de la expectativa de daño (*Schadenserwartungswert*); SIEBER, *FS-Tiedemann*, p. 469, en relación con los delitos culposos; GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, p. 144; COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 66, en la medida que los programas de cumplimiento fuesen reproduciéndose en una pluralidad de empresas.

[660] Vid., ampliamente, ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 711 y ss.

dichos riesgos (*risk management*) y estructurar un sistema propio para el *compliance* (*compliance officer*). La segunda columna consiste en informar del programa de cumplimiento a todos los trabajadores de la empresa, incentivar el uso de las prácticas establecidas en dicho programa y organizar medidas aseguratívas de la estructura del *compliance*. Finalmente, la consolidación del *compliance* supone reaccionar ante su inobservancia, sancionar a los responsables y, sobre la base de la experiencia, mejorar el sistema de cumplimiento.

En la formulación del programa de cumplimiento penal, se puede definir con base en los parámetros de la imputación objetiva el ámbito de competencia de la propia empresa en relación con los terceros con los que entra usualmente en contacto (acreedores, consumidores, funcionarios públicos, entre otros). Bajo esta lógica, el *criminal compliance* puede disponer el manejo de los riesgos penales con base en el principio de confianza, si la actividad empresarial se enmarca en un contexto de interactuación con otros agentes económicos[661]. Del mismo modo, la prevención de los riesgos penales por parte de la empresa no debe contar con una eventual utilización con fines delictivos de las prestaciones estándar o neutrales, tal como lo autoriza el instituto jurídico-penal de la prohibición de regreso. Igualmente, el ente corporativo no tiene por qué subsidiar a la víctima en la protección de los riesgos a los que se expone de forma responsable, a no ser que a la entidad empresarial le corresponda un deber de protección especial (por ejemplo, con los trabajadores). Todos estos aspectos de la imputación objetiva en la creación conjunta de riesgos penales se pueden concretar en el *criminal compliance*, aunque debe quedar claro que esta concreción no es vinculante para los tribunales, pues de lo contrario podría ser utilizada por la empresa con la finalidad de aligerar sus cargas penales.

Lo anterior no debe pasar por alto que la defectuosa organización por falta de un sistema de cumplimiento idóneo no siempre conlleva una imputación penal por los delitos cometidos, pues sabido es que la imputación objetiva no se reduce a la creación del riesgo penalmente prohibido, sino que ese riesgo debe haberse realizado en el resultado[662]. Por lo tanto, es necesario que, en términos normativos, el resultado lesivo pue-

[661] En este sentido, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, p. 145 y s.

[662] Vid., Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, p. 147 y s.

da reconducirse a la falta de implementación de un programa de cumplimiento normativo idóneo. De manera especial, la imputación penal puede presentarse discutible en los casos en los que el cumplimiento del deber legalmente impuesto de implementar un sistema de prevención de infracciones penales no habría traído necesariamente como consecuencia la evitación de la infracción penal cometida. Al respecto existen en la doctrina penal diversas teorías que responden al supuesto acabado de plantear.

Si se sigue la teoría de la evitabilidad, podría negarse, en general, la posibilidad de una imputación objetiva del resultado, pues un comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría evitado la realización del delito del miembro individual. Por el contrario, si se sigue la teoría del incremento del riesgo, bastará simplemente con señalar que la omisión de incorporar un programa de cumplimiento incrementó el riesgo de comisión del delito, lo que permitiría sustentar la imputación del resultado en una gran cantidad de casos. Por su parte, la teoría del fin de protección de la norma lleva a sostener que la razón de ser del establecimiento del deber de incorporar en la organización empresarial mecanismos de control es impedir la comisión de delitos, por lo que el incumplimiento de este deber permitirá la imputación del resultado, exceptuando únicamente los casos en los que el delito cometido no forme parte de aquellos que el programa de cumplimiento omitido está dirigido a evitar. Como puede verse, a no ser que se asuma la teoría de evitabilidad con la maleabilidad de sus soluciones en función de la conducta hipotética a considerar, los casos de comportamientos alternativos a Derecho deben resolverse, manteniendo la imputación del resultado producido directamente por el órgano o miembro de la empresa.

b,b. La imputación subjetiva

En los modelos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, la solución más sencilla en el plano subjetivo ha sido siempre imputar a la persona jurídica el dolo o la culpa del sujeto individual que realiza directamente el delito. Sin embargo, dado que la competencia jurídico-penal de la persona jurídica no es la misma que la de la persona natural, tal transferencia resulta inviable. Frente a esta situación las alternativas son fundamentalmente dos: O se renuncia a la imputación subjetiva en el caso de personas jurídicas, o se construye una imputación subjetiva propia de

las personas jurídicas. La primera alternativa implica dar entrada a supuestos de responsabilidad penal objetiva similares a los casos de *strict liability* del Derecho penal norteamericano, lo que no se condice con el respeto elemental de la primera exigencia del principio de culpabilidad que obliga a que el injusto penal contemple una faceta subjetiva. Por esta razón, el camino más adecuado es la determinación de una imputación subjetiva de las personas jurídicas[663].

No hay duda que el proceso de normativización al que ha sido sometido el dolo en los últimos años, a diferencia de la culpa que le lleva varios años de ventaja, da cabida a la posibilidad de hacer una imputación subjetiva a los entes corporativos. Si el dolo o la culpa no son más realidades psicológicas del autor que el juez verifica, sino categorías que se construyen con base en la imputación de cierto conocimiento que le habría permitido al autor la evitación individual del delito, entonces no habrá mayor reparo dogmático para que ese conocimiento se pueda también imputar a la persona jurídica. En la doctrina penal se habla, en este orden de ideas, del conocimiento organizativo del riesgo[664], que es el conocimiento disperso en toda la organización. Ciertamente se ha identificado este conocimiento con la suma de los conocimientos individuales de sus miembros, pero esta perspectiva no es correcta, pues no se trata de un conocimiento por adición, sino del conocimiento que el ente corporativo tiene disponible a partir de la información incorporada a la organización.

c.c. La intervención delictiva

Como lo ha puesto de relieve Jakobs de modo convincente, el dominio fáctico del hecho no constituye el criterio normativo de imputación

---

[663] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 32 y s.

[664] Así, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 261; Gómez-Jara Diez, en *Tratado*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, p. 151. Críticamente Bosch, *Organisationsverschulden*, p. 75 y ss., por la ausencia de un único objeto de referencia que consolide toda la información dispersa; y si el dolo por el hecho concretamente realizado se afirma por no haberse canalizado la información en una instancia de decisión, entonces al final se estará dejando de lado este requisito del delito.

en los delitos de dominio, sino la competencia por el dominio[665]. En este sentido, no se requiere que la persona jurídica realice por sí misma el hecho –una imposibilidad física–, sino que se trate de un riesgo por cuyo dominio sea competente. 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 la persona natural[666]. Sólo en caso que la persona natural sea también competente por el dominio del riesgo, podrá 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[667]), será necesario recurrir a criterios cuantitativos para decidir si tiene lugar una coautoría o una participación[668]. Los intervinientes infringen colectivamente los deberes negativos que les corresponden como ciudadanos[669], radicando la diferencia únicamente en la mayor o menor gravedad de la infracción de tales deberes. Por lo general, se considera que los hechos anteriores o preparatorios constituyen una infracción menos grave que los actos de ejecución[670], lo que conllevaría responsabilizar a la persona natural como autor. Sin embargo,

---

[665] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 21, n.m. 3; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 621 y s.

[666] La mera causación no puede fundamentar la codelincuencia; así, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 623.

[667] Vid., sobre esto, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 625; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 66.

[668] 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.

[669] 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).

[670] Vid. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 72 y s.

desde criterios normativos esto no tiene que ser necesariamente así[671]. La defectuosa organización de la empresa puede ser de tal intensidad que lo que normativamente corresponda sea imputarle el delito en calidad de autor. Y bajo estos mismos parámetros es posible también que el miembro de la empresa que ejecuta finalmente la acción prohibida infrinja levemente su deber específico, lo que limitaría su responsabilidad penal al ámbito de la complicidad[672].

b. Los delitos de infracción de un deber

La persona jurídica puede ser portadora también de un rol especial en virtud de una vinculación institucional que le obligue a cumplir con deberes positivos y mantener así una situación social deseable[673]. En la economía moderna puede apreciarse con mucha facilidad la existencia de ciertas competencias institucionales atribuidas a personas jurídicas. Uno de los ejemplos más claros es la delegación a los administrados por parte de la Administración de ciertas competencias de control, en principio reservadas a organismos públicos, a causa de la creciente complejidad de diversos sectores económicos. Al Estado no le resulta posible controlar de manera suficiente las actividades riesgosas en estos ámbitos, por lo que coloca a las empresas en una posición cuasi-institucional de informar sobre o controlar los factores de riesgo. En este contexto puede comprenderse, por ejemplo, el delito de negación de información económica requerida del artículo 242 del CP. Si bien este delito sanciona directamente a los directores y adminis-

---

[671] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Modernas tendencias*, p. 630; Van Weezel, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 316 y s.

[672] 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.

[673] 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, *Delito de infracción de un deber*, p. 93 y ss.

tradores de la empresa, no cabe duda que su fundamento se encuentra en una competencia institucional atribuida a la persona jurídica.

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[674]. En este sentido, el obligado institucionalmente responderá por no haber contribuido a la configuración de una situación socialmente deseable[675], lo que, al no admitir cuantificación, conlleva que en ningún caso podrá considerársele un partícipe, sino que siempre será sancionado como autor del delito[676]. Si la persona jurídica se encuentra obligada institucionalmente, la vulneración de la relación institucional la hará 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, sino solamente en virtud de sus propias competencias por organización[677] o, de ser el caso, institucionales.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: EL *NON BIS IN IDEM* POR CONCURRENCIA DE PENA Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

El principio de proporcionalidad exige que la pena tenga una correspondencia valorativa con el hecho delictivo cometido[678]. Esto significa que a un delito no se le puede imponer una pena más severa de que la que le corresponde por su gravedad, ni tampoco varias penas que, en conjunto, sobrepasen su gravedad. El hecho de que, por lo general, los delitos económicos constituyen también conductas sancionadas por el Derecho administrativo plantea ineludiblemente un problema de doble imposición sancionatoria[679]. En efecto, con frecuencia la realización del delito económico infringe también una disposición administrativa que prevé la imposición

[674] JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 21; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 67.

[675] Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 641.

[676] Vid., en este sentido, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de un deber*, p. 183 y ss.

[677] Sobre este supuesto, en general, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68 y s.

[678] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 260.

[679] Vid., así, CARO CORIA, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 9.

de una sanción como consecuencia jurídica. Para evitar la sobrerreacción que produce la duplicidad de sanciones (administrativa y penal)[680], se han desarrollado diversos criterios materiales y procesales que limitan la sanción solamente a aquella que cubre suficientemente la necesidad sancionatoria[681]. Estos criterios se agrupan en el llamado principio del *non bis in idem*, reconocido expresamente en el artículo 230 inciso 10 de la LPAG y en el artículo III del Título Preliminar del CPP. Dentro de este principio cabe distinguir una vertiente material y otra procesal[682].

1. El *non bis in idem* material

Desde el punto de vista material, el principio del *non bis in idem* busca evitar una *sobrerreacción* del sistema jurídico, es decir, que en el mismo orden punitivo, o en distintos, se establezcan dos sanciones por un mismo hecho que sumadas sean desproporcionadas en relación con la infracción cometida[683]. Para ello es necesario precisar primeramente cuándo nos encontramos ante una situación de *bis in idem*. Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español (STS de 30 de enero de 1981)[684], nuestra legislación positiva señala que existe una situación de *bis in idem* cuando se presenta la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal)[685].

---

[680] 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.

[681] 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.

[682] 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.

[683] 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 esto, con mayores referencias, Caro Coria, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 3.

[684] Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, García Alberó, *Non bis in idem*, p. 53 y ss.

[685] Vid., igualmente, San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, p. 62.

En cuanto a la identidad de sujeto, se discute si esta identidad se presenta cuando se impone una sanción penal a las personas naturales que actúan en lugar de la persona jurídica y una multa administrativa a la persona jurídica misma. Es evidente que no existe identidad en relación con el sujeto de la sanción[686]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta doble imposición de sanciones se fundamentaría en el mismo hecho, lo que, sin negar la posibilidad de aplicar ambas sanciones, debería impedir el inicio simultáneo de los procesos sancionatorios. Si los dos procesos se activasen a la vez, se correría el riesgo de que las decisiones finales terminen sustentándose en una base fáctica contradictoria[687]. Bajo estas circunstancias, lo recomendable es que el proceso penal de naturaleza judicial iniciado contra la persona natural concluya primero, para poder activarse, con la base fáctica judicialmente definida, el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica.

La identidad de hecho se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones concurrentes, por lo que debe tratarse del mismo suceso histórico. Para el cumplimiento de este requisito no entran a tallar las valoraciones sobre el hecho, sino su entendimiento como un acontecimiento real acaecido en un determinado momento y lugar[688]. La inclusión de elementos accidentales no relevantes, no hace que se trate de un hecho distinto y que pierda, por tanto, su identidad[689]. Sin embargo, no debe olvidarse que un mismo hecho puede dar lugar a sanciones distintas que se sustentan en criterios de desvalor diferentes (por ejemplo, en el concurso ideal de delitos), pero debe quedar claro que la justificación de esta posibilidad no se encuentra en el plano del hecho, sino en el plano de las valoraciones, lo que debe ser considerado, por lo tanto, en el aspecto referido a la llamada identidad de fundamento.

El aspecto valorativo se desarrolla propiamente a nivel de la llamada identidad de fundamento, a la que el Tribunal Constitucional le ha asignado una importancia decisiva[690]. La determinación de tal identidad no

---

[686] Vid., así, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

[687] Vid., igualmente, NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 19.

[688] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del ne bis in idem*, p. 65.

[689] REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del ne bis in idem*, p. 68.

[690] Vid., con mayores referencias, CARO CORIA, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 4.

está, sin embargo, libre de problemas[691]. Para los que entienden que la diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal es de carácter cuantitativo, la identidad de fundamento se daría en cuanto a la protección del mismo bien jurídico[692]. Sin embargo, esta interpretación llevaría a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, excluyendo prácticamente en todos los casos 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 a esta regla como es el caso de la llamada "relación de especial sujeción"[693].

Lo anterior hace mucho más viable sostener que el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho penal, lo que habla evidentemente a favor de la tesis de la distinción cualitativa. Sin embargo, a esta perspectiva cabría cuestionarle llevar a un vaciamiento de los casos de *bis in ídem*, pues siempre habría fundamentos distintos en la imposición de la sanción por cada orden sancionatorio. Por ello, a nuestro entender, lo más conveniente no es hablar de una identidad de fundamento para decidir si existe una situación de *bis in idem*, 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, puede decirse que la identidad de fundamento debería reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, en el sentido de que una sola sanción cubra la función que a ella se le asigna y la que corresponde a la sanción desplazada.

La opinión dominante entiende que, en caso de concurrencia de una sanción penal con una administrativa, debe prevalecer la primera[694], en tanto 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 compara-

---

[691] Vid., García Alberó, *Non bis in idem*, p. 63 y s.; Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 342.

[692] Así, Benlochh Petit, *PJ* 51, p. 344 y s.

[693] Vid., con mayor detalle, Caro Coria, *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 15 y s.

[694] Vid. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *El delito contable tributario*, p. 609.

ción del *quantum* de perjuicio de cada una de las posibles sanciones, lo que podría llevar muchas veces a desplazar la sanción penal por la alta cuantía que puede alcanzar la multa administrativa en ciertos sectores económicos regulados. En nuestra opinión, lo más 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 de *última ratio* del Derecho penal que se sustenta en la mayor severidad normativa de este ámbito jurídico[695]. La sanción penal cubre 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 más grave desde el punto de vista normativo. Esta solución cuenta además con una disposición absolutamente clara al respecto, como lo es el artículo III del Título Preliminar del CPP, en el que se dispone que "*El derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo*", lo que, por otra parte, deroga tácitamente diversas regulaciones en el ámbito administrativo que disponían que las multas podían imponerse con independencia de la sanción penal, como es el caso del artículo 190 del Código Tributario[696].

La afirmación general que se acaba de hacer no impide, sin embargo, que en ciertos supuestos especiales la misma perspectiva normativa niegue la preponderancia de la sanción penal. En concreto, cabe plantear el caso de una tentativa inidónea por un delito económico que cuenta con un ámbito previo de regulación provisto de sanciones administrativas de especial gravedad. En dicho caso, podría considerarse mucho más adecuado, a efectos de sanción, imponer la multa administrativa a una penalidad atenuada por tentativa conforme al tenor del artículo 16 del CP. Si se trata de un hecho peligroso, pero sin puesta en peligro o lesión de ningún interés concreto (una lesividad débil), no hay duda que la imposición de la sanción administrativa de especial entidad tendrá un efecto restabilizador mucho mayor que la simple declaración de culpabilidad penal con una imposición de pena muchas veces suspendida en su ejecución. Por esta razón, en estos

[695] Así, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *LH-Cobo del Rosal*, p. 167, hablan de un plus de antijuridicidad.

[696] Un intento de mantener la vigencia de este artículo del Código Tributario mediante una interpretación restrictiva emprende CARO CORIA, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 12.

casos puntuales podría sostenerse que la sanción administrativa debería desplazar a la sanción penal por un hecho de escasa lesividad penal.

2. El *non bis in idem* procesal

Los escritos especializados reconocen que el principio del *non bis in idem* tiene además una vertiente procesal, en virtud de la cual se prohíbe dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes sobre el mismo objeto[697]. La regla general, predominantemente reconocida por la doctrina penal, es que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo[698], tal como se desprende también del tenor del artículo III del Título Preliminar del CPP[699]. En este orden de ideas, para el inicio del proceso penal bastará con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen las leyes procesales correspondientes, sin que sea necesario agotar el procedimiento administrativo sancionador.

---

[697] Vid., Schroeder, *JuS* 1997, p. 227 y ss.; Benlloch Petit, *PJ* 51, p. 305; Mata Martín, *PJ* 41-42, p. 186.

[698] Vid., así, Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 131.

[699] Antes de la entrada en vigor de la normativa procesal, la determinación del proceso preponderante no era tan clara. A partir de una lectura del artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, Decreto Ley 25868 (actual artículo 18 del Decreto Legislativo 1033) se sostuvo que la prejudicialidad administrativa era aplicable también a los procesos penales, por lo que solamente podía recurrirse a los tribunales penales una vez agotada la vía administrativa (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 sostuvo que con la expedición de ciertas normas especiales que exigían, para iniciar un proceso penal, contar con un informe técnico del INDECOPI (por ejemplo, los delitos contra la propiedad industrial), el régimen general de la prejudicialidad administrativa se había roto, de manera tal que existían excepciones a esta regla general (Caro Coria, *Themis* 27-28, p. 217 y ss.). En la primera edición de este trabajo sostuvimos que en el ámbito penal no se presentaba únicamente excepciones a la regla general del artículo 16 del Decreto Ley 25868, sino que la regla general era, más bien, la autonomía del tema penal, de manera tal que el mencionado artículo 16 no debía aplicarse a los procesos penales. El fundamento de este parecer residía 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. Por consiguiente, el inicio del proceso penal no debía esperar el agotamiento de la vía administrativa, sino que bastaba con cumplir los requisitos de procedibilidad que exigen específicamente las leyes correspondientes.

Lo que no está lo suficientemente aclarado es qué sucede con el procedimiento administrativo sancionador ya iniciado o por iniciarse si se llega a abrir 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, de manera tal que se evite infringir lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LPAG que prohíbe que el acto administrativo contravenga resoluciones judiciales firmes. Solamente si en sede penal no se llega a imponer 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[700].

En relación con la prejudicialidad penal, debe señalarse que la legislación peruana estableció, en diversos delitos, que el órgano administrativo debía decidir primeramente si el hecho era lo suficientemente grave como para justificar el inicio de un proceso penal. Así se presentó, por ejemplo, el ejercicio de la acción penal por parte del órgano de administración del tributo en los delitos tributarios (artículo 7 de la LPT) o la calificación previa de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI sobre si la infracción era especialmente grave como para constituir un delito (artículo 131 de la LGSC). Con disposiciones de esta clase se introdujeron mecanismos que si bien evitaban el *bis in idem* procesal con la prevalencia de la jurisdicción penal, lo hacían atribuyendo a la Administración la discrecionalidad para decidir cuándo el caso concreto debía pasar al ámbito penal.

La posición de la doctrina penal ante la solución procesal antes referida fue bastante crítica[701], pues la prevalencia de la jurisdicción penal debía traer como lógica consecuencia procesal que sea, más bien, la decisión autónoma del sistema penal la que determine si el hecho debía

---

[700] Vid., en el mismo sentido, CARO CORIA, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 19.

[701] Vid., así, 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.

quedar en el plano administrativo o, por el contrario, ser llevado al ámbito penal. Por su parte, los tribunales se pronunciaron, desde de diversas perspectivas, en contra de la constitucionalidad de las cláusulas de discrecionalidad administrativa[702]. La fuerza crítica de la posición doctrinal y jurisprudencial llevó finalmente al legislador penal a descartar las normas que hacían depender el procesamiento penal de una decisión administrativa, modificando el artículo 7 de la LPT y derogando el artículo 131 de la LGSC.

El orden procesal indicado se complica, sin embargo, cuando, pese a la existencia de un proceso penal por el mismo hecho, la Administración lleva adelante el procedimiento administrativo e impone la sanción administrativa. La solución que preserva la prohibición de exceso tendría que ser que la sanción penal ya no pueda imponerse[703]. Dado que esta solución produciría una infrarreacción sancionatoria, se ha propuesto como alternativa compensar la multa administrativa con una atenuación de la pena[704]. Sin embargo, esta propuesta de solución resulta claramente inaplicable en razón de la distinta naturaleza de la sanción penal y la administrativa[705]. Mucha mayor viabilidad tiene, por el contrario, una propuesta de solución diferenciada, en el sentido de aplicar la sanción penal si la imposición de la sanción administrativa se debe a una actuación del sancionado con la finalidad de evadir la sanción penal. En efecto, si es la Administración la que se equivoca y, pese a contar con la información pertinente, decide imponer una sanción administrativa, entonces no se podrá cargar este error sobre el sancionado, por lo que la sanción penal no podrá imponerse. Pero si la sanción administrativa se ha impuesto por una actuación fraudulenta del sancionado que ocultó o hizo creer a la Administración que el hecho tenía

---

[702] Vid., con amplias referencias, García Cavero, *Fraude*, p. 183 y ss.

[703] Vid., Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *LH-Cobo del Rosal*, p. 169.

[704] Vid., la referencia a una línea jurisprudencial que en España llevó a cabo esta compensación, lo que condujo finalmente a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, Boix Reig, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 133 y ss.; Bajo/Bacigalupo S., en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Bajo/Bacigalupo S. (Eds.), p. 162; Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, p. 36 y ss.

[705] Igualmente crítico Caro Coria, en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 23.

una incidencia sólo administrativa, entonces éste tendrá que cargar con la imposición de dos sanciones por el mismo hecho[706].

3. Especial referencia al caso de las medidas aplicables a las personas jurídicas

En varios países se admite actualmente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas acudiendo a la teoría de la identificación, la que sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en el injusto realizado por su órgano o representante individual. Esta situación suscita cierto cuestionamiento en relación con una posible infracción del principio del *non bis in ídem*, ya que por el mismo hecho se estaría sancionando, a la vez, a la persona jurídica y a sus órganos o representantes[707]. Hay que precisar, sin embargo, que lo que, en rigor, se presenta no es un problema de *non bis in ídem*, pues no concurre el requisito de la identidad de sujeto. Lo que existe, más bien, es un problema de doble valoración, en la medida que se utiliza el mismo injusto para responsabilizar penalmente al miembro individual y a la persona jurídica. Esto deriva finalmente en una responsabilidad penal por el hecho de otro.

El cuestionamiento se desvanece, por el contrario, si el injusto penal de la persona jurídica no es propiamente el realizado por su órgano o representante, sino uno propio. El germen de esta línea de pensamiento está en la idea de la culpabilidad por un defecto de organización desarrollada por TIEDEMANN a partir de la *OWiG* alemana, aunque con una diferencia de enfoque. La competencia penal de la persona jurídica no se encontrará en el aporte organizativo realizado por el representante o miembro de la empresa, sino en uno propio por haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades. Como puede verse, lo que hace a la persona jurídica penalmente responsable será un defecto de organización que no se identifica con el aporte de su órgano o representante.

En nuestra legislación penal actualmente vigente no se presenta la problemática acabada de esbozar, pues, de *lege lata*, no existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el Código Penal y ciertas

---

[706] Vid., BOIX REIG, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 138.

[707] Vid., así, JAKOBS, *LH-Lüderssen*, p. 565; FEIJOO SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 158.

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 se hace también una doble valoración de un mismo hecho con fines sancionatorios. La discusión de esta cuestión cobra especial fuerza, en la medida que el AP N° 07-2009 sostiene que las consecuencias accesorias son sanciones penales especiales aplicables a las personas jurídicas. Si la imposición de la consecuencia accesoria a la persona jurídica sigue la lógica de una sanción por el hecho cometido por su representante, al que también se le sanciona penalmente, entonces parece claro que se estará valorando un mismo injusto para sustentar el infligimiento de dos sanciones.

La situación se muestra diferente si las medidas aplicables directamente a las personas jurídicas no son penas y cuentan, por lo tanto, con un fundamento distinto a la culpabilidad de la persona individual por el hecho cometido. Si las consecuencias accesorias se sustentan en la peligrosidad objetiva de la organización empresarial respecto de la comisión de futuros delitos similares, quedará entonces claro que su fundamento es distinto al que legitima la imposición de una sanción penal a sus miembros individuales. Mientras que sus órganos o representantes responden por el delito cometido en el marco de las actividades de la persona jurídica, sobre ésta última recaerán ciertas medidas preventivas para evitar que la peligrosidad objetiva de su organización sea un contexto idóneo para la realización de nuevos hechos delictivos.

Un escenario de *bis in ídem* cabría alegar si a la persona jurídica se le sanciona administrativamente y se le impone además una consecuencia accesoria en sede penal. Sin embargo, tal cuestionamiento sólo podría tener lugar si a la consecuencia accesoria se le asigna la calidad de ser una sanción penal[708], lo que, al menos desde consideraciones de *lege lata*, no parece ser el caso. Por lo tanto, si a la consecuencia accesoria no se le da una naturaleza sancionatoria, no habrá ninguna objeción desde el punto de vista del principio del *non bis in ídem* para imponerle también una sanción administrativa[709]. Esta situación no impide, sin embargo, que la efectivización de la sanción administrativa pueda carecer de sentido, en la medida que la medida preventiva tomada en el marco de una consecuencia accesoria haga innecesaria su imposición.

---

[708] Vid., Núñez Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28, octubre (2011), p. 116.

[709] Así, Pinedo Hidalgo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 100.

DERECHO PENAL

ECONÓMICO

PARTE GENERAL

SEGUNDA PARTE

LA LEY PENAL ECONÓMICA

LEY PENAL ECONÓMICA

JURISTA
editores

CAPÍTULO IV
LOS CRITERIOS DE CREACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Para poder sancionar penalmente las conductas disfuncionales en el ámbito de la economía, el principio de legalidad exige la presencia de una ley previa que precise los rasgos esenciales de estas conductas, así como también la pena a imponer. Sin embargo, la incriminación de una conducta no se justifica simplemente con la expedición formal de una ley penal, sino que ésta debe ser producto de un proceso racionalmente ordenado de creación legislativa. El estudio sistemático de este proceso es llevado a cabo por la denominación teoría de la legislación[710]. En efecto, la teoría de la legislación es la disciplina que estudia la forma y contenido de las leyes con la finalidad de obtener criterios, directrices e instrucciones para una elaboración y configuración más racional de las mismas[711].

En relación con las leyes penales[712], el antecedente histórico más importante de la teoría de la legislación es, sin duda, el plan de legislación criminal de MARAT, el cual se estructuró sobre la idea de que las leyes penales tienen que orientarse al bien general y perecer las leyes arbitrarias que apunten a la felicidad de algunos individuos[713]. La moderna discusión sobre la teoría de la legislación se inicia fundamentalmente con Peter NOLL

---

[710] Vid., con mayor detalle, KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, p. 54 y ss.

[711] Vid., en este sentido, NOLL, *Gesetzgebungslehre*, p. 15.

[712] Destacan OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de los tipos penales*, p. 38; NAVARRO FRÍAS, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 232, que para la creación de la ley es importante tener en cuenta el concreto sector en el que incide la regulación.

[713] Vid., MARAT, *Plan de legislación criminal*, p. 66 y s.

después de la segunda guerra mundial[714], a la que han seguido estudios específicos sobre la legislación penal. Pese a la existencia de estudios que se ocupan de la teoría de la legislación penal, es innegable que, al menos en la tradición europeo-continental, la discusión sobre la creación de las leyes penales es ínfima si se le compara con lo referido a su aplicación judicial de la mano de la teoría del delito y las consecuencias jurídicas del delito[715]. Si bien la labor del legislador penal tiene un alto contenido político que lleva, por lo general, a una espontánea "sacada de cuerpo" del dogmático, el proceso de creación de las leyes penales no puede dejarse abandonado al acaso o, lo que es peor, a la arbitrariedad[716].

En el presente capítulo, no se pretende analizar todo el procedimiento que debe seguir la creación de una ley penal, sino simplemente hacer una breve exposición sobre los puntos esenciales que debe observar el legislador cuando decide acudir al Derecho penal para sancionar conductas irregulares en el ámbito de la economía. Estos puntos son tres. En primer lugar, debe tener en cuenta el cumplimiento de los criterios de legitimidad para hacer uso de la reacción penal, de manera tal que no se incrimine cualquier hecho que le resulte, por las razones que sea, incómodo al gobernante[717]. En segundo lugar, el legislador debe ajustarse también a un criterio de necesidad de la protección penal, lo que depende ciertamente de las consideraciones propias de la prudencia política. En tercer lugar, debe asegurarse la adecuación de la ley penal a las categorías jurídicas de orden constitucional, político-criminal y dogmático. En suma, puede decirse que la decisión legislativa de dar una protección penal en el ámbito de la economía debe tener en consideración ineludiblemente un criterio de merecimiento de protección penal, de necesidad de protección penal y de adecuación jurídica[718].

---

[714] Así lo destaca KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, p. 54.

[715] Vid., en este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 14.

[716] En este sentido, VOGEL, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), p. 249 y s., precisa que la separación entre el legislador y el dogmático, propia del siglo XIX, se encuentra ampliamente superada, por lo que la creación de la ley penal no puede hacerse sin la racionalidad que ofrece la ciencia penal.

[717] En este sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 50.

[718] El merecimiento y la necesidad de protección penal no deben confundirse con el merecimiento y la necesidad de pena. Vid., en este sentido, SCHMIDHAÜSER, *GS-*

II. MERECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA

No hay duda que el proceso de creación de una ley penal parte de la identificación de un hecho disfuncional que carece de respuesta o recibe un tratamiento deficiente por parte del sistema penal[719]. Sin embargo, este punto de inicio de la decisión legislativa en materia penal supone contar en un ámbito previo con un orden precedente que permita precisamente identificar ese hecho como disfuncional. En este sentido, aunque en la práctica el proceso legislativo se inicie con la verificación de un hecho disfuncional, antes de ello debe estar suficientemente determinado el orden social que permite calificar de disfuncional el tipo de comportamiento que procura ser reprimido penalmente.

En atención a las consideraciones precedentes, el primer paso en la labor de criminalización de los delitos económicos consiste en determinar el orden normativo en la economía. Para llevar a cabo esta labor, debe recurrirse, en primer lugar, a las normas constitucionales que establecen la llamada constitución económica, es decir, cuáles son los rasgos esenciales del sistema económico que están puestos al servicio de la persona. En segundo lugar, debe tener en cuenta las normas jurídicas extrapenales que regulan concretamente los diversos aspectos de la economía en consonancia con la constitución económica. A lo que se debe llegar con toda esta labor de definición es a precisar, de la manera más completa posible, la identidad normativa de la sociedad en la economía.

Con la determinación del orden normativo en la economía, el legislador penal podrá establecer si efectivamente el hecho considerado inicialmente como disfuncional, pone en tela de juicio la identidad normativa de

---

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 la necesidad de protección penal 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, antijuridicidad y culpabilidad (en este sentido, Roxin, *op. cit.*, § 23, n.m. 35).

[719] Vid., Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 20.

la sociedad. De lo que se trata es de excluir disfunciones sociales aparentes que procuran ser sancionadas únicamente con la finalidad de favorecer intereses estrictamente particulares de ciertos agentes económicos[720]. Es muy usual que determinados grupos de interés intenten presentar a nivel pre-legislativo ciertas situaciones como especialmente perturbadoras, cuando, en realidad, lo único que se persigue es el aseguramiento de beneficios particulares.

Comprobada la contrariedad del orden normativo por el hecho disfuncional identificado, se deben precisar los rasgos esenciales que tiene este hecho en función de su idoneidad para defraudar las expectativas normativas de conducta vigentes en la economía. Para este trabajo de identificación, el legislador debe recurrir a estudios empíricos, sociológicos e incluso a la misma opinión pública[721], pues sólo así podrá precisar de la manera más clara posible el tipo de conducta que desestabiliza el orden normativo en la economía. El arte de la legislación consiste precisamente en poder plasmar en una ley abstracta y general el universo de las defraudaciones de expectativas semejantes que afectan el orden normativo en el sistema económico[722].

Ahora bien, la identificación del tipo de conducta que defrauda el orden normativo en la economía no es suficiente para justificar una intervención jurídico-penal. Debe tratarse de una conducta que merezca una respuesta penal, lo que solamente podrá tener lugar si el hecho cuenta con una especial lesividad social[723]. Esa lesividad se presenta cuando se afecta

---

[720] Sobre el riesgo de introducción de disfunciones sociales aparentes, vid., DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 21.

[721] 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.

[722] 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*".

[723] No hay duda que la exigencia de una especial lesividad social para autorizar el recurso a las penas responde también al 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

un bien jurídico que precisa de una protección penal[724]. Sobre la base de estas consideraciones, el punto clave de discusión se ubicará en la cuestión de cuáles son los bienes jurídicos que merecen protección penal en el ámbito de la economía. Para responder a esta cuestión, la doctrina penal sigue distintas líneas de pensamiento.

Un sector doctrinal intenta mantenerse en el clásico bien jurídico del patrimonio, aunque reformulando las formas de afectación. Para esta perspectiva, el criterio de merecimiento de pena se centra en la lesión material de algo patrimonial que ciertamente no es únicamente la disminución de la masa patrimonial en su conjunto, sino también aquella que afecta las posibilidades de ganancia o beneficio económico de otros sujetos[725]. A esta propuesta se le critica, sin embargo, quedarse demasiado corta y dejar al margen del Derecho penal económico diversos delitos cuya incriminación, pese a no tener una incidencia directa o indirecta en el patrimonio de otro, se encuentra casi indiscutida (por ejemplo, el lavado de activos o la obstaculización de las facultades de supervisión económica).

La insuficiencia de la visión individual de los bienes jurídicos para abarcar todo el espectro de delitos económicos, le ha dado mucha mayor fuerza a la línea de interpretación que legitima la aprobación de una ley penal si con ella se apunta a proteger bienes jurídicos supraindividuales en el ámbito económico[726]. Sin embargo, la ventaja que tiene esta perspectiva para abarcar los distintos ámbitos de represión de la criminalidad económica contrasta con su pérdida de capacidad crítica, especialmente al combinarse con la técnica de tipificación del peligro abstracto. Al final, pa-

---

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).

[724] Similarmente, Otto, *GS-Schröder*, p. 55.

[725] En este sentido, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 360. En términos parecidos, Nagel, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 103; Geerds, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 290; Gallego Soler, *Responsabilidad penal*, p. 54 y s.; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 59.

[726] Así, como 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. En el Perú, 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.

recería que cualquier actuación disfuncional en el ámbito de la economía podría ser criminalizada por el legislador penal[727].

La búsqueda de referentes más estables se pretende alcanzar con la llamada constitucionalización del bien jurídico, en el sentido de que una ley penal sólo puede ser creada para proteger valores constitucionalmente reconocidos[728]. La determinación de esos valores lleva a diferenciar entre un constitucionalismo amplio que vincula el bien jurídico con el modelo constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, de otro estricto que exige un reconocimiento constitucional explícito o implícito del interés a tutelar penalmente[729]. Ambas variantes son sometidas a críticas difíciles de evadir. Al constitucionalismo amplio se le cuestiona recurrir igualmente a un criterio difuso, flexible e incluso ambiguo, lo que no garantiza la seguridad y certeza pretendida[730]. Al constitucionalismo estricto se le objeta, por su parte, generar vacíos de punición en el caso de nuevas realidades que, por razones de evolución social, no se encuentran recogidas dentro del marco previsto por la Constitución[731]. Por ello, la determinación del bien jurídico supraindividual penalmente protegido no se puede satisfacer únicamente con un planteamiento formal a nivel de la Constitución[732].

En nuestra opinión, el merecimiento de la protección penal en el sector económico se alcanza cuando la conducta disfuncional afecta la identidad normativa *esencial* de la sociedad. El carácter esencial de la identidad normativa de la sociedad lo ofrece el hecho de estar referida a las condiciones indispensables para el desarrollo de la persona en la economía. Estas

---

[727] 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.

[728] Vid., con sus propias particularidades, SAX, en *Die Grundrechte*, p. 909 y ss.; RUDOLPHI, *FS für R. M. Honig*, p. 158 y ss.; BRICOLA, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, p. 15 y s.; MUSCO, *Bene Giuridico*, p. 55 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, en *Papers* 13 (1980), p. 157; ÁLVAREZ GARCÍA, *CPC* 43 (1991), p. 5 y ss. En el Perú se alinea con este planteamiento, ABANTO VÁSQUEZ, *LH-Juan Bustos Ramírez*, p. 69.

[729] Vid., la exposición al respecto de CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 36 y ss.

[730] En general esta crítica a las teorías constitucionalistas del bien jurídico, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 273 y s.

[731] Vid., CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, p. 37.

[732] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 274.

condiciones no se pueden reducir a intereses patrimoniales u otros bienes entendidos desde la lógica liberal de los derechos subjetivos (relaciones de pertenencia), pero tampoco identificarse con las estructuras generales del sistema económico. Se trata de un conjunto de aspectos (objetos, información, pretensiones, posiciones, etc.) que el agente utiliza en su actuación en el sistema económico y que resultan esenciales para su realización personal. Por un lado, están aquellas condiciones que permiten una participación efectiva del agente económico en el mercado; por el otro, destacan aquellas que el Estado se encarga de crear, favorecer o mantener para evitar desorden, desigualdades o abusos en el mercado. Sólo la defraudación de una expectativa normativa de conducta referida a la existencia o conformación de alguna de estas condiciones esenciales merece represión penal.

Para poder ilustrar las ideas generales brevemente esbozadas, podría recurrirse a un ejemplo: Por más necesario que pueda ser para el aseguramiento de la recaudación tributaria evitar la falta de expedición de comprobantes de pago, esta conducta no constituye una defraudación de una expectativa normativa de conducta esencial en la economía. Se trata simplemente de una cuestión de orden del sistema de recaudación que no afecta en sí la contribución al fisco y que no defrauda el aspecto esencial de la contribución solidaria a la generación de recursos para atender a los gastos estatales. 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 estatal, podría encontrarse la legitimación para castigarla penalmente, pues defrauda la expectativa normativa de una contribución solidaria a financiar los gastos en los que el Estado debe incurrir para la consecución del bien común. Pero ya no se tratará de una simple infracción de orden, sino de una evasión tributaria que defrauda una expectativa conformada a partir de un aspecto esencial del sistema económico.

De todo lo dicho, puede concluirse lo siguiente: La incriminación penal no puede sostenerse únicamente en la necesidad de enfrentar determinadas formas de comportamiento contrarias al orden normativo de una sociedad[733], sino que siempre se requiere entrar en cuestiones de legiti-

[733] Una exposición crítica al pensamiento de Jakobs por estar basado solamente en la idea de la necesidad, Volk, *ZStW* 97 (1985), p. 893 y s.

midad, de merecimiento de la protección penal[734]. La simple necesidad de mantener el orden normativo de la sociedad no resulta suficiente para justificar una intervención penal, sino que es necesario determinar si la expectativa de conducta defraudada forma parte de la identidad normativa *esencial* de la sociedad. 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.

III. NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL EN LA ECONOMÍA

El que una forma de conducta defraude expectativas normativas *esenciales* en la economía, es una condición necesaria, pero no suficiente para dar lugar a una intervención punitiva[735]. Ya que nos movemos en un ámbito legislativo, debe también tenerse en cuenta criterios de prudencia política, en el sentido de una valoración de los distintos medios de los que se dispone y la manera de integrarlos coherentemente en una lucha contra la criminalidad[736]. Si bien esta actividad política es, en estricto, ajena a la dogmática penal, y, por tanto, extraña a sus criterios operativos, no puede pretenderse un aislamiento del Derecho penal o una visión reducida a sus efectos. El Derecho penal no permanece como un sistema cerrado, sino que se abre también a su entorno, por lo cual debe considerar los aspectos externos que determinan su propia configuración.

La actuación política funciona con criterios esencialmente utilitaristas y esto se refleja en el ámbito específico de la criminalización de las conductas en el sector económico[737]. Si el sistema social contiene un conjunto de mecanismos para hacer frente a una puesta en tela de juicio del modelo de orientación normativo en la economía, e incluso dentro

---

[734] Críticamente frente al criterio del merecimiento, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 170.

[735] Vid., en este sentido, para el Derecho penal económico, VOLK, *JZ* 1982, p. 88.

[736] Vid., similarmente, OTTO, *GS-Schröder*, p. 56 y s.

[737] En este sentido, sobre la orientación utilitarista de la decisión política en la intervención punitiva, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 246 y ss.

del sistema jurídico existen otros sectores específicos que con sus propios mecanismos resuelven la desorientación de los agentes económicos que determinadas conductas provocan, entonces resultará indicado hacer una valoración global de todos estos mecanismos extrapenales y determinar, en función de ello, si se necesita específicamente la utilización de la represión penal para resolver la situación en cuestión[738]. Esto es lo que se conoce como el carácter de *última ratio* del Derecho penal[739], según el cual, el legislador tendría que renunciar al Derecho penal si el bien jurídico se puede proteger de forma satisfactoria por otros sistemas de control social o con los mecanismos de reacción de otros ámbitos jurídicos menos gravosos. Este criterio de necesidad debe ser igualmente observado en la represión de los delitos económicos[740], de manera tal que si las condiciones idóneas para el desarrollo de los agentes económicos se pueden mantener con medidas menos gravosas, entonces deberá abstenerse el legislador penal de realizar una labor de criminalización.

Resulta conveniente hacer la precisión de que la subsidiariedad que está detrás del principio de *última ratio* no debe entenderse desde la premisa de una equivalencia funcional entre los distintos mecanismos de control para resolver una situación de pérdida de orientación de los agentes económicos por la defraudación de una expectativa normativa de conducta en la economía. El análisis de la necesidad no se da en un plano normativo, sino empírico. Lo que hacen los otros mecanismos de reacción de los que el Es-

---

[738] 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.; Geerds, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 291; 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.

[739] Vid., como expresión del principio de subsidiariedad, Kaufmann, Arthur, *FS-Henkel*, p. 103; Roxin, *JuS* 1966, p. 382. Como manifestación externa del principio de mínima intervención, Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 247. Similarmente, referido a la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 136.

[740] Vid., 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.

tado dispone, es solventar la situación de pérdida de orientación del agente económico, haciendo que sea innecesario recurrir al mecanismo normativo de solución constituido por la imposición de una pena.

Otro ejemplo para ilustrar las afirmaciones hasta ahora hechas: No cabe duda que el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales constituye un aspecto esencial del tráfico económico-patrimonial de nuestra sociedad[741], de manera que el incumplimiento de una deuda afecta la configuración del orden normativo de la economía en el sentido de un sistema de créditos en el que las deudas se pagan. Sin embargo, la desorientación que se produce por el incumplimiento del pago de una deuda se estabiliza perfectamente por medio de mecanismos extrajurídicos (deterioro del prestigio comercial, negativa de nuevos créditos) y extrapenales (embargo, indemnización civil, etc.)[742]. Por lo tanto, recurrir al Derecho penal ante el simple incumplimiento de una deuda, resulta innecesario en términos de solución del problema[743].

La ponderación política de los distintos mecanismos de solución no es una tarea pacífica en el Derecho penal económico. Mientras un sector de la doctrina afirma que la regulación intervencionista de la Administración podría ser más gravosa para los agentes económicos que la imposición de una sanción penal[744], otro sector sostiene que estas consideraciones empíricas no pueden desestimar el carácter normativo más grave de las

---

[741] 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.

[742] 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.

[743] Vid., así el desarrollo jurisprudencial de 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.].

[744] 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.

sanciones penales[745]. En nuestra opinión, la solución a este debate debe partir de la idea de 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 ser que el recurso al 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.

IV. LA ADECUACIÓN JURÍDICA

Una vez que se ha determinado que la defraudación de una expectativa normativa de conducta esencial en la economía, producida por cierto tipo de conducta merece y necesita de una protección penal, la represión penal de esa conducta debe ajustarse a ciertos parámetros de juridicidad que impone el Derecho constitucional, una política criminal racional y la propia dogmática penal[746]. Si la configuración de la ley penal no observa estos parámetros, entonces carecerá de una adecuación al Derecho y, por lo tanto, hasta que no sea derogada, podrá ser sometida a los distintos mecanismos de control para impedir o corregir su aplicación a los casos concretos (acciones de inconstitucionalidad, acciones de garantías, interpretaciones restrictivas o correctivas, etc.).

---

[745] En este sentido, Volk, *JZ* 1982, p. 88; Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 121.

[746] Vid., Vogel, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), p. 260. Precisa Atienza, *Las razones del Derecho*, p. 19 y s., que en la argumentación de la producción de normas jurídicas, pueden distinguirse dos fases: una fase prelegislativa en la que pesan argumentos políticos o morales, y otra legislativa en la que el aspecto técnico-jurídico ocupa un lugar predominante. Es evidente que la adecuación jurídica de la legislación penal se ubicaría en esta segunda fase de la creación de la ley penal. A esta labor, Navarro Frías, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 233 y s., llama técnica legislativa. Similarmente, como parte de la teoría de la legislación, Ossandón Widow, *La formulación de los tipos penales*, p. 33.

En el plano constitucional, la legislación penal no puede pasar por alto lo dispuesto en las disposiciones constitucionales[747]. Por un lado, la legislación penal debe cumplir con los mandatos constitucionales de criminalización (por ejemplo, aunque no es un aspecto económico, puede destacarse el mandato constitucional de criminalizar los atentados contra la libertad de expresión previsto en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución)[748]. Pero, además, la configuración de la ley penal debe respetar los contenidos esenciales de los derechos y garantías constitucionales. Por esta razón, no se puede criminalizar, por ejemplo, un comportamiento en contravención del derecho de toda persona a no declarar contra sí mismo o en violación al contenido esencial de la libertad de expresión. La criminalización de una conducta lesiva en el ámbito económico no se puede llevar a cabo al margen de las exigencias constitucionales.

La creación racional de una ley penal económica debe ajustarse también a principios político-criminales como la legalidad, la proporcionalidad abstracta de las penas o la culpabilidad por un hecho propio[749]. En este orden de ideas, la necesidad de proteger un interés merecedor de protección penal en la economía no puede satisfacerse por medio de regulaciones indeterminadas, penas desproporcionadas o penalizaciones de supuestos de responsabilidad objetiva. Aun cuando con ello se pueda conseguir una mayor represión de las conductas indeseables en el ámbito económico, la ley penal no se adecuará al Derecho y, por lo tanto, su falta de racionalidad jurídica pondrá en duda la viabilidad de su aplicación en el sistema penal.

También consideraciones de orden dogmático deben ser tenidas en cuenta al elaborarse la ley penal económica[750]. Por un lado, no es lo mismo regular una disposición de la Parte General (por ejemplo, una causa de jus-

---

[747] Vid., NAVARRO FRÍAS, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 255 y s., aunque precisando que no todos los aspectos de la teoría de la legislación pueden reconducirse a principios constitucionales.

[748] Vid., sobre estos mandatos, TIEDEMANN, *Constitución y Derecho Penal*, 53 y ss.

[749] Destaca, en este sentido, NAVARRO FRÍAS, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 241 y s., que es la etapa legislativa en la que estos principios deben ser observados.

[750] De manera general, NAVARRO FRÍAS, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 251, señala que no tiene sentido una técnica legislativa sin dogmática o, lo que es peor, enfrentada a la misma.

tificación o de exculpación) que tipificar un delito en la Parte Especial[751]. Las categorías del delito cuentan con puntos de referencias que se expresan de manera distinta en el plano legislativo (por ejemplo, la exigencia de la taxatividad legal). Por otro lado, el legislador puede acudir a las diversas técnicas de tipificación, en la medida que le permitan expresar mejor su finalidad regulatoria (elementos normativos, leyes penales en blanco, cláusulas generales, peligro abstracto, temeridad, etc.)[752]. Pero a nivel dogmático estas técnicas legislativas deben cubrir ciertas exigencias mínimas para su validez, lo que también debe ser considerado por el legislador penal. Por poner un ejemplo: Una de las técnicas de tipificación más utilizadas en los delitos económicos es la figura del delito del peligro abstracto, con la que normalmente se criminaliza de manera autónoma actos preparatorios del hecho lesivo. Sin embargo, esta posibilidad no autoriza a sancionar la sola actuación interna con la finalidad de cometer o favorecer un delito, pues es dogmáticamente necesario un hecho externo perturbador (el llamado principio del hecho)[753]. Sin este elemento externo, no será posible sostener válidamente una imputación penal aunque una ley formalmente así lo disponga.

En el plano formal, la decisión legislativa debe seguir también ciertas pautas de racionalidad. Por un lado, la ley penal debe contar con una racionalidad lingüística, lo que supone que el lenguaje jurídico utilizado en la disposición legal transmita adecuadamente el sentido regulatorio procurado por el legislador[754]. Por otro lado, debe ajustarse también a una racionalidad jurídico-formal, en el sentido de una inserción armoniosa de la ley penal en el sistema jurídico global[755]. En consecuencia, no debe aprobarse una regulación penal que entre en contradicción con lo dispuesto legislativamente en otros ámbitos, a no ser que exista una razón concluyente que pueda justificar un tratamiento legislativo distinto.

---

[751] Vid., Navarro Frías, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 252.

[752] Vid., Ossandón Widow, *La formulación de los tipos penales*, p. 43.

[753] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 302. De un momento de relevancia objetiva habla Fuentes Osorio, *RECPC* 08-08 (2006), p. 08:5.

[754] Vid., en este sentido, Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, p. 96.

[755] Vid., Navarro Frías, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 248, postulando una comprensión amplia que incluye, más allá de una coherencia lógica, una coherencia axiológica y teleológica.

CAPÍTULO V
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

La realidad en la que se enmarcan los delitos económicos presenta ciertas particularidades que suscitan problemas especiales en la aplicación temporal, espacial y personal de la ley penal. Este capítulo se ocupará precisamente de identificar cuáles son esas dificultades, procurando resolverlos con la vista puesta en las exigencias que impone el principio de legalidad. De inicio puede decirse que las situaciones problemáticas que la aplicación de la ley penal económica plantea, se circunscriben sobre todo al aspecto temporal y espacial, a diferencia de la aplicación personal en la que apenas tiene lugar algún tipo de complicación.

II. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL TIEMPO

1. Fundamento

Si entre el momento de la realización de un delito económico y el momento de la condena tiene lugar una modificación de la regulación penal correspondiente, se presenta una situación de conflicto de leyes penales en el tiempo que obliga a decidir cuál de las leyes penales resulta aplicable al caso concreto. Lo usual es solucionar este conflicto acudiendo a la idea de que la ley penal aplicable fue la que debió ser observada por el autor al momento de actuar. En este orden de ideas, el artículo 6 del CP establece que la ley penal aplicable es la vigente al momento del hecho y que sólo si la ley penal posterior es más favorable, se podrá aplicar retroactivamente. La retroactividad benigna alcanza incluso a los casos en los que se está ejecutando una condena ya impuesta, pues el segundo párrafo del artículo 6 del CP señala que si durante la ejecución de la pena se dictare una ley penal más favorable, el juez sustituirá la pena impuesta por la que corresponda con base en la nueva ley penal.

En una concepción que le asigna al Derecho penal económico la función de restablecer la vigencia de la norma, la ley penal adecuada para determinar la pena aplicable no es la que se encuentra vigente al momento de cometer el delito, sino la que se encuentra vigente al momento de la condena[756]. Como ya se ha indicado en el capítulo II, entre el delito y la pena existe una relación comunicativa en el sentido de que la pena reafirma la vigencia de la expectativa normativa de conducta defraudada por el delito. Por esta razón, sólo al momento de imponer la condena podrá determinarse si la sociedad requiere el restablecimiento normativo de la expectativa defraudada, así como la medida de pena que se necesita para tal restablecimiento[757]. Lo primero supone establecer que la expectativa defraudada en su momento por el delito sigue siendo parte de la identidad normativa esencial de la sociedad, pues, de lo contrario, la imposición de la pena devendrá en un acto comunicativo vacío de significación. Lo segundo está referido a la determinación del *quantum* de pena que hace falta para restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito, lo que no puede hacerse al momento de la realización del delito, sino de la condena.

Desde la perspectiva acabada de proponer, se encuentra plenamente justificada la absolución en caso de la derogación de la ley penal vigente al momento de la realización del delito o la aplicación retroactiva de la ley penal favorable[758]. No obstante, hay que reconocer que con sólo este criterio de ordenación tendría que justificarse también la aplicación de una ley penal posterior desfavorable, así como la desestimación de la ley penal inter-

---

[756] En este sentido, para el Derecho penal general, 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.

[757] 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., la misma idea, aunque desde otra perspectiva, TIEDEMANN, *FS-Peters*, p. 204 y ss.; EL MISMO/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 19).

[758] Vid., en este sentido, con base en un fundamento material: Evitar las penas innecesarias, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 51.

media más favorable. Recurrir al mandato constitucional de prohibición de retroactividad para corregir esta deficiencia, lleva a una solución externa al sistema penal sin una correspondencia lógica con la función asignada a este ámbito jurídico específico[759]. Por esta razón, resulta necesario dar un fundamento de carácter jurídico-penal a la retroactividad benigna, lo que precisa ciertamente encuadrar la aplicación de ley más favorable dentro de la función de restabilización del Derecho penal económico.

El proceso de restabilización de la expectativa normativa defraudada debe observar ciertas condiciones de validez. Una de estas condiciones es que la imposición de una pena con la finalidad de restablecer la vigencia de la expectativa de conducta 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[760]. 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[761]. En este orden de ideas, la admisión de una posible valoración posterior más 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 en sociedad. De manera más concreta: Si los sujetos económicos tuviesen que considerar en cada actuación la posibilidad de un cambio futuro de las valoraciones sociales, la seguridad en el modelo de orientación resultaría considerablemente afectada, convirtiéndose en poco fiable[762]. La necesidad de restablecer el sistema normativo

---

[759] Vid., de la misma opinión, Sommer, *Das »mildeste Gesetz«*, p. 49.

[760] 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.

[761] Vid., en este sentido, como respeto a la libertad ciudadana ya 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 necesidad de que las leyes penales permitan la reconocibilidad del ciudadano de lo que es ajustado a Derecho (protección de la confianza).

[762] En este sentido, Larenz, *Derecho justo*, p. 91 reconoce como expresión del principio de confianza en el Derecho público el tema de la retroactividad de la ley.

en la economía no puede afectar su propia funcionalidad para el desarrollo de las personas.

En cuanto al Derecho positivo, cabe señalar que el artículo 6 del CP reconoce la prohibición de retroactividad como regla general[763], lo que no se ajustaría a la fundamentación que se acaba de dar a la aplicación temporal de la ley penal económica. A nuestro entender, la interpretación correcta debe llevar, más bien, a invertir la 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[764]. Nuestra postura no carece, sin embargo, de respaldo legal, pues el artículo 7 del CP permite la liberación del condenado en caso de leyes posteriores que despenalizan el delito por el que ha sido sentenciado. Tal regulación jurídica sólo puede encontrar justificación en un entendimiento de la pena como mecanismo de restabilización de expectativas de conducta defraudadas, ya que la ejecución de la pena no confirma la seriedad de la amenaza, sino la necesidad de devolver la vigencia a una expectativa social defraudada.

2. Cuestiones especiales del Derecho penal económico

A. El momento de realización del delito económico

Dado que el delito económico puede adquirir ciertos niveles de complejidad en su realización, la determinación de la ley penal vigente al momento del hecho requiere definir en qué momento se realiza el delito. El artículo 9 del CP se encarga de dar las pautas correspondientes al establecer que dicho momento es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca. Al centrar el momento del delito en el momento de la acción o de la omisión penalmente relevante, el texto punitivo sigue lo que se conoce como la teoría de la acción en lugar de la teoría del resultado

[763] Vid., en este sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 7, n.m. 822; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 157 y s. 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.

[764] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 52.

o la teoría mixta[765]. Esta opción del legislador penal resulta plenamente justificada, en la medida que la ejecución de la conducta típica conlleva ya una defraudación de la norma penal.

Problemáticos son los casos en los que la ley penal económica entra en vigencia entre el inicio y la finalización de la acción u omisión que configura el delito. Esta situación se presenta en el caso de los llamados delitos económicos permanentes y continuados, en los que la acción lesiva se realiza en un espacio de tiempo dentro del cual entra en vigencia la ley penal que dispone su represión[766]. En la medida que se trata de una conducta permanente o continuada, la entrada en vigencia de la ley penal durante el periodo de permanencia o continuidad de la conducta constituirá también una ley vigente al momento del hecho, pues el hecho sigue en permanente o continua ejecución. Sin embargo, queda claro que el juicio de desvalor penal no podrá tener en consideración la parte precedente del hecho permanente o continuado, pues su realización se hizo antes de la entrada en vigencia de la ley penal.

Otro punto discutido es el referido a los supuestos en los que tiene lugar una sucesión de leyes penales durante la ejecución de un delito económico permanente o continuado, es decir, si durante la permanencia o continuidad del hecho delictivo se suceden distintas leyes penales. Lo primero que debe aclararse es si existe una sucesión de leyes penales en el tiempo, de manera tal que resulte aplicable la ley penal más favorable al reo. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el caso de un delito tributario continuado, señalando que: "*(c)uando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es*

[765] Vid., Bramont Arias, *La ley penal*, p. 234; Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 9, p. 337; Bello Gordillo, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 125. Igualmente en el 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.

[766] Vid., sobre estos supuestos, con mayores referencias, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 393 y ss.; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, p. 185 y s.; Bello Gordillo, *Principio de irretroactividad de la ley penal*, p. 126.

así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata"[767]. De este razonamiento del máximo intérprete de la Constitución, se desprende que en estos casos no habrá un conflicto de leyes en el tiempo que deba resolverse con la aplicación de la ley penal más benigna, sino que la ley penal aplicable es la última norma vigente durante la ejecución del delito, sea más o menos favorable.

El sentido de la decisión del Tribunal Constitucional no se puede compartir, pues queda claro que se trata de una misma conducta que ha tenido distintas valoraciones por la normativa penal a lo largo de su realización. Por lo tanto, no hay motivo para dejar de seguir el mandato constitucional que impone al juez la obligación de aplicar la ley penal más favorable en el tiempo. Resulta, a todas luces, contradictorio que se pueda dar cabida a la ley penal intermedia más favorable y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de tener en cuenta la ley más favorable en caso de un delito ejecutado permanente o continuadamente.

B. La sucesión temporal de leyes penales económicas

Si se presenta una sucesión temporal de leyes penales económicas, lo primero que tiene que determinarse es si esta sucesión constituye una modificación de la regulación jurídico-penal y en qué sentido lo es: una derogación, una modificación parcial o una modificación total. Lo primero porque puede ser que la sucesión de leyes no necesariamente signifique una derogación o modificación de la ley penal anterior. Si la ley penal vigente al momento del hecho y la ley penal vigente al momento de la sentencia tienen el mismo contenido, no se presentará ningún problema de aplicación temporal de la ley penal al momento de imponer la pena[768]. Esta situación se presentó, por ejemplo, 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[769].

---

[767] STC N.° 0901-2003-HC/TC del 12 de mayo de 2003, fundamento jurídico 3.

[768] 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.

[769] Así, ABANTO, César, *RPCP* 11, p. 77 y ss.

Los conflictos temporales aparecen cuando la ley penal vigente al momento del hecho pierde plena identidad con la ley penal vigente al momento de la sentencia. Esta pérdida de identidad tiene lugar con la modificación de la ley penal vigente al momento del hecho, al contrario de lo que sucede con la derogación de la ley penal que simplemente lleva a la absolución por ausencia de ley penal aplicable. Sin embargo, si se entiende que toda modificación de una ley penal significa, en definitiva, su derogación y su sustitución por una nueva regulación, aun cuando se mantengan los aspectos esenciales contenidos en la ley penal anterior[770], entonces también la modificación de la ley penal debería llevar a absolver al autor del delito cometido durante la vigencia de la ley modificada. Habría que aplicar lo establecido en el artículo 7 del CP, pues la ley penal anterior ya no se encontraría vigente al momento de la condena[771]. Toda modificación de una ley peñal llevaría al resultado intolerable de tener que absolver a todos los que han cometido delitos durante la vigencia de la ley penal modificada.

Para hacer frente al problema lógico acabado de mencionar, la jurisprudencia y doctrina alemanas han recurrido al concepto de continuidad del injusto (*Unrechtskontinuität*)[772]. Se dice que si se puede sostener la existencia de una continuidad del injusto en las leyes penales que se suceden en el tiempo, entonces podrá fundamentarse, pese a la derogación de la ley penal anterior, una condena con la nueva ley penal, respetando ciertamente la vigencia del principio de la ley penal más favorable[773]. Por el contrario, si la continuidad del injusto no tiene lugar, entonces los hechos cometidos durante la vigencia de la ley penal anterior dejarán de ser punibles[774].

---

[770] Vid., en sentido, Tiedemann, *FS-Peters*, p. 202.

[771] Vid., así el desarrollo lógico que hace Tiedemann, *FS-Peters*, p. 203; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, p. 27.

[772] 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.

[773] En este sentido, Tiedemann, *FS-Peters*, p. 204.

[774] Vid., así, Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 509.

Para poder responder a la cuestión de cuándo hay una continuidad del injusto, resulta necesario establecer los criterios de determinación de tal continuidad[775]. El requisito de la continuidad del injusto es el reflejo de la valoración social sobre el carácter socialmente perturbador 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 diferenciar los casos en los que se trata de un cambio de valoración sobre el carácter defraudatorio de determinada forma de conducta, de los casos en los que sólo hay una variación del contenido de tal valoración.

Si se modifica solamente la parte referida a la sanción penal, el carácter defraudatorio del hecho tipificado se mantendrá completamente, con la única diferencia que se habrá modificado la medida o clase de pena necesaria para restablecer la defraudación producida[776]. La continuidad del injusto es evidente en estos casos. La situación adquiere contornos distintos si se modifican aspectos referidos al injusto que expresa la forma de conducta socialmente defraudatoria. Para precisar si en estos casos hay una continuidad del injusto, será necesario determinar si se trata de la misma expectativa normativa de conducta y si se abarca la misma forma de defraudación.

En caso que la expectativa normativa sea distinta, como por ejemplo el cambio del delito de ofensa a Dios por el de renta usuraria, tan citado por la doctrina alemana[777], no se presentará una continuidad del injusto entre ambos tipos penales, a pesar de que un mismo hecho concreto pueda defraudar las expectativas de ambos tipos penales[778]. Tampoco se presentará una continuidad del hecho si la expectativa de conducta sigue

---

[775] Precisamente, por la falta de concreción, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 29, reprocha a este criterio ser tan vago que apenas permite deducciones seguras.

[776] 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.

[777] Por utilizar el ejemplo de SCHROEDER, *FS-Bockelmann*, p. 793, ampliamente extendido en la doctrina penal.

[778] 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.

siendo la misma, pero la forma de defraudación resulta siendo distinta. La determinación objetiva del injusto penal que realiza el legislador alcanza también a la forma de defraudación de la expectativa social[779], por lo que si se protege el mismo bien jurídico (la vigencia de la misma norma), pero frente a otra forma de ataque, entonces no será posible hablar de una continuidad del injusto. Por ejemplo: No habrá continuidad del injusto respecto del delito de falsa información social que se comete con una comunicación interna (artículo 198 inciso 2 del CP), si una modificación posterior limita el delito a las comunicaciones externas.

Los cambios en el injusto penal que implican una modificación de la forma de defraudación de la expectativa social, pueden presentarse de la siguiente manera:

- *La ampliación de la forma de defraudación*: En este supuesto se amplía el ámbito del injusto penal, por lo que la continuidad del injusto se mantiene. Por ejemplo: Si el medio de comisión de un delito que era solamente la violencia, se amplía también a la intimidación[780].
- *La sustitución de algún aspecto de la forma de defraudación*: En este supuesto la ley posterior sustituye algún elemento típico de la conducta. Para determinar si existe una continuidad del injusto, resulta necesario diferenciar si se trata de elementos cualificantes o constitutivos del tipo básico. En el primer caso, la identidad se mantiene respecto del delito base (por ejemplo, si se modifica la agravación del delito de lavado de activos por servirse el autor de su condición de agente del sector inmobiliario, para sustituirlo por la condición de agente del sector hotelero o de casinos), mientras que en el segundo caso no existe ya continuidad y, por tanto, debe considerarse la conducta impune[781] (por ejemplo, si es que el delito contra la propiedad industrial dejase de estar referido a la marca para pasar a proteger únicamente el nombre comercial).

---

[779] 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.

[780] En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 74.

[781] Así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 75.

- *La reducción de la forma de defraudación*: En caso que se limite la forma de defraudación de la expectativa de conducta, la continuidad del injusto solamente podrá afirmarse si es que se trata de injustos que reúnen los elementos incorporados en la ley penal posterior[782]. Por ejemplo, si se modifica el delito de contrabando para exigir que el valor del bien sea superior a ocho UITs, solamente habrá continuidad respecto de los hechos concretos en los que el valor de los bienes alcanzó dicha entidad.

C. La determinación de la ley penal económica más favorable

a. 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[783]. 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 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[784].

---

[782] En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 76.

[783] En este sentido, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 43; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 12; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 523.

[784] 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/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 826; 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.

b. Ilustración de los criterios explicados en algunos delitos económicos

aa) 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"[785]. Pero la modificación legal no recayó solamente sobre la denominación del capítulo, sino que tuvo lugar 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[786]. Con la expedición de la Ley 27809 y sus posteriores modificaciones (Ley 28618, Ley 28709 y D. Leg. 1050) se volvió a modificar una vez más la regulación de los procedimientos concursales, lo que provocó nuevamente cierto desfase con la regulación penal actual.

Para determinar si la modificación de los delitos concursales trajo consigo una liberación por los delitos cometidos antes de la reforma penal, debe precisarse si tuvo lugar una continuidad del injusto o no. 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 clásica del bien jurídico: El patrimonio de los acreedores en el sistema crediticio[787]. Los cuestionamientos se presentan, más bien, respecto de la forma de conducta defraudatoria o, en la lógica clásica del bien jurídico: La forma de ataque.

---

[785] Vid., García Cavero, *Fraude*, p. 125.

[786] Vid., esta situación, García Cavero, *Cathedra* 5, p. 229; El Mismo, *Fraude*, p. 124.

[787] 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.

Podría afirmarse que tanto en la antigua regulación como en la nueva, de lo que se trata es de castigar la afectación patrimonial a los acreedores en el marco de un procedimiento para declarar la insolvencia (o quiebra) del deudor. 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 patrimonial de los deudores. 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 CP 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[788]. 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.

bb) Los libramientos indebidos

Por Ley 27287 (Ley General de Títulos-Valores), se modificó el artículo 215 del CP que regulaba el delito de libramientos indebidos. Con la nueva regulación jurídica se modificaron tanto la parte referida a la pena como también ciertos aspectos del tipo de injusto. En el primer caso, la 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 del delito más, la cual provocó incluso la variación del nombre del delito que pasó de libramientos indebidos a delito de libramiento y cobro indebidos[789].

---

[788] Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, *Cathedra* 5 (1999), p. 242.

[789] Sobre los nuevos contornos de la conducta típica del delito de libramiento y cobro indebidos, vid., GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 257 y ss.

La primera cuestión que debe precisarse es si existe una continuidad del injusto. Las cinco formas de comisión del delito del antiguo artículo 215 del CP (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 giró 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 abstracto de la pena principal, puede afirmarse que, en principio, la determinación de la ley más favorable no presenta mayores problemas en relación con este hecho delictivo. 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 al reo, en tanto contempla una pena máxima de cuatro años, mientras que la nueva regulación la aumenta a cinco años.

D. Las leyes temporales en el Derecho penal económico

El artículo 8 del CP regula las llamadas leyes temporales, las cuales se caracterizan por tener un plazo de vigencia determinado[790]. El mencionado artículo establece que estas leyes se aplicarán a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no lo estén al momento de emitirse la sen-

[790] 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).

tencia[791]. Como puede verse, esta regulación jurídica admite una excepción al principio general que establece que, en caso de derogación de la ley penal, debe procederse a la absolución del autor[792]. Sin embargo, para dar cabida a esta excepción es necesario que, como requisito formal, se fije el plazo de vigencia de la ley penal, sea mediante una determinación calendaria o mediante la referencia al hecho determinante de la temporalidad (una situación de guerra, por ejemplo).

El carácter dinámico de la economía hace necesario que el legislador penal recurra a técnicas de tipificación que le den a la ley penal económica una mayor capacidad de adaptación a nuevas circunstancias[793]. Si identifica situaciones de carácter coyuntural que precisan de una intervención penal, lo razonable será que expida leyes penales temporales dirigidas a mantener la identidad normativa de la sociedad durante tales situaciones. Una vez superada la coyuntura que motivó la expedición de la ley penal temporal, queda claro que ésta no deberá aplicarse a nuevos casos. Sin embargo, como la identidad normativa de la sociedad sigue siendo la misma, se necesita mantenerla frente a los casos antiguos que la pusieron en cuestión durante la vigencia de la ley penal temporal[794]. Sólo en caso de un cambio de la identidad normativa de la sociedad, podrá fundamentarse una falta de necesidad de castigar los casos antiguos con la ley penal temporal. El artículo 8 del CP admite precisamente, como excepción, la posibilidad de que se disponga una no aplicación de la ley penal temporal a supuestos antiguos al agregar la frase "salvo disposición en contrario".

---

[791] 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.

[792] 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.

[793] Vid., así, TIEDEMANN, *Anuario de Derecho penal*, 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 14 y s.

[794] 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 aquéllos en los que se busca salir al frente ante una coyuntura económica[795]. Esto resulta bastante claro en el caso de una 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 que el Estado debe desplegar para hacer frente a la situación de crisis que motiva el contexto bélico[796]. Las leyes temporales permiten reaccionar rápida y flexiblemente ante la variación de las circunstancias económicas[797].

Una de las disposiciones penales típicas en tiempo de crisis económica es la ley penal de control de precios[798]. Pese a la estabilidad económica de los últimos años, nuestra economía no está libre de situaciones de crisis, por lo que el Código Penal tipifica como delitos contra el orden económico el aprovechamiento de las situaciones de crisis para aumentar las ganancias con la venta de bienes básicos (artículos 234 primer párrafo y 235 del CP). Se trata de tipos penales que responden a necesidades punitivas en una situación de crisis inflacionaria, no siendo necesarios, por lo tanto, si hay estabilidad económica. Sin embargo, desde el punto de vista formal estos artículos del Código Penal se encuentran en vigencia permanente, aunque los tipos penales exigen ciertos presupuestos para su aplicación: que la autoridad competente establezca cuáles son los bienes considerados de primera necesidad y fije su precio oficial[799]. La vigencia material de estos delitos requiere que la situación de crisis económica lleve a que el Estado despliegue una política de fijación de precios.

---

[795] Vid., así la referencia de Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 443.

[796] Así, Tiedemann, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3. Éste 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.

[797] En este sentido, Hassemer, en *Modernes Strafrecht*, Lüderssen/Nestler/Weigend (Hrsg.), p. 201.

[798] Vid., acerca del carácter discutido de ley temporal de las disposiciones de regulación de precios en la jurisprudencia penal alemana, Tiedemann/Dannecker, *Die gesetzliche Milderung*, p. 32; Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 435 y s.

[799] 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.

E. La vigencia temporal de la ley penal económica en blanco

Hasta ahora ha quedado claro que cuando se produce una modificación directa de la ley penal económica antes de condenar un hecho cometido durante la vigencia de la ley modificada, tiene que determinarse si existe una continuidad del injusto o no. En caso de mantenerse la continuidad del injusto, habrá que determinar cuál es la ley penal más favorable, mientras que si tal continuidad no se da, habrá que declarar la impunidad del hecho juzgado. Una excepción a este criterio de ordenación lo constituye la ley penal temporal, pues la falta de continuidad del injusto no afecta su capacidad para ser aplicada a los casos sucedidos durante su vigencia.

Los criterios de ordenación acabados de exponer adquieren, sin embargo, un cariz distinto cuando la modificación de la ley penal no se lleva a cabo de manera directa, sino por vía indirecta[800]. En este apartado no se va a entrar a analizar toda la problemática de las modificaciones indirectas[801], sino sólo los casos en los que la modificación se materializa a través de la normativa extrapenal a la que se remite una ley penal en blanco[802]. Si bien la doctrina penal acepta, en principio, la aplicación de la ley más favorable también cuando se modifica la normativa extrapenal de remisión de una ley penal en blanco[803], se discute sobre sus presupuestos y los casos en los que puede afirmarse el carácter temporal de la ley penal en cuestión.

a. La ley penal económica en blanco más favorable

En la doctrina penal se encuentra actualmente extendido el parecer de que la modificación de la normativa extrapenal de remisión de las leyes

---

[800] En este sentido, HASSEMER, *NK* § 2, n.m. 33; LOHBERGER, *Blankettstrafrecht*, p. 5.

[801] 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.

[802] 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).

[803] Así, en nuestro ámbito nacional, el parecer de VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 24, n.m. 355.

penales en blanco permite la aplicación de la ley más favorable al reo, pues en estos casos se produce también de alguna manera una modificación del tipo penal[804]. Sin embargo, se reconoce que no toda modificación de la normativa extrapenal de remisión conlleva una modificación de la ley penal en blanco que traiga consigo la consideración de la ley más favorable. Se dice que si la modificación de la normativa extrapenal 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[805]. Como puede verse, la doctrina trae al ámbito de las leyes penales en blanco la teoría de la continuidad del injusto.

En una línea de pensamiento que podría calificarse de unitaria, Tiedemann señala que la modificación de la normativa extrapenal de remisión que no se agote en meras cuestiones técnicas, lleva necesariamente a una modificación de la ley penal en blanco[806]. Una perspectiva diferenciadora defiende, por el contrario, Jakobs, quien sostiene que para determinar si procede la aplicación de la regulación extrapenal más favorable, resulta necesario diferenciar si se trata de una ley penal en blanco que asegura la obediencia de la regulación extrapenal de remisión o que asegura el efecto

---

[804] 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*, § 4, n.m. 157a; 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, *Sobre la retroactividad*, p. 80 y ss. Sin embargo, hay jurisprudencia anterior en Alemania y en España que se pronunció a favor de negar efecto retroactivo a la normativa extrapenal de remisión, como lo pone de relieve Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, p. 87 y s.

[805] 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.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 251 y s.; Arroyo Zapatero, *Revista Penal* 1 (1998), p. 10; Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 59; Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 47 y ss.

[806] 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.

que esta regulación persigue[807]. Dentro del primer supuesto podría entrar el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243A del CP, si los requisitos legales omitidos ya no se exigen en una regulación administrativa posterior. Un ejemplo claro del segundo grupo de leyes penales en blanco es el delito de la falsificación de dinero que luego deja de tener curso legal, pues si bien la regulación monetaria, 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 de remisión[808].

La discusión entre la perspectiva unitaria y la diferenciadora se ha hecho especialmente intensa en relación con el delito de defraudación tributaria. Para los defensores de la perspectiva diferenciadora, la modificación de las leyes tributarias de remisión no significa propiamente una modificación de la ley penal en blanco que lleve consigo la impunidad del autor del delito tributario cometido sobre los efectos de la anterior regulación tributaria[809]. La punición del delito tributario se rige por la deuda tributaria tal y como existe o se origina en el momento del hecho[810]. 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. En contraposición a lo anterior, los defensores de la perspectiva unitaria señalan que no interesa si la pretensión tributaria surgida con la legislación tributaria anterior se mantiene también en la nueva regulación tributaria. Esta postura alega una separación de la regulación jurídica tributaria frente a la penal, en el sentido de que no interesa si tributariamente

---

[807] 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 aquéllas 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.

[808] 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.

[809] En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 114 y s.

[810] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, *SK* § 2, n.m. 8c.

el Estado mantiene o no la pretensión de cobro de la deuda tributaria, sino solamente si, con base en la nueva regulación tributaria a la que la ley penal en blanco se remite, el hecho realizado ya no constituye una conducta punible (falta de necesidad de pena)[811]. Si la acción delictiva lesionó 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[812].

En la disputa por la aplicación temporal de la ley penal en los delitos tributarios, Dannecker asume una perspectiva diferenciadora, aunque ciertamente no al interior de las leyes penales en blanco. Esta autor recurre al criterio de si, con el cambio de la regulación extrapenal de referencia, se mantiene o no la potestad para una injerencia jurídico-penal[813]. En su opinión, la normativa extrapenal de remisión más favorable debe aplicarse en el caso de leyes penales en blanco, en la medida que, al ser éstas en sí mismas incompletas, no justifican la injerencia jurídico-penal de una condena. Por el contrario, en el caso de leyes penales con elementos normativos del tipo que están referidos a una consecuencia jurídica extrapenal que se mantiene para los casos antiguos, pese a la derogación de la norma que le dio origen, la potestad para una injerencia penal no resulta afectada. Esto sucede, por ejemplo, con los actos administrativos constitutivos en el Derecho vial o ambiental. Sin embargo, puede ser que, en estos casos, consideraciones de mínima intervención o de proporcionalidad aconsejen dejar sin pena ciertos supuestos, como sucedería con las pretensiones tri-

[811] Vid., con mayor detalle, Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 164; 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 requiere un cambio de valoración. Sobre la posibilidad de aplicación retroactiva de las leyes tributarias de remisión en el delito fiscal español, Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 305 y s.

[812] Vid., Tiedemann, voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4 y s.

[813] Vid., Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 462 y ss.

butarias defraudadas en ejercicios imponibles pasados que no pueden ser recaudados[814].

Por nuestra parte, de entre las posiciones expuestas, coincidimos con la tesis diferenciadora 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 de lo que se protege en las penales. Por lo tanto, no toda modificación de la normativa extrapenal de remisión que lleve a que la conducta concreta no se pueda subsumir en el tipo penal trae consigo una falta de continuidad del injusto, sino solamente los casos en los que la ley penal en blanco pretende asegurar la obediencia de la normativa extrapenal de remisión o cuando el efecto asegurado por la normativa extrapenal de remisión no tenga ya ningún asidero con su nuevo tenor.

Si se acepta –de manera más o menos amplia– que la modificación de las normas extrapenales de remisión 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 de la conducta concretamente realizada. Sin embargo, frente a este parecer se levanta la objeción de que las leyes penales en blanco que se remiten a disposiciones extrapenales de carácter temporal pueden tener también el carácter de una ley penal temporal, de manera que a su modificación no le debería alcanzar el principio de determinación de lo más favorable al reo. Veamos a continuación las interrogantes que tal consideración suscita.

b. La ley penal económica en blanco como ley penal temporal

El punto de partida para resolver la cuestión planteada consiste en precisar si las leyes penales económicas en blanco, en razón del carácter

[814] Vid., DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 488. Un mismo punto de partida que distingue entre leyes penales en blanco y leyes con elementos normativos del tipo tiene SCHUSTER, *Das Verhältnis*, p. 231 y ss., aunque dentro de las leyes penales en blanco diferencia las que se remiten a una normativa abstracta y las que se remiten a un acto estatal, considerando aplicables a las primeras la modificación más favorable, mientras que en las segundas no, al igual que las leyes penales con elementos normativos del tipo. En cuanto al delito tributario, considera que la variación legal de los montos imponibles o las deducciones posibles no repercute en lo absoluto como ley penal más favorable (p. 247 y s.).

cambiante de la regulación extrapenal de remisión, son leyes penales temporales o no. En caso de llegar a una respuesta afirmativa, una modificación relevante de la regulación extrapenal a la que se remite la ley penal económica en blanco no tendría que llevar consigo la aplicación de lo más favorable, pues la normativa extrapenal anterior seguirá rigiendo para los casos penales antiguos[815]. Si, por el contrario, se trata de regulaciones ordinarias, entonces habría que aceptar, de ser el caso, la aplicación de la ley penal más favorable y proceder a una absolución.

Debe tenerse en cuenta que la ley penal 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 CP. 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 la normativa extrapenal de remisión, no habrá ningún inconveniente en considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales correspondientes[816].

Especial discusión ha suscitado en la doctrina penal la aplicación temporal de la ley penal en relación con el delito de defraudación tributaria cuando se remite a leyes tributarias de carácter temporal, especialmente a la regulación del 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

---

[815] Así, en relación con el delito tributario, Lascuraín Sánchez, *Sobre la retroactividad*, p. 115 y s.

[816] 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 darles 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.

blanco[817]. Por otro lado, se encuentra la doctrina mayoritaria que califica al delito de defraudación tributaria 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 de remisión 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[818]. 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[819]. Si bien la regulación tributaria puede recurrir a una tributación por períodos –señala este autor–, esto no afecta la validez temporal de la ley 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[820].

---

[817] 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 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.

[818] 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, *Manuales de Formación Continuada*, 4 (1999), p. 359 y ss.; 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.).

[819] 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*, § 4, n.m. 161.

[820] 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, debe recordarse que 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 de remisión, 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[821].

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 de remisión tiene una vigencia temporal determinada[822]. Como el propio TIEDEMANN lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal[823], de manera que resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. En este sentido, el elemento decisivo resulta ser 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[824]. Precisamente para estos casos resulta aplicable la última parte del artículo 8 del CP que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos[825].

---

[821] Vid., en este sentido, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

[822] En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 117.

[823] Cfr., TIEDEMANN, Voz: Zeitgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

[824] Similarmente, PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281.

[825] Vid., similarmente, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278.

III. LA LEY PENAL ECONÓMICA EN EL ESPACIO

La aplicación de la ley penal económica debe tener en cuenta también sus límites espaciales. Ya que la pretensión de vigencia del ordenamiento jurídico-penal peruano no es universal, resulta necesario establecer los márgenes que tal pretensión tiene. Las reglas sobre la aplicación de la ley penal en el espacio establecen precisamente los límites a la vigencia territorial de las leyes penales nacionales[826]. Como la mayoría de los ordenamientos penales, nuestro sistema penal se adhiere al criterio de la territorialidad[827], de forma tal que la ley penal nacional se aplicará a todos los delitos cometidos en el territorio peruano con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima. En el caso de las leyes penales económicas no rige algo distinto, por lo que lo mismo se hará con los delitos económicos cometidos dentro del territorio nacional.

El hecho es que la utilización del principio de territorialidad no ha sido del todo satisfactoria para reprimir los delitos económicos. Una de las características fundamentales de la economía moderna es su internacionalización a partir del fenómeno de la globalización[828], lo que lleva a que las operaciones económicas, normalmente realizadas por grandes empresas multinacionales, no se circunscriban a las fronteras de un Estado, sino que presenten una estructura compleja compuesta por varias fases realizadas en diversos países[829]. Esta situación hace que la criminalidad económica desborde, por lo general, las fronteras nacionales[830], con el inconveniente de una concurrencia descoordinada de diversas legislaciones penales de

---

[826] En este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 4, n.m. 1.

[827] Vid., en este sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 304.

[828] Vid., ampliamente sobre este fenómeno, CARMONA, *Premesse*, p. 24 y ss.; FLICK, *RTDPE* 3 (2000), p. 591 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 15 y s.

[829] 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*, Introducción, n.m. 8.

[830] OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 373; TIEDEMANN, *Einführung*, Introducción, n.m. 8.

los distintos países comprometidos[831]. La delimitación espacial en la aplicación de la ley penal económica se convierte, de esta manera, en el mayor obstáculo para la persecución efectiva de los delitos económicos, frente a lo cual resulta necesario tomar algún tipo de medidas correctivas.

1. ¿Un Derecho penal económico supranacional?

La necesidad de asegurar el correcto funcionamiento de una economía globalizada, ha llevado a que diversos países tomen conjuntamente medidas de carácter gubernamental con la finalidad de formular una política de producción, venta y consumo de bienes y servicios también globalizada[832]. Estos esfuerzos por la generación de reglas uniformes en un mercado común, han llevado a procesos de integración económica entre los países y, en consecuencia, a la aprobación de normas internacionales destinadas a preservar los intereses económicos comunitarios. La materialización de esta política globalizada de la economía a través de normas jurídicas es indiscutiblemente un terreno fértil para la aparición de un Derecho penal económico de carácter supranacional[833].

Los procesos de integración económica regional se han desarrollado de forma bastante rápida en los últimos años por el especial interés político que han despertado[834]. El ejemplo más claro es, sin duda, la Unión Europea (UE), la que cuenta, como uno de sus pilares más importantes, con la existencia de un mercado común. La necesidad de resguardar jurídicamente los intereses económicos comunes ha dado origen a un De-

---

[831] 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; Pérez Cepeda, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 210. Vid., este problema de la internacionalidad de la criminalidad sobre todo en el Derecho penal económico y del medio ambiente, Tiedemann, *Lecciones*, p. 196 y ss.; Michalke, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 29 y ss.

[832] Cfr. Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 1.

[833] Vid., Carmona, *Premesse*, p. 42. Destacan que la internacionalización del Derecho penal se aprecia con claridad en el terreno económico, 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; Pérez Cepeda, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 209.

[834] Vid., en este sentido, Ragués i Vallés, *La Ley*, 17 de abril de 2001, p. 1.

recho comunitario que operativamente se ha expresado en una extendida actividad sancionatoria mediante multas, inhabilitaciones, etc.[835]. Sin embargo, es muy difícil afirmar que esta respuesta sancionatoria cuente con una coactividad propia, pues su efectivización depende aún de los países miembros[836]. Dado que el Derecho comunitario necesita recurrir operativamente a los mecanismos del Derecho internacional[837], no hay duda de su subordinación a la voluntad de cada uno de los países implicados.

Más allá de la discusión sobre la coactividad jurídica directa de las sanciones comunitarias, hasta hace muy poco la opinión dominante era que la potestad sancionatoria de la UE se reducía, en todo caso, al ámbito administrativo sancionador y no se extendía, por el contrario, a lo que es propiamente criminal[838]. Se decía, por consiguiente, que no existía un Derecho penal europeo en sentido estricto, alegando como su principal argumento la falta de una renuncia a la soberanía nacional de cada uno de los Estados miembros en la imposición de las sanciones[839]. A lo más, lo que se admitía era la capacidad de los órganos comunitarios de requerir a cada Estado la armonización de sus legislaciones penales internas[840], así como también a utilizar el Derecho comunitario para

---

[835] 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. Vid., en general, sobre los procesos de regionalización de la lucha contra la delincuencia económica (Unión Europea, Mercosur, etc.), TIEDEMANN, *Einführung*, Introducción, n.m. 9.

[836] Niega la existencia de una coactividad, MÜLLER-GUGENBERGER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 5 n.m. 7.

[837] Vid., en este sentido, WEIGEND, *ZStW* 105 (1993), p. 777.

[838] Se entendía que el originario art. 87 IIa del Tratado de la Comunidad Europea sólo autorizaba a elaborar dispositivos que impongan multas. Vid., en este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 374; TIEDEMANN, *NJW* 1993, p. 27; EL MISMO, *Einführung*, § 2, n.m. 82; EL MISMO, *LH-Peña Cabrera*, p. 52; MÜLLER/WABNITZ/JANOVSKY, *Wirtschaftskriminalität*, p. 19.

[839] Hasta antes del Tratado de Lisboa, se tenía claro que la UE no tenía competencias para la creación de un Derecho penal comunitario. 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.

[840] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, § 2, n.m. 84.

interpretar los tipos penales destinados a proteger los intereses comunitarios[841].

La situación descrita parece haber cambiado a partir del Tratado de Lisboa, en la medida que este instrumento internacional ha creado un espacio jurídico para la conformación de un (futuro) Derecho penal económico europeo. El texto del referido tratado contempla, en primer lugar, la facultad de los órganos correspondientes de la UE de establecer normas mínimas sobre la definición de delitos y sanciones en ámbitos de dimensión transnacional como el terrorismo, la trata de persona, el tráfico de armas, el lavado de dinero, la corrupción, la falsificación de medios de pago, los delitos informáticos y la criminalidad organizada (los llamados eurodelitos), así como también en los casos en los que sea imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la UE (artículo 83 TFUE)[842]. En la aprobación de estas normas deben participar los parlamentos nacionales con la posibilidad de controlar la subsidiariedad de la regulación comunitaria e incluso de suspender el procedimiento legislativo europeo si se afectan aspectos esenciales del Derecho penal interno (freno de emergencia). Adicionalmente, se prevé también la posibilidad de crear una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión (artículo 86 TFUE)[843]. Pero la apuesta más clara por un Derecho penal europeo se encuentra en la lucha contra el fraude, pues el artículo 325 del TFUE le otorga al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de tomar todas las medidas necesarias para la lucha contra el fraude que pudiese afectar los intereses financieros de la Unión. Todo esto permite que, hoy en día, se pueda hablar ya, siquiera parcialmente, de un Derecho penal económico europeo[844].

En Latinoamérica la integración económica se encuentra en un estado mucho más embrionario que el que se presenta entre los países europeos y posiblemente no llegue a los niveles de integración antes referidos. Ante esta situación queda claro que no es posible hablar de un Derecho penal

---

[841] Vid., en este sentido, Dannecker, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), pp. 162 y s., 179 y ss.

[842] Tiedemann, *Einführung*, § 2, n.m. 85 a.

[843] Vid., Pérez Cepeda, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 212.

[844] Así, Tiedemann, *Einführung*, § 2, n.m. 85 b; Müller-Gugenberger, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), § 5, n.m. 10, 87.

económico supranacional en el marco de los procesos de integración económica como el Pacto Andino, el Mercosur o recientemente la Alianza del Pacífico[845]. No hay ni siquiera una plena integración económica, sino que los acuerdos se limitan a algunos aspectos muy puntuales referidos a la propiedad industrial, los derechos arancelarios, entre otros temas. Por lo tanto, la lucha contra la criminalidad económica, al menos en nuestro espacio geográfico, sólo se podrá emprender desde el Derecho penal económico interno de cada uno de los países latinoamericanos.

2. La optimización de las reglas de vigencia espacial de la ley penal económica

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. De lo que se trata es de no tener la vista puesta únicamente en la criminalidad económica interna, sino también en los delitos económicos que traspasan las fronteras nacionales.

Por un lado, el sometimiento a una regulación comunitaria genera en los Estados miembros la obligación de sancionar leyes penales que, de manera homogénea, protejan los intereses económicos comunes[846]. Esta situación ha llevado a que los países inmersos en procesos de integración, incorporen los principios que sustentan el desarrollo de los intereses económicos comunitarios o regionales como parte de su identidad normativa. Una labor fundamental para llevar a cabo este proceso de asimilación valorativa es, sin duda, integrar maneras diferentes de comprender la sociedad y la función asignada al Derecho (penal)[847].

---

[845] 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.

[846] 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*".

[847] 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

Por otro lado, la internacionalización de la economía repercute en el alcance de los criterios de aplicación de la ley penal económica en el espacio. Si se siguiese una interpretación estricta del principio de territorialidad, la legislación penal económica serviría para reprimir únicamente la parte de los procesos delictivos desarrollados dentro del territorio nacional. Por esta razón, deviene en indispensable darle a este principio el mayor alcance posible, así como también recurrir a otros principios para la aplicación espacial de la ley penal que permitan superar la limitación espacial de la persecución penal en los delitos económicos[848]. Sin renunciar a la lucha contra la criminalidad económica internacional por medio de los mecanismos procesales y políticos que ofrece la cooperación internacional[849], el Derecho penal económico interno debe también optimizar sus principios de aplicación espacial de la ley penal para conseguir reprimir los delitos económicos de realización transnacional.

A. La ampliación del principio de territorialidad por medio del principio de ubicuidad

Con el principio de territorialidad se podría aplicar la ley penal nacional a los delitos económicos realizados, siquiera parcialmente, dentro del territorio nacional. A los delitos realizados parcialmente dentro del país se les clasifica dogmáticamente con las categorías de delito a distancia y de delito de tránsito. En el delito a distancia la actuación de carácter delictivo se realiza en un país y el resultado lesivo se materializa en otro[850], mientras

---

paso en este sentido constituye la elaboración del Corpus Iuris para la 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.

[848] Destaca las excepciones al principio de territorialidad en el Derecho penal económico, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 384.

[849] Así, respecto del delito de lavado de activos, Fabel, *Geldwäsche*, p. 45 y s.; Suárez González, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 676.

[850] Sobre el delito de distancia (*Distanzdelikt*) Lauterbach, *Internationales Strafrecht*, p. 4; Lemke, *NK* § 9, n.m. 5; Eser, en Schönke/Schröder, *StGB*, § 9, 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.

que en el delito 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[851]. Para que el criterio de la territorialidad permita aplicar la ley penal nacional a estos delitos resulta necesario ampliar su radio de acción por medio de la llamada teoría de la ubicuidad.

a. El alcance de la ubicuidad

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 completamente realizado dentro del territorio nacional[852]. El artículo 5 del CP asume como criterio de determinación del lugar del hecho la llamada teoría de la ubicuidad, conforme a la cual se entiende que el delito se comete tanto en el lugar donde se realiza la acción, como donde se produce el resultado[853]. En consecuencia, la ley penal peruana podrá aplicarse, sin mayor inconveniente, a los delitos a distancia y de tránsito, siempre que una parte de la acción o el resultado se hayan materializado en el territorio nacional.

La doctrina penal aparentemente no comparte la conclusión a la que se llega en el párrafo precedente, al menos para el caso de los delitos de tránsito. En el ejemplo clásico de estos delitos, referido a la carta injuriante

---

[851] Vid., sobre el delito de tránsito (*Transitverbrechen*), VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 192 y s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 5, n.m. 23.

[852] Resulta pertinente precisar que 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 territorio nacional, sino la globalidad del hecho delictivo. En este sentido, LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 38.

[853] 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/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 635 y ss.; REYNA ALFARO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 5, p. 307 y ss. 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, por el contrario, entender que el principio de ubicuidad se limita al lugar donde se producen los efectos del delito.

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[854]. Sin embargo, si se descubre cuál es la verdadera razón en la que se sustenta esta solución doctrinal, se podrá ver con facilidad que también en los países de tránsito podría presentarse una actuación penalmente relevante que justifique la aplicación de la ley penal interna.

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 seguimiento del dinero por parte de organismos de control nacionales. Si en el Perú no está permitido participar en estos circuitos de lavado (Decreto Legislativo 1106), una participación, aunque sea parcial, en el mencionado circuito significaría la infracción 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 bastará con que se produzca dentro del país una conducta típicamente relevante, para que se entienda que el delito ha sido realizado en el Perú[855]. 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 actuaron en estricto cumplimiento de su rol y, por lo tanto, de forma típicamente irrelevante. Por lo tanto, la impunidad no viene por un tema de inaplicación de la ley penal nacional, sino por ausencia de los presupuestos necesarios para realizar una imputación penal.

Las ventajas que ofrece la teoría de la ubicuidad para resolver los delitos cometidos en diversos países no deben conducir, sin embargo, a una desnaturalización del principio de territorialidad. En este sentido, consi-

---

[854] 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.

[855] Recurre precisamente al principio de ubicuidad para solventar estos problemas de internacionalidad en el delito de lavado de activos, Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 307.

deramos que el tenor literal del artículo 5 del CP que regula el principio de ubicuidad, resulta extremadamente amplio, pues, por un lado, alude al 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 el orden de los distintos principios regulatorios de la aplicación de la ley en el espacio. Para alcanzar este orden sistemático, el artículo 5 del CP debe ser interpretado restrictivamente[856].

En primer lugar, resulta conveniente referir la parte de *la actuación o la omisión de la obligación de actuar del autor y partícipe* solamente a la ejecución del hecho principal. Los actos preparatorios por sí mismos no tienen que estar incluidos en esta regulación[857], 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, en principio, punibles[858]. 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 CP, en tanto se considera que lugar de comisión del hecho es también aquél 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

---

[856] Vid., en el mismo sentido, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 636.

[857] En este sentido, GRIBBOHM, *LK* § 9, n.m. 8, salvo que constituya la parte de un coautor.

[858] 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.

necesaria una interpretación coherente del principio de territorialidad que deje fuera del principio de ubicuidad la fase preparatoria del hecho[859]. 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 CP que puede presentar problemas interpretativos está referido a los llamados efectos del delito. Conforme a la redacción legal, podría perfectamente considerarse 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[860]. 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[861].

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 la teoría de la ubicuidad. Antes de entrar en esta cuestión, hay que señalar que no se trata de ofrecer criterios de determinación de la autoría y parti-

---

[859] Por el contrario, a favor de una interpretación extensiva Gribbohm, *LK* § 9, n.m. 26.

[860] Reconoce la mayor amplitud de este término frente al de resultado, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 636. Existe cierta jurisprudencia alemana que 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.

[861] Que no debe ser necesariamente de relevancia típica, en este sentido, Martin, *Strafbarkeit*, p. 14 y s.

cipación mediante el principio de territorialidad (o el Derecho penal internacional), sino de compatibilizar la intervención delictiva con las normas que regulan la vigencia espacial de la ley penal[862].

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 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 co-autor 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[863]. El hecho ejecutado 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 por otro fuera del país, no puede ser castigado tomando en cuenta el Derecho penal interno, pues se trata de una actuación aún permitida[864]. En este caso, el fundamento para sancionar la con-

---

[862] Vid., esta idea en SCHRÖDER, *ZStW* 61 (1942), p. 61; LAUTERBACH, *Internationales Strafrecht*, p. 32.

[863] 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/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 662 y s. De otro parecer, HOYER, *SK* § 9 n.m. 5.

[864] 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

ducta 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[865]. 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 de la teoría de la ubicuidad, concretamente, por el lugar del resultado[866]. En caso que el partícipe, que preparó el delito fuera del país, tome parte en la ejecución del delito realizado dentro del país, no habrá mayor inconveniente para incluir este supuesto en el artículo 5 del CP, 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 participación en los actos preparatorios realizados en el extranjero, pues en dicho supuesto la aportación del partícipe ha tenido lugar fuera del país. Si una empresa europea, por ejemplo, que ha fabricado productos de consumo humano 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

---

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 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.

[865] 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.

[866] En el mismo sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 6, n.m. 664.

importa para comercializarlos[867], ¿habrá participado en el delito contra la salud de los consumidores cometido en calidad de autores por los administradores de la empresa nacional[868]? 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[869]. Pero no se trata de que el efecto de la participación esté incluido por sí mismo en el artículo 5 del CP, 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[870].

B. El principio real o de protección: ¿Protección de intereses económicos?

En los delitos económicos realizados plenamente fuera del país, lejos de prescindirse de una aplicación de la ley penal nacional, existe una tendencia internacional dirigida a dar cada vez mayor cabida a la posibilidad de castigar también estos delitos económicos con la ley penal nacional. En la actualidad se habla, por ejemplo, de delitos transnacionales en relación con la criminalidad organizada, lo que se hace con la clara finalidad de abrir la posibilidad de aplicar la ley penal interna a delitos que se come-

---

[867] Este 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.

[868] 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.

[869] 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.

[870] 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.

ten en un Estado distinto, pero que entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en otros Estados, dentro de los cuales está el que pretende aplicar su ley penal (artículo 3 de la Convención de Palermo de 2000). Para poder justificar esta aplicación extensiva de la ley penal nacional, se recurre al principio de protección y al principio de universalidad. En este apartado nos ocuparemos del primero y en el siguiente del segundo.

Si una conducta delictiva que perjudica intereses económicos generales o particulares en el Perú, se realiza completamente fuera del país, el principio de territorialidad no podrá ser aplicado[871], en la medida que ni la ejecución del hecho, ni el resultado inmediato del mismo, han tenido lugar dentro del territorio nacional. No obstante, existe otro principio de vinculación distinto al territorial que abriría la posibilidad de aplicar el Derecho penal interno a los delitos cometidos fuera del país que afecten 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[872].

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. El Código Penal regula diversos supuestos de delitos cometidos en el extranjero, en los que, con base en la lógica de la protección, autoriza la aplicación de la ley penal nacional. En primer lugar, se pone en el caso de los funcionarios públicos que cometen el delito en el desempeño de su cargo (artículo 2, inciso 1 del CP). Si, por ejemplo, el funcionario público peruano se colude con un postor en una licitación realizada en el extranjero, la ley penal peruana será aplicable. En segundo lugar, se autoriza la aplicación de la ley penal nacional a los delitos contra la seguridad o tranquilidad públicas, o que constituyan delito de lavado de activos, que hayan sido cometidos en el extranjero, siempre que sus efectos –se entiende mediatos, pues si son inmediatos lo que cabe es acudir a la teoría de la ubicuidad y aplicar el principio de territorialidad– se hayan

[871] En relación al Derecho penal económico, destaca esta problemática, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 384.

[872] De manera afirmativa, respecto del Derecho penal alemán, Hoyer, *SK* § 5, n.m. 18.

producido dentro del país. Finalmente, el artículo 2 inciso 3 del CP autoriza la vigencia del principio real o de protección en el caso de delitos cometidos en el extranjero que afectan los intereses del Estado, mencionando expresamente el orden monetario[873].

A diferencia del Código penal alemán[874], nuestro Código Penal no recoge, como un supuesto de aplicación del principio de protección, los delitos cometidos en el extranjero contra intereses económicos de las empresas peruanas. Bajo esta circunstancia de orden legal, los delitos económicos cometidos en el extranjero contra particulares nacionales no podrían ser sancionados con la ley penal nacional. Sin embargo, existe aún una posibilidad de aplicar la ley penal nacional en estos casos; y es a través del llamado principio de personalidad pasiva regulado en el artículo 2 inciso 4 del CP[875]. Conforme a este principio, la ley penal peruana se podrá aplicar a los delitos cometidos en el extranjero contra un peruano, siempre que se cumplan con ciertos requisitos puntuales: que el hecho sea susceptible de extradición, la doble incriminación y que el autor haya ingresado de alguna manera en el territorio nacional.

C. El principio de universalidad

El artículo 2 inciso 5 del CP señala que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando el Perú está obligado a reprimirlo conforme a los tratados internacionales. En este sentido, el compromiso estatal de enfrentar delitos de carácter transnacional, como sucede, por ejemplo, con la Convención de Palermo respecto de la criminalidad organizada, permitirá aplicar la ley penal nacional a ciertos delitos cometidos en el extranjero. El fundamento jurídico para la aplicación

---

[873] 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.

[874] 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.

[875] 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.

de la ley penal peruana a estos delitos realizados 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 fueron cometidos. Sobre la base de esta idea, se ha propuesto que la persecución de delitos de gran trascendencia económica y financiera que dificulten una justa distribución de la renta y sean un factor generador de desigualdad social, admita la extraterritorialidad del tipo penal[876].

Para que el principio de universalidad pueda ser utilizado por los tribunales nacionales, resulta necesario que el correspondiente tratado internacional que establece el compromiso del Estado Peruano de reprimir penalmente determinadas conductas, se haya transformado en Derecho interno[877]. De lo contrario, solamente habrá una obligación internacional sin la necesaria taxatividad de la prohibición para legitimar la imposición de una sanción penal[878]. Las normas internacionales que establecen incriminaciones penales, son de naturaleza no autoaplicativa –*non self executing*–, por lo que requieren de una normativa interna de desarrollo para poder ser aplicadas por los tribunales penales internos.

D. La creación de delitos económicos por hechos parciales

Las dificultades en la aplicación espacial de la ley penal que suscita la internacionalidad de la criminalidad económica no se reducen al hecho de que las operaciones económicas se lleven a cabo en varios países, sino que responden 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 aparentemente lícito, se presenta, por lo general, una participación activa de bancos e intermediadores financieros,

---

[876] Vid., Pérez Cepeda, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 215.

[877] Así, Cerezo Mir, *Derecho penal*, PG, p. 256. No obstante, Lemke, Nk *StGB*, § 6, n.m. 15, admite la posibilidad de que en el propio tratado internacional se haya acordado su ejecutabilidad, lo que bastaría para permitir la aplicación del principio de universalidad sin una norma interna de desarrollo.

[878] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 5, n.m. 20.

de empresas fachadas o efectivamente constituidas, que llevan a cabo sus operaciones o tienen su sede social en el extranjero[879]. En estos casos, la determinación de la ley penal aplicable resulta especialmente controvertida, sobre todo si se quiere castigar a todos los intervinientes en el hecho delictivo. Esta situación problemática se complica 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.

Más allá de la posibilidad de conseguir legitimar la aplicación de la ley penal nacional para castigar el delito económico en su globalidad conforme a lo señalado precedentemente, el legislador penal nacional procede en algunos casos a realizar una tipificación parcial del hecho delictivo, en el sentido de penalizar, a través de la figura de los delitos de peligro, conductas que solamente constituyen la parte del injusto realizada 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 también ciertos problemas dogmáticos, en la medida que 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 poco conciliables con el principio constitucional de presunción de inocencia.

IV. LA APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

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 CP). Como primera 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 establece además 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

[879] Vid., COZ RAMOS, *Thémis* 35, p. 82.

la ley, sino que buscan, más bien, ajustar las leyes penales a las diversas situaciones que presenta la realidad[880].

En el ámbito del Derecho penal económico no se conocen en la legislación penal actualmente vigente alguna clase de 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 una crisis económica, 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 complicado para solventar una crisis[881].

Si bien nuestra legislación nacional no reconoce algún tipo de privilegio penal en situaciones como las descritas en el párrafo precedente, 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. Hace algunos años los tribunales penales sometieron a un proceso penal a los funcionarios públicos e integran-

---

[880] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 241 y ss.

[881] 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 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 en 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.

tes de ciertos grupos económicos por el rescate financiero del Banco Wiese Ltdo en 1999, archivándose dicho proceso por la inexistencia de algún tipo de conducta defraudatoria del Estado. Este procesamiento innecesario se habría podido evitar, de haber seguido nuestra legislación criterios modernos para la regulación de las situaciones de crisis en el sector bancario y financiero.

CAPÍTULO VI
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Otro de los temas centrales relacionados con la aplicación de la ley penal económica es el referido a su interpretación. Ya que del tenor de la ley penal no puede extraerse deductivamente la solución para el caso concreto[882], el juez debe realizar siempre una labor de interpretación[883]. Esta labor no se lleva a cabo mecánicamente[884], sino que requiere de una actividad comprensiva que tiene lugar a través de un ir y venir de la ley general al caso concreto[885]. A pesar de que el juez cuenta con cierta autonomía para interpretar la ley, esta interpretación no se lleva a cabo de una manera absolutamente discrecional, sino que está sujeta a ciertas reglas lógicas y a un contexto normativo que debe ser necesariamente observado. El establecimiento de tal procedimiento y los métodos disponibles configura lo que la doctrina llama *teoría de la interpretación*[886].

El criterio esencial para la interpretación de la ley penal es el fin de regulación[887], lo que no es distinto en la legislación penal econó-

---

[882] Vid., en este sentido, HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

[883] Vid. BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 67 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 484 y ss.

[884] Vid., BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 73.

[885] Vid., así, ENGISCH, *Einführung*, p. 56 y ss.; HASSEMER, *NK* § 1, n.m. 102.

[886] 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, de la dogmática penal.

[887] 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

mica[888]. En la determinación del fin de regulación de los delitos económicos, se discute específicamente la cuestión de si el Derecho penal económico configura dicho fin de manera independiente de la normativa extrapenal que, por lo general, regula los sectores económicos (regulación primaria). Al respecto la doctrina penal se encuentra entre dos perspectivas de análisis enfrentadas que llevan a soluciones interpretativas diferentes. Por un lado, está 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 previa de carácter civil, mercantil o administrativa[889]. Frente a esta perspectiva de análisis se opone aquélla que entiende que el fin de regulación de los delitos económicos es fundamentalmente dar un refuerzo penal a ciertas instituciones civiles, comerciales o administrativas, por lo que al Derecho penal económico le corresponderá una función esencialmente accesoria[890]. Veamos esto de manera más precisa.

II. LA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE ANÁLISIS

1. 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 con-

---

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.

[888] Así, 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.

[889] 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.

[890] 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.

ceptuales propios[891]. En este sentido, el Derecho penal puede utilizar términos en sus tipos penales que no necesariamente tienen que corresponderse con el significado que tienen en el Derecho civil, administrativo, comercial o laboral. Precisamente en atención a esta idea, un sector de la doctrina penal sostiene que la ley penal debe interpretarse con base en un criterio autónomo respecto del resto del ordenamiento jurídico[892]. Se trata de la llamada perspectiva fáctica de análisis, la cual, desde su formulación para el Derecho penal por Bruns en 1938[893], ha encontrado muchos adeptos especialmente en la interpretación de las leyes penales económicas[894].

La perspectiva fáctica de análisis se ha utilizado en el Derecho penal económico para interpretar los elementos típicos que tienen una referencia patrimonial[895]. Si bien se hace mención específicamente a una perspectiva económica de análisis, hay que indicar que, en el fondo, constituye no más que una manifestación particular de la perspectiva fáctica de análisis[896]. Esta perspectiva pretende constituirse en un método autónomo de interpretación de la ley penal económica[897], de manera que los elementos típicos sean interpretados en un sentido estrictamente económico, es decir, con independencia de su significación en el Derecho civil, comercial o administrativo. Así, por ejemplo, conceptos como administrador, deudor, patrimonio, contratos o licitación, no tienen que ser comprendidos o interpretados conforme a su regulación extrapenal, sino conforme a las

---

[891] Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 41.

[892] Vid., la referencia a esto, en Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 59.

[893] Bruns, *Befreiung*, *passim*. Vid., también la referencia en Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 17 y ss.; Gübel, *Die Auswirkungen*, p. 25.

[894] 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.

[895] Vid., en este sentido, Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 25.

[896] En este sentido, Cadus, *Die faktische Betrachtungsweise*, p. 26 y s.

[897] 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 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.

necesidades penales de imputación[898]. 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[899].

Pese a la utilidad práctica de la perspectiva económica de análisis para solucionar determinados vacíos de punibilidad del Derecho penal económico[900], debemos señalar que un enfoque absolutamente fiel a esta perspectiva no resulta conveniente. 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, 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 sistémicas distintas[901]. No obstante, el Derecho penal económico se ocupa, por lo general, de situaciones económicas con una regulación extrapenal que condiciona de alguna manera el objeto de protección penal[902]. Por esta razón, no puede admitirse una interpretación puramente económica que niegue la base jurídica de la realidad penalmente regulada[903]. 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 accesorie-

---

[898] 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.

[899] 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*, § 4, n.m. 124.

[900] Reconoce la ventaja de esta perspectiva de análisis TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 525.

[901] 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.

[902] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, Introducción, n.m. 2; 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.

[903] 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.

dad, 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 el fundamento de la imposición de las consecuencias jurídicas, no en el objeto de regulación.

Ilustremos nuestras consideraciones con un ejemplo: El delito de fraude concursal doloso del artículo 209 del CP contempla dentro del círculo de autores del delito, entre otros, al administrador del deudor. Si bien el contexto en el que se configura este delito está sometido a una regulación jurídica extrapenal que no puede dejarse de lado (la regulación de los procedimientos concursales), 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. En consecuencia, administrador para el Derecho penal podrá serlo no sólo el que, provisto de un nombramiento jurídico-civil eficaz, administra una persona jurídica, sino también quien ejerce fácticamente las funciones de administración.

Una interpretación basada en una perspectiva puramente económica sólo podría estar justificada en ámbitos económicos en los que no existe en lo absoluto una regulación extrapenal[904], pero precisamente porque la base material de la regulación es estrictamente económica, sin ninguna configuración jurídica previa. Por ejemplo: El delito de comercialización de alcohol metílico para consumo humano del artículo 288A del CP debe ser interpretado en un sentido puramente económico. Por lo tanto, no cabe exigir que el sujeto activo del delito reúna la calidad formal de comerciante, ni que la comercialización cumpla con ciertas exigencias contractuales para considerarla tal. La protección penal no se centra en la contratación, sino en la peligrosidad de lo recibido.

2. Supuestos especiales

Las consideraciones que hasta ahora se han hecho sobre la autonomía interpretativa de la ley penal económica adquieren una especial importancia en la utilización de dos mecanismos de imputación que son usuales en

[904] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 61; El Mismo, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

el Derecho penal económico. Nos referimos, por un lado, a las llamadas cláusulas generales, especialmente a las que sancionan las llamadas conductas de fraude a la ley penal y, por el otro, a la doctrina del levantamiento del velo. Para establecer si en estos supuestos se debe recurrir siempre a una interpretación puramente económica, haremos seguidamente una exposición particularizada sobre cada uno de ellos.

A. Las cláusulas generales: El fraude a la ley penal

TIEDEMANN señala que la interpretación de las cláusulas generales acude frecuentemente a una perspectiva económica de análisis en la ley penal económica[905]. 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 CP o el origen delictivo de los delitos de lavado de activos[906]). Sin embargo, en caso de existir una regulación extrapenal que permita dar contenido al concepto general empleado por el tipo penal, lo establecido por la ley extrapenal deberá ser necesariamente atendido al interpretar la ley penal[907], lo cual, como ya lo dijimos, no significa una identidad de los criterios de decisión de las consecuencias jurídicas de los ámbitos jurídicos comprometidos[908]. Por ejemplo, la cláusula general del delito de fraude concursal previsto en el artículo 209 del CP que permite ampliar el ámbito de aplicación de este tipo penal a "*cualquier procedimiento de reprogramación de obligaciones cualquiera fuera su denominación*", no autoriza a realizar una interpretación autónoma, sino que la determinación del alcance de esta cláusula general debe hacerse teniendo en consideración la regulación concursal.

---

[905] TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 696.

[906] Sobre la interpretación económica del elemento típico "procedencia delictiva" en el delito de lavado de activos de la regulación alemana, OTTO, *Jura*, 1993, p. 331; LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 101 y s.

[907] Vid., TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 124.

[908] 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.

En el caso especial de las cláusulas de fraude a la ley penal, resulta usual que se siga una perspectiva económica de análisis[909]. De esta manera, el intérprete dejaría de lado las formas jurídicas utilizadas por el autor para evitar caer en el supuesto de hecho regulado por la ley penal[910]. En nuestra opinión, concordamos con el parecer antes referido, pues de lo que se trata es precisamente de sancionar las conductas que mediante el abuso de las posibilidades jurídicas afectan igualmente el fin de protección de la norma penal correspondiente[911]. Sin embargo, esta preeminencia de la interpretación económica en la represión del fraude a la ley penal, no debe hacernos olvidar que la perspectiva económica de análisis no puede pasar por encima el contexto normativo en el que tiene lugar el delito económico. En este sentido, si la protección penal que se busca optimizar con una cláusula de represión del fraude a la ley penal se incardina en una institución social específica regulada extrapenalmente, los criterios de imputación penal no podrán desbordar el ámbito previo de regulación con base en consideraciones puramente fácticas. La competencia jurídico-penal de raíz institucional no puede determinarse al margen de la misma institución.

> **Ejemplo:** En el Derecho penal alemán existe un tipo penal que castiga a los administradores de una sociedad por no haber iniciado oportunamente un procedimiento concursal ante una disminución sustancial del patrimonio. Si se incluyese a través de una cláusula general a los administradores de hecho de la sociedad con la finalidad de abarcar a aquellos que, por ejemplo, intentan evadir su responsabilidad penal, evitando ser nombrados formalmente como administradores de la sociedad, el concepto administrador de hecho no podrá interpretarse de un modo puramente fáctico, sino en consonancia con la regulación concursal correspondiente. Esto significa que habrá que determinar en este ámbito hasta dónde puede llegar el concepto administrador de hecho. Si la regulación concursal, por ejemplo, impone el deber de iniciar el procedimiento concursal al administrador de derecho o, en todo caso, al administrador con nombramiento ineficaz, la interpretación

---

[909] Vid., así, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 58; El Mismo, *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C53; El Mismo, *Lecciones*, p. 151; Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 371.

[910] En este sentido, Bruns, *GA* 1986, p. 12.

[911] Bruns, *GA* 1986, p. 26. De otra opinión, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 533, en el sentido de una interpretación estricta.

penal no podrá alcanzar al que simplemente ha usurpado la función de administrador. La interpretación penal no puede desbordar los contornos jurídicos de la relación institucional penalmente garantizada con una concepción puramente fáctica de los términos.

B. La doctrina del levantamiento del velo

Otra de las figuras jurídicas que presenta ciertas peculiaridades respecto de la interpretación de la ley 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[912]. La idea central de este mecanismo jurídico consiste en dejar de lado la personalidad jurídica de organizaciones que se han constituido únicamente como una pantalla para ocultar una situación jurídico-material de otro(s) sujeto(s)[913]. En el Derecho penal, en particular, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo para evitar las dificultades de imputación que presentan ciertos delitos especiales[914], cuando el elemento especial de autoría solamente alcanza a una persona jurídica pantalla, pero no a las personas que se ocultan detrás de ella[915]. Al prescindirse de la persona jurídica se descubre a los que permanecen 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 procura solucionar,

---

[912] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 40; RODRÍGUEZ ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 321.

[913] 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.

[914] 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; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista penal* 1 (1998), p. 64.

[915] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Empresa y delito*, p. 41; RODRÍGUES ESTÉVES, *El Derecho penal*, p. 320.

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 el caso de delitos especiales. Este parecer se haría todavía más evidente con la inclusión de la figura del administrador de hecho dentro del círculo de "actuantes" en lugar de la persona jurídica[916]. Sin embargo, a pesar de la innegable vinculación de ambos mecanismos, 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 de un administrador[917]. Por esta razón, puede concluirse que la doctrina del levantamiento del velo se ocupa de un ámbito de problemas que no se resuelven con la fórmula del actuar en lugar de otro[918].

Se ha afirmado, por otro lado, que la doctrina del levantamiento del velo no es más que una aplicación particularizada del fraude a la ley, concretamente la que tiene lugar por medio del uso abusivo de las formas societarias[919]. Conforme a esta idea, el fraude a la ley penal lo cometerían las personas a las que se dirige una norma y que se ocultan tras una persona jurídica con el objeto de sustraerse a su aplicación. Si se admitiese 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

---

[916] Pone de manifiesto esta aproximación Silva Sánchez, *Fenómenos delictivos complejos*, p. 175, acogiendo una concepción amplia del concepto "administrador de hecho".

[917] Similarmente, Serrano González de Murillo/Merino Jara, *AJA* 264 (1996), p. 3; Los Mismos, *El delito fiscal*, p. 81 y ss. Críticamente, Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 197, nota al pie de página 27.

[918] 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.

[919] 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.

del levantamiento del velo se engloba en el tema más general de las conductas o negocios aparentes[920]. Se trata de un caso de simulación absoluta, pues se aparenta una persona jurídica pantalla que no existe realmente y que lo único que busca es generar una situación de error para proceder a una estafa o defraudación especial (defraudación tributaria, por ejemplo). En el fraude a la ley, por el contrario, la conducta u operación presentada 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.

Pese a la diferencia conceptual entre la doctrina del levantamiento del velo (negocio aparente) y el fraude a la ley, no puede negarse que ambos mecanismos apuntan igualmente a hacer frente a actos de evasión de la responsabilidad penal. Por esta razón, la doctrina penal coincide en señalar que también en el levantamiento del velo societario debe utilizarse una perspectiva fáctica de análisis[921]. Sin embargo, la admisión de una interpretación de carácter económico no autoriza a desbordar el espacio de libertad interpretativa que ofrece el tenor del tipo penal correspondiente, lo que significa que bajo ningún concepto se puede dar cabida a una infracción del principio de legalidad[922]. En esta línea garantista, conviene que, así como en los casos más usuales de fraude a la ley penal el legislador establece regulaciones específicas para sancionar estas conductas de evasión, se promulguen también disposiciones penales que permitan, conforme a determinados requisitos[923], un levantamiento del velo en la persecución

---

[920] Vid, con referencias y ejemplos, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 137 y ss.

[921] 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.

[922] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Empresa y delito*, p. 47; EL MISMO, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 174; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, p. 195.

[923] 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, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m 145, señala que estas cláusulas generales deben interpretarse restrictivamente.

de los delitos económicos. En cierta 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 resulta necesario asumir 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 impune de tributos en perjuicio del Estado[924]. Sin embargo, la legitimidad de tal recurso interpretativo llega solamente hasta el tenor literal del tipo penal[925], pues ni siquiera una interpretación económica puede superar el límite gramatical del tipo y la prohibición de analogía[926]. Si se llegaran a contemplar cláusulas para solventar los casos de negocios o de 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.

III. LA ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Consideraciones generales

Un sector importante de la doctrina penal defiende el carácter accesorio de la protección que ofrece el Derecho penal económico[927], lo que significa sostener una interpretación de la ley penal económica fuertemente vinculada a lo establecido en la normativa extrapenal de los sectores económicos en los que el delito económico tiene lugar. Por nuestra parte, como ya lo adelantamos, consideramos que el Derecho penal económico lleva a cabo una interpretación autónoma de las leyes en atención al sentido de las consecuencias jurídicas de la regulación penal. En este orden de ideas, el hecho de que el objeto de regulación penal esté configurado por

---

[924] Vid., sobre el supuesto de fraude a la ley en el delito fiscal, Serrano González de Murillo/Merino Jara, *AJA* 264 (1996), p. 1 y ss.; Silva Sánchez, en *Fenómenos delictivos complejos*, p. 172.

[925] 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.

[926] Vid., en este sentido, Arroyo Zapatero, *Revista penal* 1 (1998), p. 12.

[927] Vid., en este sentido, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 530; El Mismo, *Poder económico*, p. 21; Mazuelos Coello, *Derecho penal económico*, p. 32.

una normativa extrapenal, no obliga a realizar una interpretación accesoria de la ley penal[928].

La accesoriedad en la protección penal solamente resulta correcta cuando la vinculación del Derecho penal económico con la regulación primaria 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[929]. 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 esta perspectiva en la interpretación de tipos penales referidos a instituciones sociales específicas.

Ilustremos la interpretación accesoria en la 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 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.

---

[928] Vid., Kölbel, *GA* 2002, p. 403 y ss.

[929] Tiedemann, *Einführung*, Introducción, n.m. 5, denomina estos casos como supuestos de "contrariedad al deber". No cabe duda que aquí la ley penal hace una remisión concluyente a deberes configurados extrapenalmente.

En nuestro Código penal se puede apreciar la situación descrita en el párrafo precedente en el caso del delito ambiental de otorgamiento ilegal de derechos previsto en el artículo 314 del CP. En efecto, para poder determinar los casos en los que un funcionario público responderá penalmente por el otorgamiento de derechos sobre una obra o actividad contaminante o contraria al medioambiente, resulta necesario recurrir a la normativa administrativa que establece las exigencias para el otorgamiento de estos derechos. 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[930]. Se trata de un delito de infracción de un deber, cuyas características generales se verán en el Capítulo VIII.

2. Supuestos especiales

En las líneas precedentes se ha reconocido que la interpretación de la ley penal económica es, por lo general, autónoma y sólo en ciertos supuestos se vincula a la normativa extrapenal mediante instituciones específicas. Esta afirmación general encuentra, sin embargo, ciertos casos de excepción en los que, fuera de la protección institucional, la interpretación apunta a ser también accesoria. Nos estamos refiriendo concretamente a los supuestos 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 analizar cómo debe llevarse a cabo la interpretación de la ley penal en 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 económica[931]. Por esta razón, el tipo penal realiza una descripción muy general de la conducta penalmente prohibida y se remite a normas extrapenales para especificar

---

[930] Destaca, por ello, Lamadrid Ubillús, *El Derecho penal ambiental*, p. 372, una doble naturaleza de este delito como delito contra la Administración Pública y como delito contra el medio ambiente.

[931] Vid., así, Tiedemann, Voz: Blankettstrafgesetzen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Kühl, *FS-Lackner*, p. 819 y s.

el contenido de ciertos elementos típicos. 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[932], de manera tal que el Derecho penal económico asume una función fundamentalmente accesoria, en el sentido de protección de la regulación extrapenal[933]. Ante esta situación, se plantea el dilema de si las normas extrapenales de remisión deben interpretarse desde una perspectiva exclusivamente penal o mantener, por el contrario, su significación jurídica originaria.

La respuesta al problema acabado de plantear debe partir del hecho de que la ley penal en blanco se remite a una normativa extrapenal para complementar (si es de igual jerarquía) o especificar (si es de inferior jerarquía) la conducta penalmente sancionada. Esta complementación o especificación de la ley penal no depende del juez, sino de los parámetros establecidos en la ley extrapenal de remisión[934]. Por ejemplo, cuál es el interés máximo en el otorgamiento de un crédito para la configuración del delito de usura o qué bienes tienen la calidad de primera necesidad en el delito de adulteración, son aspectos que el juez no determina libremente, sino que lo establecen las normas extrapenales correspondientes. En consecuencia, la interpretación del juez se encuentra vinculada con lo establecido en las normas extrapenales complementarias o especificadoras de las leyes penales en blanco.

La vinculación interpretativa parecería hablar a favor de una interpretación accesoria del Derecho penal en el caso de las leyes penales en blanco[935]. Sin embargo, la remisión de la ley penal a las leyes extrapenales no se realiza mediante el abandono por parte de la normativa penal de su carácter de tal, sino mediante la utilización penal de criterios de complementación

---

[932] 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.

[933] Vid., así, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 530. Vid., en general, KÖLBEL, *GA* 2002, p. 410

[934] 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.

[935] Así, lo entiende también, TIEDEMANN, *FS-Dünnebier*, p. 530.

o especificación contenidos en normas extrapenales[936]. Por lo tanto, el Derecho penal no es accesorio al Derecho civil, comercial o administrativo, sino que 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 vinculan al Derecho penal.

Lo anterior permite abordar la cuestión de la distinción entre las leyes penales en blanco y las leyes penales con elementos normativos de carácter jurídico[937]. Ambas formas de tipificación tienen en común dar lugar a tipos penales abiertos que ofrecen al juez un mayor marco interpretativo para decidir en ámbitos especialmente dinámicos. El objetivo legislativo es, sin embargo, distinto, pues la ley penal en blanco apunta a permitir una adaptación de los tipos penales aplicables a una realidad cambiante, mientras que los elementos normativos procuran abarcar diversos ámbitos de la realidad sin caer en una indicación casuística[938]. Bajo estas consideraciones, lo propio de los elementos normativos de carácter jurídico es que la especificación del elemento típico en el caso concreto la hace el propio juez en atención a los criterios jurídicos de referencia[939]. El margen de interpretación es claramen-

---

[936] Similarmente, Ransiek, *Gesetz*, p. 107; Alessandri, *Manuale*, p. 48 y s.; Ossandón Widow, *La formulación de los tipos penales*, p. 209.

[937] En la doctrina penal existe disparidad de opiniones sobre estas dos formas de estructuración de los tipos penales. Un sector de la doctrina considera que estos conceptos no se identifican (García Arán, *EPCr* XVI, p. 68 y ss.; Abanto Vásquez, *RPCP* 9, p. 19 y s.; Tiedemann, *Einführung*, §4, n.m. 108), mientras que otro sector entiende que se trata de conceptos coincidentes (Silva Sánchez, *La ley penal*, p. 51 y s.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 250; Doval País, *Posibilidades y límites*, p. 124 y s.; Yon Ruesta, *Ius et veritas* 22, p. 235). Una posición intermedia considera que, en la interpretación judicial, no conllevan un procedimiento idéntico de determinación, pero que en la imputación subjetiva no presentan mayores diferencias [Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 387 y ss.; El Mismo, *Anuario de Derecho Penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), p. 14].

[938] Vid., en este sentido, Fakhouri Gómez, *InDret* 4/2009, p. 11, señalando que estos fines nada tienen que ver con la teoría dogmática del error.

[939] Desde una perspectiva similar, en el sentido de distinta forma de interpretación, Wilkenbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 15. Para elementos normativos

te mayor al que se le da en las leyes penales en blanco. Un ejemplo para ilustrar esto: El elemento normativo de "ajenidad" de los delitos patrimoniales no es especificado 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.

B. La 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 una accesoriedad administrativa de acto. El fenómeno de la accesoriedad administrativa puede entenderse de tres maneras: Como accesoriedad conceptual, accesoriedad de leyes y finalmente accesoriedad de acto. La forma de interpretación de la ley penal en los casos de accesoriedad administrativa conceptual y de leyes se lleva a cabo conforme a lo antes señalado en relación con 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 los casos de accesoriedad administrativa de acto 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 supuestos típicos en los que el tipo penal se vincula con un acto administrativo. La referencia típica a un acto administrativo puede presentarse fundamentalmente 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[940].

---

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).

[940] Así, admite la posibilidad de una ley penal en blanco mediante una remisión a actos de la Administración, WILKENBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 13; SCHUSTER, *Das Verhältnis*, p. 117.

En caso 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 CP, 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)[941]. Sólo en caso de tratarse de un acto administrativo nulo[942] o contrario al sentido del elemento típico previsto en el tipo penal, podría el juez 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[943].

Si el acto administrativo constituye simplemente un elemento típico de contextualización del delito, 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 sea el caso, la configuración de la conducta típica[944]. Por ejemplo: En el delito ambiental de extracción ilegal especies acuáticas del artículo 308B

---

[941] En este sentido, Kölbel, *GA* 2002, p. 412. Al parecer de una opinión distinta, Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, p. 250.

[942] Vid., Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343; Schall, *NJW* 1990, p. 1266; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

[943] 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.

[944] En este sentido, Kühl, *FS-Lackner*, p. 843 y ss.

del CP, la autorización de pesca emitida por la autoridad competente puede ser evaluada críticamente por el juez penal para determinar si se configura el supuesto de exceso de pesca o extracción.

Resulta pertinente señalar que el juez debe interpretar siempre los elementos típicos, incluido el acto administrativo, desde la finalidad de regulación del tipo penal correspondiente[945]. 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 señalarse, por ejemplo, que el delito de funcionamiento ilegal de casinos no se ha realizado, alegando que se cumplía con todos los requisitos administrativos. En estos casos, el delito se sustenta en el incumplimiento del deber de solicitar a la Administración la constatación del cumplimiento de estos requisitos, no en la ausencia de los mismos.

IV. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL ECONÓMICA

La autonomía interpretativa de la ley penal económica no conlleva un desconocimiento de su pertenencia a un sistema jurídico general y su relación con la regulación de otras ramas o subsistemas jurídicos. En este sentido, la labor de interpretación penal 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 que son la conformidad con la Constitución, la prohibición de analogía *in malam partem* y la preferencia por la interpretación restrictiva. La interpretación de la ley penal económica debe mantenerse igualmente en el marco de estos límites.

En cuanto a la interpretación conforme con la Constitución, resulta pertinente destacar el caso de los delitos económicos que imponen a los agentes económicos la realización de prestaciones que, de alguna manera,

---

[945] Un punto de vista similar mantiene, RANSIEK, *Gesetz*, p. 118; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1267 y s.

implican una actuación en contra de sus propios intereses. Si el interés del particular cuenta con una protección constitucional, la regulación penal no puede obviar lo dispuesto por la Constitución, por lo que la interpretación que se haga de la ley penal debe ajustarse al contenido esencial de la protección constitucional. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de obstaculización de las labores de supervisión económica del artículo 242 del CP o en los delitos tributarios sustentados en el deber de declarar, en relación con el derecho constitucional a la no autoinculpación[946].

Del mismo modo, la interpretación de la ley penal económica debe mantenerse en el tenor legal y no dar entrada a una analogía desfavorable para el reo. Sin embargo, en algunos casos es el propio legislador el que establece, en el mismo tipo penal, el recurso a una operación analógica con fines incriminativos mediante la llamada analogía *intra legem*[947]. Debe quedar claro que esta permisión de la analogía al interior del tipo penal no significa abrir el ámbito de aplicación del tipo penal a cualquier supuesto similar, sino que es el propio tipo penal el que establece los parámetros de la apertura analógica en la interpretación de la ley[948]. Se trata de una cláusula indeterminada, pero determinable con base en parámetros establecidos por el legislador en el mismo tipo penal. Esto tiene lugar en diversos delitos económicos como la defraudación tributaria ("*otra forma fraudulenta*"), la defraudación de rentas de aduanas ("*otra forma fraudulenta*") o la colusión desleal ("*cualquier operación*").

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[949]. Como lo señala Tiedemann, esta forma de interpretación resulta pertinente en el caso de los elementos normativos, muy frecuentes, por cierto, en los

---

[946] Vid., en relación con el delito de obstaculización de las labores de supervisión económica, Silva Sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 329 y s.; Martínez Ruiz, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 469. En relación con los delitos tributarios, Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 52 y s.

[947] Vid., Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, I, PG, p. 306 y s.

[948] Similarmente, Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*, I, p. 307.

[949] Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 5, n.m. 534.

tipos penales del Derecho penal económico[950]. En refuerzo de este parecer podría alegarse que la interpretación de la ley penal siempre debe ajustarse al principio del *in dubio pro reo*[951], lo que impediría al intérprete optar por la alternativa de interpretación que amplía el espectro de aplicación de la ley penal económica.

La exigencia de una interpretación restrictiva no es, sin embargo, una regla absoluta. Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación[952]. En consecuencia, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar al juez un mejor instrumento de lucha contra la criminalidad económica, 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.

El Derecho penal económico recurre generalmente a elementos normativos con la finalidad de permitir al juez una interpretación ajustable a los cambios de la economía. Por consiguiente, una interpretación restrictiva podría ir en contra precisamente de la voluntad del legislador[953]. Esta relativización del carácter limitador de la interpretación restrictiva en el caso de elementos normativos 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[954] y de tipos penales abiertos[955] la

---

[950] Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 186; EL MISMO, en *Constitución y Derecho penal*, p. 46 y s.

[951] 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.

[952] En el mismo sentido, ZAFFARONI, *Manual*, PG, I, p. 178.

[953] En este sentido, vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 187.

[954] TIEDEMANN, Voz: Auslegung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; EL MISMO, *Lecciones*, p. 147; EL MISMO, *Einführung*, § 4, n.m. 114 y ss.; SCHULZE-OSTERLOH, *Strafverfolgung*, p. 51 y s.

[955] TIEDEMANN, Voz: Blankettgesetz, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

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 se podría alcanzar 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.

DERECHO PENAL

ECONÓMICO

PARTE GENERAL

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DEL DELITO ECONÓMICO

JURISTA editores

TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO VII
LA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad económica no es un ámbito de la realidad que haya sido abordado únicamente desde la óptica jurídico-penal. Otras ciencias sociales se han ocupado también de estudiarla[956]. En efecto, desde los años cuarenta del siglo pasado la criminología ha hecho de la delincuencia económica uno de sus temas favoritos de trabajo, tal como lo demuestra toda la serie de estudios criminológicos aparecidos luego de las investigaciones realizadas por Edwin SUTHERLAND al respecto[957]. Está claro que en este trabajo no pretendemos realizar un estudio criminológico de la delincuencia económica[958], sino limitarnos, más bien, al enfoque jurídico-penal. Sin embargo, esta distinción de perspectivas no debe conllevar una renuncia a utilizar los conocimientos alcanzados en la criminología en el análisis jurídico de los delitos económicos[959]. Muchas veces la viabilidad de determinado planteamiento jurídico depende de la presencia de ciertas condiciones de facticidad de sus puntos de partida.

---

[956] Vid., BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 40 y ss.

[957] Vid., en este sentido, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461; OTTO, *Jura* 1989, p. 25.

[958] 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.

[959] Vid., en este sentido, de manera general, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, p. 33 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 205. En concreta referencia al Derecho penal económico, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461.

Sobre la base de lo acabado de decir, en la primera parte de este capítulo se abordará algunos puntos centrales de la investigación criminológica sobre la delincuencia económica que tienen especial incidencia en la configuración normativa de los delitos económicos. En la segunda parte, por el contrario, se procederá a establecer los puntos esenciales del enfoque jurídico-penal de la delincuencia económica. Los estudios doctrinales 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[960], mientras que, por el otro, aparece una visión político-criminal que plantea una concepción del delito económico no sólo en atención a la regulación positiva, sino también en función de la dañosidad social de ciertas conductas no necesariamente tipificadas[961]. Ante esta situación, resulta recomendable establecer desde un primer momento cuál de estos puntos de partida se va a seguir, o si es más acertado, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal, formular una visión que integre ambas perspectivas. Una toma de postura al respecto es ineludible antes de entrar de lleno en los problemas dogmáticos que suscita la teoría del delito económico.

II. LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

1. Introducción

Los estudios criminológicos que comenzaron a ocuparse de la delincuencia económica se remontan a mucho antes de los trabajos realizados en la década de los cuarenta por Edwin H. SUTHERLAND. Ya en 1872 Edwin C. HILL en un discurso sobre la "criminalidad capitalista"[962] y Edward A. Ross en 1907 en su trabajo *The criminaloid*[963], hicieron especial referencia a lo que hoy podría llamarse la criminalidad económica. Una categorización criminológica de este tipo de delincuencia puede ya encontrarse in-

[960] Sobre esto, vid., BAIGÚN, en *GS-Armin Kaufmann*, p. 652 y ss.

[961] Vid., BAIGÚN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 654 y s.

[962] 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; VIRGOLINI, *Crímenes excelentes*, p. 43.

[963] Vid., sobre este trabajo, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 461; VIRGOLINI, *Crímenes excelentes*, p. 43.

cluso en el estudio general de Albert Morris de 1934, en donde contrasta la criminalidad de las clases bajas –o del también llamado submundo– con una criminalidad de las clases altas (*Upperworld*)[964].

La relevancia de los trabajos antes mencionados no enerva, sin embargo, el hecho de que el protagonismo en la investigación criminológica sobre la delincuencia económica recae sobre Sutherland[965], quien en 1939 asumió la empresa de definir la criminalidad de las clases altas en su trabajo *White-collar Criminality*[966]. A partir de este estudio puntual tuvo lugar toda una discusión en la criminología orientada a precisar aún más las características de este tipo de delincuencia, lo cual, por otro lado, llevó también a la aparición de críticas contra el enfoque de análisis utilizado por Sutherland[967]. Más allá de las discrepancias que pudiesen haberse manifestado en contra de este planteamiento, lo cierto es que hoy en día nadie discute la realidad de la criminalidad económica, así como tampoco su especial relevancia social.

En este primer apartado no pretendemos realizar un estudio criminológico de la delincuencia de cuello blanco, pues carecemos de la especialización científica para emprender con la solvencia requerida un trabajo de semejante índole. Ello no impide, sin embargo, que se pueda hacer una breve exposición de las orientaciones más importantes en la investigación criminológica de la delincuencia económica y, sobre todo, su repercusión en el enfoque jurídico de los delitos económicos. Sin desconocer ciertamente la autonomía científica del Derecho penal, puede decirse que muchas veces la viabilidad de determinadas propuestas dogmáticas depende en gran

---

[964] Vid., Morris, *Crimonology*, New York, 1934, *passim*. La referencia a este trabajo, Zirpins/Terstegen, *Wirtschaftskriminalität*, p. 65 y s.; Schneider, *JZ* 1972, p. 461; Otto, *Jura* 1989, p. 25; Virgolini, *Crímenes excelentes*, p. 44.

[965] En este sentido, Heinz, *ZStW* 96 (1984), p. 417; Virgolini, *Crímenes excelentes*, p. 45.

[966] Si bien la conferencia en la que Sutherland utilizó por primera vez esta expresión fue en 1939 ante la *American Sociological Society*, esta conferencia se publicó recién en 1940. Vid., el trabajo más consolidado que posteriormente publicó sobre este tema, Sutherland, en *White-collar Criminal*, Gilbert Geis (ed.), p. 40 y ss.

[967] Críticas que van desde una imprecisión conceptual, hasta aquéllas inspiradas en una perspectiva comunista. Una exposición de esto, vid., en Schneider, *JZ* 1972, p. 461 y s.; Otto, *MschrKrim* 1980, p. 399.

medida de ciertas consideraciones criminológicas. Para los representantes de la escuela de Frankfurt, por ejemplo, la propia legitimidad del Derecho penal debe determinarse en función de su eficacia, lo cual solamente puede ser determinado por las ciencias sociales y, en primer orden, por la criminología.

2. La definición de la criminalidad de cuello blanco

Uno de los principales tópicos de discusión en los estudios criminológicos sobre la delincuencia de cuello blanco ha sido la cuestión de cómo debe ser definida. Puede decirse que, en relación con este tema, se presentan fundamentalmente dos orientaciones. 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, cabe mencionar las investigaciones criminológicas orientadas al delito cometido, en las que se resaltan los efectos sociales de este tipo de criminalidad (orientación al hecho)[968]. De los puntos de partida de cada una de estas orientaciones criminológicas se desprenden distintas consideraciones para el Derecho penal económico.

A. La investigación criminológica orientada al autor

La línea de investigación criminológica orientada al autor se puede encontrar con claridad en el planteamiento SUTHERLAND, quien utilizó el término de criminalidad de cuello blanco para englobar los delitos cometidos por una persona honorable, con prestigio social y en el marco de su ejercicio profesional[969]. En esta concepción criminológica, la delincuencia económica se presenta en estrecha relación con un grupo de personas que poseen una posición social elevada, lo que significó una ruptura con la comprensión originaria de la criminalidad como un fenómeno social explicable fundamentalmente por razones deficitarias[970]. El hecho delictivo

---

[968] Vid., esta diferenciación en HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 20; BOERS, *MschrKrim* 2001, p. 339.

[969] 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).

[970] Vid., con mayores referencias, VIRGOLINI, *Crímenes excelentes*, p. 10 y ss.

cometido por el delincuente de cuello blanco queda relegado a un segundo plano, siendo el principal objeto de investigación, más bien, las características personales del grupo de autores[971]. La criminalidad económica es explicada fundamentalmente a partir de las circunstancias personales del delincuente económico y, dado que se trata de sujeto sin carencias materiales y socialmente integrado, resulta lógico que esta perspectiva criminológica termine inclinándose hacia la psicología para precisar el perfil personal de este tipo de delincuente[972].

En la actualidad, la orientación al autor de los estudios criminológicos no se circunscribe a determinar las características psicológicas del delincuente económico, sino que cada vez más se pone la atención en factores de orden social. De hecho, en el propio planteamiento de Sutherland de la asociación diferencial, los criterios de determinación de la criminalidad de cuello blanco no se ubican en los factores psicológicos de este tipo de delincuente, sino, más bien, en su contexto social[973]. Es la situación económico-social la que permite caracterizar al delincuente de cuello y corbata y, en cierta forma también, explicar la poca eficacia de la reacción punitiva contra este tipo de delincuente. En todo caso, la opinión actualmente dominante es que una visión psicológica del delincuente económico resulta insuficiente. A esto ha contribuido también de manera especial el hecho de que la persona jurídica sea el principal actor en la realización de los delitos económicos[974]. Como resulta lógico, los estudios criminológicos acuden también a la sociología de la organización como respaldo teórico

---

[971] Vid., en esta línea, el estudio de Schmid, *SchwZStr* 92 (1976), p. 54 y ss. Sobre esta perspectiva calificada como orientada al autor, vid., 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.

[972] 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.

[973] Vid., así, Bajo Fernández, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 31.

[974] 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. Anteriormente, Bergalli, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VII, p. 53.

para determinar los factores que influyen en la actuación criminal de las corporaciones[975].

En el plano de la persecución de los delincuentes de cuello blanco, la perspectiva criminológica orientada al autor ha permitido develar que las estadísticas criminales no reflejan realmente la incidencia de esta clase de criminalidad. Se ha llegado a determinar concluyentemente que el sistema de persecución penal reacciona de manera mucho más benigna contra los delincuentes económicos[976]. Ello se debe fundamentalmente a dos factores[977]. Por un lado, la capacidad económica de este tipo de delincuentes les permite contar con asesores y abogados calificados para evitar ser descubiertos o, en todo caso, salir bien librados de una eventual investigación criminal. Por otro lado, la existencia de cierta selectividad en la Administración de Justicia Penal hace que no se considere necesario dar una respuesta drástica contra una persona socialmente integrada como lo es el delincuente económico.

En relación con la dogmática penal, los estudios criminológicos de la delincuencia económica orientados al autor, resultan útiles en la configuración de varios aspectos de los delitos económicos. En concreto, puede mencionarse, sin ánimo evidentemente de agotar la discusión, su incidencia en temas de tipicidad, culpabilidad y fundamentación de la pena.

- En cuanto a la tipicidad, la delimitación de la delincuencia económica a través del círculo de potenciales delincuentes permite explicar el hecho de que gran parte de los delitos económicos estén configurados típicamente como delitos especiales (p.e. la calidad de productor, fabricante o comerciante que se exige en el delito de especulación del artículo 234 del CP) o que se encuentren contextualizados en función de la actividad económica desplegada por el agente económico (p.e. "*el que produce, vende, pone en circulación, importa o toma en depósito alimentos, aguas, bebidas o bienes*

[975] Vid., por ejemplo, BRAITHWAIRE, *Annual Review of Sociology* 11 (1985), p. 3.

[976] Vid., BAJO FERNÁNDEZ, *Actividad empresarial*, p. 71 y s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *Persona y sociedad*, vol. XIX, nº 1 (2005), p. 102.

[977] Vid., VIRGOLINI, *Crímenes excelentes*, p. 47.

destinados al uso o consumo humano" del artículo 288 del CP)[978]. Dado que el tipo penal procura recoger los aspectos esenciales del delito económico, es razonable que tenga en cuenta la particular posición del autor del delito en el sistema económico.

- 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[979]. A lo anterior debe sumarse de manera especial el hecho de que la posición social del delincuente económico hace más estrecho el espacio para alegar una situación de error de prohibición, en especial por el hecho de contar normalmente con el asesoramiento necesario de los especialistas.
- En el tema de la fundamentación de la pena, los estudios sobre el delincuente de cuello blanco aportan sin duda elementos de juicio 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[980]. La fundamentación de la pena tendrá que encontrar, al menos en la criminalidad económica, otro fundamento dogmático. En todo caso, la falta de necesidad de un proceso de resocialización podría ser relevante al momento de 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 recurre a criterios de identificación ofrecidos por el hecho cometido. Ya no es la figura del autor lo que permite identificar a la delin-

---

[978] Vid., igual situación en la regulación penal alemana, Tiedemann, *Einführung*, § 1, n.m. 56.

[979] Así, Roxin, *La evolución*, p. 51.

[980] Vid., así, Jung, *Die Bekämpfung*, p. 5; Schlüchter, *Zweites Gesetz*, p 18 y ss.; Bajo Fernández/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 61.

cuencia de cuello blanco, sino ciertas características empíricas de su accionar. Este enfoque criminológico resulta sin duda mucho más útil para el Derecho penal, en tanto ambos centran su atención en el hecho realizado[981]. 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[982]. 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 de la realidad. 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 los delitos económicos

Dentro de los estudios criminológicos que se centran en el delito económico, pueden encontrarse distintas orientaciones. Si bien existe entre todas ellas el común denominador de la orientación al hecho, los criterios empíricos de determinación resultan muy distintos y, por ello, pueden llegar incluso a conclusiones contrarias. 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.

A. La configuración de la criminalidad económica 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[983]. En este

---

[981] Vid., similarmente, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 467; VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 273.

[982] Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, p. 203.

[983] Aunque VIRGOLINI, *Crímenes excelentes*, p. 53 y s., relativiza esta afirmación, señalando que el enfoque de Sutherland incluía conductas al margen del catálogo legal de delitos. Una concepción legal de la criminalidad económica se ve con claridad en el planteamiento de Marshall B. Clinard y Frank E. Hartung; vid., con mayor detalle, SCHNEIDER, *JZ* 1972, p. 462.

sentido, si determinada conducta no puede ser juzgada por los tribunales judiciales, no debe ser calificada propiamente de criminal, aunque sea socialmente dañosa. Lo anterior pone de manifiesto que esta orientación de los estudios criminológicos no es idónea para destacar los vacíos de punibilidad de la legislación penal vigente, sino que se limita únicamente a evidenciar las deficiencias de punibilidad que se presentan en el sistema de persecución existente[984]. Por esta razón, uno de los aspectos que más se analiza es la actitud de la policía, la fiscalía e incluso los jueces ante los 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[985].

Dado que el enfoque criminológico acabado de reseñar no pone en tela de juicio el Derecho positivo, en el plano de la dogmática penal lo máximo que esta metodología de análisis puede aportar es la recomendación de evitar una excesiva complejidad de los criterios de imputación penal, de la que podría aprovecharse el criminal de cuello blanco para evadir su responsabilidad. Esta recomendación tiene especial significación, si es que tiene en consideración que el delincuente económico cuenta, por lo general, con asesores suficientemente preparados para aprovechar todos los defectos del sistema de imputación de responsabilidad penal[986].

De una criminalidad definida formalmente parte también la teoría del *labeling approach*, en tanto considera que lo criminal se determina por las instancias de control social, dentro de las cuales se encuentra obviamente el Derecho penal[987]. No obstante, este punto de partida criminológico

---

[984] Vid., Reyna Alfaro, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 38 y s.

[985] Esta actitud se explica no sólo 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.

[986] Similarmente, Schneider, *JZ* 1972, p. 467; Reyna Alfaro, *Actualidad jurídica* 87 (2001), p. 40.

[987] 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.

no apunta a destacar simplemente las deficiencias de funcionamiento de los mecanismos de control social instaurados[988], sino que los cuestiona completamente por pertenecer a la superestructura de un sistema social injusto: El sistema capitalista[989]. Bajo estas consideraciones, la criminalidad económica sería no más que el resultado de un proceso de criminalización que lleva a cabo la sociedad actual a través del Derecho penal, en el que se buscaría beneficiar a los poderosos con una regulación legal favorable y una persecución penal altamente selectiva.

La llamada teoría de la anomia, desarrollada por MERTON, ha intentado ofrecer al enfoque criminológico formal de la delincuencia económica un sentido social material[990]. Para 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[991]. 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 acceder a este fin a través de medios ilegítimos. Esta perspectiva criminológica parte de una actitud crítica frente al modelo social capitalista, por lo que una política criminal eficaz no debería ir por el camino del endurecimiento penal, sino, más bien, por reducir la asociación extrema del éxito con el dinero y por ofrecer vías sociales lícitas a las personas para acceder a una situación de bienestar individual.

B. La configuración de la criminalidad económica a través de su relevancia social

A la concepción "legalista" de la criminalidad económica se le opone el criterio autónomo de configuración de lo criminal. Así, por ejemplo, ya BURGESS se mostró crítico frente al concepto de delincuencia de cuello blanco de SUTHERLAND, pues consideraba que lo criminal se determinaba por la propia persona que se ve a sí misma como tal y también por la so-

---

[988] 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.

[989] Vid., con mayores referencias, SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 29.

[990] Vid., así, OPP, *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, p. 69 y ss.

[991] Vid., BAJO FERNÁNDEZ, en *Nuevas tendencias*, Reyna Alfaro (coord.), p. 33.

ciedad (*criminal making process*)[992]. 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[993]. 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 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 material de la criminalidad económica

Un sector importante de los estudios criminológicos caracteriza a la criminalidad económica por los graves daños que produce en la economía y, por tanto, en las condiciones de la vida en común[994]. Esta situación ha hecho que sea una constante de estos estudios mostrar los daños materiales que la criminalidad económica causa en el sistema económico[995]. Se habla de criminalidad en tanto se trata de conductas que afectan las condiciones esenciales de la vida en sociedad, y se le califica además de económica, en tanto repercuten negativamente en el sistema económico a través de la producción de perjuicios de carácter material e inmaterial.

Los datos criminológicos antes referidos son los que se utilizan casi siempre por la doctrina penal para fundamentar la incriminación de los

---

[992] Vid., la referencia, Schneider, *JZ* 1972, p. 462, quien considera la definición de Burgess demasiado estrecha incluso desde la perspectiva criminológica.

[993] Vid., Lamas Puccio, *Derecho penal económico*, pp. 76 y ss., 91.

[994] Vid., así, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 20 y ss.; Heinz, *ZStW* 96 (1984), p. 430 y ss.; Richter, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2, n.m. 35; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 12 y ss.

[995] 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.

delitos económicos. Con ayuda de la demostración de los perjuicios en la economía, la dogmática penal afirma la lesividad de los bienes jurídicos (económicos) y justifica, de esta manera, la imposición de una sanción penal[996]. Esta acreditación del daño producido por la criminalidad económica no sólo repercute en la creación de nuevos tipos penales, sino que sirve también para cuestionar algunos tipos penales existentes en cuanto a la respuesta punitiva que contemplan. Al ofrecer la criminología criterios de medición del daño producido por la criminalidad económica, la dogmática penal exige, de la mano del principio de proporcionalidad, que el legislador penal proceda a una elevación de la pena de los delitos económicos en comparación con los delitos de hurto, apropiación ilícita o estafa. En términos de lesividad, resulta insostenible que la represión de la criminalidad económica tenga en la actualidad una atención fundamentalmente marginal.

b. El abuso de la confianza

Otro sector de la criminología considera que el simple daño a la economía no basta para caracterizar a la criminalidad económica[997], pues un homicidio también podría calificarse de delito económico, en tanto priva al sistema económico de una persona económicamente activa. Resulta necesario un aspecto adicional que permita diferenciarla de la simple producción de daños generales a la economía. Este criterio lo ofrecería el abuso de la confianza de las estructuras del orden económico o de algunas de sus instituciones[998]. En efecto, no basta que una conducta produzca 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[999]. El delito

---

[996] Así, por ejemplo, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 50; RICHTER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger (Hrg.), § 2 , n.m. 35.

[997] En este sentido, OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 342.

[998] 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.

[999] Vid., así, VOLK, *MschrKrim* 1977, p. 273.

económico consistiría, por tanto, en una conducta económicamente dañosa que produce una defraudación de la confianza en el funcionamiento del sistema económico o de ciertos sectores económicos específicos.

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 asumida en el presente trabajo. 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 aquéllos que producen una defraudación de la confianza en el orden normativo de carácter socio-económico. Hay que indicar, sin embargo, que el concepto sociológico de confianza y el que fundamenta el Derecho penal se determinan 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 comunicativamente una defraudación de las expectativas garantizadas normativamente, con independencia de si en el caso concreto se ha producido una defraudación psicológica de la confianza en los afectados[1000]. La reestabilización de la confianza en la norma tampoco requiere, por tanto, que la pena impuesta devuelva la confianza fáctica en el sistema económico.

Lo acabado de decir no debe llevar a la falsa conclusión de que los conceptos normativos pueden sostenerse sin una base fáctica mínima. Todo concepto normativo requiere de un respaldo cognitivo como condición de su existencia. Sin embargo, debe quedar claro que el análisis jurídico de cada caso concreto no puede llevarse al terreno de las consecuencias empíricas; eso no podría manejarse con los medios y recursos propios del proceso penal. En este sentido, mientras no se demuestre categóricamente que los efectos empíricos supuestos no se producen en lo absoluto, las disciplinas normativas están autorizadas a suponerlos y a proceder en consecuencia con la aplicación de lo dispuesto en la ley.

[1000] Similarmente, Otto, *Jura* 1989, p. 26.

III. LA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

1. La delimitación del concepto dogmático y el concepto político-criminal

En relación con la perspectiva jurídica de análisis del delito económico, están en disputa un concepto dogmático y un concepto político-criminal[1001]. Esta oposición de conceptos es un tema que se plantea de manera general en la configuración de la dogmática penal. Un sector importante de la doctrina penal contemporánea sostiene que la dogmática penal sólo puede cumplir su función social si tiene en cuenta las finalidades político-criminales (perspectiva teleológica), de forma tal que resulta un error metodológico intentar marcar un límite estricto entre dogmática y política criminal como en su día lo planteara VON LISZT[1002]. Frente a esta posición se presenta aquélla que intenta rescatar de alguna manera la diferencia de planos entre la dogmática penal y la política criminal, al tener por innecesario que el dogmático discuta la legitimidad de las normas penales en función de si se alcanza una situación políticamente más satisfactoria. 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 (perspectiva sistémica)[1003].

En atención a lo anterior, la perspectiva jurídica a utilizar en el análisis del delito económico debe tomar posición en el sentido de si cabe hablar de una perspectiva dogmática vinculada a finalidades político-criminales, o independiente de las mismas. Un pronunciamiento inmediato a favor de una u otra posición resultaría apresurado, pues las líneas de interpretación antes referidas no operan necesariamente con un mismo criterio de distinción entre lo dogmático y lo político criminal. Mientras que en la concepción teleológica se puede apreciar con claridad la utilización de la tradicional distinción entre *ser* y *deber ser*, la propuesta funcionalista acude, más bien, a la distinción entre *vigente* y *no vigente*[1004]. En este sen-

---

[1001] Vid., así, por ejemplo, la exposición de BAIGÚN, *GS-Armin Kaufmann*, p. 654.

[1002] 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.

[1003] Vid., así, CANCIO MELIÁ, en *El sistema funcionalista*, p. 40.

[1004] Esta idea se corresponde con la comprensión sociológica del deber (*Sollen*), emprendido por LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 27 y ss., 43 y s.

tido, 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.

La concepción dogmática de Roxin parte de la tesis de que un sistema moderno del Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, asentarse sobre determinaciones valorativas de fines[1005]. Estos fines constitutivos del Derecho penal solamente pueden ser de tipo político criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal[1006]. Sin embargo, poco se ha profundizado sobre lo que significa puntualmente esta orientación político-criminal[1007], posiblemente por el hecho de que, 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[1008]. Esto explicaría que la exposición de fundamento se mueva siempre en un plano general sin mayores precisiones sobre contextos circunstanciales.

Metodológicamente el planteamiento dogmático de orientación político-criminal sigue indiscutiblemente una perspectiva neokantiana[1009]. Esto hace necesario precisar los criterios de valoración de la realidad con los cuales se definen las finalidades que deben ser tenidas en cuenta por la dogmática penal. La realidad por sí misma no ofrece criterios de valoración jurídica, en todo caso sólo límites ontológicos[1010]. Para determinar estos criterios valorativos de carácter político-criminal, Roxin no pone la mirada directamente en la sociedad o en los rasgos que la identifican como tal, sino que recurre, más bien, al sistema político que caracteriza a la sociedad

---

[1005] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 51; El Mismo, *La evolución*, pp. 44, 58.

[1006] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 52.

[1007] Cabe resaltar el estudio de Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 17 y ss.

[1008] Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 2, 82.

[1009] 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.

[1010] Vid., con mayores referencias, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 83.

actual bajo la forma de un Estado social y de Derecho[1011]. En este modelo político de la sociedad, se destaca especialmente la obligación del Estado de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, lo que se erige en el criterio de valoración central para apreciar la realidad (el ser) desde una perspectiva de "deber ser"[1012]. El delito se define como una afectación al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos que procura evitarse con una reacción punitiva (eficacia) que debe tener en consideración, a su vez, al infractor como persona (garantías)[1013]. En esta definición no se pone la mirada en la mera expresión empírica del hecho, sino que dicho hecho se valora desde las finalidades político-criminales perseguidas por el Derecho penal.

Debe hacerse la precisión puntual de que la teoría del delito de orientación político-criminal no permanece anclada en criterios de valoración de carácter inmutable. Si la valoración política asume nuevos parámetros para ordenar de mejor manera la realidad social, el sistema dogmático tendrá que adaptarse a este cambio valorativo mediante una reformulación de sus categorías en función de las nuevas finalidades político-criminales. Hay que señalar, sin embargo, que la posibilidad de reformular el sistema dogmático en función de nuevas valoraciones políticas de la realidad, no puede llevar a desconocer la existencia de ciertos límites ontológicos que impiden una modificación arbitraria de las finalidades político-criminales y, por tanto, también de las categorías dogmáticas[1014].

La comprensión jurídico-penal de JAKOBS, por su parte, coincide con la de ROXIN en la necesidad de adaptar las categorías dogmáticas a las necesidades sociales[1015]. Sin embargo, el criterio informador utilizado por el Emérito Profesor de la Universidad de Bonn para precisar el contenido de las categorías dogmáticas resulta completamente distinto, en tanto no se

---

[1011] Vid., así, expresamente, ROXIN, *La evolución*, p. 31.

[1012] Vid., así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 69; SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 23.

[1013] Vid., ROXIN, *La evolución*, p. 32.

[1014] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 25 y ss.

[1015] 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.

vincula a la idea de finalidad política, sino a la identidad normativa de la sociedad actual[1016]. El Derecho penal no se configura en atención a postulados políticos sobre cómo debería ser la sociedad, sino a criterios funcionales en el sentido de cómo opera la sociedad actual. Desde esta perspectiva, las valoraciones jurídico-penales dejan de ser vistas como finalidades, para ser entendidas funcionalmente, es decir, como elementos configuradores de la identidad de la sociedad actual[1017]. 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 de un Derecho penal mejor, se dejan de lado, en tanto no formen parte de la actual identidad de la sociedad, esto es, mientras no tengan vigencia en la sociedad[1018].

Con la breve exposición hasta ahora realizada, se puede ir definiendo 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 normativo, 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 diferentes de determinación del modelo de orden social, sino en cierta forma también conceptos de política criminal distintos. Si con el término política criminal se quiere hacer mención al modelo normativo que informa las categorías dogmáticas del delito, resulta correcto exigir una integración entre dogmática y política criminal. Por el contrario, si la política criminal es vista como la propuesta de un nuevo modelo de orden distinto al vigente (más eficaz o más garantista), entonces hay que

---

[1016] 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*.

[1017] 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.

[1018] Así, Roxin, *La evolución*, p. 76, señala que aquí se presenta el punto central de divergencia entre su pensamiento y el de Jakobs.

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[1019]. 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. Pese a la correcta separación de planos, a esta comprensión de los posibles modelos dogmáticos cabe hacerle la objeción de 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[1020], sino en un sentido trascendente, lo cual incluye, por tanto, cómo deben de manifestarse o ser tratadas. De ello se puede inferir que lo ontológico es también un criterio normativo, de manera que puede ser tenido en cuenta dentro de un modelo dogmático de imputación.

A partir de la precisión realizada, puede señalarse que efectivamente existen dos modelos de enfoque de los sucesos penalmente relevantes: O se hace una verificación de lo empíricamente sucedido, o se lleva a cabo una imputación con base en criterios normativos a partir de la constatación 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[1021]. Lo acabado de señalar no debe

---

[1019] Vid., con mayor detalle, FRISTER, *Die Struktur*, p. 46 y ss.

[1020] Vid., así la diferencia entre ser y existencia, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 99 y ss.

[1021] Vid., en este sentido, la imputación como opuesta a la verificación, GÜNTHER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 319 y ss. Por ello, sostiene HASSEMER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 352, que la imputación no puede derivarse de simples sucesos empíricos.

entenderse, sin embargo, como un rechazo a cualquier consideración empírica, pues la imputación requiere un suceso ocurrido en la realidad, lo que constituye además el principal objeto de prueba en el proceso penal. Lo que sucede es que la discusión jurídico-penal se sitúa en el plano de los criterios normativos a utilizar para realizar la imputación penal.

Si bien coincidimos con el método funcionalista en una construcción normativa de la imputación penal, no aceptamos que la valoración política o la identidad que caracteriza en un determinado momento a la sociedad, suministren suficientemente los criterios normativos. La perspectiva normativa tiene su principal punto de referencia en el concepto de persona, a partir del cual debe configurarse la sociedad y los distintos sistemas sociales –incluido el Derecho penal[1022]. No se trata, por tanto, de un aspecto que el sistema político determine con sus diversos procedimientos formales de legitimación, ni tampoco que se encuentre absolutamente condicionado por cómo se configura sociológicamente una comunidad. Es una realidad portadora de una finalidad en sí misma, aunque queda claro que sólo podrá ser determinada racionalmente en un concreto momento histórico[1023]. La persona debe ser ubicada en el centro de las construcciones dogmáticas de naturaleza normativa.

La fundamentación dogmática asumida supera claramente los aspectos regulados expresamente por el Derecho positivo, en la medida que siempre cabe la posibilidad de eventuales contradicciones entre la identidad normativa de la sociedad basada en la persona y la regulación jurídico-positiva. Ya que se parte de un predominio de la identidad normativa de la sociedad sobre la regulación positiva de las conductas delictivas, resulta también posible, y obligado, hacer una crítica a la legislación penal que no se corresponda con dicha identidad. Si bien en estos casos podría hablarse 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 a la identidad normativa de la sociedad actual. En el caso de los jueces hay que reconocer que existe un límite político a su actuación, en

[1022] La persona como concepto normativo, Spaemann, *Personen*, p. 26.

[1023] Vid., así, Silva Sánchez, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50.

tanto su actividad, por la distribución de poderes, no puede ir en contra de lo dispuesto por el legislador[1024]. Sin embargo, no debe olvidarse que ellos cuentan también con una autorización constitucional que les permite dejar de aplicar las leyes contrarias a los principios que se desprenden de la Constitución Política.

B. El concepto de norma en la teoría del delito económico

Precisados los puntos de partida de la construcción dogmática del delito económico, resulta necesario entrar a determinar cuáles son los criterios de imputación. La teoría del delito económico debe estructurarse como un modelo de imputación de la responsabilidad penal que justifica la imposición de una pena para mantener la identidad normativa de la sociedad en la economía que ha sido defraudada por una conducta determinada. Esta imputación sólo puede realizarse válidamente si la defraudación en el ámbito económico puede reconducirse a una persona como una actuación culpable[1025]. Con la imposición de la pena, el sistema penal mantiene la vigencia de la expectativa normativa de conducta defraudada por el delito económico.

De lo expuesto se infiere que uno de los elementos esenciales de la imputación penal en los delitos económicos es la norma jurídico-penal, cuya naturaleza debe ser necesariamente precisada. Desde hace mucho compiten en la discusión dogmática fundamentalmente dos comprensiones de norma penal. Por un lado, se encuentran las posturas imperativas que definen las normas como normas de determinación dirigidas a los ciudadanos para realizar o dejar de hacer una determinada conducta[1026]. A esta línea de interpretación se le oponen los que consideran que la norma constituye esencialmente una norma de valoración, es decir, un juicio

---

[1024] Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 7, n.m. 70.

[1025] 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 imputación han cambiado, pero mantienen, aunque ciertamente en un contexto dogmático distinto, la imputación culpable.

[1026] Vid., sobre las concepciones imperativas de la norma penal MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 265 y ss., 289 y ss.

sobre el carácter desvalorado del hecho en cuestión[1027]. 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[1028].

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, tal vinculación constituye un juicio apresurado, pues tanto la norma de conducta como la norma de sanción pueden ser entendidas, a su vez, como norma de determinación o como norma de valoración. Si bien la formulación original de la norma de determinación y de la norma de valoración estuvo vinculada a la idea de una norma de conducta, nada impide que esta perspectiva se pueda llevar también a la norma de sanción. Esta 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 la diversidad de posibilidades de comprender las normas penales, surge la necesidad de precisar sobre cuál de ellas finalmente se debe construir la teoría del delito económico[1029]. En la doctrina penal contemporánea domina, desde la teoría de las normas de Armin Kaufmann[1030], un sistema del delito construido sobre la base de la norma de conducta como determinación y como valoración[1031], lo que también se sostiene en

---

[1027] Defensores clásicos de la naturaleza valorativa de las normas penales, 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.

[1028] 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.

[1029] 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.].

[1030] Vid., Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, passim.

[1031] Vid., Mir Puig, *LH-Cerezo Mir*, p. 73 y ss.; Luzón Peña, *Curso*, PG, p.64 y ss.;

relación con el delito económico[1032]. En las distintas categorías del delito se recurre a una u otra comprensión de la norma en función de las necesidades de imputación. Sin embargo, este juego alterno no es del todo armónico, como lo muestra, por ejemplo, el tema del contenido del dolo y el tratamiento del error. A ello debe agregarse que el predominio de la función de determinación en la norma de conducta, contrasta con la función de valoración que se le asigna a la norma de sanción, como lo demuestra con claridad la asunción del llamado juicio del espectador objetivo[1033]. Todo esto a lo único que lleva es a dar entrada a una construcción arbitraria de la teoría del delito que recurre, según las circunstancias o necesidades de imputación, a una u otra comprensión de la norma[1034].

Para determinar la comprensión de la norma sobre la cual debe construirse la teoría del delito económico, resulta necesario tener en cuenta la función atribuida al Derecho penal. Si su función es dirigir la actuación de los ciudadanos para evitar que lesionen bienes jurídicos, entonces la teoría del delito debe construirse sobre la norma de conducta[1035]. Por el contrario, si se asigna al Derecho penal la función social de mantener la identidad normativa de la sociedad, entonces la teoría del delito no debe construirse sobre la base del efecto que las normas penales producen directamente en los individuos, sino en la necesidad de sanción[1036]. Por esta razón, si al

---

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 58, aunque prefiere hablar de una función de protección y motivación de la norma penal.

[1032] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 39.

[1033] Vid., esta apreciación LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 12 y s.

[1034] 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 doctrina penal contemporánea. Sobre esto informa con una fina percepción PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP* 2 (2001), p. 402 y ss.

[1035] Vid., así, en el sentido más radical, la propuesta de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 626 y ss.

[1036] 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. Anteriormente M. E. MAYER, *Derecho penal*, PG, p. 43, señaló que la función de determinación de la norma en el plano jurídico tiene un significado enteramente secundario.

Derecho penal económico se le atribuye la función de restablecer las expectativas normativas defraudadas en el sistema económico, debe renunciarse a construir la teoría del delito económico desde las normas de conducta, siendo lo más coherente asumir una perspectiva de las normas que atienda directamente a estas necesidades de restabilización.

Lo anterior no debe llevarnos a olvidar que la imputación penal parte de un suceso empírico, el cual debe entenderse fundamentalmente como la producción de una situación que realiza el contenido proposicional de la norma[1037]. Sobre la base de este hecho se lleva a cabo la imputación penal conforme a unas reglas cuya configuración depende de la función que se le asigna al Derecho penal (económico)[1038]. Si el cometido del Derecho penal es, como se ha sostenido, mantener la vigencia del modelo normativo necesario para el funcionamiento de la sociedad, las reglas de imputación se estructurarán sobre la semántica profunda de las normas de sanción. Esta semántica no debe circunscribirse a las necesidades sociales. En la medida en que la sociedad solamente puede tener lugar a partir de y en atención de las personas, la teoría de la imputación penal debe construirse sobre el concepto de persona determinado desde nuestra sociedad[1039]. En la sociedad actual, el infractor se presenta como 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 de lo socialmente requerido[1040].

[1037] Vid., lo que Mañalich, *Revista de Estudios de la Justicia*, 12 (2010), p. 174, denomina, desde una perspectiva analítica, antinormatividad a partir del contenido de la norma.

[1038] Sobre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación, Hruschka, *ADPCP* 1994, p. 343 y ss.

[1039] Precisamente esta consideración de la persona permite un juicio a 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*).

[1040] Vid., Hruschka, *ADPCP* 1994, p. 345. Por ello, no puede afirmarse que un sistema basado en la normas de imputación o sanción deje de lado la función directiva de

C. La dogmática del delito económico

Si la pena devuelve comunicativamente la vigencia a la norma defraudada por el delito económico, resultará lógico que el delito económico constituya una comunicación social en ese sentido. No perder de vista esta relación de sentido es muy importante para la coherencia del sistema dogmático del Derecho penal económico. Sin embargo, la linealidad del pensamiento y los procesos de justificación obligan a hacer un análisis de pasos sucesivos. En este orden de ideas, lo primero que se debe distinguir en este trabajo es la teoría del delito económico y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico. En segundo lugar, al interior de la teoría del delito económico, se debe diferenciar entre el injusto penal y la culpabilidad penal. En la medida que el juzgador normal no puede ejecutar en un solo momento todo el complejo proceso de imputación penal, la exposición de la teoría del delito económico tendrá que dividir la imputación en los aspectos mencionados.

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 del delito actual[1041] 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 es posible hacer un juicio sobre lo antijurídico de un hecho sin referencia a una persona específica[1042].

---

la norma [vid., SILVA SÁNCHEZ, *RPDJP* 3 (2002), p. 401], sino que se reconoce tal situación, pero no se eleva a la categoría de función del Derecho penal.

[1041] 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 *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds), p. 223 y s.; 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.

[1042] 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

Sin embargo, en la perspectiva moderna de la teoría del delito, como lo fue ciertamente también hace mucho tiempo atrás, resulta cada vez más claro que el análisis penal no es simplemente un juicio objetivo sobre un hecho, sino que el hecho tiene que ser considerado desde un principio en relación con una persona[1043]. 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[1044]. Lo que la doctrina tradicional llama injusto constituye una apariencia de injusto, pues sólo un injusto culpable constituye un injusto de verdad[1045].

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 progresivos, aunque debe reconocerse que se tratará solamente de conceptos provisionales que sólo adquieren un sentido definitivo en conjunto[1046]. 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, es posible diferenciar en el proceso de imputación el injusto penal, por un lado, y la culpabilidad, por el otro.

El injusto penal se ocupa de la imputación penal del hecho, la cual, a su vez, se compone de una imputación objetiva y de una imputación subjetiva. Esta distinción no debe hacer perder de vista la visión unitaria de

---

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.

[1043] Vid., Lesch, *Injusto y culpabilidad*, p. 30.

[1044] Vid., en este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

[1045] 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.

[1046] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 123; El Mismo, *Sociedad, norma y persona*, p. 60.

la imputación penal del hecho, 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 se parte de la relevancia jurídico-penal de los aspectos objetivos abarcados por el conocimiento[1047].

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 de alguna estructura de descargo de la imputación hace que decaiga la imputación del mismo modo que la falta de las estructuras de la imputación objetiva o subjetiva[1048]. No obstante, las estructuras de descargo se encuentran ya sistematizadas por la doctrina penal en la forma de causas de justificación, de manera que resulta muy provechoso utilizarlas en el proceso de imputación como un paso diferenciado. Lo que las causas de justificación hacen es concretar aún más la imputación para excluir la que se ha hecho en un nivel más general. En principio, toda imputación puede concretar mucho más las circunstancias del hecho (el autor aseguraba con el delito su futuro profesional, el autor actuó para congraciarse con la alta dirección de la empresa, 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 penal, 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

---

[1047] En sentido similar, BERNER, *Grundlinien*, p. 40 y ss.

[1048] 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.

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 aquéllas que pueden expresar socialmente libertad y ser pasibles, por tanto, de un reproche penal de falta de fidelidad al Derecho. Resulta oportuno precisar que esta capacidad de imputación de la persona no se encuentra determinada exclusivamente por las necesidades de imputación del sistema.

b. La teoría de las consecuencias jurídicas del delito económico

Para que el Derecho penal económico cumpla su función de restabilización no basta con la imputación penal 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 económico le permite al Derecho penal vincular sus comunicaciones específicas (penas) a la conducta del autor. Sin embargo, cabe precisar que la pena no se impone automáticamente 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 ajenas al injusto culpable que levanten la necesidad de pena. Sólo en caso que persista la punibilidad de la conducta podrá imponerse la sanción penal.

Debe tenerse presente también que la imposición de la pena en un delito económico no es un proceso arbitrario, sino que requiere de una justificación racional en correspondencia con el hecho delictivo cometido (pena proporcional al hecho). 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 de un delito económico constituye el resultado de este proceso valorativo de concreción.

Para terminar, debe indicarse que el proceso de imputación penal 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 por diversas razones de conveniencia (medidas de seguridad, consecuencias accesorias y repa-

ración civil). No cabe duda que se trata de prestaciones que materializa 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.

D. La exclusión de una teoría de la imputación de las infracciones administrativas

La dogmática del delito económico que se va a emprender en los siguientes capítulos no incluye las infracciones administrativas en ámbitos de regulación económica[1049]. Como ya lo señalamos en el capítulo II, pese a las posibles coincidencias de regulación, el Derecho penal económico 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 económico y el Derecho administrativo sancionador. No tener en cuenta esta diferencia funcional llevaría a convertir el Derecho administrativo sancionador en parte del Derecho penal económico y a 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, no hay duda que existen diversos temas puntuales que han merecido una especial atención por parte de la doctrina penal. De resaltar es, por ejemplo, la discusión sobre la posibilidad de dirigir la actuación de los agentes económicos por medio de la normativa penal con la finalidad de evitar la realización de los hechos económicamente disfuncionales[1050]. Se evalúa específicamente si, con base en una determinada visión del delincuente

---

[1049] De otro parecer, ACHENBACH, en *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 593, quien considera que el Derecho penal económico incluye también al Derecho administrativo sancionador.

[1050] Vid., sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1996, p. 99 y ss.; ACHENBACH, *ZStW* 119 (2007), p. 809 y ss.; HEFENDEHL, *ZStW* 119 (2007), p. 820 y ss.

económico, resulta conveniente el recurso a las sanciones penales para reducir la incidencia que este tipo de criminalidad tiene en la sociedad actual.

Pese a la importancia del enfoque político-criminal, en este trabajo no se abordará la cuestión de cómo deberían estar regulados los delitos económicos o algunos de sus aspectos particulares. La exposición se hará a partir de la regulación jurídico-penal de carácter positivo, lo cual ciertamente no impide mostrar los vacíos o contradicciones de la legislación penal económica que deberían ser cubiertos o reformados, pero sin ofrecer propuestas de reforma legislativa en el marco de los delitos económicos, pues este trabajo sobre las reglas generales de los delitos económicos está dirigido a la actividad judicial más que a la 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 la presente exposición[1051].

[1051] Una visión político-criminal del delito económico, en este sentido, ofrece Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 62 y ss.

CAPÍTULO VIII
LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del delito es usualmente vista como una ordenación de los pasos que deben seguirse en el proceso de imputación de responsabilidad penal. En las primeras formulaciones de esta construcción conceptual, la categoría de la acción fue entendida como el sustrato empírico u ontológico previo al Derecho penal al que luego se le iban agregando los predicados que perfilan lo que es propiamente un hecho delictivo[1052]. Sin embargo, esta comprensión de la acción se encuentra en la actualidad abandonada, pues queda claro que todos los elementos del delito tienen que definirse a partir del Derecho penal[1053]. En este sentido, el concepto jurídico-penal de acción debe configurarse necesariamente en atención a la función atribuida al Derecho penal. No hay razón alguna para no seguir este mismo razonamiento en la teoría del delito económico.

Si se concibe al Derecho penal económico como un conjunto de directivas de conducta impuestas a los agentes económicos, resulta entonces lógico englobar en el concepto de acción no sólo las conductas delictivas, sino también las que respetan tales directivas. El concepto de acción no estará dado por lo que define al delito, sino por la susceptibilidad de tener un sentido de carácter penal[1054]. Por el contrario, si la función del Dere-

---

[1052] Vid., en este sentido, KORIATH, *Grundlagen*, p. 402 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

[1053] Esta línea de interpretación para el Derecho penal en general se puede encontrar ya en MEZGER, *Moderne Wege*, p. 12 y ss.; LANG-HINRICHSEN, *JR* 1952, p. 189. Actualmente lo ha puesto de nuevo de manifiesto, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 977 y s.

[1054] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Cerezo Mir*, p. 990.

cho penal económico se encuentra en el restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada por una actuación divergente del agente económico, entonces la acción jurídico-penal deberá definirse como aquella comunicación que defrauda una expectativa normativa de conducta esencial en el sistema económico[1055]. El sentido de esta comunicación no se corresponde con los pensamientos o los propósitos del sujeto individual, sino que es consecuencia de un proceso complejo de atribución de sentido conforme a parámetros jurídico-penales[1056]. Lo expuesto en el Capítulo II pone en evidencia que nuestro parecer se inclina por la segunda de las interpretaciones acabadas de esbozar.

II. LA UNIDAD DE SENTIDO DEL DELITO ECONÓMICO

Del punto de partida asumido se desprende que el concepto jurídico-penal de acción sólo podrá ser definido adecuadamente si se tiene en cuenta los diversos aspectos que dotan a un suceso de sentido delictivo[1057]. Si bien podría objetársele a esta perspectiva de análisis reducir la utilidad dogmática de la categoría de la acción a una especie de exposición general del delito y dejar de lado funciones importantes como la función de delimitación[1058], el ofrecimiento de una visión global del hecho delictivo tiene, por su parte, la utilidad dogmática de resaltar el sentido unitario de la imputación penal. La falta de simetría que muchas veces muestra el desarrollo estratificado de la teoría del delito se debe en gran medida a la pérdida de vista precisamente de la unidad de sentido que constituye el delito. En consecuencia, la definición jurídico-penal de la acción a partir de su sentido global no puede ser tildada de dogmáticamente inútil, sino que, por el contrario, permite articular las distintas categorías del delito de manera uniforme.

[1055] Vid., similarmente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 116 y s.

[1056] 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.

[1057] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 121 y ss.

[1058] 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.

En los delitos económicos, el concepto de acción no es distinto, con la única particularidad de que la defraudación de la expectativa normativa de conducta se produce en el marco de las estructuras del sistema económico. Esta defraudación tiene lugar por la infracción de un rol objetivamente imputable, individualmente evitable y atribuible culpablemente a un ciudadano que interviene en el sistema económico. Como puede identificarse con facilidad, tres son los elementos esenciales de esta definición de la acción delictiva: La atribución del estatus de ciudadano al sujeto económico, la infracción del rol jurídicamente atribuido y la evitabilidad individual de la infracción.

1. La atribución del estatus de ciudadano al sujeto económico

Para atribuir a un suceso el sentido de una defraudación de expectativas normativas de conducta, resulta necesario referirlo a la actuación de un ciudadano. El estatus de ciudadano lo alcanzan las personas que están en capacidad de discutir argumentativamente el orden normativo de la sociedad en la que se desenvuelven[1059]. Sin embargo, esta capacidad crítica no se puede ejercer de cualquier manera, pues el sistema democrático establece los procedimientos formales para que los ciudadanos expresen las razones que deberían llevar a la modificación del orden normativo vigente en la sociedad. Por esta razón, frente a lo que disponen las normas jurídicas aprobadas democráticamente, el ciudadano no puede hacer valer su capacidad de tomar una posición crítica, desconociendo su validez para regir su actuación concreta. El ciudadano se presenta en este contexto como una persona en Derecho que está obligado a cumplir con las normas jurídicas vigentes[1060]. Bajo estas consideraciones, la acción jurídico-penal consiste en la defraudación de la norma penal por parte de un ciudadano que, como persona en Derecho, tenía que haberla observado.

La relación existente entre el estatus de ciudadano y la calidad de persona, hace necesario esclarecer el nivel de implicancia de ambos conceptos. Si se parte de un concepto formal de persona definido por el sistema so-

---

[1059] Sobre la persona deliberativa como ciudadano, Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 248 y ss.

[1060] Vid., Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, p. 252; Mañalich, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6 (2005), p. 68.

cial[1061], entonces se produce prácticamente una identificación entre persona y ciudadano. Persona será aquel que pueda comunicar socialmente, lo que será determinado autorreferencialmente por el propio sistema social, para lo cual poco importa sus aspectos individuales[1062]. Las necesidades de mantenimiento del sistema social serán las que eleven a un individuo a la categoría de persona y lo harán, por tanto, poseedor del estatus de ciudadano. Desde esta perspectiva también es posible que un individuo no sea considerado persona o lo sea sólo en ámbitos parciales, dependiendo, claro está, de las necesidades sociales de respuesta ante determinadas situaciones disfuncionales.

Si se parte, por el contrario, de un concepto realista de persona, entonces la individualidad existente incide necesariamente en el reconocimiento de la personalidad. Por lo tanto, no es el sistema social el que decide quién comunica jurídicamente, sino que ello tiene lugar por la propia naturaleza humana del individuo. Sin embargo, la atribución del estatus de ciudadano no se alcanza por el solo hecho de ser persona, sino que, para poder serlo en Derecho, resulta necesario cumplir con ciertas condiciones de habilitación. De manera simplificada, podría decirse que la persona alcanza el estatus de ciudadano en la medida que pueda expresar libertad en su interacción con los demás[1063] y pueda ser pasible, por tanto, de una respuesta del sistema social[1064]. En el presente trabajo, se sigue la línea argumentativa desarrollada en el presente párrafo.

En el ámbito del Derecho penal económico resulta especialmente discutido que el estatus de ciudadano pueda predicarse únicamente de la

---

[1061] Vid., así JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 117.

[1062] Vid., así, GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 119.

[1063] 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 la acción jurídico-penal como expresión de la personalidad, aunque sin reconocer la libertad de la persona como punto de partida.

[1064] 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*, p. 8: "(...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*" (las cursivas son del original).

persona individual. Esta discusión resulta de mucha actualidad por la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que está teniendo lugar últimamente en las legislaciones penales de diversos países deudores de la tradición europea continental. Tal situación legal ha llevado a que la doctrina penal que se ocupa del tema, discuta también la posibilidad de asignar a las empresas el estatus de ciudadano (corporativo) y exigirles, a través de la implementación de un programa de cumplimiento normativo (*compliance*), una fidelidad a la legalidad[1065]. El punto de innegable discusión es si el estatus de ciudadano, que incorpora a una persona como miembro de una comunidad democráticamente organizada, puede ser atribuido a una persona jurídica.

En primer lugar, se pone en tela de juicio que las personas jurídicas participen en los asuntos públicos y puedan configurar, por lo tanto, la identidad normativa de la sociedad. La prueba más clara de ello es que no cuentan con derechos políticos de elegir y ser elegidos. Este argumento, sin embargo, no niega toda posibilidad de participación de las personas jurídicas en la conformación y decisión de los asuntos públicos. En la actualidad, a las personas jurídicas se les reconoce, sin mayor objeción, la libertad de expresión corporativa (*corporate free speech*), lo que daría pie a sostener un cierto grado de intervención en el debate de los temas públicos con una opinión que, en el caso de grandes corporaciones, no es de escasa relevancia. Por lo tanto, hay una evidente participación de las personas jurídicas en los temas de la comunidad que permite integrarlas como ciudadanos corporativos[1066].

Pero la principal objeción para la asignación del estatus de ciudadano a las personas jurídicas reside indudablemente en la dificultad para reconocerles la capacidad de actuar libremente. Está claro que las personas jurídicas no cuentan con una libertad de acción de base ontológica como las personas individuales. Sin embargo, es posible encontrar un equivalente funcional de carácter convencional que permite individualizarlas y diferenciar su actuación de la de sus miembros individuales. El autogobierno que alcanza el ente corporativo por medio de la complejidad de su organi-

---

[1065] Vid., con mayores referencias, Gómez-Jara Díez, en *Tratado*, p. 117 y ss.

[1066] Vid, con mayores referencias, Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 289 y ss.

zación[1067], se convierte en el equivalente funcional a la libertad de acción individual que legitimaría la atribución del estatus de ciudadano a las personas jurídicas (*corporate citizenship*) y abriría, por lo tanto, la posibilidad de imputarles un hecho delictivo.

2. La infracción de los roles jurídicamente relevantes

A. Punto de partida

La atribución de responsabilidad penal debe tener en cuenta las particularidades del contexto social en el que se producen los hechos delictivos. En el caso de los delitos económicos, resulta de obligada observancia la complejidad de los contactos sociales en la economía[1068]. Esta complejidad se debe esencialmente a dos situaciones características de las interactuaciones económicas.

Por un lado, resulta fácilmente constatable que un agente económico se relaciona diariamente con un número indeterminado de sujetos que supera a todas luces el círculo de sus allegados, a lo que se suma el hecho de que la preponderancia de empresas en las relaciones económicas lleva a contactos que se realizan con personas intercambiables. Ante esta situación, los niveles de información requeridos para la toma de decisiones deben circunscribirse necesariamente a datos de índole estrictamente económico (solvencia, capacidad de cumplimiento, calidad del servicio, costos, etc.). Exigir un conocimiento individualizado afectaría de forma considerable la capacidad de orientación de los agentes económicos, pues nadie sería capaz de administrar los diversos aspectos personales de tantos sujetos para decidir cómo actuar. Bajo estas circunstancias, la interrelación entre los sujetos económicos tiene que llevarse a cabo con cierto nivel de anonimidad[1069], lo que hace que la determinación del contenido de las

---

[1067] Vid., 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, en *RECPC* 08-05 (2006).

[1068] 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.

[1069] 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. En

expectativas normativas de conducta necesite de un punto de referencia estable y generalizado.

Las interrelaciones entre los sujetos económicos no se reducen, por otro lado, a contactos directos y únicos, sino que éstos se presentan mediatizados por el uso de nuevas tecnologías, la actuación de organizaciones en el mercado, la distribución de funciones en estructuras complejas, etc.[1070]. Esto hace inevitable asumir una doble perspectiva de análisis. Por un lado, resulta necesario determinar el sentido comunicativo de la actuación de cada sujeto individual en el marco de una actuación conjunta con base en estándares generales[1071]. El enfoque penal debe circunscribirse a lo que le compete a cada sujeto en su ámbito concreto de acción, independientemente de la posterior corrección o no de la acción consolidada realizada por parte del sistema colectivo al que pertenece. Por otro lado, la perspectiva penal debe también atender al sentido global de las actuaciones corporativas (*many person actions*[1072]), lo que supone integrar cada aporte individual en un marco organizativo complejo.

Las dos particularidades de los contactos sociales en el sistema económico a los que se acaba de hacer mención de forma sintética en los párrafos precedentes, traen como consecuencia necesaria que se acuda al criterio del *rol* para determinar las expectativas normativas de conducta de los sujetos económicos. Y esto, a su vez, repercute directamente en los criterios de imputación de la responsabilidad penal[1073]. En consecuencia, el resta-

---

relación con los delitos económicos, 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.

[1070] 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.

[1071] Jakobs, *La ciencia*, p. 129: "(...) *sin estandarización se perdería la orientación*".

[1072] Vid., así, Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 34.

[1073] Sobre el rol como criterio para determinar la imputación penal, vid., Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 59 y ss.; El Mismo, *La ciencia*, p. 126. El rol es definido por Giménez Alcover, *El Derecho*, p. 217, como el "*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*".

blecimiento de las expectativas normativas de conductas defraudadas en el sector económico sólo podrá llevarse a cabo de manera satisfactoria si la imputación penal se determina sobre la base de la infracción de un *rol*. De lo contrario, no habrá una correspondencia entre la imputación penal y las condiciones de funcionamiento de la economía, lo que traerá consigo intolerables vacíos de punición o, lo que es peor, imputaciones abiertamente inapropiadas.

Los roles atribuidos jurídicamente al sujeto económico 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 las personas y la autonomía organizativa para administrar cada una de ellas[1074]. Como contrapartida a esta libertad de organización, al ciudadano se le impone el deber negativo de evitar organizaciones de su propia esfera que afecten a otras personas[1075]. Si el sujeto se organiza de forma tal que afecta a otras personas, será penalmente competente por dicha afectación (competencia por organización). En este proceso de imputación por medio de la competencia por organización, el rol deberá contextualizarse en el marco de las actividades emprendidas, esto es, cómo se expresa el rol general de ciudadano en el caso de un productor, comerciante, deudor, etc.[1076]. La infracción del rol general negativo da lugar a los llamados delitos de dominio[1077].

[1074] 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.

[1075] 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, *Delito de infracción de deber*, p. 83 y ss.; EL MISMO, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 274.

[1076] Le asiste razón a FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 140 y s., al señalar que no debe 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 el rol jurídico (rol general de ciudadano) en cada uno de estos ámbitos.

[1077] Vid., SÁNCHEZ VERA, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 275.

Un aspecto que merece ser destacado en relación con los delitos económicos de dominio, es que el nivel 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 delegación del trabajo mediante la contratación de servicios civiles o laborales típica de la economía moderna[1078]. Un agente económico posee en la economía actual una esfera de organización ampliada, lo cual trae consigo también una mayor carga de obligaciones negativas en el sentido de no lesionar a otras personas. La determinación de la competencia penal no requiere partir de un sujeto natural que hace un aporte causal o tiene una posición de garantía[1079], sino solamente identificar la esfera de organización del sujeto económico y calificar el hecho como una infracción del deber negativo derivado de su libertad de organización[1080]. Este proceso de imputación permite una mejor comprensión de los delitos económicos y una represión de la criminalidad económica más efectiva y ordenada por parte de los tribunales.

[1078] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 34 y s.

[1079] Como lo hacen Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad*, p. 177 y ss.; Vogel, *Revista penal* 8 (2001), p. 99; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 493; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 315. 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 el cuero después de la sesión en la que no se dispuso la llamada de retirada exigida. Sobre la necesidad de invertir la perspectiva de análisis en los delitos cometidos desde la empresa, Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 77.

[1080] 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.

Además del rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales. Los contactos sociales no tienen lugar únicamente bajo la idea de una separación de las esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre las mismas con base en instituciones sociales elementales[1081]. Debido a que el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere de relaciones estables con otras personas, existen roles especiales derivados de instituciones específicas[1082] que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otra[1083]. 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 (competencia institucional). En este caso se está ante el llamado delito de infracción de un deber[1084].

Las competencias institucionales tienen una importancia cada vez mayor en la economía[1085]. La configuración de nuevas instituciones de origen económico[1086] o la conversión de las ya existentes en el ámbito de la economía, trae consigo la atribución de deberes especiales a los suje-

---

[1081] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7 y s.; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 95 y ss.

[1082] 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 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*".

[1083] 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.

[1084] Debe reconocerse que JAKOBS, *La imputación penal*, p. 48, admite que la competencia por 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.

[1085] 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, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 219; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 9. Con ciertas dudas sobre las instituciones en el ámbito de la economía, ALCÁCER GUIRAO, *REDPC* 04-08 (2002), parte VII.

[1086] Vid., WITTECK, *Der Betreiber*, p. 165.

tos 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 este cambio en la configuración social en el sentido de comprometer a los sujetos económicos más allá de la simple contribución al desarrollo económico[1087]. Esta situación explica que a los empresarios se les cargue 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[1088].

B. La imputación penal al uso en el Derecho penal económico

La criterios de imputación en el Derecho penal económico, lejos de construirse sobre la infracción de los roles jurídicamente atribuidos, siguen la perspectiva clásica que parte de la capacidad fáctica de producir o evitar el resultado. El delito económico es sometido al esquema de interpretación de una producción directa e individual de la lesión del bien jurídico, lo que hace que la atribución de responsabilidad penal siga criterios que poco se corresponden con la complejidad antes destacada de los contactos sociales propios del sistema económico. Por esta razón, el Derecho penal económico se ve obligado a recurrir a elaboradas figuras dogmáticas con la finalidad de poder justificar la imputación jurídico-penal más allá del hecho que lesiona de manera directa el bien jurídico penalmente protegido[1089]. Buena prueba de ello es el uso extendido de la técnica legislativa del peligro abstracto, así como las construcciones dogmáticas realizadas en el plano de la omisión y la intervención delictiva. Estos mecanismos de imputación se

---

[1087] Vid., similarmente, Heine, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 92 y ss.; Jakobs, *Acción y omisión*, p. 25.

[1088] Vid., Witteck, *Der Betreiber*, p. 165; Silva Sánchez, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 55. En Derecho penal italiano se habla del modelo de imposición, vid., Alessandri, *Manuale*, p. 50 y ss. Sostiene, por el contrario, que la imputación penal en los delitos empresariales no debería hacerse con la infracción de un deber, sino con el dominio del riesgo, Claros Granados, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 160.

[1089] 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.

presentan como complejos y extraordinarios en atención al punto de partida asumido, lo que obliga a una fundamentación adicional que muchas veces complica innecesariamente la posibilidad de hacer la imputación penal.

a. Los delitos de peligro abstracto

La comprensión del injusto penal como la lesión de un bien jurídico producida por una acción individual, lleva a que, en un Derecho penal que protege exclusivamente bienes jurídicos, se exija que los tipos penales precisen la lesividad específica de la conducta delictiva. Desde este punto de vista, los delitos de peligro abstracto muy difícilmente podrán encontrar justificación dogmática, en tanto constituyen conductas que no representan (aún) una lesión o puesta en peligro del bien jurídico[1090]. No obstante, la innegable necesidad que existe en la sociedad moderna de reprimir a nivel de la peligrosidad de la conducta[1091], ha obligado a la doctrina penal a ensayar algunas propuestas para fundamentar el cumplimiento de cierto nivel de lesividad.

[1090] Así, BINDING, *Lehrbuch*, BT, II, 1, p. 3 y ss., en tanto calificaba estos delitos como simples 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.

[1091] 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 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.

Las primeras propuestas se movieron en la línea de admitir excepcionalmente la sanción de conductas en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico. 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[1092]. No obstante, los problemas para encontrar este referente individual en los llamados bienes jurídicos de "nueva generación"[1093], hizo que la doctrina penal abandonase esta forma de fundamentación y recurriese, más bien, a la construcción dogmática de los llamados bienes jurídicos supraindividuales o abstractos[1094]. Así ha sido el proceder de la doctrina mayoritaria en el Derecho penal económico[1095]. Sin embargo, dada la visión del bien jurídico como una realidad específica que resulta lesionada por la conducta del autor, la crítica al carácter nebuloso y poco preciso de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos no se ha dejado esperar[1096].

[1092] 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 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.

[1093] Vid., sobre esto, Doval Pais, en *Intereses difusos y Derecho penal*, p. 34 y ss.

[1094] 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.

[1095] 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. 215; 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.

[1096] Vid., la mencionada crítica en la doctrina penal alemana, 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.

Un sector importante de la doctrina penal ha intentado mantener la comprensión tradicional del delito y corregir la criticada 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 de una lesión individualizable sobre un objeto que representa al bien jurídico colectivo más abstracto[1097]. Por otro lado, se ha procedido a reconfigurar el principio de lesividad, al que se le ha desligado del paradigma de la lesión verificable del bien jurídico individual para ser entendido, más bien, como una lesión normativa del bien jurídico (colectivo)[1098]. Pese a estos esfuerzos, resulta patente que las mencionadas reformulaciones constituyen cuerpos extraños en la concepción tradicional del delito[1099]. En este sentido, el único camino dogmáticamente plausible iría por un cambio de la premisa inicial, esto es, por el abandono de la lesividad liberal del delito y su sustitución por una perspectiva que se ajuste a las particularidades de los contactos sociales en el sistema económico[1100].

[1097] 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.

[1098] 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.

[1099] Vid., así, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 309. Como una seria contradicción de la forma de justificar el Derecho penal económico considera MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 15, recurrir a la lesión de bienes jurídicos supraindividuales y mantener estructuras de la imputación referidas a sujetos individuales.

[1100] En este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 277; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 292.

b. La criminalización de la omisión

A la figura de la omisión se le ha dado también un protagonismo innegable para la represión de los delitos económicos, en la medida que muchas de las personas que intervienen en una actuación económica no tienen una injerencia directa en la lesión del bien jurídico, sino solamente la posibilidad de evitarla[1101]. Esto se aprecia fácilmente en dos tendencias muy marcadas. Por un lado, existe una clara inclinación a afinar los presupuestos dogmáticos de la omisión impropia para asignar a los sujetos que no participan directamente en el hecho deberes de organización, información o supervisión[1102]. Por otro lado, resulta también patente la creación cada vez más frecuente de tipos penales de omisión propia que exigen a los actores económicos una mayor contribución al mantenimiento del orden de la economía[1103], penalizando el incumplimiento de deberes generales de vigilancia[1104] y de deberes de denuncia[1105]. La omisión se convierte así en el mecanismo de imputación penal más usual en los delitos económicos.

La estrechez de la visión tradicional de la omisión que la considera una extensión de lo originalmente punible (la conducta activa), ha llevado a una reformulación de la teoría de la omisión que apunta a poner en evidencia que no se trata de una estructura de ampliación excepcional de la

---

[1101] 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.

[1102] Vid., en este sentido, Rotsch, *FS-Samson*, p. 152. Con 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 29 y s.; Claros Granados, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 54, diciembre (2013), p. 146 y ss. Con 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.

[1103] Vid., similarmente, Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 387 y s.; Alessandri, *Manuale*, p. 37.

[1104] Vid., en este sentido, para la criminalidad en la empresa, Schünemann, en *Hacia un Derecho penal*, p. 578; Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 29 y s.

[1105] Una referencia específica a la intensificación de estos deberes en el Derecho penal económico, Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 42.

imputación, sino, más bien, de una imputación equivalente a la realización activa[1106]. No obstante, surge en este contexto la pregunta de si resulta necesario esforzarse tanto en buscar criterios de equivalencia y realizar incluso tipificaciones expresas de delitos de omisión, cuando una comprensión normativa de los tipos penales con base en la competencia jurídico-penal por la infracción de un *rol* permitiría no sólo incluir conductas omisivas, sino, sobre todo, encontrar el criterio de fundamentación común para el castigo de la acción y la omisión. La imputación penal en los delitos económicos debe seguir necesariamente este segundo camino.

c. *El ejecutor inmediato como figura principal*

La comprensión naturalista del delito se aprecia también en la configuración aún dominante de la intervención delictiva en los delitos económicos[1107], en la medida que el punto de partida sigue siendo el sujeto individual que ejecuta directamente la acción delictiva. Si bien es posible que la imputación penal se extienda a otros sujetos con los que realiza conjuntamente el delito, lo dirigen desde atrás o contribuyen de alguna forma a su materialización, lo cierto es que la figura central sigue siendo el ejecutor directo. Al resto de intervinientes se les castiga a partir de la figura del ejecutor material del delito.

En muchos delitos económicos no resulta satisfactorio sancionar como partícipes a los que no intervinieron directamente en su ejecución. Por ello, en el ámbito de la criminalidad empresarial, por ejemplo, se ha procurado amplificar la potencia represiva de la autoría mediata con la aplicación de la autoría mediata por el dominio de los aparatos organizados de poder[1108]. Con

---

[1106] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 229 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 235.

[1107] Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *FS- Jescheck*, I, p. 569 y s.

[1108] 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; ROTSCH, *ZIS* 7/2007, p. 261 y s.; 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*

todo, la imputación de responsabilidad penal a los socios o administradores de una empresa sigue siendo sumamente complicada, pues la complejidad de las estructuras descentralizadas de la empresa moderna no permite un seguimiento causal de los factores desencadenantes del suceso lesivo[1109]. A raíz de esto, en la doctrina penal actual se ha empezado a sostener que, al menos en la criminalidad empresarial, resulta necesario abandonar el paradigma que parte del autor individual, para centrarse, más bien, en un autor sistémico[1110].

La misma situación de insatisfacción descrita a nivel de la autoría se presenta en relación con la participación en sentido estricto, en donde se puede apreciar abiertamente una tendencia a ampliar lo más que se pueda la responsabilidad penal de aquellos sujetos intervinientes que no son autores. Así, por un lado, la doctrina penal empieza a admitir sin mayor cuestionamiento la posibilidad de sancionar supuestos de participación imprudente[1111], a lo que debe sumarse, por otro lado, el hecho de que en diversas legislaciones penales se acuda ya a una incriminación específica para castigar al partícipe en un hecho no doloso, a pesar del llamado principio de accesoriedad limitada[1112].

C. El cambio de perspectiva

La situación deficitaria que se acaba de describir cambia radicalmente, si lo objetivamente imputable se determina con base en los roles atribuidos

---

penal económico, PG, p. 496 y s.; 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, Portal Derecho Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 4 y s.; Meini Méndez, *Ius et veritas* 13, p. 209 y s.; El Mismo, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 889.

[1109] 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, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 28 y s.

[1110] Vid., Witteck, *Der Betreiber*, p. 24 y s.

[1111] Vid., por ejemplo, Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcóy Bidasolo (dir.), p. 425, en el ámbito de la responsabilidad por el producto.

[1112] 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.

jurídicamente al sujeto económico[1113]. En esta comprensión de la responsabilidad penal, un sujeto realiza un comportamiento objetivamente imputable si, en razón de su rol, ha debido evitar la realización del suceso defraudatorio de la norma[1114]. Si en el plano fenomenológico la infracción se expresa como una conducta sin un resultado lesivo, como una acción u omisión, o como una acción directa o intermediada por otros, son simples particularidades empíricas que no influyen en la imputación penal. Lo determinante es que se le pueda hacer penalmente competente por el hecho ocurrido. Por el contrario, si el sujeto no es competente por la aparición del suceso en función de lo exigible conforme a los roles, no podrá responder penalmente, aun cuando en términos fácticos haya intervenido o podido evitar su realización.

Es indudable que el abandono de la perspectiva naturalista de la imputación penal repercute positivamente en la represión de los delitos económicos[1115]. Pero además permite hacer frente a 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. En efecto, debe quedar claro que 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 penal requiere adoptar criterios de ordenación que se ajusten a los ámbitos de responsabilidad jurídicamente atribuidos a las personas que interactúan en el sistema económico. De otro modo, se corre el peligro de caer en un irracionalismo penal.

Con base en la reformulación propuesta de la imputación penal, los problemas de legitimación de las figuras dogmáticas de raíz naturalista antes mencionadas no sólo se superan, sino que incluso adquieren nue-

---

[1113] Fundamental, en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 7. Críticamente, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, p. 19 y s.

[1114] Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 115 y s.

[1115] Vid., en este sentido, LAMPE, *La dogmática jurídico penal*, p. 101 y s.; WITTECK, *Der Betreiber*, p. 21.

vos contornos que las hacen completamente razonables. 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[1116]. La idea de partida es que en una sociedad de libertades el Estado sólo tiene que indicar algunos criterios generales de actuación y dejar su concreción en manos de los ciudadanos[1117]. Sin embargo, si se trata de ámbitos tan dinámicos y cambiantes como el económico, surge el riesgo de que cada ciudadano tenga una representación muy diferente de cómo debe actuar[1118]. Ante esta situación el Estado debe definir centralizadamente cuándo una actuación no se ajusta a los criterios generales del orden social, lo que puede suceder aun cuando un objeto valorado positivamente no haya sido todavía lesionado[1119]. En dicho caso, el rol atribuido al sujeto se infringirá con el apartamiento de los estándares de actuación fijados centralizadamente por el Estado[1120].

La construcción de la teoría del delito a partir de la distinción entre acción y omisión deja también de tener un sentido determinante, en la medida que parte de un dato contingente (la situación en la que el sujeto se encuentra) y de una visión descriptiva del tipo penal hoy ampliamente superada[1121]. Por esta razón, se tiene que dejar de considerar al sujeto de la

---

[1116] 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.

[1117] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 301.

[1118] 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.

[1119] Vid., Jakobs, *La ciencia*, p. 124.

[1120] 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, aquéllos que realizan un comportamiento externo perturbador, de aquéllos que son definidos como perturbadores porque generalmente son adecuados para producir esas perturbaciones.

[1121] 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. De manera específica para el Derecho penal económico, sostiene la equivalencia de la acción y la omisión para afectar el bien jurídico protegido, Volk, en *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bernal (ed.), p. 18 y s.

imputación como un sistema psico-físico que realiza acciones y observarlo, más bien, como una persona a la que se le atribuyen roles jurídicamente definidos[1122]: Bajo esta lógica, la imputación de responsabilidad penal se estructurará sobre la infracción de estos roles, siendo absolutamente irrelevante si tal infracción tuvo lugar fácticamente por una acción o por una omisión[1123]. Lo normativamente determinante reside en la infracción de los deberes de aseguramiento y salvamento derivados del rol general de ciudadano o de los deberes positivos impuestos por los roles especiales[1124].

De igual manera debe procederse a la reconfiguración de la intervención delictiva desde la lógica de una imputación con base en roles. En este orden de ideas, en los delitos de dominio no resulta necesario hablar de un injusto del autor y de injustos accesorios de los partícipes, sino de un solo injusto penal en el que toman parte varios sujetos[1125]. La configuración de un injusto común permitirá el castigo de los diversos intervinientes, una vez que haya alcanzado el estadio de realización punible[1126]. No obstante, la visión normativa pone en claro que no basta con la simple participación en la etapa previa o en la ejecución del injusto para responder penalmente, sino que es necesario establecer la competencia por organización de los intervinientes por la realización del injusto común. Esta determinación normativa se lleva a cabo mediante criterios cualitativos, concretamente con la utilización de la llamada teoría de la imputación objetiva que precisa en qué casos se infringe el rol jurídicamente atribuido[1127].

Una vez que se ha determinado que el sujeto interviniente resulta competente por la defraudación de la expectativa normativa de conducta,

---

[1122] 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.

[1123] 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.

[1124] 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.

[1125] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 150 y s.; EL MISMO, *PJ* 59, p. 134.

[1126] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 154; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, p. 630 y s.

[1127] Vid., así, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 640.

deberá precisarse, con base en criterios puramente cuantitativos, si debe responder como autor o como partícipe[1128]. El establecimiento del grado de participación es también de naturaleza normativa, por lo que puede ser que la ejecución directa del delito no necesariamente implique un mayor dominio del hecho, si es que el aporte esencial se encuentra en una etapa anterior (por ejemplo, el gerente de la empresa respecto del dependiente que ejecuta la decisión)[1129]. Una especial vinculación subjetiva tampoco se exige entre los intervinientes[1130]. Tanto el autor como el partícipe infringen objetivamente el rol que se les ha atribuido, encontrándose la diferencia dogmática únicamente 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[1131], pues cada uno incumple su propio deber especial.

3. La evitabilidad individual

La doctrina actualmente dominante define el lado subjetivo del delito a partir de la idea de que la norma penal busca motivar a sus destinatarios a no lesionar bienes jurídicos[1132]. Esto supone que lo que se tiene que acreditar subjetivamente es una relación psicológica entre el autor y lo prescrito por la norma. En el caso del dolo, esta relación se expresa en una intención (directa o indirecta) del autor de lesionar el bien jurídico, mientras que en la culpa se presenta como la posibilidad psicológica de prever la lesión del bien jurídico. La diferencia cualitativa que se aprecia fácilmente entre estas dos formas de expresión de lo subjetivo, explica que lo ordinario sea el castigo penal de la conducta dolosa, a diferencia de la culpa que sólo excepcionalmente será pasible de sanción.

[1128] 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.

[1129] Así, Jakobs, *RPDJP* 5, p. 236.

[1130] Vid., con mayores indicaciones, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 164 y ss.

[1131] Vid., así, Lesch, *Intervención delictiva*, p. 68; Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 183.

[1132] 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.

En el caso de los delitos económicos, resulta muchas veces insuficiente a nivel político-criminal limitar la sanción a la actuación dolosa, pues la verificación de la voluntad psicológica del autor de lesionar el bien jurídico es sumamente difícil de materializar por la intervención de diversos sujetos en el hecho y el carácter difuso del bien jurídico protegido[1133]. Ante esta situación, la incriminación de la culpa en los delitos económicos deja de ser una excepción para convertirse en una decisión estándar del legislador[1134]. 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[1135].

La incriminación primaria de la culpa ha dado lugar a una cierta proliferación de tipos penales culposos en el Derecho penal económico que acerca el ilícito penal a una simple infracción objetiva de la norma[1136], sobre todo cuando se protegen los llamados bienes jurídicos supraindividuales[1137]. 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

---

[1133] 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.

[1134] Sobre la mayor incriminación de la culpa 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.

[1135] 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. 387 y ss.; 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.

[1136] Vid., así, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 389.

[1137] Vid., en este sentido, VOGEL, Voz: Fahrlässigkeit, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

de culpa se intenten castigar como delitos dolosos (en el lavado de activos, por ejemplo)[1138]. La solución no debe, sin embargo, encontrarse en utilizar la figura culposa para cubrir los agujeros de un sistema de imputación basado en la determinación de una realidad interna de difícil acceso, sino en asumir una configuración del lado subjetivo del delito que se corresponda mejor con las peculiaridades del sistema económico.

La construcción normativa de la faceta interna del hecho debe partir de la idea de 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[1139]. Esta dificultad se debe no sólo a la imposibilidad de acceder a la interioridad de una persona[1140], sino también a que, aun cuando pudiese accederse a la subjetividad psicológica, lo más seguro es que la mencionada interioridad muestre una mezcla de propósitos, sentimientos y emociones que difícilmente pueden ordenarse con fines de una imputación jurídico-penal. Bajo estas circunstancias, lo más razonable es partir de la idea de que la determinación de la faceta subjetiva del delito solamente puede llevarse a cabo mediante datos objetivos socialmente comprensibles[1141]; 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 normativos de naturaleza jurídico-penal[1142].

La imputación subjetiva debe determinarse a partir de la evitabilidad individual de las conductas contrarias a lo que imponen los roles atribuidos al agente económico. La imputación subjetiva no se construye, por tan-

---

[1138] Vid., así, Heinz, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 41; Dannecker, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 88.

[1139] Sobre la poca importancia de lo psíquico para el Derecho penal, vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 14.

[1140] En este sentido, Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, p. 51.

[1141] 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.).

[1142] 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.

to, sobre la base del conocimiento psicológico del sujeto al momento de realizar el hecho[1143], sino del conocimiento que le es exigible por el rol asumido y al que puede acceder desde sus circunstancias particulares. 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 afecta una realidad socialmente valiosa, tiene muy poca importancia para la atribución de responsabilidad penal. La imputación subjetiva se determina, más bien, mediante las competencias de conocimiento derivadas del rol, atendiendo a las circunstancias personales del autor.

Como cuestión final habría que hacer la precisión de que la evitabilidad individual que fundamente la imputación subjetiva no debe ser entendida en un sentido empírico[1144], sino como un concepto normativo[1145]. Por consiguiente, el momento para establecer la evitabilidad individual no debe ser necesariamente el momento de la realización del hecho[1146], pues no interesa si el sujeto pudo evitar o no la infracción de la norma al momento del hecho, sino que la falta de evitación se pueda reconducir a su ámbito de responsabilidad[1147]. Si no se siguiese esta perspectiva en la imputación subjetiva, situaciones como la culpa inconsciente y la indiferencia apenas podrían alcanzar relevancia penal.

[1143] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 55.

[1144] 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).

[1145] En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 121.

[1146] Por el contrario, 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.

[1147] 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.

CAPÍTULO IX
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación de un delito económico parte de afirmar la tipicidad objetiva del suceso sometido a un análisis penal. En la actualidad existe un amplio consenso para entender que este juicio de tipicidad no consiste en constatar realidades empíricas, sino en imputar objetivamente a una persona un comportamiento socialmente intolerable y, dado el caso, un resultado socialmente desvalorado. Por el contrario, la discusión se intensifica en relación con los criterios normativos para hacer esta imputación. Pese a lo instructivo que podría ser entrar en los pormenores de esta discusión, en este trabajo no vamos a ocuparnos de abordar lo que proponen las formulaciones más difundidas, sino que nos limitaremos a desarrollar aquella comprensión de la imputación objetiva que, a nuestro parecer, se ajusta mejor a las peculiaridades de los delitos económicos.

Como se ha indicado en el capítulo precedente, la teoría de la imputación objetiva construida sobre la base de la infracción del rol responde mejor a las necesidades punitivas del Derecho penal económico. Desde esta perspectiva, un hecho socialmente perturbador se podrá imputar a un sujeto económico sólo si constituye la infracción de su rol. Para precisar cuáles son las exigencias que los roles jurídicamente atribuidos imponen a los sujetos económicos, debe recurrirse a las distintas normas formales o materiales que regulan el sector económico correspondiente[1148]. Tomando como referencia este contexto normativo, la competencia penal podrá ser afirmada si la situación indeseada debió ser evitada por el sujeto económico en atención a su *rol*[1149].

[1148] Vid., JAKOBS, *PJ* 56, p. 136.

[1149] Vid., así, de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211.

Ya se indicó que los roles jurídicamente relevantes se ordenan en dos grupos. Por un lado se encuentra el rol general de ciudadano concretado en las actividades económicas específicas y, por el otro, los roles especiales impuestos a los sujetos económicos que dan lugar a deberes especiales en razón de una concreta institución social. Ambas clases de rol no se infringen de la misma manera. La imputación objetiva en los delitos de dominio (infracción del rol de ciudadano) sigue criterios de determinación 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 los delitos económicos.

I. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS DE DOMINIO

Durante su actividad, el sujeto económico debe mantenerse en observancia del rol general de ciudadano y, por tanto, ante la obligación originaria[1150] de hacer uso de su libertad sin perjudicar al resto[1151]. 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, como correlato lógico, una responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de sus actos de organización[1152]. No obstante, el hecho de que de la actuación de un sujeto económico se deriven causalmente daños económicos para otros, no da lugar necesariamente a una imputación objetiva[1153]. Solamente si el sujeto económico infringe, a la vez, su rol de ciudadano, podrá atribuírsele objetivamente el hecho y, dadas ciertas exigencias adicionales, una responsabilidad penal. Este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: La imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

[1150] Sobre el origen filosófico de la obligación originaria, vid., la interesante exposición de JAKOBS, *La imputación penal*, p. 7 y ss.

[1151] 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.

[1152] Vid., BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 86.

[1153] Vid., de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 212.

1. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento responde a la cuestión de si un comportamiento riesgoso pueda atribuirse al sujeto económico como infracción de su rol general de ciudadano. Para llegar a establecer esto, debemos precisar cuándo el riesgo creado por un acto de organización del sujeto económico se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico (A) y cuándo ese acto de organización puede calificarse de defectuoso (B). Por otro lado, la eventual intervención causal de diversas personas en un acto de organización defectuoso –lo que es moneda común en el ámbito de la economía–, obliga a establecer adicionalmente si todos son competentes penalmente por ello, para lo cual se debe acudir a los institutos dogmáticos del principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima (C). Finalmente, cabe señalar que existen ciertos delitos económicos que se sancionan con la sola imputación del comportamiento, los que serán precisados en sus rasgos esenciales en la última parte de este apartado (D).

A. La creación de un riesgo prohibido

a. Criterios de determinación del riesgo prohibido

La peligrosidad de una conducta entra en el ámbito del riesgo prohibido de manera clara si el propio ordenamiento jurídico lo prohíbe explícitamente debido a esa peligrosidad[1154]. En el ámbito de la economía, tal prohibición se lleva a cabo mediante las normas jurídicas que sancionan con penas o sanciones administrativas determinadas formas de actuación consideradas peligrosas[1155]. En este sentido, queda claro que no son solamente los delitos de peligro abstracto 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 la realización de ciertas conductas riesgosas[1156]. No obstante, en

[1154] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 173; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 124; Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, p. 238; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 178.

[1155] Vid., la consideración también de las prohibiciones administrativas en estos casos, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 125.

[1156] Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 294 y s.

este último caso se requiere además que estén presentes, de ser el caso, los otros presupuestos típicamente exigidos para la relevancia del riesgo[1157].

El carácter prohibido del riesgo se puede determinar también con base en 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[1158]. En caso de no existir una regulación jurídica concreta o que ésta resulte deficitaria en los extremos pertinentes, deberá recurrirse a los estándares técnicos establecidos en el sector económico específico[1159], los cuales incluyen no sólo los parámetros fijados por la ciencia y la técnica en la explotación de determinados recursos, sino también las diversas directivas de seguridad dipuestas para actuaciones realizadas al interior de una empresa (por ejemplo, las indicaciones a los instaladores en caso de empresas de gas)[1160]. Es incluso posible que la propia regulación jurídica se remita expresamente a las normas técnicas del sector correspondiente[1161].

[1157] 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 mismo parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 291 y s.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 91; SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 45.

[1158] 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.; EL MISMO, *InDret* 2/2009, p. 32; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 104, con base en un carácter indiciario.

[1159] 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.

[1160] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 271.

[1161] Vid., sobre esto, SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 187 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 46 y s. 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.

Un tema discutido sobre la utilización de las reglas técnicas como criterio de determinación del riesgo prohibido se suscita respecto de aquéllas 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 penalmente relevante[1162]. 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[1163]. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su adecuación estaba ya indiscutiblemente cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un parámetro 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 que indique cómo debe funcionar. 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[1164]. 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[1165]. En estos casos, la administración defectuosa alcanzará el carácter penalmente relevante cuando supere los niveles de riesgo razonable e implique un excesivo peligro de afectación de los intereses económicos de los titulares del patrimonio administrado.

Con base en los criterios desarrollados resulta posible determinar si los peligros de una forma de conducta se encuentran desaprobados en un

---

[1162] Vid., así, Frisch, *Verhalten*, p. 110.

[1163] Vid., Frisch, *Verhalten*, p. 110 y s.

[1164] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 126 y ss.; Schürer-Mohr, *Erlaubte Risiken*, p. 181.

[1165] Vid., igualmente, Frisch, *Verhalten*, p. 129.

sector específico de la economía[1166]. Por esta razón, no es necesario comprobar si en el caso concreto ha existido un interés preponderante sobre el riesgo generado por la conducta[1167]. 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[1168]. Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la situación concreta de actuación del autor[1169]. La referencia al autor concreto no debe entenderse como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano)[1170]. 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.

b. El riesgo permitido condicionado

En ciertos sectores sociales especialmente sensibles, por lo general la permisión del riesgo se supedita al cumplimiento de ciertas condiciones jurídicamente impuestas por la posibilidad de producirse afectaciones a bienes jurídicos personalísimos[1171]. En primer lugar, puede ser que la permisión del riesgo solamente se alcance si el sujeto actuante previamente ha obtenido una licencia o autorización administrativa para funcionar. En estos casos, se le asigna a una institución estatal de supervisión la labor de verificar si quien pretende actuar en el ámbito social especialmente sensi-

---

[1166] Vid., en general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 123; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 75 y s.

[1167] 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. 295 y s.

[1168] 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*".

[1169] Vid., en este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 249, 251; EL MISMO, *JR* 2001, p. 385.

[1170] Similarmente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 251 y ss. (espec. nota 139).

[1171] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 43.

ble reúne realmente las condiciones para un ejercicio inocuo de la actividad peligrosa. En segundo lugar, puede ser que se le imponga al sujeto actuante un deber de precaución, en el sentido de revisar permanentemente la peligrosidad de su actuación y eliminar todo potencialidad lesiva. Esto se aprecia, por ejemplo, en lo relativo a la protección del medio ambiente. Queda claro, entonces, que la actuación sin la autorización administrativa habilitante o sin cumplir con la exigencia de precaución entra en el ámbito del riesgo penalmente prohibido.

c. *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[1172]. La discusión se presenta cuando estas condiciones no se cumplen, pero se utilizan 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 penal, mientras que si se trata sólo de normas técnicas las condiciones de explotación podrán reemplazarse sin problemas por otras nuevas igualmente o más efectivas[1173]. 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 colocarse en el papel de legisladores. Sin embargo, este proceder constituye únicamente un acto de des-

---

[1172] Vid., Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 102; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 231, con amplias referencias bibliográficas.

[1173] 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.

obediencia que, dadas las condiciones de tipicidad, podría ser sancionado penalmente, pero no una competencia por un riesgo que bajo ningún supuesto se habría podido controlar.

d. 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 base en criterios cuantitativos[1174]. Como lo reconocen los estudios especializados, el riesgo prohibido puede determinarse de manera cualitativa o cuantitativa[1175]. 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 cuatro unidades impositivas tributarias para configurar el delito[1176].

En la doctrina penal se debate la cuestión de cuál es la naturaleza dogmática de los criterios cuantitativos de determinación del riesgo. 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[1177]. 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

---

[1174] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 262 y ss.

[1175] Vid., esta diferencia en referencia a la responsabilidad por el producto, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, pp.121 y ss., 197 y ss.

[1176] Vid., así la decisión de la Corte Suprema del exp. Nº 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).

[1177] Este parecer es defendido por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 265 y s.; GALLEGO SOLER, *La responsabilidad penal*, p. 321 y s.

las consecuencias sistemáticas que esta solución implica[1178]. 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[1179]. 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 manera que se autorice a sancionar con pena únicamente 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.

e. El riesgo prohibido en el fraude a la ley penal económica

La afirmación de que "toda norma jurídica prohíbe al mismo tiempo su fraude" no puede sostenerse hoy en día de manera incondicional[1180]. En el Capítulo III se hizo notar la posibilidad excepcional de sancionar conductas de fraude a la ley penal en sentido estricto, para lo cual resulta necesaria una regulación específica que respete el mínimo indispensable del principio de legalidad. Admitida la legalidad de cierta forma de punición del fraude a la ley penal, se vio después en el capítulo referido a la interpretación de la ley penal económica, cómo el juez debía interpretar las disposiciones legales que sancionan el fraude a la ley penal económica, siendo nuestro parecer cercano a la línea propuesta por Bruns de una interpretación fáctica o económica, aunque con algunas restricciones. En este apartado vamos a ocuparnos de los elementos objetivos que permiten

---

[1178] 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).

[1179] Vid., en este sentido, Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, p. 180 y ss.

[1180] Vid., en este sentido, Rietzsch, *Deutsches Strafrecht*, en Grau/Krug/Rietzsch, I, p. 272; von Weber, *Der Gerichtssaal* 114, p. 266 y ss.

sustentar la imputación del comportamiento a las conductas de fraude a la ley penal económica.

En términos de legalidad, el punto de partida es que las conductas que no están abarcadas por un tipo penal, no pueden ser sancionadas penalmente, aun cuando afecten intereses patrimoniales o económicos especialmente valiosos[1181]. Sin embargo, dentro del universo de las conductas atípicas cabe hacer una diferenciación: Por un lado, están aquéllas que son expresión del ejercicio de los espacios de libertad que deja la ley penal económica; por el otro, las que constituyen un manejo de esos espacios de libertad para lesionar los intereses penalmente protegidos[1182]. Pese a la lesividad de las conductas realizadas en fraude a la ley penal económica, la garantía de la legalidad impediría su punición, a no ser que se cuente con una cláusula especial de incriminación[1183].

La posibilidad de castigar conductas de fraude a la ley penal económica 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 sentido estricto se encuentra en el abuso de las posibilidades de configuración jurídica, lo que se evidencia con la

---

[1181] 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.

[1182] Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores de cuentas*, p. 188 y ss. A partir de esta diferenciación de supuestos se habla en la doctrina fundamentalmente tributaria de economía de opción y de fraude a la ley: 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 (vid., con mayores referencias, LARRAZ, *Metodología*, p. 51 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 jurídicos económicos directos relevantes que justifican la actuación económica realizada).

[1183] 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.

adopción de formas y la constitución de relaciones jurídicas vacías de toda finalidad económica[1184]. 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 ha tenido lugar una conducta fraudulenta, es decir, una simulación[1185]. Esta afirmación podría llevar a una identificación del fraude a la ley con los negocios ficticios que se castigan como una forma del engaño requerido en tipos penales como la estafa o la defraudación tributaria[1186]. Así las cosas, los actos de fraude a la ley penal se castigarían en la medida en que el tipo penal recogiese expresamente un elemento defraudatorio. La objeción obvia a este razonamiento es si se puede seguir llamando fraude a la ley penal a una conducta que se encontraría ya abarcada por el tipo penal.

A lo anterior debe responderse en el sentido de que la simulación característica del fraude a la ley penal no reside en el comportamiento del autor como sucede con el negocio ficticio. No existe una simulación de la operación realizada con fines de procurarse engañosamente beneficios económicos o la sustracción a obligaciones de carácter patrimonial. La simulación está referida, más bien, a la finalidad económica de la operación, pues el agente realiza una que es econonómicamente inapropiada para evitar caer en el ámbito de la ley penal, pero consigue con un acto posterior sacar el beneficio económico no obtenido directamente con su primera

---

[1184] 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.

[1185] 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.

[1186] Vid., sobre las conductas y negocios aparentes, Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 137 y ss.

actuación[1187]. Este elemento defraudatorio es el que justificaría someter a sanción penal el fraude a la ley penal[1188]. El autor procura 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.

Al fundamento material antes indicado, cabe añadir que la sanción de los actos de fraude a la ley penal es excepcional y para ello tienen que reunirse ciertas condiciones. En primer lugar, es necesaria, por razones de legalidad, la implementación de una cláusula de incriminación en figuras delictivas particulares con mecanismos de concreción extrapenales de los actos defraudatorios abarcados. No bastará, por tanto, con aprobar una cláusula general de castigo del fraude a la ley penal. En segundo lugar, esta incriminación excepcional sólo debe proceder si se trata de delitos en los que los actos que evaden la realización típica son frecuentes y muy variables, lo que hace imposible que sean expresamente abarcados por medio de una extensión específica del ámbito de aplicación del tipo penal correspondiente. Si no se da esta especial necesidad político-criminal, el recurso a una medida de incriminación tan extrema no podrá encontrar justificación.

En nuestra legislación penal apenas se cuenta con alguna cláusula de fraude a la ley penal. Por lo general se abarcan expresamente las conductas evasivas, tal como sucede con el último párrafo del artículo 105 del CP que sanciona los actos de reorganización societaria para evitar la imposición de consecuencias accesorias o el llamado delito de contrabando fraccionado que procura evitar la evasión del delito aduanero por medio de la realización de varios actos por debajo del umbral de relevancia penalmen-

[1187] 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, *passim*.].

[1188] 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.

te previsto. Por el contrario, no existe una figura delictiva que cuente con una cláusula específica de incriminación que, de manera amplia, sancione diversos actos lesivos del mismo interés protegido por medio de una vía artificial no abarcada por el tipo penal.

De implementarse en algún delito económico una cláusula de incriminación como la antes indicada, la imputación del comportamiento con base en dicha claúsula no quedará satisfecha con una simulación de la finalidad económica mediante el manejo de las formas jurídicas, pues aunque pueda constituir una conducta irregular, no será posible sostener que se ha creado un riesgo penalmente prohibido. Para poder afirmar un riesgo de tal entidad, la actuación anómala del sujeto económico debe traer como consecuencia una sustracción a la norma sancionatoria o la entrada artificial en el ámbito de una norma de permisión[1189]. Si solamente se produce una conducta anómala con fines económicos simulados, pero no se obtiene la evasión de la norma punitiva o si ésta se produce por otras razones, solamente podrá hablarse de una tentativa de fraude a la ley penal, cuya punición no es de recibo. Dado que se trata de supuestos excepcionales de criminalización, la relevancia penal no se puede alcanzar con simples actos económicamente anómalos.

B. Formas de infracción del rol de ciudadano atribuido al sujeto económico

De lo hasta ahora expuesto queda claro que la creación de un riesgo prohibido por parte del sujeto económico fundamenta la imputación del comportamiento, quedando aún por esclarecer cómo tiene lugar esta imputación. 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 incumbencias 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 ejercicio del *rol* de

[1189] 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*, § 4, n.m. 141.

ciudadano. Esta incorrecta organización puede tener lugar por el incumplimiento de deberes de aseguramiento o de salvamento, los que, en este último caso, pueden originarse por asunción o la existencia de riesgos especiales.

a. 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*"[1190]. Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva[1191], dependiendo esta cuestión del casual estado de la esfera de organización del ciudadano[1192]. En este sentido, el fundamento de la imputación no se encuentra en el plano natural, sino en un plano normativo: La infracción del rol general de ciudadano[1193]. 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[1194]. Por el contrario, 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[1195].

> **Ejemplo:** El gerente de comercialización de una empresa responderá penalmente por delito de fraude alimentario del artículo 288 del CP, tanto si él mismo vende a un cliente productos que sabe que están contaminados, como si no evita que uno de los vendedores lo haga. Se trata de deberes de aseguramiento en el sentido de evitar que la organización de la actividad de comercialización no afecte la salud de los consumidores. La libertad de organización económica de la empresa no puede justificar generar peligros en los consumidores con la falta de idoneidad de los productos comercializados.

[1190] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 349; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 30 y s.

[1191] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y s.

[1192] 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.

[1193] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

[1194] Vid., así, lo que JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, denomina deber de aseguramiento del tráfico.

[1195] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

b. *Los deberes de salvamento por asunción*

Una imputación del comportamiento puede tener lugar también como consecuencia de la infracción de deberes de salvamento, lo cual se presenta cuando no se hace nada para neutralizar riesgos que se encuentran fuera del ámbito de organización personal[1196]. El deber de salvamento surge, en primer lugar, por la *asunción* del compromiso de revocar estos riesgos antes de que se afecten los ámbitos de organización de otros. La infracción de este compromiso hace al obligado competente por el riesgo ubicado fuera de su ámbito de organización como sinalagma lógico a la renuncia de protección de los titulares de los ámbitos puestos en peligro[1197]. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión[1198].

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 asumiendo, a la vez, el compromiso de evitar a nivel del ámbito de organización de cada trabajador que tenga lugar algún tipo de perjuicio[1199].

> **Ejemplo:** El gerente de una empresa que utiliza productos que deben mantenerse en bajas temperaturas, podrá dejar que los trabajadores entren en contacto con estos productos sin una especial protección, asumiendo el compromiso de apartar y tratar médicamente de manera inmediata al trabajador ante la aparición de cualquier síntoma de enfermedad respiratoria y, de esta manera, evitar una lesión a su salud. Si el empleador no cumple con estos deberes de salvamento, entonces podrá imputársele objetivamente un comportamiento riesgoso frente al trabajador (artículo 168A del CP). Debe reconocerse, sin embargo, que esta posibilidad de organización solamente podrá tener lugar en tanto la regulación administrativa no especifique medidas preventivas de seguridad laboral en el momento mismo de la generación del peligro por parte de la actividad empresarial.

[1196] Vid., Jakobs, *La imputación penal*, p. 31.

[1197] 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.

[1198] Sobre estas posibilidades, vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

[1199] Vid., igualmente Jakobs, en *Estudios*, p. 352.

c. *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[1200]. 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[1201], pero como acertadamente lo ha puesto de relieve JAKOBS, existen conductas permitidas que, de igual manera, fundamentan deberes de salvamento[1202]. Se trata precisamente de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico sólo tolera porque llevan consigo deberes de salvamento[1203]. En este sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a los 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 se presentan sobre todo en la responsabilidad por el producto en relación con las llamadas de devolución (*Rückruf*). Si bien es posible que ciertos productos peligrosos sean producidos y comercializados lícitamente bajo la observancia de determinados estándares, a los fabricantes o comerciantes se les impondrá el deber de solicitar la devolución de los productos cuando se detecten en los mismos ciertos defectos de fabricación o efectos secundarios perjudiciales antes desconocidos[1204]. Un sector de la doctrina penal niega, sin embargo, la existencia de este deber, pues considera que si el defecto del

---

[1200] Sobre esto, vid., con detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 354; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 31 y s.

[1201] Vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 625, nota 53.

[1202] 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.

[1203] 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.

[1204] 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

producto se reconoce luego de que éste ha sido distribuido, el fabricante carece de dominio material sobre el hecho[1205]. A esta argumentación se le ha reprochado válidamente limitarse a determinar la responsabilidad penal únicamente con base en la infracción de deberes de aseguramiento[1206]. 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. Al argumento dogmático acabado de mencionar hay que agregar un argumento legal, en tanto el artículo 28 del Código de Consumo contempla explícitamente un deber de retirada de los productos defectuosos.

La doctrina penal discute sobre si el deber de salvamento que obliga a una llamada de devolución, se origina en una asunción del productor de la labor de vigilar la inocuidad del producto[1207] o en una injerencia derivada de la creación de riesgos especiales[1208]. No parece posible encontrar en el supuesto concreto de las llamadas de retirada los elementos de una asun-

---

[1205] 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 Wissenschaft*, 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.

[1206] 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 de devolución, 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 la llamada de retirada.

[1207] Vid., Schumann, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 209.

[1208] Vid., Jakobs, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 140.

ción voluntaria, por lo que mayor plausibilidad tendrá la idea de la injerencia. Hay que precisar, sin embargo, que con la afirmación de este deber de salvamento no se está fundamentado una responsabilidad por todo riesgo permitido, sino solamente por aquéllos que se permiten precisamente porque existen deberes de salvamento[1209]. Por otra parte, el productor no es competente frente a todos los peligros que naturalísticamente provengan de la entrega de un producto 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[1210].

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 varias de 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 al que la lleva a cabo, pues siempre resulta posible que los riesgos especiales que se desprenden de esta actividad fundamenten deberes de salvamento, cuyo incumplimiento podrían generar responsabilidad penal.

> **Ejemplo:** 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 se empieza a gestar por sus declaraciones, haciendo las rectificaciones correspondientes. El deber de salvamento que le corresponde al periodista respecto del riesgo financiero creado por 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 si es posible ejercitar aún 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 CP.

[1209] En este sentido, KUHLEN, *NStZ* 1990, p. 568 y s.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 218.

[1210] Vid., en este sentido, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 219 y s.

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. Cuando el hecho riesgoso se presenta en un contexto interactivo –lo cual constituye más bien lo usual en la economía–, la determinación del sujeto o sujetos penalmente competentes se vuelve un tanto compleja. Ya que no todos tienen que ser competentes por todo, resulta necesario delimitar los ámbitos de responsabilidad de los distintos intervinientes en el hecho delictivo.

La idea de partida es que la creación de un riesgo prohibido puede ser consecuencia de actos organizativos de diversas esferas de organización. Si varias personas resultan organizativamente competentes, entonces su competencia conjunta deberá ajustarse a las reglas de la intervención delictiva. Por el contrario, no habrá competencia penal, si la intervención en el hecho tiene lugar en el marco del principio de confianza o de la prohibición de regreso. En caso que el hecho lesivo se pueda reconducir a un acto de organización responsable de la propia víctima, entonces tampoco cabrá imputarle objetivamente el hecho al que lo acasionó en términos de causación, pues la víctima deberá cargar con las consecuencias lesivas producidas. Si es que no es posible afirmar la competencia penal de persona alguna por el suceso acaecido, entonces tendrá que ser tratado como un infortunio[1211].

a. Intervención delictiva

Los delitos económicos de dominio son delitos en los que cabe la intervención de varias personas[1212]. Dado que un hecho alcanza significación penal cuando se le asigna el sentido comunicativo de una defraudación de la norma, resulta lógico que no se hable de un injusto penal por la aportación de cada interviniente, sino de un solo injusto en el que varios intervienen de forma penalmente relevante[1213]. Debe quedar claro que la

[1211] Vid., Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 116 y s.

[1212] Lo primero que debe resolverse para discutir la intervención delictiva es si el delito admite una intervención o no. Vid., así, Robles Planas, *La participación en el delito*, p. 145.

[1213] Vid., así, Jakobs, *RPDJP* 5 (2004), p. 227.

contribución causal al hecho no es suficiente para afirmar una intervención delictiva, siendo necesario que, en el plano objetivo, los intervinientes resulten penalmente competentes por el riesgo prohibido[1214]. La competencia penal de los intervinientes tiene lugar cuando se presenta una repartición del trabajo que los vincula con base en criterios objetivos[1215]. Esta vinculación se produce si el sentido objetivamente asignado al aporte realizado es dar lugar al hecho delictivo. Al centrarse la intervención delictiva en este referente social de carácter objetivo, el dolo y la culpa devienen en un dato irrelevante al menos en este nivel de análisis[1216].

La doctrina dominante considera que dentro de los intervinientes en el delito cabe distinguir típicamente los autores de los partícipes[1217]. El criterio que se utiliza para hacer esta distinción es el dominio del hecho, el cual sólo se predica de los autores, mas no de los partícipes. Sin embargo, como ya se ha indicado, el hecho típico constituye una obra común de los distintos intervinientes en el hecho, por lo que a todos ellos les alcanzará cierta cuota de dominio[1218]. El que los autores cuenten con un dominio cuantitativamente mayor en comparación con los partícipes, será un aspecto que sólo debe repercutir en el ámbito de la determinación de la pena[1219]. A nivel del análisis de la tipicidad de la conducta, por el contra-

---

[1214] Vid., VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 303.

[1215] Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 627; LESCH, *Das Problem*, p. 272 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 157, 165.

[1216] Igualmente, VAN WEEZEL, en *Derecho Penal y sociedad* II, Montealegre (coord.), p. 62.

[1217] Vid., sólo, PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 749, quien señala que nuestra legislación penal sigue esta línea de interpretación.

[1218] Vid., una exposición sintética sobre el criterio de la competencia por el hecho, GARCÍA CAVERO, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 355 y ss. Críticamente frente a la competencia del autor como criterio de determinación de la autoría y la 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 al autor, esta crítica no resultaría del todo fundada. No creemos que la teoría de la imputación objetiva no aporte nada.

[1219] 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.

rio, solamente se determina la competencia conjunta de los intervinientes en el hecho.

La determinación de la intervención delictiva presenta ciertos problemas específicos en los delitos económicos. En un sector caracterizado por la distribución del trabajo, resulta común que se establezcan relaciones de naturaleza vertical, en las que una persona asume la posición de decisión (superior) y otra la labor de ejecución (subordinado). Las estructuras empresariales son un claro ejemplo de estas relaciones de subordinación. La posibilidad de que un hecho delictivo provenga de la actuación de un subordinado en ejecución de la decisión del superior, plantea la cuestión de si resulta viable una competencia conjunta por el hecho. El que pueda responsabilizarse penalmente a ambos no suscita mayores dificultades, sino, más bien, el grado de intervención asignado a cada uno de ellos. La solución tradicional va en la línea de imputar la autoría al subordinado y responsabilizar al superior, dada su falta de intervención en la ejecución del delito, únicamente como instigador[1220]. Sin embargo, el que se califique al responsable de la decisión como un simple partícipe, más allá de que la pena a imponer pueda equiparse a la del autor, resulta cuando menos contraintuitivo.

La situación precedente ha llevado a que la doctrina penal explore otras alternativas dogmáticas para afirmar la calidad de autor del superior. Un sector sostiene la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata por el dominio de los aparatos organizados de poder también a las relaciones jerárquicas de la empresa[1221]. Lo dudoso de este plan-

---

[1220] En el ámbito de las estructuras verticales de la empresa, 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.

[1221] Vid., la discusión sobre la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder en el ámbito de la empresa, 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.

teamiento es que una teoría excepcional de la autoría mediata termine convitiéndose en un recurso ordinario para resolver diversos casos específicos, lo que ha motivado incluso que su propio creador no se muestre llano a tal extensión de su ámbito de aplicación[1222]. Mucho más viable se muestra la tesis que sostiene que una intervención en el momento de la preparación del delito (decisión) no debe excluir la posibilidad de una intervención como autor, por lo que podrá sostenerse, dado el caso, una coautoría entre el superior que decide y el subordinado que ejecuta[1223]. Lo decisivo en la coautoría no es el factor temporal, sino la relevancia del aporte, y no hay duda que la decisión constituye un aspecto determinante de la configuración del hecho.

Por otro lado, la distribución del trabajo en el sistema económico trae consigo otra particularidad que influye en la determinación de la intervención delictiva. Al estar preestablecidos los canales del trabajo conjunto, no es necesario que entre las partes exista un acuerdo común para cada actuación conjunta, ni tampoco que cada aportante sepa el uso que concretamente se le dará luego a su aporte en el sistema de actuación conjunta. Bajo estas consideraciones, mantener la exigencia del requisito del acuerdo común en la coautoría o mantener un concepto unitario en la actuación culposa, resulta indudablemente poco funcional. Por esta razón, la coautoría debe prescindir del requisito subjetivo del acuerdo común, de la misma forma que debería admitirse en los delitos culposos la posibilidad de distinguir entre autor y participe. Esto último abre la puerta a la posibilidad dogmática de configurar una coautoría culposa[1224], así

---

496 y ss.; 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, Portal Derecho Penal, Hurtado Pozo (dir.), p. 4 y s.; MEINI MÉNDEZ, *Ius et veritas* 13, p. 209 y s.; EL MISMO, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 889.

[1222] ROXIN, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 56.

[1223] En este sentido, sobre la posibilidad de configurar una coautoría con un aporte en el momento previo a la ejecución del delito, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 151 y s.; JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 230; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 161 y ss.

[1224] Defienden una coautoría en los delitos culposos, con diferentes matices, WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 146 y ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*,

como también una participación culposa[1225]. Para viabilizar lo primero no habría ningún obstáculo legal, pero en cuanto a lo segundo sí lo habría, en la medida que el castigo de la complicidad se limita expresamente a la actuación dolosa.

b. Principio de confianza

En el apartado precedente, la división del trabajo se ha tomado en cuenta para dar contornos adecuados a los criterios de imputación penal en el caso de varios intervinientes. Aquí será analizada, por el contrario, desde una perspectiva liberadora de la competencia penal. En efecto, existe amplio consenso en señalar que el principio de confianza es un elemento necesario de toda división del trabajo[1226], por lo que al que actúa correctamente bajo la confianza de que los otros cumplirán con aquello que les atañe, no se le podrá imputar los riesgos derivados de la actuación conjunta. Sin embargo, el alcance de la confianza no siempre es el mismo, sino que depende del contexto de actuación y de cómo los otros actúan[1227]. En este orden de ideas, resulta necesario concretar las condiciones que permitan establecer la forma en que rige la confianza y los casos en los que la misma decae[1228]. 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[1229]. Aunque tengan un mismo punto de partida, la confianza no se conforma de igual manera en ámbitos como el tráfico rodado, la actividad médica, la división del trabajo en la empresa, la seguridad laboral o la actividad reglamentaria de

---

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.

[1225] Vid., Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425.

[1226] Vid., Puppe, *InDret* 4/2006, p. 3; Piña/Cox, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 196.

[1227] En este sentido, Feijoo Sánchez, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), p. 204.

[1228] En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 219.

[1229] Vid., en este sentido, Schumann, *Handlungsunrecht*, p. 21; Kuhlen, *Fragen*, p. 137; Paredes Castanón, *El caso de la colza*, p. 158 y ss.

la Administración. En lo que sigue, se abordarán ámbitos de vigencia del principio de confianza en cuyo marco se presentan generalmente delitos económicos.

aa) La confianza en relación con las prestaciones ajenas en el tráfico económico

En los ámbitos sociales en los que existen parámetros de coordinación entre las actuaciones de los distintos participantes, la vigencia del principio de confianza impide que se le pueda imponer, al que realiza correctamente su actuación, el deber de controlar que los otros actúen también correctamente[1230]. La doctrina penal sistematiza estos supuestos de confianza en dos grades grupos, para lo cual toma en consideración el momento de aparición de la conducta del sujeto autorizado a confiar en la actuación de los otros.

En primer lugar, están los casos en los que el carácter inocuo de una actuación depende de que la persona que actúa a continuación cumpla con lo que le corresponde[1231]. 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[1232]. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida[1233]. En estos casos solamente podrá

[1230] Vid., STRATENWERTH, *FS-Eb. Schmidt*, p. 387 y s.; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauenschutz*, 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 imprudente*, p. 327. Crítica ante el principio de confianza en el ámbito de la producción de la empresa IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 260.

[1231] 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.

[1232] Vid., KUHLEN, *Fragen*, p. 135; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 235.

[1233] 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 de la colza*, p. 162 y s.; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, p. 112.

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 puede tener válidamente la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta[1234]. Así, por ejemplo, el contribuyente que presenta la declaración jurada del impuesto a la renta elaborada por un contador con experiencia, podrá confiar, con base en el principio de confianza, en el carácter correcto de dicha declaración. La necesidad de que la confianza rija en relación con la corrección de la conducta de terceros, se exige de manera especialmente determinante en el seno de la organización empresarial[1235], pues de lo contrario no sería posible la mayor eficacia 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 o restringen su aplicación. Tempranamente se discutió el caso del que actuaba incorrectamente, en el sentido de si podía confiar, pese a su actuar defectoso, en un comportamiento correcto por parte de los otros[1236]. Negar la confianza del que actúa incorrectamente por ese solo hecho, conlleva dar entrada a una lógica versarista[1237]. Por esta razón, resulta necesario determinar el fundamento normativo por el que el principio de confianza no puede ser ya invocado por

---

[1234] Vid., Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 106.

[1235] 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; Hernández Basualto, *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), p. 191.

[1236] Vid., sobre esta discusión, Maraver Gómez, *El principio de confianza*, p. 120 y ss.; Bautista Pizarro, *El principio de confianza*, p. 101 y ss.

[1237] Así, Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 310; Maraver Gómez, *El principio de confianza*, p. 124.

el que actúa incorrectamente. Al respecto, es posible diferenciar dos supuestos. Por un lado, no será posible alegar la vigencia del principio de confianza cuando la conducta incorrecta motiva la conducta incorrecta de otro (por ejemplo, el que hace un diseño defectuoso de un automóvil no puede confiar en que el defecto sea detectado por el encargado de ensamblarlo). Por otro lado, tampoco podrá alegar confianza el que debió evitar los riesgos que se derivan del posible comportamiento incorrecto de otro (por ejemplo, el encargado de controlar la calidad de los productos luego de su producción, no puede confiar en que los encargados de producirlos lo harán correctamente).

Fuera del supuesto del actuar incorrecto precedente, en la doctrina penal existe cierto consenso en cuanto a admitir tres supuestos en los que cesa la vigencia del principio de confianza[1238].

- La confianza queda excluida, en primer lugar, si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. El punto de apoyo de esta exclusión es que un comportamiento correcto sólo puede esperarse de personas libres y responsables[1239]. Esta limitación se ha ejemplificado normalmente con situaciones referidas al tráfico rodado (participación de incapacitados, menores o ancianos), pero también es posible que se presente en ámbitos vinculados al sistema económico. Por ejemplo, la industria de los juguetes no puede confiar en un uso correcto de los mismos por parte de los menores de edad[1240].
- En segundo lugar, se señala que no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los actuantes consiste precisamente en detectar o compensar los fallos que eventualmente otro cometa[1241]. Dar

[1238] 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, FRISCH, *Verhalten*, p. 189 y s.; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 110 y s.; KUHLEN, *Fragen*, p. 140 y ss., referido a la responsabilidad por el producto; SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 12 y ss., referido al tráfico rodado.

[1239] Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 318.

[1240] Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 318.

[1241] Vid., SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 24, quien 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. Vid., con mayores referencias, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, p. 137 y ss.

vigencia al principio de confianza en tales supuestos implicaría eliminar la función implementada de controlar los posibles fallos de otros. La situación es distinta si lo que se asigna es una labor de control o supervisión, pues en tal caso no es que la confianza cesa, sino que se restringue[1242]. En este orden de ideas, el superior puede confiar en una actuación correcta del subordinado, siempre que se verifiquen ciertas condiciones sometidas a control (reportes periódicos, auditorías, respaldo documentario, etc.)[1243].

- La confianza cesa también cuando resulta evidente una conducta indebida por parte de uno de los intervinientes[1244]. Este último supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues se sustentaría, al parecer, en un conocimiento subjetivo. Hay que precisar, sin embargo, que la situación de confianza no se rompe con una mera sospecha subjetiva, siendo necesaria una situación objetiva que ponga en tela de juicio la confianza en la corrección del comportamiento del otro. Pero además debe existir un deber previo que, por la posición que ocupa el que toma conocimiento de la actuación irregular del otro, le obligue a utilizar tal conocimiento en su actuación (cesar en la confianza frente al otro)[1245].

bb) La confianza en los actos regularorios de la Administración

El principio de confianza alcanza también significación para resolver ciertos supuestos problemáticos en la imputación de delitos económicos vinculados típicamente a autorizaciones o prohibiciones administrativas. El punto de partida es que si la ley penal condiciona la conducta delictiva a

---

[1242] Así, Feijoo Sánchez, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), p. 204 y s.

[1243] De manera precisa, Silva Sánchez, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Oritz de Urbina (eds.), p. 90 y s., indica, en relación con los directivos de la empresa, que la confianza se mantiene en la medida que se procure la información sobre la actuación del subordinado.

[1244] Vid., Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 330; Maraver Gómez, *El principio de confianza*, p. 125 y ss.; Hernández Basualto, *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), p.191. De otro parecer, Puppe, *La imputación objetiva*, p. 114 y ss.

[1245] Así, Piña/Cox, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 196.

la ausencia de una autorización administrativa (p.e. el delito de instituciones financieras ilegales del artículo 246 del CP) o a la existencia de una prohibición administrativa específica (p.e. delito de depredación de recursos marítimos del artículo 309 del CP), las conductas que cuenten con dicha autorización administrativa o que no hayan recibido una prohibición de la Administración, no podrán alcanzar relevancia típica, aunque de dichas conductas se deriven consecuencias indeseables[1246]. Si bien se ha señalado que esta situación podría reducir la eficacia del Derecho penal[1247], lo cierto es que postulados como la ausencia de contradicción del ordenamiento jurídico[1248] y, sobre todo, la competencia y especialización de los ámbitos de regulación[1249], abogan por el mantenimiento de la técnica de tipificación de la accesoriedad administrativa. Un claro ejemplo de ello son 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 a una interpretación personal divergente[1250].

El fundamento de la exclusión de la relevancia típica con base en la accesoriedad administrativa de acto se ha pretendido encontrar en la estruc-

[1246] Vid., Schall, *NJW* 1990, p. 1266; Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 27 y s.; Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, pp. 210, 213. El que se niegue la imputación objetiva por razones de accesoriedad administrativa supone poner en tela de juicio 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) y acercarse, más bien, 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 existan supuestos de permisos administrativos que tengan excepcionalmente un efecto justificante.

[1247] 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.

[1248] 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.

[1249] Vid., en este sentido, Frisch, *Verwaltungsakzessorietät*, pp. 9, 61.

[1250] En el mismo sentido, Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 55 y s.; Witteck, *Der Betreiber*, p. 29 y s.

tura de los actos administrativos: como supuestos equiparables al consentimiento[1251], como simples deberes de control sobre actividades permitidas[1252], como exclusión del peligro en el caso concreto[1253] o como simple condición de ausencia de pena[1254]. Por nuestra parte, consideramos que la tipicidad objetiva no se decide por la estructura del acto administrativo, sino a partir de los criterios que determinan el ámbito de 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 esta última y no por los administrados[1255]. Esta idea general debe concretarse en función de la forma en la que la actuación de la Administración incide en los tipos penales: como autorización o como prohibición administrativa.

En el caso de la *autorización administrativa* que excluye la tipicidad de la conducta, existe consenso en cuanto a que su nulidad permite imputar objetivamente el tipo penal realizado por la conducta aparentemente autorizada[1256]. Esta afirmación a nivel objetivo no impide, sin embargo, que la

---

[1251] 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.

[1252] 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.

[1253] 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.

[1254] Vid., Horn, *UPR* 1983, p. 365 y s.

[1255] Si bien Schünemann, *FS-Triffterer*, p. 444 y ss., reconoce la competencia del Estado (incluida la Administración) para regular el aprovechamiento del medio ambiente, niega la base constitucional de la accesoriedad administrativa en el caso del acto administrativo.

[1256] Vid., Tiedemann/Kindhäuser, *NStZ* 1988, p. 343; Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 205; 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,

nulidad derivada de una evaluación defectuosa del funcionario correspondiente pueda llevar al administrado a una situación de error que excluya la imputación subjetiva[1257]. La situación se trata de forma distinta si la autorización adolece de simples vicios formales no esenciales, pues, en dicho caso, no habrá mayor problema para negar la imputación objetiva[1258]. El punto de discusión se encuentra, más bien, en el ámbito de los actos administrativos anulables[1259].

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[1260]. Un sector de la doctrina penal ha intentado, a partir de esta idea, fundamentar en todos los casos una accesoriedad solamente de leyes[1261], de manera tal 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 ser entendida desde una perspectiva única. Si existe una accesoriedad de leyes o de acto, depende de la configuración de cada tipo penal en

---

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.

[1257] 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.

[1258] Vid., así, SCHALL, *NJW* 1990, p. 1266 y s.

[1259] En este sentido, FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, p. 22.

[1260] 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.

[1261] 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.

concreto. Así, por ejemplo, en el caso de delito de contaminación ambiental del artículo 304 del CP resulta evidente que existe una accesoriedad de leyes, por lo que en caso de licencias de funcionamiento contrarias a la regulación sectorial correspondiente, la relevancia jurídico-penal de las acciones contaminantes podrá igualmente afirmarse[1262]. Por el contrario, si los tipos penales se encuentran acoplados directamente a un acto administrativo, entonces tendrá que negarse la posibilidad de una imputación, aun cuando se trate de un acto administrativo anulable[1263].

Para poder decidir si la solución antes mencionada se muestra siempre correcta, debemos ocuparnos de la razón que obliga a mantenernos en el marco del acto administrativo. No muy convincente parece ser el paralelo que hace un sector de la doctrina entre el acto administrativo y el consentimiento[1264], no sólo por lo poco plausible de una libre disposición en el ámbito administrativo[1265], sino porque la vinculación entre administrado y Administración en lo absoluto puede equipararse a una relación entre particulares[1266]. Tampoco consideramos atinado el planteamiento que, basado en el principio de legalidad, decide la impunidad general en

---

[1262] 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.

[1263] 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.

[1264] Vid., en este sentido, Jakobs, *Straftrecht*, AT Apdo 16, n.m. 29a.

[1265] 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.

[1266] Similarmente, De la Mata, N./De la Mata, I., *LH-Bacigalupo* (España), p. 487.

caso de una autorización defectuosa[1267], pues este principio no impide una interpretación autónoma de los elementos del tipo penal. De conformidad con el criterio general antes indicado, el criterio más adecuado para decidir la relevancia penal de las autorizaciones defectuosas se encuentra, más bien, en la confianza generada por la autorización administrativa[1268], la cual permite atribuir el hecho desaprobado al ámbito de competencia de la Administración.

Con base en la confianza del administrado puede hacerse una matización sumamente razonable en el caso de autorizaciones anulables. Si la anulabilidad de la autorización administrativa se debe a 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 el comportamiento realizado por este último con base en la autorización administrativa será típicamente relevante[1269]. Es una máxima extendida que la confianza solamente puede ser invocada por aquél que actúa correctamente[1270]. Cabe, sin embargo, hacer la precisión de que este parámetro de decisión no es aplicable a los delitos de desobediencia fundamentados solamente en el orden administrativo (por ejemplo, el delito de funcionamiento ilegal de casinos del artículo 243 A del CP)[1271]. En estos casos, la obtención fraudulenta

---

[1267] 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.

[1268] 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.

[1269] 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.

[1270] Vid., MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, p. 120 y ss.

[1271] Críticamente sobre los delitos configurados como infracciones formales de mera desobeciencia, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 254.

del permiso administrativo tampoco fundamentará la relevancia típica del comportamiento, pues la Administración resulta también competente por su correcto funcionamiento[1272].

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 autorización y, por ello, no puede negarse la imputación penal[1273], lo que no obsta a que se pueda alegar válidamente una disminución de la pena por reducción del injusto[1274]. 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)[1275]. 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[1276].

[1272] Similarmente, Schmitz, *Verwaltungshandeln*, p. 58; Marx, *Die behördliche Genehmigung*, pp. 137 y ss., 171. Si se quiere castigar penalmente estos supuestos, deberán 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.

[1273] 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.

[1274] Vid., en este sentido, Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 205.

[1275] 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.

[1276] 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.

Para cuestionar lo resuelto por la Administración se dispone de otras vías administrativas o judiciales.

La discusión precedente adquiere contornos propios cuando lo que el tipo penal exige es la presencia de una *prohibición administrativa específica*. Si la prohibición administrativa adolece de nulidad (por ejemplo, por haber sido emitida por funcionario incompetente), no hay mayores inconvenientes para negar la relevancia típica del comportamiento administrativamente prohibido[1277]. Mayor debate suscita el caso de una prohibición administrativa anulable, pues aquí 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[1278].

Frente a la consideración formalista antes indicada, 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[1279]. Otro sector más radical sostiene que solamente podrá tener lugar una imputación si el acto administrativo se muestra compatible con las normas sustantivas[1280], lo que implica otorgar al juez penal la facultad de revisar la legalidad de la prohibición.

[1277] 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.

[1278] Por el contrario, el parecer de ROGALL, *FS-Universität Köln*, p. 528; LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, *ZStW* 92 (1980), p. 921.

[1279] 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.

[1280] Vid., ARNHOLD, *JZ* 1977, p. 789 y s.; KÜHL, *FS-Lackner*, p. 847; SCHALL, *NJW* 1990, p. 1268.

Por nuestra parte, consideramos que para solucionar el problema de la relevancia jurídico-penal de una prohibición administrativa defectuosa debe recurrirse nuevamente a los ámbitos de competencia. 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 podría atribuírsele un acto de desobediencia formal frente a las decisiones del organismo administrativo correspondiente, lo que sólo alcanzaría para una imputación penal de delitos fundamentados exclusivamente en la inobservancia del orden establecido por la Administración, como podría ser ciertamente el caso de varios tipos penales de protección del medio ambiente[1281]. No obstante, la regla general consiste en negar en los supuestos de una prohibición administrativa defectuosa la imputación objetiva del comportamiento contrario a dicha prohibición.

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 recaerá exclusivamente en la Administración.

c. Prohibición de regreso

La prohibición de regreso impide la imputación objetiva a quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que es usado para la reali-

[1281] 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-Triffterer*, p. 451, consideran que los delitos contra el medio ambiente no se fundamentan sólo en una desobediencia a la Administración.

zación de un hecho delictivo[1282]. No es suficiente que se haya contribuido con el hecho delictivo, sino que es necesario que dicha contribución tenga el sentido objetivo de producir consecuencias delictivas[1283]. En este sentido, la actuación que se hace conforme a lo socialmente permitido no alcanza para la relevancia objetiva requerida[1284] y no puede, por tanto, considerarse una infracción del rol general de ciudadano[1285]. El hecho que el agente haya actuado sospechando la futura utilización de su aporte por otro en un eventual contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación[1286]. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable[1287], sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano[1288].

La prohibición de regreso se expresa de dos formas distintas. En primer lugar están los casos en los que un sujeto realiza un comportamiento debido o estereotipado al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización[1289]. En este supuesto la falta de vinculatoriedad del aporte con la obra delictiva es manifiesta, por lo que, bajo ningún supuesto, podrá sustentarse una imputación objetiva que alcance a quien llevó a cabo la conducta estereotipada.

> **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 paciencia con la falta de pago y

---

[1282] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 82.

[1283] Vid., así, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 152 y s.; FRISCH, *Verhalten*, p. 280 y ss.

[1284] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107.

[1285] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 15, en relación con la necesidad de una competencia del interviniente.

[1286] Vid., JAKOBS, *PJ* 59, p. 140 y ss.

[1287] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 243.

[1288] Vid., así, LESCH, *Das Problem*, p. 283.

[1289] 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.

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 al posterior inicio de un procedimiento concursal y a la defraudación de los acreedores. Aun cuando el gerente 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 objetivamente atribuible[1290].

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación neutral o generalizada a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito[1291]. En estos casos, existe 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 a un hecho delictivo[1292].

Ejemplo: Al asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, no se le podrá imputar objetivamente el delito de defraudación tributaria cometido por su cliente con esa información, si el primero se limitó a dar a conocer las deficiencias de la regulación tributaria.

En los delitos económicos, las conductas neutrales constituyen fundamentalmente la prestación de servicios profesionales de asesoría o la propia actividad económica de una empresa[1293]. Se parte consensuadamente de una ausencia de responsabilidad penal, pero la discusión se activa al momento de establecer los límites de este ámbito exento de responsabilidad penal. La doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho diver-

---

[1290] Vid. de manera general, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 156.

[1291] 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.

[1292] Vid. Jakobs, en *Estudios*, p. 217.

[1293] Subraya la importancia de estos supuestos para el Derecho penal económico, Frisch, *FS-Lüderssen*, p. 539.

sos criterios de solución al problema de las conductas neutrales con base en diversos principios y fundamentos jurídicos[1294]. Como bien lo precisa FRISCH, 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[1295]. En este sentido, lo primero que debe hacerse es precisar la ubicación dogmática de esta problemática.

Un sector de la doctrina penal intenta solucionar directamente el problema de la neutralidad de los aportes en el lado subjetivo del hecho, al considerar que la conducta neutral del partícipe se prohíbe cuando se trata de un ataque accesorio *doloso* al bien jurídico[1296]. Esta interpretación es considerada poco convincente, en tanto podría exigirse para el dolo no más que el conocimiento de la probabilidad del uso delictivo del aporte, lo que ampliaría de manera intolerable la responsabilidad penal por la realización de conductas normales de la vida cotidiana[1297]. Esta crítica parecería no alcanzar, por el contrario, a aquellos que fundamentan una responsabilidad penal sólo si existe un conocimiento seguro de la utilización delictiva de la conducta neutral[1298]. Tal solución tampoco está exenta de cuestionamientos, pues permitiría sancionar penalmente supuestos dudosos de elevación dolosa del peligro causalmente producido, como, por ejemplo, el que contrata los servicios profesionales de una persona de la que sabe con seguridad que deja de pagar fraudulentamente los impuestos que gravan dichos ingresos[1299].

[1294] Una exposición del panorama sobre el tema, FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 539 y ss.

[1295] Vid., FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 541 y ss.

[1296] 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.

[1297] 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-Lüderssen*, p. 541 y s.; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 106; LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 41 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 86.

[1298] 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.

[1299] 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

La doctrina penal mayoritaria considera que la problemática de las conductas neutrales no se debe ubicar en el plano subjetivo, siendo preciso, más bien, encontrar la razón de la restricción de la responsabilidad a nivel de la relevancia objetiva del comportamiento[1300]. En el plano causal se han defendido restricciones basadas en causas de reserva o en la causalidad hipotética, según la cual la negativa de la aportación neutral no impediría que el autor recurra a otra persona capaz de ofrecer el mismo servicio sin revelar esta vez los planes delictivos[1301]. Los problemas de prueba y la diferencia de soluciones a la que una perspectiva basada en consideraciones hipotéticas lleva en función de datos accidentales del caso concreto[1302], han traído como consecuencia que la doctrina penal sostenga preponderantemente que la restricción tiene que encontrarse en el plano de la imputación objetiva[1303].

Para poder decidir la tipicidad objetiva 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[1304]. A este parecer puede reprochársele no

---

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.

[1300] 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.

[1301] Vid., Löwe-Krahl, *Steuerhinterziehung*, p. 37.

[1302] Vid., de manera más amplia, la crítica de Pilz, *Beihilfe*, p. 146 y ss.

[1303] 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, entre las categorías de la tipicidad y la antijuricidad no existe propiamente una diferencia sustantiva, de modo que finalmente la imputación objetiva incluye ambos aspectos.

[1304] 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

hacer finalmente ninguna restricción normativa de la conducta, pues el sentido social del hecho quedará finalmente supeditado al fuero interno del sujeto[1305]. Para evitar esta preponderancia de lo interno, se han propuesto teorías mixtas, es decir, aquéllas que determinan el desvalor de la conducta con base en criterios objetivos y subjetivos[1306]. No obstante, y sin negar que en la conducta prohibida confluyan aspectos objetivos y subjetivos, una determinación simultánea de ambos aspectos resulta incompatible con una solución sistemática de carácter progresivo. Por esta razón, la doctrina penal dominante se ha esforzado por resolver en el mismo 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[1307] o que la prohibición de este comportamiento sea relevante para la protección del bien jurídico[1308]–, otros a criterios cualitativos –la solidaridad con el autor[1309] o que su aporte posea una referencia de sentido claramente delictiva[1310]–, y finalmente una tercera variante utiliza un criterio mixto basado en la cualificación y cuantificación del riesgo[1311].

A nuestro entender, las conductas neutrales son un caso de adecuación social que, mientras se realicen conforme a las pautas establecidas

---

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.

[1305] Vid., sobre esto la acertada crítica de ROBLES PLANAS, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 370 y ss.

[1306] Vid., así, TAG, *JR* 1997, p. 56; TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 191.

[1307] 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.

[1308] En este sentido, LÜDERSSEN, *FS-Grünwald*, p. 341.

[1309] 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.

[1310] 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.

[1311] Vid., en este sentido, ROGAT, *Zurechnung*, p. 147 y ss.

en el sector correspondiente, no pueden fundamentar un riesgo prohibido[1312]. Un ejemplo típico sería el caso de actuaciones de empleados 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 similares[1313]. Mientras la conducta profesional o especializada no constituya una objetivización explícita de una prestación de favorecimiento de un delito[1314], no será posible afirmar la realización del tipo objetivo del delito correspondiente. Por el contrario, el aporte profesional o estereotipado perderá su carácter si es que abandona su estándar regular y entra en un contexto marcadamente delictivo[1315].

[1312] 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 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.

[1313] 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 *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo, p. 1 y ss. 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.

[1314] Aunque cabe señalar, como correctamente lo pone en evidencia Lesch, *JR* 2001, p. 386, que estos problemas pueden presentarse también en la autoría.

[1315] Vid., Robles Planas, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 444.

Un tema sumamente discutido en la doctrina penal es si la neutralidad del aporte se pierde por conocimientos especiales sobre su futura utilización delictiva[1316]. Un sector de la doctrina penal señala que la neutralidad de la prestación profesional depende de los conocimientos que el profesional posea al momento de su prestación, de manera que si le consta el futuro uso delictivo de su prestación, será posible fundamentar su participación punible[1317]. 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 se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos*"[1318]. Sin embargo, esta confianza no podría seguir en vigor cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso[1319]. En consecuencia, quien realiza un aporte conociendo la propensión del beneficiario del mismo a cometer posteriormente un delito doloso, tendría que 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.

[1316] 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.).

[1317] Vid., con distintas peculiaridades, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 197; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, p. 513 y ss.; 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 y s.; LOHMAR, *Steuerstrafrechtliche Risiken*, p. 293; AMBOS, *JA* 2000, p. 724; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación*, p. 164 y ss.; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva*, p. 234 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 268. 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.

[1318] Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 26.

[1319] Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 27; EL MISMO, *FS-Tröndle*, p. 190 y ss.

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[1320]. 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 la prestación profesional a la comisión de un hecho delictivo. Para explicarlo con un ejemplo: Una cosa es que el abogado tributarista 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 más segura de evadir fraudulentamente el pago de determinado impuesto[1321]. 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[1322]. Mien-

---

[1320] Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 164; Lesch, *JR* 2001, p. 387; Wolff-Reske, *Verhalten*, p. 133; Arzt, *NStZ* 1990, p. 4. Anteriormente Jakobs, en *Estudios*, p. 260, hizo referencia a los criterios de "la definición del comportamiento como parte 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.

[1321] Vid., Robles Planas, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 445. No obstante, en el 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 aun cuando se mantengan dentro del manejo permitido de las cuentas.

[1322] Vid., en este sentido, Jakobs, *Imputación objetiva*, pp. 157, 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 Jhon, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 356. De una opinión contraria, Roxin, *FS-Tröndle*, p. 197; Otto, *JZ* 2001, p. 444; Ransiek, *wistra* 1997, p. 44.

tras el profesional se mueva dentro de los estándares socialmente permitidos, lo subjetivo no podrá sustentar la tipicidad objetiva de sus labores de asesoramiento.

A nuestro entender, la perspectiva objetiva ofrece el punto de partida correcto para resolver el problema de las conductas neutrales. No obstante, hay que hacer la precisión de que el criterio objetivo para fijar la neutralidad de la conducta no debe ser un rol puramente sociológico, sino fundamentalmente jurídico[1323]. Como antes se ha indicado, la persona asume en la sociedad dos tipos de roles jurídicamente relevantes: El rol general de ciudadano y los roles especiales. En el primer caso, al ciudadano se le faculta a administrar libremente su propia actividad con el deber negativo de no lesionar a terceros. En cuanto a este deber negativo no hay, por tanto, un rol de deudor, comerciante, administrador, etc.[1324], sino el rol general de cuidar que la actividad organizativa desplegada no afecte a terceras personas[1325]. La pregunta que surge en este contexto de ideas es si el rol general de ciudadano obliga a una persona que tiene ciertos conocimientos ajenos a su ámbito de actuación ordinaria a evitar lesionar a otro. Una respuesta única resulta inapropiada. Para responder a esta cuestión hay que hacer una distinción fundamental según la peligrosidad de los ámbitos de organización asumidos.

Existen actividades que implican la gestión de actividades objetivamente peligrosas (utilización de maquinaria pesada, operaciones con grandes cantidades de dinero, etc.) y actividades que no se muestran objetivamente como peligrosas (prestaciones de servicio de mensajería, concesión de préstamos, 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 objetivamente perceptible implica la obligación jurídica de evitar con todos los

---

[1323] Sigue este planteamiento, GUILLERMO BRINGAS, *Iuris lex societas* 1 (2006), p. 280, destacando que lo sociológico constituye solamente un indicio de lo jurídicamente relevante.

[1324] Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Bacigalupo* (España), p. 239, nota 8. De otra opinión parece ser la interpretación de CARO JHON, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 355.

[1325] Similarmente, PIÑA ROCHEFORT, en *LH-Jakobs* (Colombia), p. 53.

conocimientos que el riesgo se torne en lesivo[1326]. De otra forma, no se explicaría que el Derecho permita a los particulares la administración de bienes o la realización de actividades riesgosos. Jakobs sigue esta lógica al dar relevancia a los conocimientos especiales en el caso del manejo de riesgos especiales[1327]. 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[1328].

Pese al criterio de solución general que se acaba de formular, esta regla se invierte en ciertos casos excepcionales, de manera tal que los conocimientos especiales fundamentarían una responsabilidad penal en la gestión de riesgos socialmente inocuos, mientras que no lo harían a pesar de tratarse de la gestión de riesgos especiales. El primer caso se presenta cuando el actuante incorpora el conocimiento especial en el manejo del riesgo de su conducta, de manera tal que la conducta deja de ser inocua para convertirse en una gestión propia del riesgo[1329]. El segundo caso tiene lugar cuando el Estado asume la labor de determinar las competencias de conocimiento del agente en la administración y gestión de riesgos especiales –lo cual es muy usual en el ámbito de la economía. En este caso, si las competencias de conocimiento se regulan jurídicamente, los conocimientos especiales más allá de los requeridos jurídicamente no podrán fundamentar una imputación jurídico-penal[1330]. Guillermo Bringas justifica adecuadamente esta solución en el sentido de que si el Estado decide centralizar los criterios de una correcta administración de riesgos especiales, este recorte de libertad tiene como contrapartida la limitación del propio Estado para poder exigir conocimientos más allá de los que está obligado el

---

[1326] Vid., 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.

[1327] Vid., Jakobs, en *Estudios*, p. 215.

[1328] Vid., Robles Planas, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 396, quien considera que los conocimientos especiales sólo son irrelevantes en ámbitos neutrales, es decir, mientras no se entre en un ámbito de riesgo.

[1329] Vid., así, Caro John, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 357.

[1330] 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.

sujeto por la reglamentación sectorial correspondiente[1331]. 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 específicos que van más allá de lo jurídicamente exigido no permiten sustentar la imputación objetiva del comportamiento.

Debe ponerse de manifiesto que el carácter socialmente adecuado de una aportación neutral con conocimientos especiales sobre su utilización delictiva, no anula otros deberes existentes a partir de los cuales se pueda derivar una responsabilidad penal[1332]. En primer lugar, cabe mencionar el caso en el que al sujeto que realiza la prestación neutral le asiste otra competencia por organización[1333]. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el caso de la introducción de riesgos especiales[1334], como sería el caso de un miembro del directorio que no asiste a una sesión del directorio, sabiendo que se va a discutir la llamada de retirada de un producto que se puso en el mercado por una decisión en la que tomó parte. En segundo lugar, la

---

[1331] Vid., así, GUILLERMO BRINGAS, *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281.

[1332] En el Derecho penal económico, LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, p. 36 y ss. De manera general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216; FRISCH, *FS-Lüderssen*, p. 547; TAG, *JR* 1997, p. 56; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 118. Hace mención al difuso punto de vista político criminal para decidir la incriminación de estas conductas, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 438.

[1333] Vid., 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. De una posición de garantía en general FRISCH, *Verhalten*, p. pp. 247 y ss., 352 y ss.; EL MISMO, *FS-Lüderssen*, p. 547 y ss.; WEHRLE, *Regreßverbot*, p. 100 y ss.; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 157 y ss.; WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), p. 436; EL MISMO, *NStZ* 2000, p. 173; TAG, *JR* 1997, p. 56; LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, p. 43 y s.; LESCH, *JR* 2001, p. 387; SCHALL, *GS-Meurer*, p. 121; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 407 y ss.; ROBLES PLANAS, *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 404; MEDINA FRISANCHO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 70. 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.

[1334] 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.

competencia penal puede derivarse de deberes especiales de carácter institucional como, por ejemplo, la imputación penal que se hace a aquella persona que permite, al realizar su trabajo ordinario, el acceso de otro a cierta información privilegiada que debe mantener, en razón de una confianza especial, fuera del alcance de otros. Finalmente, la desaprobación jurídico-penal de una conducta neutral puede deberse a la infracción de deberes de solidaridad[1335] (p.e. el suministrante de materias primas utilizadas en la producción de ciertos bienes de consumo que conoce el carácter defectuoso de los mismos). Si la actuación estereotipada entra en algunos de los supuestos especiales antes mencionados[1336], podrá sustentarse una responsabilidad penal por la infracción de esos deberes específicos.

d. Competencia de la víctima

La imputación del comportamiento lesivo al ámbito de competencia de la víctima se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad[1337]. Una actuación autorresponsable de la víctima puede tener lugar de dos formas: Por la infracción de sus incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). En el ámbito del Derecho penal económico se discute si los criterios de determinación de la competencia de la víctima pueden llegar a tener algún tipo de aplicación[1338]. Ya que se trata

---

[1335] 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.; El Mismo, *FS-Lüderssen*, p. 549 y ss.; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 402 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 Jhon, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 358 y ss.

[1336] 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.

[1337] Vid., sobre el principio de autorresponsabilidad, 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.

[1338] Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 395, niega en general relevancia eximente al consentimiento en el Derecho penal económico, en tanto los bienes jurídicos en

de delitos referidos a estructuras económicas y no a derechos subjetivos, parece poco factible encontrar a una persona individual como víctima[1339]. Por otra parte, el recurso a la técnica del peligro abstracto hace que, por lo general, se castiguen como delitos económicos conductas sin una lesividad concreta[1340]. Lo anterior, si bien reduce el ámbito de aplicación de la competencia de la víctima en los delitos económicos, no puede pasar por alto que diversos delitos económicos exigen un resultado de afectación concreta, por lo que la atribución del suceso a la víctima no debe ser absolutamente excluida de los criterios de imputación de los delitos económicos.

aa) Las incumbencias de autoprotección

La infracción de las incumbencias de autoprotección se presenta, por lo general, en el ámbito de la responsabilidad por el producto. Si la empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usa según las instrucciones anexadas[1341], los miembros de la empresa no tendrán que responder por el peligro que genera el uso incorrecto del producto por parte del consumidor[1342]. Si el producto termina afectando a algún consumidor, se deberá, en todo caso, a la infracción de las incumbencias de

---

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.

[1339] 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 existan estadísticamente diversos afectados aunque no se pueda 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*, § 4, n.m. 180.

[1340] Resulta llamativo precisamente que FRISCH, *Verhalten*, p. 150, limite sus observaciones sobre la conducta de la víctima a los delitos de resultado.

[1341] 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.

[1342] 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.

autoprotección atribuidas a éste, pero no a una infracción de aquello que le atañe al fabricante o distribuidor. Una falta de claridad en las instrucciones del producto mantendría, por el contrario, la competencia del fabricante.

bb) El consentimiento

La figura del consentimiento constituye otra forma de atribuir el suceso al ámbito de competencia de la víctima[1343]. En los delitos económicos, en los que la incriminación gira en torno a los intereses económicos de particulares, es perfectamente posible admitir un consentimiento que traslade el perjuicio producido al ámbito de competencia del afectado. Esto sucede, por ejemplo, en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, en los delitos contra la propiedad industrial, en los fraudes concursales, entre otros delitos económicos[1344]. La relevancia exclusoria del consentimiento podrá alcanzar incluso a los delitos en los que concurren intereses privados y públicos, pues la falta de la imputación en la parte privada podría hacer que la conducta no reúna las condiciones necesarias para el castigo[1345].

Debe recordarse que no toda actuación voluntaria de la víctima conlleva asignarle la competencia por el hecho. La autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima[1346] Esta situación se presenta, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la seguridad de los trabajadores del artículo 168A del CP[1347]. En

---

[1343] Vid., Cancio Meliá, *Conducta de la víctima*, p. 203; Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 475.

[1344] Sobre 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*, § 4, n.m. 210 y ss.

[1345] 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.

[1346] 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.

[1347] Vid., igualmente, en la normativa penal española, 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. Para fundamentar este deber de protección

efecto, si un trabajador decide voluntariamente realizar su trabajo sin las medidas de protección dispuestas por el empleador, la creación de una situación de peligro concreto para su vida o integridad física se mantendrán sobre empleador, pues a éste le compete no sólo implementar un sistema de prevención de los riesgos laborales, sino también impedir que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral sin cumplir con las medidas de seguridad establecidas.

D. Los delitos económicos que se sancionan con la sola imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar por sí sola la realización del tipo objetivo de determinados delitos económicos, concretamente los delitos de mera conducta, los delitos de peligro abstracto, la tentativa en los delitos de resultado y los delitos de emprendimiento. En estas figuras delictivas, no se requiere adicionalmente una imputación objetiva del resultado para fundamentar la imposición de una pena, sino que basta la imputación del comportamiento. No obstante, la realización del riesgo en el resultado puede traer consigo un cambio en el fundamento de la imputación penal, es decir, que el delito de peligro ceda ante un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado. En este apartado, no se pretende analizar todas las figuras delictivas que se configuran únicamente con la imputación objetiva del comportamiento, sino sólo aquéllas que usualmente se presentan en los delitos económicos.

a. El delito económico cumulativo

La categoría de delito cumulativo se ha utilizado para caracterizar la estructura típica de diversos delitos contra el medio ambiente. Estos delitos 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 afectación[1348]. El recurso a esta forma de tipificación se procura justificar en la necesidad

---

de los empleadores, SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 63, recurre a una afectación de la racionalidad de los trabajadores por habituación al riesgo (sesgos cognitivos).

[1348] Vid., KUHLEN, *GA* 1986, p. 399 y ss.; EL MISMO, ZStW 105 (1993), p. 716.

de prohibir acciones de desprecio al medio ambiente que dejan su cuidado al comportamiento de los otros ciudadanos. Su desvalor penal no se encontraría en la contribución cumulativa, sino en el fenómeno colectivo de destrucción del medio ambiente.

La legitimidad de los delitos cumulativos ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad[1349]. 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[1350]. A partir de esta fundamentación de los delitos cumulativos, la discusión se trasladaría a la selección de las conductas 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 mínimo[1351].

En cuanto a la configuración de la imputación objetiva de los delitos cumulativos, debe señalarse que éstos siguen la regla general establecida para los delitos de peligro abstracto[1352], es decir, que no es necesario un resultado de peligro o de lesión, sino solamente la imputación del comportamiento (cumulativamente) peligroso. Un delito económico cumulativo en nuestra legislación constituye, por ejemplo, el delito urbanístico tipifi-

---

[1349] 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 cumulativos no resulta posible.

[1350] Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319 y ss. De acuerdo con la legitimidad de los delitos cumulativos, 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 cumulativos 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.

[1351] Vid., detenidamente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 322 y ss.

[1352] 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.

cado en el artículo 311 del CP[1353] que sanciona el uso de terrenos agrícolas con fines urbanísticos sin requerir una puesta en peligro o una lesión del medio ambiente[1354]. La razón de la imputación se encontraría evidentemente en la representación hipotética de muchas infracciones a las normas urbanísticas.

b. La tentativa en los delitos económicos de resultado

En los delitos económicos dolosos de resultado, la punición de la tentativa con base en el artículo 16 del CP 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[1355]. La tentativa se caracteriza por la existencia de una imputación del comportamiento, sin que el riesgo creado se haya realizado en el resultado típico por razones ajenas a la voluntad del autor [1356]. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será absorbido por el castigo del delito consumado.

El resultado puede ser de lesión (delito de lesión) o de peligro (delito de peligro concreto). En el primer caso, si el riesgo prohibido creado por el autor no se realiza en un resultado de lesión, entonces el castigo sólo podrá tener lugar en grado de tentativa. Aun cuando se produzca un resultado de peligro, esto no alcanzará para hablar de un delito consumado. Esta si-

---

[1353] Contrario a considerar los delitos de ordenación del territorio como delitos económicos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, 1ª ed., p. 80, aunque más concesivo en la 2ª ed. (p. 142).

[1354] Vid., así, en relación con la regulación española, SILVA SÁNCHEZ, en *Delitos contra el urbanismo*, De la Mata Barranco (ed.), p. 29. En la jurisprudencia nacional existen interpretaciones en la línea de un delito de peligro abstracto (cumulativo), como la que hace 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.), aunque también otras, como 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.], que requieren la puesta en peligro.

[1355] Vid., en este sentido, de manera general, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.

[1356] 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.

tuación no impide que ese plus de desvalor pueda ser considerado al momento de individualizar la pena a imponer por la tentativa. En el caso de los delitos de peligro concreto, la tentativa tendrá lugar con la imputación del comportamiento sin que se haya puesto en peligro efectivo al objeto de protección penal. Si el delito económico de peligro concreto cuenta con una regulación sancionatoria extrapenal, debe quedar claro que no basta con una simple infracción de deberes reglamentarios para fundamentar la imputación del comportamiento y posibilitar el castigo a título de tentativa. Resulta 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, pues se impondría una sanción penal por simples incumplimientos administrativos.

2. La imputación objetiva del resultado

En los delitos económicos de resultado, el riesgo prohibido, cuya creación sustenta la imputación del comportamiento, debe además realizarse en el resultado típico[1357]. La realización del riesgo en el resultado no se produce con una simple sucesión causal entre el comportamiento objetivamente imputado y el resultado producido; es necesaria la existencia de una vinculación normativa entre ambos aspectos del hecho[1358]. Ya que la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida por la imputación del comportamiento (tentativa)[1359], la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios causales, sino que deberá asentarse igualmente en criterios normativos[1360]. En este sentido, el resultado, para poder ser

---

[1357] Igualmente, Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, p. 53.

[1358] Vid., en este sentido, Frisch, *Verhalten*, p. 511.

[1359] 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.

[1360] En este sentido, Frisch, *Verhalten*, p. 524 y s.; Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 97 y s. En nuestros tribunales esta idea ha sido ya admitida [vid., Rojas Vargas, *Diálogo con la jurisprudencia* 15 (1999), p. 99 y ss.]

imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al autor[1361].

A. El comportamiento prohibido como explicación del resultado

Para poder imputar objetivamente un resultado, éste debe poder explicarse en el comportamiento prohibido[1362]. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho penal considera como factor determinante el comportamiento prohibido del autor[1363]. No se trata, por tanto, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado[1364]; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en aquellos que tienen lugar en ámbitos complejos como el medio ambiente[1365] o la responsabilidad por el producto[1366]. En nuestra sociedad –que se rige no por el destino, sino por

---

[1361] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 174.

[1362] 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.

[1363] 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).

[1364] 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.

[1365] 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.

[1366] 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*, § 4, n.m. 169 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.

la planificación–, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado[1367]. Una explicación del resultado no tendrá lugar, por el contrario, si los daños producidos por el comportamiento prohibido 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[1368].

El criterio que determina que un resultado lesivo se explique por cierta conducta prohibida es la teoría del fin de protección de la norma. La idea central de esta teoría es que la norma penal no pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente de algunos de ellos[1369]. La relación de imputación del resultado se determina con base en el hecho de que el resultado producido entra en el ámbito de protección de la norma[1370]. Si el resultado producido pertenece a la clase de aquellos resultados que la norma que prohíbe el riesgo busca evitar, 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.

Ejemplo: El fin de protección del delito de estafa de crédito del artículo 247 del CP consiste en evitar el otorgamiento de un crédito bancario sin una base suficiente de conocimiento sobre la situación financiera real

---

[1367] Vid., este desarrollo argumental, Jakobs, *Imputación objetiva*, p. 180 y ss. Vid., igualmente, Frisch, *Verhalten*, p. 96.

[1368] Vid., así, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 79 y s.; El Mismo, *Imputación objetiva*, p. 185 y s.

[1369] Gimbernat Ordeig, *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.; El Mismo, *Delitos cualificados*, p. 140 y ss. Críticamente frente a la teoría del fin de protección de la norma por difusa, inadecuada e incluso innecesaria, Frisch, *Verhalten*, p. 81 y ss.

[1370] 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.

del cliente. Por esta razón, si el cliente entrega, al solicitar el crédito, datos falsos sobre la propiedad de ciertos bienes, el supuesto hipotético de que el cliente, 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 (de peligro concreto) que el delito de fraude crediticio busca evitar.

Desde la perspectiva normativa del fin de protección de la norma, la existencia de un intervalo largo de tiempo no impide la imputación objetiva del resultado al comportamiento del autor. Esta situación es usual en los delitos farmacológicos que cualifican la pena de la alteración de los medicamentos por la producción de un resultado de lesión o muerte, pues generalmente los efectos secundarios lesivos de sustancias medicinales alteradas aparecen muchos años después. La incidencia de factores adicionales esperables en la producción del resultado (consumo de ciertas sustancias alimenticias, por ejemplo) no levanta la imputación penal. Se discute, sin embargo, si el tiempo puede hacer perder la explicación del resultado en la conducta riesgosa precedente. Atendiendo a los efectos de la prescripción y a la teoría de la acción para determinar el momento de realización del delito (artículo 9 del CP), la imputación del resultado no se podrá realizar si el delito se encuentra prescrito conforme a las reglas legalmente establecidas.

B. Las explicaciones alternativas del resultado

La imputación objetiva del resultado se torna problemática cuando el resultado puede encontrar una explicación alternativa en otras conductas o sucesos[1371]. Esto sucede cuando el resultado acaecido puede ser reconducido también a otro riesgo existente: El comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida[1372]. La discusión normativa se centra en establecer concretamente a qué conducta creadora de un riesgo prohibido debe atribuirse el resultado.

[1371] Vid., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 98.

[1372] Sobre esta concurrencia, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 177 y ss.

Si los riesgos concurrentes se pueden separar, la determinación de la realización del riesgo en el resultado no es especialmente difícil. Los problemas aparecen cuando los riesgos confluyen de una manera tal que no es posible determinar cuál de ellos ha sido el eficiente en la producción del resultado[1373]. Esta situación es usual en los delitos medioambientales, específicamente, cuando diferentes acciones contaminantes crean riesgos en relación con un mismo elemento del medio ambiente (río, atmósfera, etc.). Una absolución de los intervinientes con el beneficio de la duda se mostraría a todas luces injusta, pues el resultado lesivo se ha producido por una conducta contraria a deber de ambos intervinientes. Por esta razón, la solución más equitativa sería imputarle el resultado a cada interviniente[1374], aunque admitiendo una necesaria disminución del injusto por la parte inseparable del otro interviniente[1375]. Si bien el injusto pertenece a ambos, no es posible una imputación completa de dicho injusto a cada uno de los intervinientes.

> Ejemplo: Dos empresas contaminan de manera prohibida las aguas de un río, produciéndose la muerte de un pescador por inhalación de los desechos industriales altamente tóxicos (artículo 305, segundo párrafo, inciso 2 del CP). En caso que no sea posible determinar cuál de los factores confluyentes ha sido el eficiente, cabrá una imputación objetiva del resultado cualificante 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.

En el ámbito de responsabilidad penal por el producto, es usual que se presente el supuesto de daños tardíos, esto es, aquéllos que tienen lugar mucho después como consecuencia de un daño permanente producido con anterioridad. Cabe hacer la precisión de que no se discute, en este punto, el caso de la realización tardía del resultado, pues eso no genera un problema de explicación alternativa del resultado. El riesgo es uno solo que simplemente no se realiza en el resultado de forma inmediata, sino después

---

[1373] Vid., sobre esto, Jakobs, en *Estudios*, p. 282 y s.

[1374] 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.

[1375] Vid., en este sentido, Cancio Meliá, *Líneas básicas*, p. 130.

de un tiempo. De lo que se trata aquí es el caso de una afectación ulterior como consecuencia de la situación en la que se dejó a la víctima con la realización del delito.

La opinión más extendida frente a los supuestos de daños tardíos señala que si la primera lesión se encuentra ya curada, no hay responsabilidad por las lesiones posteriores[1376]. Este parecer olvida que el daño del primer delito, con independencia de su curación, deja a la víctima en una situación de riesgo permanente[1377], por lo que la discusión no está en la lesividad del primer daño, sino en si el daño que aparece mucho después encuentra explicación preferente en el primer daño o 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 omite sus 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[1378]. 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[1379].

> **Ejemplo:** La ingesta de un medicamento adulterado que fue vendido por un proveedor, produjo una insuficiencia renal en el consumidor, lo que se castiga como delito de fraude farmacológico del segundo párrafo del artículo 294A del CP, agravado por la lesión producida con base en el 295C del CP. Si posteriormente la víctima muere por el defectuoso funciona-

---

[1376] 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.

[1377] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81. En el mismo sentido, también, FRISCH, *Verhalten*, p. 496.

[1378] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 81; ROXIN, *FS-Gallas*, p. 255; FRISCH, *Verhalten*, p. 499 y s.

[1379] 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.

miento de sus riñones, este daño posterior le podrá ser imputado al autor del primer daño y cambiar la agravación del delito por la producción de la muerte. Por el contrario, si la muerte se debe a un tipo de alimentación que no se corresponde con lo prescrito por el médico luego de su primera lesión, entonces este resultado deberá imputarse a la propia víctima.

C. Delitos económicos que requieren la imputación del resultado

En los delitos económicos de resultado la imputación del resultado constituye una condición necesaria para poder imponer la pena al autor como delito consumado[1380]. No hay duda que el delito de lesión es la figura prototípica de los delitos de resultado. Sin embargo, puede ser que ciertos tipos penales exijan como resultado algo menos que la lesión (el peligro concreto) o algo más (un segundo resultado de lesión o de peligro). Pese a estas modulaciones, lo que queda claro es que el delito de peligro concreto y el delito cualificado por el resultado siguen siendo delitos de resultado. En el Derecho penal económico es usual el recurso a estas formas de estructuración de los tipos penales, por lo que a continuación se hará una breve indicación de sus rasgos característicos.

a. Los delitos económicos de peligro concreto

Diversos delitos económicos están estructurados con la técnica de tipificación del peligro concreto, tal como sucede con el delito contra la seguridad en el trabajo, el delito de pánico financiero o algunos de los delitos contra el medio ambiente. Los delitos de peligro concreto requieren, además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado. Esto significa que el riesgo prohibido atribuido al autor como de su competencia, debe haber producido un peligro concreto. El resultado de peligro concreto se determina normativamente en atención al criterio de si en la situación creada es imposible impedir de manera planeada la relevancia lesiva de la conducta[1381]. La ausencia de la lesión en el caso concreto se deberá, por lo tanto, a razones fortuitas.

[1380] 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.

[1381] Vid., Kindhäuser, *Gefährdung*, pp. 201 y ss., 210 y ss., 277.

Ejemplo: El gerente de la empresa que vierte al río residuos industriales en cantidades por encima de las autorizadas (conducta típica) que no perjudica 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 CP.

b. Los delitos económicos cualificados por el resultado

Los delitos cualificados por el resultado se estructuran sobre la base de un delito básico normalmente doloso, al cual se le impone un marco penal más grave si su realización trae consigo un resultado lesivo adicional subjetivamente atribuible al autor[1382]. Pese a que la doctrina penal dominante considera que el resultado cualificante del delito debe ser una lesión[1383], no hay razones 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[1384]. En este sentido, puede hablarse de un delito cualificado por el resultado tanto para los casos en los que la consecuencia cualificadora sea una lesión, como cuando se trate de un peligro[1385]. Un ejemplo claro de este segundo supuesto estuvo contenido en la redacción anterior del delito de contaminación ambiental agravado del artículo 305 inciso 1 del CP.

La imputación objetiva del resultado presenta ciertas particularidades en los delitos cualificados por el resultado. Para evitar una responsabilidad por la simple producción causal del resultado, la jurisprudencia alemana ha exigido una "relación directa" entre el delito básico y el resultado cualificante[1386]. Este requisito pone de manifiesto que no basta una simple

---

[1382] 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.

[1383] 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; DIEZ RIPOLLÉS, *ADPCP* 1982, p. 627 y ss.; CARDENAL MURILLO, *ADPCP* 1989, p. 595.

[1384] En el mismo sentido, LORENZEN, *Zur Rechtsnatur*, p. 22 y s.; GÖSSEL, *FS-Lange*, p. 221.

[1385] Vid., igualmente, RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, p. 94.

[1386] 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,

vinculación causal para imputar el resultado cualificante, sino que debe existir además una relación directa entre el delito básico y el resultado cualificante[1387]. Esta relación debe establecerse también con base en el fin de protección de la norma, es decir, en atención a los resultados que el tipo penal concreto busca evitar planificadamente[1388]. 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 segundo párrafo del artículo 305 del CP regula supuestos cualificados por el resultado. Concretamente: los casos en los que las conductas contaminantes producen una lesión grave o la muerte de una persona. Para que la calificación tenga lugar no basta con una vinculación causal entre la acción contaminante y el resultado de lesión grave o muerte de una persona, sino que debe tratarse de un resultado que las acciones contaminantes normalmente producen y que procuran evitarse con la calificación del delito. Por ejemplo, la afectación a las personas que realizan actividades en el río en el que se vierten los residuos sólidos (v.g. pesca). Esa vinculación no se dará, por el contrario, si la lesión se produce por circunstancias no esperadas, por ejemplo, si se usa el agua del río como agua potable.

II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS ECONÓMICOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

La imputación objetiva presenta ciertos rasgos particulares en los delitos económicos de infracción de un deber. Como ya se ha dicho, las competencias institucionales adquieren cada vez mayor importancia en la economía de la sociedad moderna. Esta situación ha provocado que a los

---

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.

[1387] Vid., así, Maiwald, *JuS* 1984, p. 443.

[1388] 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.

sujetos económicos se les atribuya deberes especiales por encima del simple "organiza tu explotación económica sin hacer daño al resto". En consecuencia, lo que la sociedad espera de ellos sobrepasa la simple contribución al desarrollo económico por medio de su actividad explotativa[1389]. 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[1390].

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[1391]. 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 presenta como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la realidad que el vinculado institucional debió haber evitado. Estas particularidades le dan a la imputación objetiva en los delitos económicos de infracción de un deber contornos específicos.

1. La imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento en los delitos económicos 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 que rige en el sistema económico. En este primer nivel de la imputación objetiva de los delitos de infracción de un deber debe responderse fundamentalmente a tres cuestiones: Quién está institucionalmente obligado, cómo se infringe el deber institucional y los límites de la competencia institucional.

[1389] Vid., similarmente, HEINE, en *Verantwortung*, Alwart (Hrsg.), p. 92 y ss.; JAKOBS, *Acción y omisión*, p. 25.

[1390] Igualmente, PÉREZ BEJARANO, en *El Derecho penal económico*, Pérez Bejarano (coord.), p. 161.

[1391] Vid., PÉREZ BEJARANO, en *El Derecho penal económico*, Pérez Bejarano (coord.), p. 171.

El autor de un delito de infracción de un deber no puede ser cualquier persona, sino sólo el que está institucionalmente obligado[1392]. Para tener la calidad de obligado institucional se requiere, por lo general, de una atribución formal por medio de un procedimiento preestablecido. Únicamente en los casos en los que la institución no cuente con una regulación extrapenal, podría admitirse la entrada excepcional de criterios fácticos para determinar la vinculación institucional[1393]. Pero lo normal es que el acceso a una posición institucional se encuentre reglado, por lo que solamente aquéllos que acceden formalmente a la institución social específica serán titulares de los deberes especiales de carácter institucional. La sola asunción fáctica de una posición institucional no permite afirmar el surgimiento de una vinculación institucional.

> Lo expuesto precedentemente se deja explicar de la mano de un ejemplo: El delito de administración fraudulenta de persona jurídica del artículo 198 del CP cuenta con algunas modalidades que se sustentan en la infracción de un deber de fidelidad patrimonial, por lo que serán delitos económicos de infracción de un deber. En consecuencia, estas modalidades específicas no podrán ser cometidos por el que se arroga unilateralmente las funciones de administración (administrador de hecho), sino solamente por el administrador de derecho de la empresa, pues la institución de la confianza especial que sustenta el deber de fidelidad patriomonial únicamente alcanza a quien ha sido nombrado como tal por el órgano social correspondiente.

Otra de las consecuencias dogmáticas más resaltantes de la categoría de los delitos de infracción de un deber es que el obligado institucional (*intraneus*) solamente puede responder como autor, nunca como partícipe. La razón de esta consecuencia dogmática es que la infracción del deber no admite una graduación cuantitativa[1394]. Por lo tanto, si el obligado institucional lleva a cabo la conducta que frustra la vigencia de la institución social específica o simplemente ayuda o permite que otro la lleve a cabo, da absolutamente igual en términos de la imputación penal, pues en todos

---

[1392] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 363.

[1393] Vid., García Cavero, *La responsabilidad*, p. 156.

[1394] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 70; El Mismo, en *Estudios*, p. 363; Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 188.

estos casos ha infringido su deber y debe, por tanto, responder como autor del delito. Incluso si actúan dos obligados institucionales conjuntamente, cada uno responderá como autor por su infracción del deber institucional específico[1395].

No hay forma de que, en los delitos de infracción de un deber, los *extranei* a la vinculación institucional específica puedan responder de alguna manera, ni siquiera como partícipes del delito. Debe reiterarse la idea de que la imputación penal en estos delitos se sustenta en una competencia institucional que solamente recae sobre el *intraneus*. La infracción de competencias por organización, por muy grave que sea, no puede dar lugar a una competencia institucional secundaria[1396]. En este sentido, quienes sin ser obligados institucionales ayudan o llevan a cabo el acto concreto que niega la vigencia de una institución social específica cuya preservación le incumbe a otro, no podrán responder en el delito de infracción del deber de este último, sino, en todo caso, por la eventual configuración de un delito de dominio en el que su aporte concreto pueda ser subsumido.

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. Si el sujeto especialmente obligado no cumple con el deber institucional, el delito de infracción del deber se configurará. Como ya se dijo, no interesa el *quantum* organizativo en el hecho defraudatorio, sino simplemente que no se haya cumplido con el deber especial impuesto por la institución. 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 in-

---

[1395] 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 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.

[1396] Por el contrario, admiten la posibilidad de sancionar como partícipes a los no obligados institucionalmente, ROXIN, *LK* § 26, n.m. 101; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 219 y ss.; REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 40.

tervención[1397]. La imputación del comportamiento tiene lugar solamente sobre la base de la posibilidad de cumplir con el deber especial incumplido. Si bien la vinculación institucional puede ser en algunos casos más amplia que en otros, el incumplimiento del deber específico es lo que basta para sustentar la imputación del comportamiento.

Como tercera cuestión, resulta pertinente precisar si la competencia institucional resulta absoluta o si los contextos de actuación establecen ciertas limitaciones. Para responder a esta cuestión, si bien resulta viable 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[1398]. 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[1399].

Debe señalarse primeramente que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas[1400] (por ejemplo, el administrador debe presentar su renuncia, el funcionario debe pedir su cese, etc.). Sólo 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 parcial o temporal, pues una competencia activada en todo momento implicaría la reducción de las posibilidades de desarrollo personal o un sobredimensionamiento de las obligaciones. En este sentido, resulta posible, por ejemplo, que el administrador nombre delegados para la realización de algunos negocios de la empresa o que los funcionarios no cumplan su función fuera del horario de trabajo[1401]. Hay que señalar, sin embargo, que estos supuestos no implican una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección,

---

[1397] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 363.

[1398] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 363; Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 175.

[1399] Vid., Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 175.

[1400] Vid. Sánchez Vera, *Delito de infracción de deber*, p. 174.; El Mismo, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

[1401] Vid., Sánchez Vera, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 281.

control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional[1402].

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 obstaculización de las labores de supervisión económica del artículo 242 del CP 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.

2. 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 habrá que verificar 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 del 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.

3. 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[1403]. Por esta razón, resulta con-

---

[1402] Vid., en este sentido, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 175 y s.

[1403] Vid., JAKOBS, *La imputación penal*, p. 49; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 149.

veniente, en aras de una mejor comprensión de la imputación objetiva de los delitos económicos de infracción de un deber, que se haga una breve exposición de aquellas instituciones sociales que han adquirido una especial importancia en este sector. No obstante, debe dejarse señalado que esta exposición no pretende en lo absoluto agotar las posibilidades de fundamentación institucional en el ámbito de la economía, más aun si se trata de aspectos sujetos a cambio en función del desarrollo de la sociedad[1404].

A. Los deberes estatales

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes frente a los miembros de la sociedad[1405]. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan por él[1406]. 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[1407]. 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[1408]. En el segundo grupo de deberes estatales se encuentran aquéllos para cuyo cumplimiento existe el Estado: asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respecto de los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc.[1409]. La infracción de estos deberes puede dar lugar a la configuración de un delito de infracción de un deber.

Las competencias institucionales derivadas de la infracción de los deberes estatales antes señalados importan al Derecho penal económico en los dos pilares sobre los que se construye. En cuanto a las reglas del libre

---

[1404] Vid., así sobre la dependencia cultural de las instituciones, Jakobs, *LH-Jakobs* (Perú), p. 173 y s.

[1405] 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.

[1406] Vid., en este sentido, Jakobs, *La imputación penal*, p. 50.

[1407] Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 74 y ss.

[1408] Vid., de manera más detallada, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 74 y s.

[1409] 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.

mercado, cabe mencionar, por ejemplo, los deberes estatales de protección del medio ambiente, por cuya afectación responderían los funcionarios públicos no sólo en el caso de conductas expresamente tipificadas (los delitos forestales cometidos por funcionarios públicos conforme al inciso 3 del 310 C del CP, la autorización indebida de proyectos urbanos del artículo del 312 del CP o la autorización indebida de actividad contraria al medio ambiente del artículo 314 del CP), sino también por tipos penales comunes realizados a través de la infracción de su deber especial de protección del medio ambiente[1410]. Como deberes vinculados a los fines estatales en el ámbito del libre mercado pueden entrar en consideración también 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 CP.

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 el funcionamiento del sistema monetario, sobre el cual los funcionarios públicos competentes ejercen un monopolio en la emisión de la moneda de curso oficial. Para castigar la infracción de estos deberes se han tipificado como delitos de infracción de un deber la

[1410] 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.; Triffterer, *Umweltstrafrecht*, p. 137 y s.; Meinberg, *NJW* 1986, p. 2223; Winkelbauer, *NStZ* 1986, p. 151; Schall, *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.

emisión ilegal de billetes en el artículo 258 del CP, así como también el uso ilegal de divisas en el artículo 259 segundo párrafo del CP. En el marco de la actividad social del Estado se presenta la misma situación en la tipificación del delito de venta ilegal de mercancías realizado por funcionario público en el artículo 237, segundo párrafo del CP. 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[1411]. Concretamente en el ámbito de la organización de la economía, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados sujetos económicos ciertas obligaciones institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado[1412]. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno en determinados ámbitos economicos, se establecen ciertos deberes institucionales que vinculan a las empresas o administradores con los organismos públicos[1413]. Esta vinculación se muestra con facilidad en las relaciones con la Hacienda Pública (los agentes de retención y percepción de tributos[1414]), en la institución encargada de los procedimientos concursales (aprovechamiento fraudulento de procedimientos concursales) y en ciertos organismos fiscalizadores (obstaculización de las labores de supervisión económica[1415]). El cumplimiento de los deberes estatales se amplía a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo por la infracción de estos deberes.

[1411] Vid., en este sentido, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 183.

[1412] 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.

[1413] Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 183.

[1414] Vid., así, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

[1415] Vid, Silva Sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 323.

B. La confianza especial

Otra de las instituciones positivas relevantes para el Derecho penal económico es la confianza especial, la que vincula a una persona a mejorar la situación de ciertos bienes[1416]. Esta confianza debe diferenciarse de la injerencia y de la asunción[1417], en la medida que 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[1418]. La confianza especial puede aparecer de dos formas: Como confianza que fundamenta la competencia institucional o como confianza que materializa la competencia institucional[1419].

En el caso de la confianza que fundamenta la competencia institucional, el destinatario de la confianza especial entra en una situación específica por la que se le atribuye una competencia de aseguramiento de un bien o de enfrentamiento frente a ciertos peligros (p.e. los bomberos, el médico, etc.). En el ámbito del Derecho penal económico, esta confianza especial puede tener lugar en el tráfico patrimonial (los administradores respecto de los intereses económicos de las sociedades[1420]) o en la seguridad e higiene en el trabajo (los empleadores respecto de la vida o salud de los trabajadores).

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 a quién

---

[1416] 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.

[1417] JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 67.

[1418] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 67; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 54.

[1419] Vid., estas ideas en JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 68 y ss. En la doctrina nacional, igualmente, PÉREZ BEJARANO, en *El Derecho penal económico*, Pérez Bejarano (coord.), p. 162.

[1420] 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.

le corresponde, al interior de la misma, el cumplimiento de lo deberes especiales derivados de dicha competencia[1421]. Este tipo de confianza especial puede presentarse no sólo en relación con las instituciones estatales encargadas de velar por el correcto desarrollo o funcionamiento de ciertos sectores económicos específicos, sino también en el ámbito de las empresas en general.

[1421] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 73.

CAPÍTULO X
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN

Para que el injusto del delito económico tenga lugar, se requiere una imputación subjetiva, lo que sucede cuando el autor pudo, desde sus capacidades individuales, evitar la realización del hecho delictivo. Esta subjetivización de la imputación se muestra, sin embargo, como poco funcional en la economía, en donde se requiere el aseguramiento de estándares generales de actuación que permitan el contacto pasajero y anónimo propio de las relaciones económicas[1422]. Bajo esta consideración, lo que parecería ser lo más conveniente es estandarizar la imputación penal. No obstante, JAKOBS considera que el precio que tendría que pagarse por una estandarización de la imputación penal resulta demasiado alto, pues el autor de un delito podría alegar que, si bien ha fracasado en el ejercicio de un rol determinado, este fracaso no tendría que hacerse extensivo a otros ámbitos de su actuación[1423]. Ante tal situación, señala que lo más aconsejable es recurrir a equivalentes funcionales como la imposición de deberes civiles compensatorios o la exigencia de autorizaciones administrativas para la realización de actividades en los sectores sociales necesitados de estandarización. Criterios funcionales en el lado subjetivo sólo cabría admitir en elementos subjetivos del tipo de carácter específico o en la culpabilidad[1424].

A nuestro entender, la situación de conflicto antes mencionada no se debe reducir a tomar una decisión a favor de una estandarización o de una subjetivización de la imputación penal. No cabe duda que una completa

---

[1422] Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 637.

[1423] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 8, n.m. 5; EL MISMO, *ADPCP* 1989, p. 637 y s.

[1424] Vid., JAKOBS, *ADPCP* 1989, p. 639.

estandarización no puede tener lugar, pues ello pasaría por alto la individualidad constitutiva de la persona. Pero la negativa a una completa estandarización de la imputación penal tampoco significa afirmar su plena subjetivización. Es más, una completa subjetivización de la imputación se encuentra igualmente excluida de nuestro sistema penal[1425] como lo muestra la vinculación de la imputabilidad a la mayoría de edad, lo que lleva a rechazar la imputación penal aun cuando un menor en concreto pueda comprender perfectamente el sentido social de su hecho. En consecuencia, no se puede hablar de una imputación estandarizada o subjetivizada, sino de una imputación más o menos estandarizada y subjetivizada.

La subjetivización de la imputación penal no puede llevarse a cabo desvirtuando la estandarización de los contactos sociales con base en roles[1426]. Como ya se indicó en el capítulo anterior, al ciudadano se le atribuye un rol general, así como también roles especiales en virtud de instituciones sociales específicas. Los roles atribuidos imponen competencias de conocimiento a su titular sobre la relevancia de sus actuaciones en relación con las expectativa derivadas de tales roles[1427]. Una completa estandarización de la imputación significaría afirmar dicho conocimiento únicamente por el hecho de poseer la titularidad del rol[1428], lo que abriría la posibilidad de castigar penalmente también a quien no pudo acceder al mismo desde sus circunstancias particulares. Para impedir esta imputación de lo individualmente inevitable, aparece en escena la subjetivización o personalización de la imputación[1429]. Esta personalización obliga a establecer, además, si las competencias de conocimiento impuestas por el rol pueden serle exigidas a la persona concreta del autor y, por tanto, si éste ha estado en situación de evitar la infracción penal[1430]. Si sus circunstancias personales

---

[1425] Vid., con argumentos concluyentes, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 327.

[1426] Vid., la referencia, DONINI, *RTDPE*, 1-2 (1999), p. 5.

[1427] Vid., 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.

[1428] Vid., MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 16.

[1429] JAKOBS, *RPDJP* 1 (2000), p. 143, habla de "personalización más especial". En la misma línea, CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 76.

[1430] 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

le permitieron acceder a los conocimientos exigidos, entonces tendrá lugar una imputación subjetiva[1431]. En otras palabras: La imputación subjetiva consiste en atribuir a la persona del autor, en atención a sus circunstancias personales, el conocimiento requerido para evitar la defraudación penalmente relevante de las expectativas que forman parte de su rol.

La imputación subjetiva tiene dos formas de manifestación: El dolo y la culpa. Ambas formas de la imputación subjetiva se sustentan en el conocimiento atribuido sobre el carácter defraudatorio del hecho realizado[1432]. Su diferencia se encuentra únicamente en un plano cuantitativo[1433], referido concretamente al conocimiento de la capacidad defraudatoria de la norma que tiene su actuación. Si el nivel de conocimiento atribuido al autor debería obligar a un ciudadano fiel al Derecho a desistir de su actuación riesgosa o a interrumpir el suceso riesgoso emprendido, se tratará de un delito doloso. Por el contrario, si el nivel de conocimiento resulta insufi-

---

disposición a cumplir la norma. Actualmente Jakobs, en *Estudios*, p. 121, prefiere hablar de una evitabilidad objetiva.

[1431] 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 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 lo alcanzó.

[1432] La imputación subjetiva precisa únicamente de un elemento cognitivo, no siendo necesaria la exigencia adicional de un elemento volitivo. En este sentido, Reátegui Sánchez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38, agosto (2012), p. 232, descarta la presencia del lado voluntativo del dolo en los delitos económicos. En esta misma línea, Miró Linares, en *La teoría del delito en la práctica penal*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 264, destaca que es palmaria la tendencia en el Derecho penal económico a centrar el dolo en el elemento cognitivo, pasando el elemento volitivo a acreditar la existencia de un elemento subjetivo especial o de dolo directo.

[1433] 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.

ciente para activar el deber de interrupción de la conducta realizada, pero impone el deber de incorporar ciertos mecanismos de control o aseguramiento, se estará ante un delito culposo[1434].

II. EL DOLO

1. Cuestiones generales

A. El dolo como imputación de conocimiento

El dolo está conformado por la imputación al autor de un nivel de conocimiento sobre el hecho que le permite prever que producirá consecuencias que cuestionan directamente la vigencia de la norma[1435], de manera que, si decide mantenerse fiel al Derecho, tendría que desistir de realizarlo o interrumpir lo emprendido[1436]. Este conocimiento sobre el hecho no se queda en los aspectos sometidos a las leyes causales, sino que incluye también los que se configuran por medio de valoraciones. Dado que los delitos económicos sancionan comportamientos que se realizan en el marco de ámbitos regulados previamente, es bastante usual la existencia de elementos normativos del tipo de carácter jurídico [1437]. Habrá una actuación dolosa si el autor conoce todos estos aspectos del hecho que lo caracterizan como socialmente perturbador.

El conocimiento requerido para afirmar el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia de carácter social asumidos por el Derecho penal[1438]. En este orden de ideas, el conocimiento del autor debe partir de

---

[1434] Vid., similarmente, KINDHÄUSER, *ZStW* 96 (1984), p. 25 y ss., 34. Sobre la cercanía de la evitabilidad, JAKOBS, en *Estudios*, p. 170.

[1435] 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.

[1436] 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.

[1437] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38, agosto (2012), p. 228 y s.

[1438] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 55; HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht*, p. 201; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 272, 357; CANCIO MELIÁ, *LH-Bacigalupo* (España), p. 75. En concreto para el Derecho penal económico, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 353 y s.

las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular[1439]. No obstante, como ya se ha dicho, 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 acceder a ese conocimiento en sus circunstancias personales, pues, de otra manera, la imputación no estaría personalizada.

> Pensemos en una persona mayor de edad, sin problemas mentales, con educación 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[1440]. Sin entrar en un análisis detallado de la imputación objetiva, supongamos que efectivamente esta conducta encuadra en el tipo objetivo del delito de fraude alimentario del artículo 288 del CP. En cuanto a la imputación subjetiva, que es la que aquí interesa, cabe decir primeramente que el juez no verifica lo que el sujeto tenía en mente al comercializar el aceite industrial, pues lo único que encontraría en ese mundo interior sería 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. 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 serle exigidas en sus concretas circunstancias personales[1441]. Que el sujeto sabía que estaba comercializando un producto capaz de comprometer

---

[1439] Un interesante recuento de la jurisprudencia penal española que sustenta la imputación del conocimiento en la posición desempeñada por el agente económico, vid., Miró Linares, en *La teoría del delito en la práctica penal*, Silva Sánchez/ Miró Linares (dir.), p. 277 y ss.

[1440] 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.

[1441] En el mismo sentido, la argumentación con otro ejemplo de Hruschka, *FS-Kleinknecht*, p. 194.

la salud de los consumidores, resulta de fácil determinación, pues el cargo de administrador de una empresa aceitera ejercido por años le impone el conocimiento de que el aceite desnaturalizado con anilina constituye un producto nocivo que no debe ser consumido por seres humanos[1442]. 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 saben también que los procesos actuales de refinado no aseguran la eliminación completa de la anilina[1443]. 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.

La configuración normativa del dolo permite afirmar su presencia incluso en una situación de ignorancia psicológica. Se trata de aquella ignorancia que tiene su origen en un defecto volitivo atribuible al autor. El caso más claro es, sin duda, la ignorancia deliberada, esto es, cuando el autor debiendo y pudiendo conocer determinadas circunstancias que evidenciarían la lesividad de su actuación, toma deliberadamente la decisión de mantenerse en ignorancia respecto de ellas[1444]. Esta situación se presenta

[1442] Vid., sobre este aspecto en la sentencia del caso del aceite 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 19 de marzo de 1998, respecto de los agentes de aduanas (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 87).

[1443] Sobre la imputación del correcto conocimiento situacional, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 443 y ss.

[1444] Así, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, p. 158, destacando de manera general cuatro elementos (ausencia de representación suficiente, capacidad de obtener la información ignorada, deber de obtener la información ignorada y decisión de no conocer), a los que agrega finalmente la finalidad de obtener algún beneficio sin asumir riesgos propios ni responsabilidades (p. 192 y s.). Vid., un amplio desarrollo sobre el tratamiento de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia penal española, MIRÓ LINARES, en *La teoría del delito en la práctica penal*, Silva Sánchez/ Miró Linares (dir.), p. 264 y ss.

con cierta frecuencia en el delito de lavado de activos, cuando quien intermedia en una operación o transacción decide ex profesamente no conocer, en contra de lo que dispone la normativa antilavado, quiénes son las partes de la transacción o la procedencia de los fondos para que esta ausencia de conocimiento no lo involucre penalmente en un acto de legitimación de bienes de origen delictivo[1445].

La ignorancia por un defecto volitivo abarca también lo que se conoce como ceguera por indiferencia[1446]. En este supuesto, el agente no procesa por indiferencia la información que normativamente debe poseer para evaluar el sentido de su actuación, lo cual le impide poder distinguir la relevancia penal de su hecho al momento de actuar. Al respecto, la doctrina penal distingue la llamada ceguera fáctica de la ceguera jurídica[1447], lo que se corresponde con los distintos niveles de dolo y de conocimiento del carácter antijurídico del hecho, derivados de la bipartición del error (de tipo y de prohibición). Sin embargo, como se verá seguidamente, esta distinción conceptual no cuenta con una justitificación plausible para tratar diferenciadamente ambas formas de ceguera por indiferencia. La incorrección de este proceder es todavía más evidente si es que, como es nuestro parecer, el dolo debe abarcar también el conocimiento del carácter antijurídico del hecho.

En relación con la ceguera jurídica, un sector de la doctrina penal muestra sus dudas sobre la posibilidad de castigarla en un Derecho penal de acto, en la medida que al autor no le resulta posible, al momento de cometer el hecho, conocer su carácter prohibido[1448]. La insatisfacción de esta solución ha llevado, sin embargo, a que parte de la doctrina penal se esfuerce por fundamentar, pese a todo, una imputación de responsabilidad penal. Los intentos de fundamentación se remontan a la propuesta formulada por los defensores de la teoría del dolo de entenderla como una limitación a la regla

---

[1445] Vid., al respecto, García Cavero, *El delito de lavado de activos*, p. 122 y s.

[1446] Del mismo parecer, Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada*, p. 126.

[1447] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 8, n.m. 5 y ss.; Bacigalupo Zapater, *LH-Cobo del Rosal*, p. 50 y ss.

[1448] 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, quien 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).

general que exige un conocimiento actual del carácter antijurídico del hecho[1449]. No obstante, su punto de partida psicologicista se mostró, a todas luces, incompatible con la punición del desconocimiento por indiferencia, lo que justificó plenamente la crítica hecha por los defensores de la teoría de la culpabilidad[1450]. En la actualidad, en la medida que la determinación del carácter prohibido del hecho ha dejado de lado criterios puramente psicológicos y se orienta hacia consideraciones normativas[1451], la posibilidad de fundamentar el castigo de la ceguera jurídica resulta mucho más plausible. La doctrina penal dominante ofrece, en este sentido, distintos fundamentos dogmáticos para sancionar a los sujetos que subjetivamente desconocen por razones no atendibles el carácter prohibido del hecho[1452].

En oposición a la línea de evolución que ha seguido el tratamiento de la ceguera jurídica, la llamada ceguera fáctica se ha mantenido incólume en una comprensión psicologista del conocimiento. En consecuencia, la tendencia se orienta a negar el carácter doloso de aquellas actuaciones que desprecian abiertamente los hechos, quedando únicamente la posibilidad de castigo por medio de la culpa, siempre que esté incriminada de manera expresa. Sin embargo, como se ha dicho, no hay ningún argumento convincente para justificar el tratamiento diferenciado de estas dos formas de ceguera[1453]. Tanto el conocimiento de los elementos del tipo penal, como del carácter prohibido de la conducta, forman parte del conocimiento del autor que sustenta la imputación penal. Por consiguiente, la ceguera por indiferencia debe ser tratada de la misma forma en los distintos niveles del conocimiento penalmente relevante.

Para poder resolver los supuestos en los que el autor se encuentra en una situación de desconocimiento psicológico por indiferencia, hay que

---

[1449] En este sentido, MEZGER, *FS-Kohlrausch*, p. 183 y ss.

[1450] Vid., así, WELZEL, en *Abhandlungen*, p. 254.

[1451] De manera similar, se expresaba ya BLEI, *JA* 1970, p. 666.

[1452] En este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 263 y ss., con base en 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.

[1453] Así, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 56 y s.

partir de la idea de que, a efectos de determinar el dolo, no interesa en lo absoluto cómo el autor tiene configurada internamente su consciencia, sino solamente si resulta normativamente posible la imputación jurídico-penal del conocimiento sobre el sentido defraudatorio de su hecho. El sujeto indiferente sigue siendo un ciudadano, de manera que le son igualmente atribuibles las competencias de conocimiento establecidas por el ordenamiento jurídico y la utilización de este conocimiento para determinar el carácter penalmente relevante de su hecho[1454]. Mientras el sujeto no se encuentre en una situación que normativamente afecte su capacidad de percibir o valorar los hechos (y la indiferencia no es una de ellas), la imputación del conocimiento cuenta con el fundamento normativo necesario para poder llevarse a cabo.

Admitida la posibilidad de una imputación subjetiva sin un conocimiento actual en los casos de ceguera por indiferencia, el punto sobre el que gravita la discusión se desplaza a la cuestión de 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)[1455]. En nuestra opinión, siguiendo la línea de argumentación abierta por Jakobs, debe diferenciarse dos planos de la indiferencia. Si el indiferente actúa de una forma tal que pone en riesgo sus propios intereses, la imputación se hará a título de culpa. Por el contrario, se dejará el plano de lo culposo y se entrará a configurar un delito doloso cuando frente a su actuación el autor indiferente se guarde de riesgos que puedan afectar sus propios intereses[1456].

B. La inclusión del conocimiento del carácter prohibido del hecho

La doctina penal aún dominante limita el dolo al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, incluidos los llamados elementos normativos del tipo. Sin embargo, este conocimiento no es suficiente para sos-

---

[1454] Vid., en este sentido, la comprensión de Lesch, *JA* 1996, p. 611 y ss., como ámbitos de responsabilidad.

[1455] Vid., así, la discusión Kindhäuser, en *Cuestiones actuales*, p. 52 y ss.

[1456] 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.

tener que el autor conocía la capacidad defraudatoria de su actuación[1457]. Si el conocimiento que fundamenta el dolo no abarca también el carácter penalmente prohibido del hecho, entonces al autor no se le podrá imputar subjetivamente la creación del riesgo prohibido[1458]. Sin el conocimiento del contexto normativo de su actuación, el autor estaría en imposibilidad de saber que está creando un riesgo *prohibido*. Lo mismo cabe decir respecto de los delitos de infracción de un deber, pues el conocimiento del obligado institucional de que está incumpliendo un deber positivo sólo es posible en tanto conozca la normativa que le impone institucionalmente el deber positivo[1459]. El dolo constituye, por lo tanto, una imputación de conocimiento que debe abarcar no sólo los elementos típicos que califican un hecho como prohibido, sino también el sentido global del hecho típico como una defraudación de expectativas penalmente garantizadas.

Para determinar si el autor conocía el carácter prohibido de su hecho, un sector de la doctrina recurre a la diferencia entre Derecho penal nuclear y Derecho penal accesorio (Derecho penal económico)[1460]. Según este parecer, los delitos del ámbito nuclear no requerirían un conocimiento de su prohibición formal, siendo suficiente saber su merecimiento de pena; en el caso de los delitos pertenecientes al ámbito accesorio, sí se exigirá conocer

---

[1457] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 172. En el mismo sentido, aunque con puntos de partida distintos, SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 20 y s.

[1458] 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*".

[1459] De manera categóricamente clara, JAKOBS, *FS-Rudolphi*, p. 116 y ss.

[1460] 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/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 1749). 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.

la prohibición formal, pues se trata de actos valorativamente neutros[1461]. Este planteamiento presenta, sin embargo, el inconveniente de que su punto de partida no puede ser generalizado. Como bien lo puso de manifiesto en su momento Welzel, pueden encontrarse en el Derecho penal nuclear supuestos en los que se requiere saber la prohibición formal del hecho para conocer su carácter penalmente prohibido, del mismo modo que toda infracción del Derecho penal accesorio podría determinarse materialmente como contraria a derecho si se conoce el contexto social de actuación[1462].

En nuestra opinión, el camino correcto para determinar si el autor conoció efectivamente el carácter prohibido de su hecho debe ajustarse al mismo parámetro utilizado para imputar el conocimiento de los elementos del tipo. En este sentido, resulta necesario precisar primeramente si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol general del ciudadano o por un rol especial pueden serle exigidas en atención a sus circunstancias personales. Para ello es necesario individualizar el contexto social en el que se desenvuelve el autor[1463]. El proceso penal se debe encargar precisamente de llevar a cabo esta individualización, al reproducir el juez probatoriamente el contexto situacional del autor y dejar precisadas normativamente las competencias de conocimiento que le corresponden en tal situación[1464]. Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder al conocimiento de la relevancia jurídico-penal de su hecho, podrá imputársele tal conocimiento. De lo anterior se desprende que la intervención regular en un determinado sector económico permitirá imputar el conocimiento del carácter prohibido de las conductas que trastocan las reglas de ese sector[1465].

[1461] Así, en concreto, Kaufmann, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

[1462] 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.

[1463] Similarmente, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 50 y s.

[1464] 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.

[1465] 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.

C. 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[1466]. Diversos son los delitos económicos que contienen elementos subjetivos de esta clase, pudiendo citarse, a título de ejemplo, "el fin de obtener una ventaja patrimonial" del delito de usura del artículo 214 del CP, la actuación "a sabiendas" en el delito de informes de autoría distorsionados del artículo 198A del CP o la ejecución "deliberadamente" del delito financiero del artículo 245A del CP.

Un sector de la doctrina penal propone una interpretación objetiva de los elementos subjetivos especiales del tipo[1467], a lo que cabría oponer que tal línea de interpretación traería consigo el riesgo de disolver las características propias de la imputación subjetiva. Por esta razón, lo más conveniente sería dotar de sentido normativo también a los elementos subjetivos especiales, lo que permitiría su imputación penal al autor sin los problemas usuales de prueba de la subjetividad. Dado que se trata de aspectos que se mueven en el mismo nivel analítico, el criterio de imputación de los elementos subjetivos especiales no debe ser distinto al empleado para imputar el dolo. Quizá la única particularidad frente al dolo, sería que los elementos subjetivos se determinan exclusivamente en el contexto del hecho, mientras que las competencias de conocimiento constituyen exigencias anteriores al hecho.

> **Ejemplo:** El delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 inciso 5 del CP, 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

---

[1466] 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; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 266.

[1467] Vid., sobre la tendencia a la objetivación en el Derecho penal económico, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 269.

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 con su proceder la intención de reflejar y repartir las utilidades. Solamente si en el caso concreto el administrador 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 de Derecho penal económico

A. Los conocimientos especiales: Relevancia e imputación

Un tema de especial importancia para el Derecho penal económico lo constituye la relevancia jurídico-penal de los llamados conocimientos especiales, es decir, la cuestión de si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado pueden hacer responsable penalmente al autor. Como se sabe, el reparto del trabajo que con fines de optimización se lleva a cabo regularmente en los distintos sectores económicos, trae consigo una especialización en las funciones asignadas que sectorializa también aquello que cada quien debe conocer. La cuestión que esta situación especial suscita es si cabe responsabilizar penalmente al que conoce más de lo que su posición especializada exige en relación con la lesividad del hecho en el que interviene.

Un sector de la doctrina penal pretende solucionar la cuestión planteada en el ámbito de la imputación objetiva, en donde se discute si los conocimientos especiales permiten determinar como prohibida una conducta que aparece objetivamente como neutral. 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[1468], mientras que otros autores rechazan la repercusión de los

[1468] Vid., en este sentido, Frisch, *Vorsatz*, p. 135; El Mismo, *Verhalten*, pp. 41, nota

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 aquello de lo que tiene un conocimiento especial[1469].

Otro sector de la doctrina penal entiende que el lugar dogmático para resolver la cuestión de los conocimientos especiales se encuentra en la imputación subjetiva. Algunos autores llegan a esta conclusión como consecuencia del rechazo a una función dogmática de la imputación objetiva[1470], mientras que otros consideran sencillamente que los estándares objetivos no convierten en penalmente irrelevantes los conocimientos especiales del autor, pues el Derecho no viene constituido por la sociedad (por roles sociales), sino por la interacción de sujetos libres en una comunidad[1471].

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. 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.

158, 71, nota 71; EL MISMO, en *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds), p. 248; 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.

[1469] 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.

[1470] Vid., en este sentido, KAUFMANN, Armin, *FS-Jescheck*, I, p. 265 y ss.; STRUENSEE, *GA* 1987, p. 99 y s.

[1471] En esta línea discurre la opinión de Köhler [vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ, Informe sobre las discusiones, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 185].

Sobre la base de la idea anterior, se puede decir que los conocimientos especiales tienen relevancia a nivel de la imputación objetiva con base en roles. Sin embargo, lo subjetivamente relevante no se determina desde consideraciones individuales, sino jurídicamente, es decir, a partir de las competencias de conocimiento establecidas por el ordenamiento jurídico[1472]. A nuestro entender, esta relevancia depende primeramente de la peligrosidad de la actividad desarrollada, pero además del hecho de si el ordenamiento jurídico ha entrado a especificar las competencias de conocimiento que se le exigen al titular del rol atribuido[1473]. Entremos en estos aspectos de manera un poco más detenida.

En los ámbitos de actuación inócuos, el conocimiento especial no repercute en el sentido objetivo del hecho, por lo que no podrá sustentar una imputación penal. Por ejemplo, si el vendedor de toner sabe que el adquiriente lo utilizará para falsificar billetes, no será posible responsabilizarlo como cómplice en el delito de falsificación de dinero. La venta de tinta para impresoras es claramente una conducta inócua. Sin embargo, el conocimiento especial puede fundamentar la imputación si sobre el actuante pesa un deber específico de protección[1474] (por ejemplo, el administrador de una empresa respecto al patrimonio de esta última) o si maneja por su cuenta la situación respecto de la que tiene un conocimiento especial.

La situación anterior cambia si la prestación se realiza en un ámbito de actuación riesgoso, pues dicha prestación estará autorizada en la medida que se controle su peligrosidad con todos los conocimientos disponibles. Esta regla no se mantiene, sin embargo, si las competencias de conocimiento en ámbitos peligrosos se encuentran reguladas jurídicamente –lo cual es muy usual en el ámbito de la economía–. De darse esta situación, el conocimiento especial más allá de los requeridos jurídicamente no podrá fun-

[1472] Vid., estas apreciaciones en Feijoo Sánchez, *Imputación objetiva*, p. 140 y ss.

[1473] Sobre la imputación objetiva basada en roles 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.

[1474] Así, Robles Planas, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 443, respecto de los deberes de solidaridad.

damentar una imputación jurídico-penal[1475], pues 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.

Los conocimientos especiales objetivamente relevantes deben ser igualmente imputados al autor, lo que debe hacerse conforme a los parámetros de la imputación subjetiva. Sin embargo, queda claro que ya no se trata de determinar si puede exigírsele al autor las competencias de conocimiento en función de la posición que específicamente ocupa, sino de establecer ciertos conocimientos adquiridos a lo largo de su desarrollo personal. Si en el proceso de individualización de la imputación se llega a determinar que el autor tuvo acceso a ciertos conocimientos especiales 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.

B. El dolo especial en el fraude a la ley penal económica

El carácter extremadamente excepcional de la punición del fraude a la ley penal económica hace que la imputación del dolo sea especialmente intensa. En este sentido, se exige 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[1476]. No bastará entonces con 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 la conducta evasiva se está afectando intereses penalmente protegidos sin caer en el ámbito de prohibición directa de la norma penal[1477]. La determinación del elemento subjetivo del fraude a la ley debe

---

[1475] Vid., así, referido a la producción y comercialización de productos, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 178 y s.

[1476] Vid., en este sentido, BRUNS, *GA* 1986, p. 4; TIEDEMANN, *Wirtschaftstrafrecht*, BT, § 4, n. m. 115.

[1477] 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/

determinarse, por tanto, con base en todos los elementos que se tengan a disposición[1478].

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[1479]. Por esta razón, no puede ser suficiente imputar al autor el conocimiento propio de un delito culposo, ni siquiera la imputación del conocimiento que fundamentaría, de manera general, el dolo. Al autor de una conducta de fraude a la ley penal debe imputársele el conocimiento suficiente como para saber con certeza que está lesionando igualmente la ley penal mediante una conducta de fraude[1480]. Bajo estas exigencias subjetivas, no hay espacio para admitir la posibilidad de un fraude a la ley penal a título de dolo eventual[1481].

Dado que el dolo debe incluir el carácter prohibido del hecho, será necesario también imputarle al autor el conocimiento de la prohibición penal de las conductas de fraude a determinada ley penal económica. Debe conocer, por tanto, que respecto del delito concretamente cometido, se reprime los actos lesivos que evaden artificialmente el tipo penal correspondiente. En este mismo orden de ideas, el desconocimiento sobre la relevancia penal de la conducta de fraude a la ley penal, tendrá que ser tratado como un error de tipo[1482].

Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4; Vogel, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 322.

[1478] En este sentido, Stöckel, *Gesetzesumgehung*, p. 129.

[1479] Vid., así, Bruns, *GA* 1986, p. 4.

[1480] 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, *Gesetzesumgehung*, p. 27, en tanto no se trata de un elemento esencial del fraude de ley, sino la expresión de la imputación subjetiva necesaria en todo delito (con dolo directo).

[1481] Vid., la discusión sobre si el fraude a la ley penal en el caso del delito alemán de infracciones a los embargos económicos internacionales requiere subjetivamente un dolo directo o si basta un dolo eventual, Nestler, N., *NStZ* 2012, p. 676 y s.

[1482] Vid., en Tiedemann, Voz: Umgehung, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 4, la discusión de si se trata de un error de tipo que excluye el dolo o de un error de prohibición (vencible).

C. La imputación del dolo en las leyes penales económicas en blanco

Diversas leyes penales económicas se rèmiten expresa o concluyentemente a leyes extrapenales para definir la conducta punible. Lo que se busca con esta remisión es que la tipificación penal se adapte a los cambios que tienen lugar en ámbitos de regulación especialmente dinámicos o se mantenga un nivel de coherencia mínima entre los sectores jurídicos concurrentes sobre una misma realidad regulada. Independientemente de las fricciones que esta técnica de tipificación pudiese tener con el principio de legalidad, la estructura especial de las leyes penales en blanco suscita ciertos problemas en relación a lo que debe abarcar el dolo al autor[1483]. Sin ánimo de agotar la polémica, los puntos debatidos en cuanto a la imputación dolosa de las leyes penales en blanco se pueden reducir a dos: Si el dolo debe incluir el conocimiento de la normativa extrapenal y, de ser el caso, cómo se determinaría ese conocimiento.

De cara a poder establecer el alcance del dolo en las leyes penales en blanco, debe traerse a colación lo que se dijo en el capítulo III respecto a que la ley penal en blanco no puede ser una ley penal incompleta, pues, de ser así, la vigencia del principio de legalidad estaría en tela de juicio[1484]. En el caso de leyes penales en blanco impropias, la ley penal se remite a otra ley de igual jerarquía para completar o, en todo caso, para concretar la conducta penalmente prohibida. En el caso de leyes penales en blanco propias, la normativa extrapenal de remisión sólo puede especificar los criterios de decisión establecidos de manera general en la ley penal[1485], pues de lo contrario se afectaría la reserva de ley. Queda claro entonces que la ley penal en blanco se puede remitir a una regulación extrapenal para completar el tipo penal (ley de igual jerarquía) o para especificar un elemento del tipo penal (ley de igual o inferior jerarquía).

[1483] En este sentido, LOHBERGER, *Blankettstrafrecht*, p. 8 y s.

[1484] 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.

[1485] 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.

Si la ley extrapenal de igual jerarquía complementa la determinación de la conducta prohibida, el dolo deberá incluir el conocimiento de los elementos establecidos fuera del tipo penal[1486]. Por ejemplo, el delito de comercio clandestino de productos sanciona como uno de los supuestos típicos utilizar mercadería exonerada de tributos en fines distintos de los previstos en la ley exonerativa respectiva (artículo 272 inciso 3 del CP). Es evidente que, en este delito, el dolo del autor requiere un nivel de conocimiento referido no sólo a la utilización de una mercadería exonerada de tributos, sino también a que se contraviene los fines establecidos en la ley tributaria exonerativa. Debe puntualizarse que no es necesario acreditar un conocimiento efectivo de la ley extrapenal por parte del autor, sino que dicho conocimiento se le puede imputar por haber podido acceder a tal conocimiento desde sus circunstancias individuales.

A la integración de la ley penal con una ley extrapenal de complemento de igual jerarquía se le ha cuestionado convertir tipos penales muy normativizados en tipos penales descriptivos, lo que provocaría tratamientos distintos del error en función del casual dato de cómo está regulada la norma extrapenal de complemento[1487]. Esta crítica, sin embargo, no pone en tela de juicio la teoría de la lectura conjunta, sino que evidencia, más bien, la relatividad de la distinción tradicional del error como de tipo o de prohibición. Por el contrario, en una comprensión del dolo que incluye el conocimiento de la antijuiridicidad de la conducta, esta discusión pierde todo sentido. No obstante, debe quedar claro que la lectura conjunta no se satisface con trasladar a la regulación penal el aspecto descriptivo de la regulación extrapenal, sino también el sentido de su prohibición[1488].

En caso que la remisión a la normativa extrapenal se haga con fines de concreción (por ejemplo, los bienes de primera necesidad en el delito de adulteración del artículo 235 del CP), el dolo requiere solamente el co-

---

[1486] 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. Críticamente ante la teoría de la lectura conjunta, Tiedemann, *JuS* 1985, p. 695; El Mismo, *Anuario de Derecho penal*, 1993 Hurtado Pozo (dir.), p. 13; Kuhlen, *Unterscheidung*, p. 429 y s.; Fakhouri Gómez, *InDret* 4/2009, p. 11 y s.

[1487] Vid., así, Tiedemann, *Anuario de Derecho penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.), p. 13.

[1488] Vid., Fakhouri Gómez, *Las remisiones normativas*, p. 457.

nocimiento de los elementos contenidos en el tipo penal. Las concreciones hechas por la normativa extrapenal a la ley penal en blanco no agregan un nuevo elemento típico al hecho delictivo, sino que constituyen únicamente pautas obligatorias para la interpretación judicial[1489]. Desde el punto de vista del dolo, la norma de concreción de la ley penal en blanco constituye solamente la referencia normativa para imputar al autor el conocimiento de los elementos del tipo penal en blanco, por lo que su tratamiento se asemeja al que se hace con un elemento normativo del tipo de carácter jurídico[1490]. Al autor debe imputársele el conocimiento del elemento típico en su sustrato material con los aspectos valorativos definidos en la normativa extrapenal de remisión.

La situación se presenta distinta, sin embargo, cuando el tipo penal utiliza conceptos indeterminados que se precisan mediante la remisión a .

[1489] Defienden, por el contrario, que los aspectos regulados por las leyes extrapenales 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.

[1490] Vid., a favor de un mismo tratamiento en cuanto al dolo y el error, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 316; EL MISMO, *FS-Geerds*, p. 108; EL MISMO, *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 14; 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 ofrece también la interpretación de KUHLEN, *Untertcheidung*, 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.

una normativa extrapenal (remisiones abstractas), de manera tal que realizar la imputación subjetiva solamente con el conocimiento de los elementos previstos en el tipo penal, traería consigo un amplio margen de discrecionalidad judicial contraria a la garantía de previsibilidad objetiva de la prohibición. En estos casos, la imputación dolosa tendrá que exigir además la atribución del conocimiento de los aspectos regulados específicamente por las leyes extrapenales, para lo cual deberá atenderse fundamentalmente a la posición del agente económico. Si se trata de un sujeto que se desenvuelve en el sector regulado por la normativa extrapenal de remisión, no habrá mayor inconveniente para imputarle el conocimiento de los aspectos determinados extrapenalmente[1491]. La imputación subjetiva decaerá en situaciones muy excepcionales, como la falta de claridad de la ley penal en blanco o la existencia de un caos regulativo de la Administración.

> Ejemplo: En el delito de desvío de bienes obtenidos con tipo de cambio preferencial o régimen especial tributario (art. 243 del CP) 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 se tenga que imputar al autor además el conocimiento de los aspectos establecidos en la norma extrapenal para afirmar el dolo.

Lo anterior también tiene lugar cuando la ley penal en blanco vincula la valoración del hecho como prohibido con el conocimiento de una prohibición extrapenal ("contrario a", "en violación a", etc.)[1492]. En estos casos, la imputación de conocimiento de los elementos típicos de la ley penal en blanco no alcanzará para poder sostener el conocimiento del carácter prohibido del hecho, por lo que será necesario imputarle además el conocimiento de los aspectos de la normativa extrapenal que determinan la antijuridicidad penal[1493]. La imputación del conocimiento de la normativa

---

[1491] Vid., en relación con los delitos cometidos en el ámbito de la actividad profesional, Lüderssen, *wistra* 1983, p. 223.

[1492] 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.

[1493] Vid., Bülte, *NStZ* 2013, p. 70. Igualmente, 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 sólo se cuestiona la

extrapenal depende de que el autor tenga acceso al ámbito de regulación previo al Derecho penal. En este sentido, sólo si se trata de ámbitos de actuación ajenos a su actividad regular, se podrá negar el conocimiento del carácter prohibido del hecho[1494].

> 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 como permitida o prohibida.

Los problemas de imputación subjetiva en leyes penales en blanco han tenido especial repercusión en los delitos tributarios, los cuales, según el parecer predominante, están configurados como leyes penales en blanco[1495]. La discusión doctrinal se centra en los aspectos de las leyes extrapenales de remisión 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[1496]. Otro sector de la doctrina 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[1497].

---

repercusión penal de la infracción, mas no su carácter disvalioso (en este sentido, correctamente, WELZEL, *JZ* 1956, p. 241).

[1494] De otro parecer, WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 31.

[1495] Vid., por todos, en el Derecho penal alemán, MAIWALD, *Unrechtskenntnis*, p. 15. De otro parecer, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 228. Sostiene una concurrencia de aspectos de ley penal en blanco y elementos normativos del tipo, SCHUSTER, *Das Verhältnis*, p. 195 y s.

[1496] 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*, p. 281; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, § 370, n.m. 221 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 409 y s. 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.

[1497] 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;

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que, desde la perspectiva aquí asumida, el dolo abarca el conocimiento sobre el carácter prohibido del hecho, por lo que gran parte de la discusión advertida pierde sentido, pues no hay que establecer la frontera entre el dolo y el conocimiento del carácter antijurídico del delito tributario. En segundo lugar, no hay que olvidar que el tipo penal que regula la defraudación tributaria en nuestro país hace una remisión para precisar los "tributos" que son defraudados, lo que no constituye un concepto indeterminado, sino un aspecto determinable por cualquier ciudadano sin requerir un conocimiento de las particularidades de la normativa tributaria. En consecuencia, el dolo del autor se podrá afirmar si se le imputa el conocimiento de los elementos típicos en su sustrato material y en su significación jurídica, conforme a las reglas establecidas de manera general para las leyes penales en blanco[1498]. Si resulta necesario imputar el conocimiento de ciertas particularidades de la regulación tributaria, se deberá, en todo caso, al carácter normativo que tiene la conducta típica "dejar de pagar", pero no en razón del elemento típico de "tributos que establecen les leyes".

D. 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. el elemento de "indebidamente" en el artículo 242 del CP). La discusión doctrinal sobre estos elementos contenidos en el tipo penal se remonta a los llamados elementos de deber jurídico que aparecieron como respuesta de Welzel ante las críticas de Schröder sobre la poca viabilidad de la bipartición del error (error de tipo y error de prohibición) en determinados elementos típicos de los delitos de funcionarios (como, por ejemplo, los referidos a la competencia o a los deberes del funcionario)[1499]. Lo que se adujo

---

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.

[1498] 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.

[1499] Vid., sobre esto, Tischler, *Verbotsirrtum*, p. 161.

con esta nueva categoría es que no se encarga de describir la conducta típica, sino que se trata de elementos especiales de la antijuridicidad, por lo que un error sobre los mismos será siempre de prohibición[1500]. Varios años después ROXIN se ocupó de criticar la teoría de los elementos del deber[1501], frente a la cual propuso 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[1502]. La tesis de un error de prohibición en caso de desconocimiento de estos elementos se relativizó en función del aspecto (fáctico o valorativo) sobre el que recaía dicho desconocimiento[1503].

En la actualidad se cuestiona si la línea de interpretación que busca diferenciar las dos clases de error en función del componente valorativo o descriptivo del elemento de valoración global, resulta realmente viable, pues los elementos normativos del tipo contienen también aspectos valorativos y no, por ello, su desconocimiento da lugar a un error de prohibición. Por esta razón, la discusión doctrinal se centra, más bien, en la cuestión de si los elementos de valoración global deben ser abarcados por el dolo o quedar en el ámbito del conocimiento del injusto[1504]. En nuestra comprensión del dolo que abarca el conocimiento del carácter prohibido del hecho, queda claro que esta discusión solamente puede responderse en un sentido. Sea porque el elemento de valoración global forme parte del dolo natural o del llamado dolo malo, en cualquiera de los dos casos debe ser abarcado por el dolo del autor.

La discusión sobre la ubicación subjetiva del conocimiento de los elementos de valoración global pone de manifiesto con meridiana claridad

---

[1500] Vid., WELZEL, *JZ* 1952, p. 135.

[1501] Vid., ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 53 y ss.

[1502] Vid., con mayor detalle, ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 132 y ss.

[1503] 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.

[1504] 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*, § 4, n.m. 230.

la validez de la tesis general de que el dolo y el conocimiento de la antijuricidad del hecho no se pueden separar[1505], pues en los tipos penales que cuentan con estos elementos el sentido delictivo del hecho sólo se puede aprehender si el autor puede contextualizar normativamente su actuación. Sólo con la imputación del conocimiento del elemento de valoración global del hecho, se podrá 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 trae consigo inmediatamente la imputación del conocimiento del carácter antijurídico del hecho.

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 contienen un elemento de valoración global del hecho[1506]. Se discute específicamente si el conocimiento del obligado tributario de que su conducta afecta la *pretensión tributaria del Estado* fundamentaría el dolo o no[1507]. Tal elemento de valoración global no se desprende de la redacción del tipo penal de defraudación tributaria, aunque es evidente que expresa el sentido que tiene la conducta típica de "*dejar de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes*". Por lo tanto, no se trataría más que, nuevamente, del sentido social que, desde el punto de vista del Derecho penal, le corresponde al hecho tipificado como una defraudación tributaria.

[1505] Igualmente, Jakobs, *FS-Rudolphi*, p. 118.

[1506] 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.

[1507] 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. 405 y ss.

E. El conocimiento de la exclusión concreta del peligro en el caso de los delitos de peligro abstracto

El dolo precisa atribuir un nivel de conocimiento sobre el sentido defraudador de la conducta en relación con expectativas sociales elementales penalmente garantizadas. De lo anterior se desprende que la imputación del dolo en un delito de peligro abstracto requerirá atribuir al autor no sólo el conocimiento de que su proceder se aleja del estándar establecido como jurídicamente permitido (la antirreglamentariedad de la conducta), sino también que dicha actuación posee una gravedad en sí que conlleva la imposición de consecuencias jurídico-penales. Por poner un ejemplo: El delito monetario de actos de confusión de dinero del artículo 256 inciso 2 del CP no se satisface subjetivamente con imputar al autor el conocimiento de que reproduce con fines publicitarios billetes o monedas capaces de generar confusión, sino que ese conocimiento debe abarcar también que dicho proceder alcanza significación penal por la importancia asignada a la confianza en el tráfico monetario.

La imputación del dolo en un delito de peligro abstracto puede decaer cuando el autor sabe que su actuación concreta no genera ningún peligro relevante, esto es, se excluye que la peligrosidad de la conducta devenga en un peligro concreto. Si bien este conocimiento especial no afecta el conocimiento de que se está realizando una conducta contraria al estándar, repercutiría, de alguna manera, en el conocimiento del carácter prohibido de su conducta, pues queda claro que tal actuación no se correspondería con el sentido de la prohibición (evitar riesgos). De ser así, el dolo estaría descartado, ya que el autor no contaría con un conocimiento completo sobre el significado defraudatorio de su hecho. Esta solución, sin embargo, no puede aplicarse al caso de delitos de peligro abstracto formulados como delito de desobediencia. Dado que la antijuricidad de la conducta en esta clase de delito no se sustenta en el peligro generado, sino en la afectación al orden impuesto, la imputación dolosa debe persistir incluso con un conocimiento especial de la inocuidad de la conducta[1508].

[1508] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 6, n.m. 88.

3. El error de tipo

El error de tipo en los delitos económicos no es una situación extraña, sino, por el contrario, bastante usual, en la medida que la compleja estructuración de los tipos penales con conceptos normativos, cláusulas de remisión a normativas extrapenales o vinculación a actos de la Administración, hacen especialmente difícil que el agente tenga una percepción completa y clara de las diversas implicacias jurídicas de su actuación[1509]. Un abordaje de las diversos supuestos problemáticos que presenta el error de tipo en los delitos económicos presupone, sin embargo, una determinación previa de lo que debe entenderse por esta forma de error –en contraposición al llamado error de prohibición–, así como los parámetros normativos que permiten decidir su relevancia y también su vencibilidad.

A. Concepto

El error de tipo consiste en la negación del dolo por la imputación de una situación penalmente relevante de desconocimiento de la realización de la conducta típica[1510]. Como ya se señaló anteriormente, la imputación jurídico-penal del hecho no se satisface con la sola infracción objetiva de la norma, sino que se requiere además imputar al autor el conocimiento suficiente de tal infracción. El error de tipo excluye el dolo e impide, consiguientemente, que la imputación penal se sustente en una mera defraudación objetiva de la norma.

En correspondencia con el contenido asignado al dolo, el error de tipo abarca no sólo el desconocimiento de la realización de los elementos del tipo penal como usualmente se entiende, sino también el desconocimiento de la significación del hecho como defraudatorio de una norma penal. Lo acabado de señalar trae como consecuencia que el error sobre el carácter prohibido del hecho se integre en el error de tipo, lo que no se corresponde con el parecer doctrinal dominante, el cual lo trata como un error que

---

[1509] Vid., Silva Sánchez, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 50 y s.

[1510] 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.

excluye la culpabilidad, mas no el dolo[1511]. Sin embargo, el tratamiento dominante del error no ha alcanzado niveles satisfactorios de solución, lo que se refleja en el hecho de que no exista un consenso doctrinal definitivo en cuanto a la delimitación entre el error de tipo y el error de prohibición, en donde se manejan diversos criterios de diferenciación o una combinación de los mismos[1512]. A esto debe sumarse que, en ciertos delitos económicos, la jurisprudencia alemana se ha decantado finalmente por tratar como un error de tipo supuestos que, conforme a los parámetros usuales en la doctrina, deberían ser considerados un error de prohibición[1513].

Como también se precisará en el Capítulo XII, en nuestra comprensión del error solamente podrá aceptarse un error que excluya la culpabilidad, si al autor le falta la posibilidad de acceder cognitivamente a la normativa jurídico-penal. Esta situación de déficit se encuentra, por lo general, descartada en el caso de personas socializadas, como sucede generalmente con los agentes económicos. Por el contrario, un sujeto con capacidad de conocer la normativa penal, pero que no ha podido determinar el carácter prohibido de su hecho por haber estado en imposibilidad de usar la información de la que disponía o porque su uso defectuoso repercutió en un enjuiciamiento errado de su comportamiento, sólo podrá alegar un error de tipo.

B. 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 autor, sino que se debe proceder a

[1511] La doctrina dominante considera estos casos un error de prohibición que excluye 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).

[1512] 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 de los defensores de una teoría de combinación de estos criterios.

[1513] Vid., así, la jurisprudencia penal alemana en relación con los delitos tributarios, como lo pone de manifiesto, Bülte, *NStZ* 2013, p. 68 y ss.

establecer su existencia también con criterios normativos[1514]. Incluso la admisión jurídico-penal de una situación de error de tipo 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[1515]. En caso de tratarse de un error de tipo vencible, se castigará la conducta, conforme al artículo 14 primer párrafo, como un delito culposo, siempre que la conducta en cuestión se sancione también a título de culpa[1516]. En caso de un error invencible, esto es, la realización de un hecho subjetivamente imprevisible, no podrá imponerse sanción alguna por faltar el mínimo necesario para sustentar una imputación subjetiva.

a. Criterios de determinación de la relevancia del error de tipo

Como se ha dicho, la simple alegación de una situación de desconocimiento no basta para ser considerada penalmente relevante[1517]. Para afirmar la existencia jurídico-penal de un error de tipo se requiere de una va-

---

[1514] 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.

[1515] 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.

[1516] 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 deben 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).

[1517] 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.

loración con base en criterios normativos de naturaleza jurídico-penal[1518]. En consecuencia, no se trata de verificar una realidad psicológica, sino de determinar una situación individual del autor con base en paramétros socialmente configurados.

Con base en la perspectiva asumida, se puede decir primeramente que no pueden alcanzar relevancia normativa los errores sobre conocimientos mínimos[1519], en tanto se trata de aspectos cuyo desconocimiento no puede ser alegado por una persona socialmente integrada. Del mismo modo, tampoco se podrá aducir una situación de desconocimiento cuando está acreditado que al sujeto le llegó información cierta sobre la relevancia de su hecho: informes, comunicaciones, memorándums, etc. El que, por razones estrictamente personales, el sujeto imputable no haya procesado internamente la información que tenía a disposición, no es una situación penalmente atendible para negar la imputación subjetiva.

En cuanto a la invocación de un error sobre los conocimientos que dependen de cierto contexto situacional, tampoco basta su alegación como una realidad psicológica. Tal error no podrá ser de recibo si dicho contexto constituye el ámbito de actuación permanente del sujeto, por ejemplo, si se trata de empresarios del sector financiero, de las telecomunicaciones, comercializadores de productos agrícolas, de explotación de recursos naturales, etc.[1520]. Bajo estas consideraciones, la alegación de una situación de error en relación con este tipo de conocimiento sólo podrá admitirse si el autor concreto resulta ajeno al ámbito de actuación correspondiente o si participando en dicho ámbito sus circunstancias personales no le permitieron acceder a la información impuesta por dicha participación.

[1518] 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.

[1519] Vid., en este sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 379 y ss., a los que denomina conocimientos mínimos.

[1520] Vid., en el mismo 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

Lo acabado de señalar en relación con el error sobre el conocimiento situacional resulta igualmente aplicable a aquel que está referido al conocimento sobre el carácter antijurídico del hecho. El conocimiento psicológico del autor constituye una realidad interna inaccesible al sistema jurídico y carece, por tanto, de toda relevancia dogmática. En este sentido, 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 desconocimiento psicológico o de duda interna no podrá tener relevancia normativa para poner en cuestión la existencia del dolo. De hecho, la doctrina dominante ha llegado de alguna manera a los mismos resultados, al tratar la duda psicológica sobre el carácter prohibido de un hecho como un caso de dolo eventual[1521]. Pero, en el fondo, lo que este razonamiento viene a sostener es que, desde el punto de vista normativo, la duda psicológica no existe[1522]. Al igual que el dolo, el error no se constata, sino que se imputa.

Ejemplo 1: Un empresario produce un determinado tipo de mercancías utilizando una marca registrada por otro (artículo 222, literal f del CP). 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[1523]. Una situación de error solamen-

---

[1521] 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.; Silva Sánchez, *ADPCP* 1987, p. 649.

[1522] Similarmente, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 30.

[1523] 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

te podría admitirse si, en sus concretas circunstancias, el empresario no pudo acceder al conocimiento sobre la ajenidad de la marca, como sería el caso si la Oficina de Signos Distintos le entregó una información errada sobre la ausencia de registro de dicha marca.

Ejemplo 2: El administrador de una sociedad anónima omite comunicar al directorio una situación de conflicto intereses en un contrato en cuya negociación interviene. Al momento de hacérsele notar la relevancia penal de su comportamiento como una forma de administración fraudulenta de persona jurídica, alega que desconocía que esa omisión tuviese relevancia penal, pensando que solamente repercutía en su relación con la sociedad. Si bien conocía la obligación de comunicar la situación de incompatibilidad de intereses, siempre la tuvo como una obligación societaria, pero nunca como una de carácter penal. A este error psicológico no cabe darle relevancia normativa, en la medida que el conocimiento sobre qué actos constituyen una administración fraudulenta de la persona jurídica forma parte del conocimiento situacional de cualquier administrador y nada impidió al concreto administrador a acceder a dicho conocimiento.

En una configuración normativa del error cobra especial relevancia la situación, muy común en la regulación de los sectores económicos, de superpoblación de normas jurídicas[1524]. Ya que en algunos casos las distintas normas y reglamentaciones aplicables difícilmente pueden ser manejadas impecablemente por un agente del sector específico[1525], parece adecuado incluir también este aspecto como un factor desencadenante de la situación de error[1526]. Por esta razón, si el propio sistema jurídico impide la

---

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.

[1524] 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.

[1525] Vid., en este sentido, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 60.

[1526] Sobre la competencia de autodeterminación del ciudadano de la situación jurídica, vid., VELTEN, *Normkenntnis*, p. 344 y ss.

formación de modelos correctos de orientación, sea por normas imprecisas[1527], contradictorias o con infinitas remisiones[1528], la situación de error del sujeto económico deberá imputarse al sistema mismo[1529]. 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[1530]. Esto nos pone en el segundo peldaño del análisis de la relevancia del error.

b. La vencibilidad del error de tipo

Una vez admitida la relevancia jurídico-penal de una situación de error, se requiere someter la situación de error al criterio de la vencibilidad, de manera que pueda decidirse si el autor queda impune o tiene lugar, a pesar de ello, una imputación a título de culpa. La vencibilidad del error debe determinarse con base en el concreto ámbito de actuación del autor, o sea, hay que establecer si, en atención a sus circunstancias personales, cabe imputarle, al menos, un nivel de conocimiento que le obliga a examinar la corrección de ciertos aspectos de su concreta actuación[1531]. Si esta imputación se lleva a cabo, podrá entonces afirmarse que la realización del hecho delictivo le era cognoscible y, en consecuencia, atribuírle responsabilidad a título de culpa. El error de tipo vencible encierra, por lo tanto, un doble estándar: Una imputación de conocimiento insuficiente para el dolo, pero suficiente para la culpa.

[1527] 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.

[1528] Vid., así los llamados supuestos de contradicción de la norma, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 101 y ss.

[1529] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 41; Meyer, D., *JuS* 1979, p. 251.

[1530] Considera posible una imputación de la vencibilidad del error al propio sistema jurídico o a la casualidad, Timpe, *GA* 1984, p. 67.

[1531] Similarmente, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 46, n.m. 771.

En lo que respecta a la vencibilidad del error sobre el carácter antijurídico del hecho, existe una amplia discusión doctrinal sobre la forma de determinarla. 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[1532]. Frente a este parecer, se opone aquél que entiende que la conciencia no juega ningún papel en la vencibilidad del error, por lo que ésta sólo puede configurarse con base en la infracción de un deber de informarse[1533]. Una tercera línea de interpretación parte de una distinción de la normativa penal en esencial y periférica, aplicando el criterio de la conciencia en el primer ámbito e imponiendo deberes de informarse en el segundo ámbito[1534]. Por encima de los pormenores de esta discusión doctrinal, parece evidente que, más allá de su punto de partida psicoligista, la teoría del esfuerzo de la conciencia sólo podría tener plausibilidad en relación con figuras delictivas tradicionales. 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 establecerse a partir de la infracción de un deber de informarse.

[1532] Así, el criterio del "esfuerzo de las capacidades intelectuales de reconocimiento", el cual se remonta a una línea jurisprudencial de los tribunales alemanes. 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 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 el apartamiento de este criterio, pues puede llevar a entregar al autor a una cultura anónima de expertos y afectar, con ello, el principio de culpabilidad.

[1533] En este sentido, MEYER, D., *JuS* 1979, p. 252; NEUMANN, *JuS* 1993, p. 797 y s.

[1534] 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.

El deber de informarse sobre la relevancia jurídica de sus actuaciones se impone a los sujetos económicos para fomentar un mayor dinamismo en la economía[1535]. En este sentido, es la participación en la economía lo que da lugar a estos deberes[1536] 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[1537]. Un estado interno no puede tener por sí mismo fuerza normativa, sino, más bien, el dato objetivo de la participación en el sector económico respectivo[1538]. 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[1539]. Los deberes de informarse surgen por el desempeño de una actividad por parte del sujeto económico, no por determinadas situaciones internas inaccesibles al sistema penal[1540].

[1535] 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*".

[1536] 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.

[1537] 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.

[1538] En este sentido, Meyer, J., *JuS* 1983, p. 515. Similarmente ya Blei, *JA* 1970, p. 671.

[1539] 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.

[1540] En este sentido, Horn, *Verbotsirrtum*, p. 62 y ss.; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 34, caracterizan los deberes de informarse como deberes de cuidado atribuidos al autor por la actividad concreta que realiza.

La vinculación del deber de informarse con una forma de imputación subjetiva (la culpa)[1541], trae como consecuencia que no basta con la infracción de tal deber para afirmar la vencibilidad del error, sino que es necesario que el autor, desde sus particulares circunstancias, hubiese podido acceder a la información suficiente para conocer el sentido penalmente relevante de su hecho[1542]. Por el contrario, si el cumplimiento del deber de informarse no le habría permitido acceder a una información suficiente para conocer el sentido delictivo de su hecho, entonces el error sobre el carácter delictivo de su actuación será invencible y, por tanto, no habrá espacio para una imputación culposa. Nuevamente se pone aquí de manifiesto que la imputación subjetiva no se decide en función del conocimiento psicológico del autor, sino del conocimiento que, en atención a sus circunstancias particulares, debería haber tenido.

C. Supuestos especiales de Derecho penal económico

a. Error sobre el límite cuantitativo del injusto en los delitos económicos

En algunos delitos económicos, el tipo penal exige la producción de un daño con cierta gravedad cuantitativa, lo que constituye un elemento típico que debe ser abarcado por el dolo. Así las cosas, un error sobre la

[1541] Vid., Wolter, *JuS* 1979, p. 483.

[1542] 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.

cuantía del daño traería consigo una situación de impunidad debido a la ausencia del conocimiento necesario para poder imputar el dolo[1543]. Tal conclusión, sin embargo, no es del todo correcta, pues el conocimiento del autor 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 permite atribuir el dolo al autor aunque no se le pueda imputar un conocimiento exacto[1544]. Un error de tipo sólo podría ser admitido si el autor creyese erróneamente que realiza una pequeña afectación penalmente tolerada del bien jurídico, siendo que, en realidad, supera los límites cuantitativos recogidos en el tipo penal[1545].

b. Error de valoración debido a información técnica defectuosa

En ámbitos especializados de la actividad económica, el sujeto económico debe informarse sobre ciertos aspectos técnicos de su actividad, lo que le impone la necesidad de dirigirse a abogados, asesores especializados o autoridades administrativas[1546]. Ya que el sujeto económico no es capaz de determinar por sí mismo todas las consecuencias de su actuación, debe procurarse esa información acudiendo a personas especializadas o a órganos oficiales de consulta. La profesionalización que caracteriza a estas personas hace absolutamente razonable tenerlas como una fuente confiable para brindar información adecuada sobre la repercusión de las actividades proyectadas[1547].

[1543] Vid., Berdugo/Ferré, *Todo sobre el fraude tributario*, p. 71 y ss.

[1544] Vid., así, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 576.

[1545] Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 576. Vid., de manera general, Frisch, *Verhalten*, p. 597.

[1546] 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 con las sentencias judiciales.

[1547] 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.; Zaczyk, *JuS* 1990, p. 894; Neumann, *NK* § 17 n.m. 75; Glandien, *Verbotsirrtum*, p. 106; Löw, *Erkundigungspflicht*, p. 101 y ss.

Si el sujeto económico omite cumplir con su deber de informarse con las personas u organismos especializados, entonces habrá que determinar cómo la situación de desconocimiento repercute en la imputación penal. Para decidir esta cuestión, debe recurrirse al contexto situacional del sujeto. En este sentido, si es posible imputarle el conocimiento (cierto o probable) de la relevancia penal del hecho con base en los datos que tiene a su disposición, entonces cabrá atribuirle el dolo, siendo irrelevante la situación de desconocimiento de las particularidades técnicas por el incumplimiento del deber de informarse[1548]. Si, por el contrario, este sujeto económico no puede reconocer tal relevancia de su actuación, entonces la omisión del deber de informarse dará pie a que el hecho delictivo cometido se le atribuya a título de culpa.

Un supuesto problemático se presenta cuando no se cumple con el deber de informarse y la persona especializada a la que hipotéticamente se hubiese recurrido para solicitar la información, no habría podido dar una información correcta. Un sector de la doctrina penal considera que si la hipotética información incorrecta hubiese sido confiable, se habría producido un error invencible[1549]. Contra este parecer, JAKOBS sostiene que no siempre cabe afirmar 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[1550]. El daño no está dispuesto inevitablemente, 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[1551]. 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

---

[1548] Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 58, en la medida que debe asumir todas las consecuencias de una actuación desinformada.

[1549] Vid., con amplias referencias doctrinales, CÓRDOBA, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 411 y ss.

[1550] Vid., JAKOBS, RPDJP 6 (2005), p. 527. Similarmente, CÓRDOBA, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 425.

[1551] Vid., JAKOBS, RPDJP 6 (2005), p. 527.

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 conforme a las circunstancias personales del autor[1552]. En caso que la fuente consultada aparezca como la correcta, la información errónea no podrá afectar al actuante, aun cuando éste guarde cierta duda psicológica sobre la legalidad de su hecho[1553]. Su competencia de conocimiento se cumple con la solicitud de información a una fuente adecuada. 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[1554]. Por el contrario, si la selección de la fuente de información no resulta adecuada, entonces sí podrá atribuírsele responsabilidad a título de culpa por una especie de *culpa in eligendo*[1555]. En caso que el 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[1556].

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[1557]. La situación se torna distinta en caso de suministro de información incorrecta

---

[1552] En este sentido, Groteguth, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 109; Nieto Martín, *Conocimiento*, p. 213.

[1553] 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.

[1554] Vid., Velten, *Normkenntnis*, p. 383.

[1555] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 36.

[1556] Se trata de una actuación a propio riesgo, como lo señala, Kunz, *GA* 1983, p. 465.

[1557] Vid. Pérez Cepeda, *Revista penal* 9 (2002), p. 113.

por parte de los asesores que lleva al solicitante a decidirse erróneamente en contra del ordenamiento jurídico-penal[1558]. En este caso, el principio de confianza en el plano objetivo permitiría la exclusión de responsabilidad penal del solicitante[1559]. Una sanción a los asesores solamente podría justificarse, en caso de actuación dolosa, por medio de la figura de la autoría mediata[1560], aunque habría que reconocer que tal posibilidad se torna difícil de materializar en los delitos especiales[1561]. Ya que el asesor no cuenta con la calidad especial exigida por el tipo penal, no resultará posible, en principio, sancionarle como autor. La única posibilidad de sancionarle sería a título de partícipe, flexibilizando el requisito de la accesoriedad en el sentido de un injusto objetivo[1562].

Lo anterior no obsta a que se puedan utilizar otras vías de excepción para sustentar la responsabilidad penal del asesor en los delitos especiales: Interpretando el elemento especial de autoría en un sentido fáctico o introduciendo tipos penales que sancionen específicamente el acto de asesoramiento defectuoso[1563]. La primera de las soluciones no es posible, sin

---

[1558] Vid., la mención de esta problemática QUINTANAR DIEZ, *CPC* 72 (2000), p. 676.

[1559] Vid., en este sentido, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 113.

[1560] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 60; 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 culpa no se encuentra descartada, siempre que la figura delictiva en cuestión se pueda castigar a título de culpa. Como provocación de un error invencible, JAKOBS, *RPDJP* 6 (2005), p. 527.

[1561] Vid. RAGUÉS I VALLÈS, en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 259; GÓMEZ MARTÍN, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 411.

[1562] Así lo destaca para el Derecho penal económico, SILVA SÁNCHEZ, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 60 y s.

[1563] 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. En el Derecho penal español se discute también sobre la posibilidad de recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro 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.

embargo, en los delitos de infracción de un deber, al no admitir una asignación del rol especial con base en una situación puramente fáctica, por lo que en dichos delictos sólo podrá acudirse a la segunda vía de solución.

c. *Error de valoración debido a decisiones judiciales*

Otro de los temas controvertidos en materia de error tiene lugar cuando se produce la valoración errónea de un hecho a partir de decisiones judiciales que declaran tal hecho como ajustado a Derecho[1564]. No hay mayores dificultades para admitir la relevancia de tal error cuando la jurisprudencia es uniforme o, cuando menos, predominante[1565]. El valor de las decisiones de los tribunales para formar opinión justifica aceptar en dichos casos una situación de error relevante[1566]. 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, lo lógico es que el autor se decida a emprender lo que resulta más favorable a sus intereses[1567].

Para resolver los supuestos de error por jurisprudencia controversial, un sector de la doctrina penal parte de la diferencia entre controver-

---

[1564] 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 desvirtuar la relevancia de 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.

[1565] 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.

[1566] En este sentido, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102 y ss.; Meyer, D., *JuS* 1979, p. 253; Donatsch, *SchwZStr* 102 (1985), p. 36; Neumann, *JuS* 1993, p. 798; El Mismo, *NK* § 17, n.m. 68; Roxin, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 64; Velten, *Normkenntnis*, p. 438.

[1567] Vid., así, Neumann, *JuS* 1993, p. 798.

sia de tribunales de la misma instancia y controversia entre tribunales de instancias distintas[1568]. 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[1569]. 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[1570], mientras que otros admiten la posibilidad de un error vencible[1571] e incluso invencible[1572].

Otro sector doctrinal da un tratamiento distinto a los supuestos de error con base en decisiones jurisprudenciales contradictorias, 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[1573], mientras que para otros se trata de una situación de indeterminación que debería liberar al ciudadano de responsabilidad penal[1574]. Según nuestro parecer, este último criterio de solución resulta

---

[1568] Crítico ante la diferenciación de la jurisprudencia controversial 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.

[1569] 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.

[1570] Así, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 21, n.m. 64; DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 33 y ss.

[1571] Vid., en este sentido, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 110; EL MISMO, *SK* § 17, n.m. 39; SCHROEDER, *LK* § 17, n.m. 39.

[1572] Consideran que en el caso de sentencias controversiales 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.

[1573] En este sentido, MEYER, D., *JuS* 1979, p. 253.

[1574] 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

el más aconsejable, pues en una sociedad en la que el Estado ha asumido un papel activo en la regulación de la economía, éste debe cargar consigo también los costos de esta intervención, de manera que los defectos en su labor legislativa o de solución de conflictos no deben serles trasladados a los ciudadanos[1575].

d. Desconocimiento de la obligación de obtener una autorización y error respecto de su licitud

Resulta muy usual en el Derecho penal económico la configuración típica de determinados delitos como la realización de determinadas actividades profesionales o económicas sin una autorización administrativamente requerida (por ejemplo, el delito de intermediación ilegal en el mercado de valores del artículo 243B del CP). En estas figuras delictivas, los supuestos de error sobre la autorización administrativa pueden sistematizarse en dos grupos.

Por un lado, puede ser que el autor cometa el delito desconociendo la necesidad de la autorización administrativa[1576]. En estos casos, debe indicarse que, como regla general, todo emprendedor está obligado a informarse sobre los requisitos necesarios para realizar algún tipo de actividad económica que pueda repercutir en intereses comunes. En este sentido, cabe señalar 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 indican incorrectamente la falta de necesidad de solicitar o tramitar una autorización ante la Administración.

---

de error, considera que se trata de una cuestión de exigibilidad. Crítica ante las consideraciones que recurren a 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.

[1575] 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.

[1576] La referencia a estos supuestos de error, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 36.

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 repercute primeramente en el terreno de la imputación objetiva[1577], por lo que si se dan los presupuestos para excluir la imputación ya en este nivel, no tendrá sentido plantearse siquiera 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 los supuestos de cohecho)[1578]. 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[1579]. Si al autor no puede imputársele, en sus circunstancias

---

[1577] NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 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.

[1578] 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.

[1579] Exige una situación de duda, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 207.

concretas, el conocimiento de la ilegalidad de la autorización recibida, la imputación subjetiva deberá decaer.

e. *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 la normativa extrapenal de remisión muchas veces resulta de difícil acceso al agente económico. Algunos países, como por ejemplo Alemania, son conscientes desde hace tiempo de esta problemática, por lo que se han expedido leyes específicas con la finalidad de regular el error en relación con leyes penales en blanco y permitir un margen mayor de aceptación de supuestos relevantes[1580]. La doctrina penal, por su parte, se ha dedicado a discutir sobre la delimitación entre el error de tipo y el de prohibición en esta clase de leyes penales y determinar, en este sentido, cómo debe tratarse cada clase de error[1581]. Desde nuestra comprensión del error de tipo, en la que se 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 de los criterios de decisión, estable-

---

[1580] 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 la que estuvo presente en la legislación tributaria de 1919 o 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 las 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*".

[1581] Sobre esta discusión, en la doctrina penal alemana, 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.

cidos de manera general en la ley penal, por medio de leyes o reglamentos[1582]. 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 extrapenales constituyen solamente una especificación de los criterios establecidos ya en el tipo penal[1583]. Sólo podría admitirse de manera excepcional un error de tipo, si el propio tipo penal utiliza conceptos indeterminados que se especifican mediante las normas extrapenales de remisión[1584]. Ya que en estos casos resulta necesario requerir además un conocimiento de los aspectos regulados por las normas de remisión, 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 extrapenales se imputa o no al autor, nos remitimos a lo expuesto sobre el 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 una prohibición extrapenal[1585]. Para decidir esta cuestión, debemos tener en cuenta lo señalado sobre el conocimiento del carácter prohibido en las leyes penales en blanco, en el sentido de que 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[1586]. 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

---

[1582] De otra opinión, WEIZ, *Arten des Irrtums*, p. 30; DROST, *NJW* 1949, p. 740; WARDA, *Abgrenzung*, p. 36; REAÑO PESCHIERA, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 204, en el sentido de considerar a las normas complementarias parte del tipo penal.

[1583] 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.

[1584] 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.

[1585] 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.

[1586] En este sentido, aunque de manera general para las contravenciones, LANGE, *JZ* 1956, p. 76.

de los aspectos regulados en el tipo penal es suficiente para comprender el carácter delictivo del hecho. Por esta razón, se requiere siempre de un examen específico en cada tipo penal. Como también ya lo hemos precisado, el desconocimiento de la prohibición de la normativa extrapenal sólo podrá admitirse en caso de ámbitos ajenos a la actividad regular del sujeto económico[1587].

f. 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 a la actividad desplegada. 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 cumplimiento del rol el conocimiento proveniente de fuentes informales[1588].

El primer punto que debe dejarse aquí en claro es que no se trata del 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. En este caso no hay una situación de error relevante[1589]. A lo que se hace referencia, más bien, es al caso del sujeto que recibe, por ejemplo, una información incorrecta por los medios regulares, pero por una vía informal

---

[1587] 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.

[1588] Niegan al parecer esta posibilidad Timpe, *Strafmilderungen*, p. 233; Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 57.

[1589] 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.

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[1590] 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 probatorias[1591]. Por el contrario, si puede atribuirse el conocimiento individual de la información necesaria para darse cuenta del carácter prohibido del hecho, entonces no habrá problema para afirmar el conocimiento del carácter prohibido del hecho[1592]. Dado que el supuesto planteado supone un informe técnico previo, queda claro que se está ante situaciones que requieren un conocimiento especializado. Sin embargo, este conocimiento no sustituye al que tiene el autor, sino que lo clarifica o refuerza. Pero si el autor tiene clara una situación técnica, entonces nada puede cambiar un informe que se sabe es incorrecto.

III. LA CULPA

1. Cuestiones generales

La configuración normativa de la parte subjetiva de la culpa no se diferencia materialmente de la comprensión asumida en relación con la imputación subjetiva dolosa: No se trata de verificar el conocimiento del autor, sino de determinar lo que éste debía conocer en atención a sus circunstancias personales[1593]. No obstante, debe precisarse que la imputación

---

[1590] 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.

[1591] Igualmente, pero no por razones procesales, JAKOBS, en *Estudios*, p. 215.

[1592] 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.

[1593] 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.

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 realizado[1594], sino un conocimiento de menor grado que permite tomar como posible tal defraudación y la necesidad de adoptar ciertas medidas de cuidado[1595]. Adicionalmente, al autor se le debe imputar el conocimiento de que la realización de tal hecho sin las medidas exigibles se encuentra penalmente prohibida.

Establecido que la culpa se configura con base en la cognoscibilidad de la realización típica, surge la necesidad de precisar cómo se determina normativamente tal cognoscibilidad. La culpa debe determinarse atendiendo a las capacidades individuales del autor[1596], pues solamente de esta manera puede personalizarse la imputación jurídico-penal. No obstante, este reconocimiento no debe conducir a aceptar la relevancia jurídico-penal de la realidad psíquica del autor[1597]. 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 lesivo 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.

[1594] 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.

[1595] 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*, p. 172; Frisch, en *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds), p. 264. 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.

[1596] 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 *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds), p. 173 y ss.; Reátegui Sánchez, *Diálogo con la jurisprudencia* 35 (2001), p. 75.

[1597] 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).

2. Cuestiones especiales

Antes de entrar en los problemas específicos de la culpa en el Derecho penal económico, conviene pronunciarnos brevemente sobre la cuestión de su incriminación en este sector específico. Parte de la doctrina exige para el castigo de la culpa en los delitos económicos la infracción de un deber de cuidado especial o intensificado (culpa profesional)[1598] o la existencia de un deber supraindividual que se sume a una lesión individual[1599]. 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, la incriminación de la culpa en el Derecho penal económico no debe contar con especiales elementos normativos adicionales a las exigencias generales para el castigo de esta forma de imputación subjetiva.

A. La punibilidad de la culpa grave en Derecho penal económico

El Código Penal sigue el modelo del *numerus clausus* en la regulación de la culpa. No obstante, la incriminación de una conducta culposa no lleva consigo necesariamente el castigo de los distintos grados de culpa[1600]. Debido a la reducida posibilidad de evitación de la llamada culpa leve, existe un acuerdo mayoritario en la doctrina penal en el sentido de no sancionar penalmente esta forma de culpa[1601]. Por el contrario, la

---

[1598] Vid., TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 243; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 389.

[1599] Así respecto de los delitos concursales, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 244; ARROYO ZAPATERO, *Delitos*, p. 75. Críticamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 391 y s.

[1600] Sobre los grados de la culpa, vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 74.

[1601] 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.

llamada temeridad se muestra como la forma más grave de culpa[1602] y, por ello, como aquella que merece la mayor penalidad dentro del marco penal previsto por el tipo respectivo. La doctrina discute sobre el fundamento de esta mayor gravedad: mientras un sector de la doctrina lo ubica en el nivel de la culpabilidad[1603], otro sector entiende que se trata de una cuestión del injusto[1604]. Una tercera línea de interpretación considera que la culpa grave afecta tanto el injusto como la culpabilidad[1605].

La discusión sobre la culpa grave se torna más aguda cuando se sanciona penalmente con la misma penal que el delito doloso[1606], en tanto una equiparación tal podría confundir estos supuestos con los casos de dolo por indiferencia[1607]. 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[1608] podría justificar imponer a los supuestos de culpa grave la pena del delito doloso, no se trata de supuestos normativamente dolosos[1609]. Una muestra de este carácter de la

---

[1602] En el Derecho penal alemán predomina la opinión que equipara la temeridad con la culpa manifiesta del Derecho civil, definiendo incluso el Proyecto de Código Penal de 1962 la temeraridad como la actuación con culpa manifiesta. Vid., al respecto, Frick, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 35 y s.

[1603] 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.

[1604] Vid., en este sentido, Tenckhoff, *ZStW* 88 (1976), p. 911 y s., como una grave desconsideración del deber de cuidado.

[1605] En este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 80; Wegscheider, *ZStW* 98 (1986), p. 649; Park, *Leichtfertigkeit*, p. 190; Birnbaum, *Leichtfertigkeit*, p. 209.

[1606] 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.

[1607] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 23.

[1608] 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.

[1609] 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.

culpa grave se aprecia en su utilización para la tipificación de delitos cualificados por el resultado[1610].

La llamada temeridad o culpa grave ha adquirido una especial importancia dogmática en los delitos económicos[1611], aunque también procesal, debido al aligeramiento de prueba que trae consigo[1612]. En el Derecho penal alemán, por ejemplo, se ha castigado como delito tributario doloso la falta grave de cuidado en las declaraciones del contribuyente[1613], así como también la falta de cumplimiento culposo del deber de comunicar hechos relevantes para la determinación de subvenciones[1614]. 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[1615]. En nuestra legislación penal económica, por el contrario, la figura dogmática de la temeridad o culpa grave ha encontrado escasa aplicación. Cabe mencionar, por ejemplo, el supuesto sancionado en el artículo 256 inciso 2 del CP, 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.

[1610] Vid., la referencia, ARTZ, *GS-Schröder*, p. 120; MAIWALD, *GA* 1974, p. 257 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 214, n.m. 74.

[1611] Vid., así, HEINZ, en *Wirtschaftskriminalität*, Gropp (Hrsg.), p. 41; DANNECKER, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 1, n.m. 88.

[1612] Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 87; EL MISMO, *Einführung*, § 1, n.m. 61; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 367; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 390. Críticamente, LINDEMANN, M., *Voraussetzungen*, p. 230.

[1613] 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.

[1614] 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.

[1615] 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. La redacción anteriormente vigente sancionaba no sólo a quien conocía el origen ilícito de los activos, sino también a quien "podía presumirlo". La doctrina nacional reaccionó de distintas formas a esta particularidad del tipo subjetivo del delito de lavado de activos. Mientras algunos intentaban reconducir este aspecto al dolo eventual[1616], otros se mostraron críticos sobre la constitucionalidad de su aplicación[1617]. En la edición anterior de este trabajo señalamos que era dudoso reconducir el tipo subjetivo de "poder presumir" al ámbito del dolo eventual, pues el dolo eventual se castiga sin necesidad de un expreso reconocimiento en el tipo penal. Por ello, señalamos que se trataba de un supuesto grave de culpa que se castiga del mismo modo que un delito doloso. Este parecer fue, sin embargo, negado por el AP 03-2010, remarcando que "poder presumir" admite solamente el castigo del dolo eventual y que el castigo de la culpa requeriría una redacción en el sentido de "deba presumir", lo que no se correspondería con el tenor literal. La nueva Ley contra el lavado de activos, el D. Leg. 1106, ha realizado diversas modificaciones a la regulación anterior, dentro de las cuales cuenta la sustitución de la expresión "pueda presumir" por "deba presumir" el origen ilícito de los activos. Siguiendo el razonamiento del AP 03-2010, habría que concluir que el actual tenor de las distintas modalidades del delito de lavado de activos autorizaría a castigar no sólo los supuestos dolosos, sino también los casos de culpa grave[1618].

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 lesivo del hecho al momento del comportamiento determinante del resultado, sino antes de

---

[1616] Vid., así, Prado Saldarriaga, en *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo, p.13, quien, en referencia al anterior artículo 296 A del CP, consideraba que se trataba de supuestos de dolo eventual.

[1617] Vid., Bramont-Arias Torres, Luis A., *Actualidad jurídica* 105 (2002), p. 65.

[1618] Vid., con mayores referencias, García Cavero, *El delito de lavado de activos*, p. 125.

emprender el mismo[1619]. El castigo de estos 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[1620]. 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 se ha precisado que el criterio de imputación subjetiva en la culpa es la cognoscibilidad, pero no se ha señalado con detalle qué aspectos del hecho deben ser cognoscibles para el autor. En la jurisprudencia alemana basta con una previsibilidad del resultado[1621], mientras que la doctrina se inclina a exigir además que el autor pueda reconocer el curso causal del resultado en sus rasgos esenciales[1622]. No cabe duda que el parecer defendido por la doctrina resulta más exhaustivo, pero debe también reconocerse que presenta algunos inconvenientes prácticos. No sólo se muestra complicado determinar lo que se entiende por "lo esencial"[1623], sino que este procedimiento de determinación ofrece dificultades para fundamentar la imputación en procesos complejos, en los

---

[1619] Vid., así la referencia de VOGEL, J., Voz: Fahrlässigkeit, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 5.

[1620] 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*.

[1621] 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.

[1622] Vid., así, LAMPE, F., *Die strafrechtliche Haftung*, p. 33; MEZGER, *Strafrecht*, p. 361; HÜTTE, *Masstab*, p. 168; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 176.

[1623] Vid., al respecto, FRISCH, *Verhalten*, p. 581 y ss.

que se conoce la producción de un resultado, pero no el modo cómo se ha producido (p.e. daños producidos por medicamentos, sustancias químicas, etc.)[1624]. 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[1625]. 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

Las combinaciones dolo-culpa abarcan dos grupos de casos: Los casos de combinación dolo-culpa no cualificada (preterintención) y los casos de delitos cualificados por el resultado. Mientras las primeras combinaciones apenas son relevantes en el Derecho penal económico, la cualificación por el resultado es una técnica de tipificación muy recurrente en la regulación de los delitos económicos.

Los delitos cualificados por el resultado castigan con una pena mayor la realización de un delito que produce además otro resultado dañoso. Si sólo se exigiese una imputación objetiva del resultado cualificante, 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 sólo podrá imputarse si, cuando menos, existe culpa[1626].

En diversos delitos económicos la redacción de la cualificación puede ofrecer ciertos problemas interpretativos con las reglas generales de la imputación subjetiva. El artículo 12 del Código Penal exige que, en los delitos culposos, el tipo penal de la Parte Especial establezca de manera expresa la

---

[1624] Vid., en este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 181, nota 53.

[1625] Vid., en esta línea el parecer de Jakobs, *Studien*, p. 91 y ss.; El Mismo, *Strafrecht*, AT Apdo 9, n.m. 17.

[1626] Vid., así, Lorenzen, *Zur Rechtsnatur*, p. 27 y ss.; Schroeder, *LK* § 18, n.m. 25.

punición culposa, de manera que si no se establece nada, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo. Ocurre, sin embargo, que muchos delitos económicos cualificados por el resultado no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave (por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 305 del CP o el segundo párrafo del artículo 168A del CP), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo. Lo paradójico de esta situación legal es que muchas veces la penalidad por la realización del resultado agravante (en el ejemplo citado, la pena del homicidio simple) resulta mayor que la pena del delito cualificado por el resultado, por lo que la finalidad agravante de delito cualificado por el resultado pierde todo su sentido. Por esta razón, la doctrina penal considera que lo más razonable es dejar de lado el delito cualificado por el resultado en caso de atribución dolosa del resultado, limitando su aplicación a la realización culposa del resultado[1627].

[1627] Vid., Así, en relación con el delito contra la seguridad e higiene industriales, García Cavero, *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 13 (2012), p. 26. Igualmente en la regulación penal española, Rodríguez Montañés, *El caso colza*, p. 236.

CAPÍTULO XI
LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las estructuras de descargo de la imputación excluyen la competencia penal por la producción de un suceso penalmente relevante en situaciones especiales de conflicto[1628]. Esta exclusión de la competencia jurídico-penal requiere una faceta objetiva y otra subjetiva. En el plano objetivo, debe determinarse la existencia de una situación especial de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría penalmente prohibida en otro contexto situacional. En el plano subjetivo, se debe imputar al actuante el conocimiento de la situación de conflicto especial, lo que no se reduce a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de esta situación, sino que abarca también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto[1629].

II. LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

En el Derecho penal económico tienen vigencia, en principio, todas las distintas estructuras de descargo de la imputación reconocidas en la teoría general del delito[1630]. Sin embargo, no se tratará, en lo que sigue, cómo podría tener aplicación en los delitos económicos cada una de las

---

[1628] 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.

[1629] ROXIN, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 94: "*Él* (scil. el autor) *tiene pues el dolo de hacer algo objetivamente ajustado a derecho*".

[1630] Vid., en el mismo sentido, WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 394.

estructuras de descargo de la imputación penal reconocidas, sino que la exposición se limitará a los supuestos más usuales en la realidad económica. Debe tenerse presente que, en la medida que las estructuras de descargo no se ven limitadas por el principio de legalidad[1631], su relevancia no depende de un reconocimiento expreso y previo del legislador, sino de una valoración judicial de las circunstancias relevantes en cada caso concreto.

1. La legítima defensa económica

La posición extendida de que el Derecho penal económico protege bienes jurídicos supraindividuales, ha dado pie a que un sector de la doctrina penal niegue la relevancia de la legítima defensa en este sector, pues se trataría de una estructura de descargo de la imputación que sólo operaría en relación con ataques a bienes jurídicos individuales[1632]. La legítima defensa tendría un ámbito de aplicación reducido a los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, lo que no es el caso de los delitos económicos.

Cabe poner en tela de juicio el carácter absoluto de la afirmación precedente, en la medida que desconoce que los delitos económicos pueden consistir también en ataques individualizados[1633], como, por ejemplo, el delito contra la libertad de los trabajadores del artículo 168 del CP. 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 bienes públicos[1634], lo cual implicaría, por ejemplo, que se podría ejercer legítima defensa en el caso del delito de cárteles de licitación del artículo 241 del CP cuando se intente alejar de una

---

[1631] Vid., con mayor precisión, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 5, n.m. 42.

[1632] 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.

[1633] Así, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 430; RIGHI, *Derecho penal económico*, p. 318.

[1634] Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht* AT § 15, n.m. 31; JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 12, n.m. 4; MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 430.

licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenazas[1635]. 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[1636], 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.

Más allá de la idoneidad general de la legítima defensa para levantar la imputación en los delitos económicos, existen supuestos concretos vinculados a delitos económicos en particular, en los que se discute si se presenta una situación de legítima defensa. Especialmente controvertida es la invocación de las reglas de la legítima defensa para resolver supuestos de conflictos entre empresas, sobre todo en el ámbito de la competencia en el mercado[1637]. Se discute específicamente si una empresa puede calificar una infracción a la regulación de la competencia en el mercado como un acto de legítima defensa frente a 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[1638]. Esta comprensión se corresponde con el punto de partida que desestima una esfera de organización atribuida jurídico-penalmente a la empresa. La dificultad que pre-

---

[1635] Igualmente, Caro Coria, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 681.

[1636] Vid., en este sentido, aunque con ciertas restricciones, Roxin, *Strafrecht*, AT § 15, n.m. 40; Jakobs, *Strafrecht* AT, Apdo 12, n.m. 6.

[1637] 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. Críticamente, Martínez Buján-Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 430.

[1638] Vid., en este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 7; Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 78, n.m. 1201.

senta este parecer es que la defensa necesaria sólo podría 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 plantea en relación con la dirección de la defensa necesaria. La doctrina penal reconoce acertadamente que la defensa solamente puede ejercerse contra el agresor, mas no contra terceros no intervinientes[1639]. 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[1640]. 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

En relación con los delitos económicos, lo que usualmente se plantea es un estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4 del CP), en la medida que el estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5 del CP) se circunscribe a delitos relacionados con la vida, la integridad física o la libertad. Sin embargo, no debe olvidarse que muchos delitos económicos encierran la protección de bienes jurídicos personalísimos como es el caso de los delitos contra la salud de los consumidores o contra la salud de los trabajadores. Por lo tanto, no existe ningún obstáculo dogmático para discutir situaciones de necesidad exculpante también en el marco de los delitos económicos.

[1639] 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.

[1640] Similarmente, WAGEMANN, *Rechtfertigungs- Entschuldigungsgründe*, p. 96 y s.

Pese a la validez general de la figura del estado de necesidad en relación con los delitos económicos, el presente apartado no se va a ocupar de las diversas situaciones de necesidad imaginables, sino que se centrará específicamente en discutir la cuestión de si una situación de crisis económica puede ser tomada como un estado de necesidad justificante. El punto de partida es que los requisitos exigidos para que una situación de crisis económica autorice a descargar la imputación penal no son distintos a los exigidos de manera general para el estado de necesidad justificante. Lo único especial es que los requisitos generales presentan ciertas particularidades en relación con la crisis económica 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[1641]. Como se sabe, para la admisión de un estado de necesidad no interesa determinar de dónde proviene la situación de peligro para los 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)[1642]. En lo que respecta al requisito de la situación de peligro, no hay entonces mayores problemas para aceptar una situación de necesidad económica que permita descargar la imputación penal[1643].

[1641] En este sentido, TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 189; EL MISMO, *Einführung*, § 4, n.m. 193; 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.

[1642] Vid., en el mismo sentido, LENCKNER, voz: rechtfertigende Notstand, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2.

[1643] 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.

B. La necesidad de la defensa

En los estudios especializados se ha establecido de manera consensuada que en el estado de necesidad la acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria[1644]. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20 inciso 4 del CP al señalar 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[1645]. 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[1646]. En este sentido, si la situación de peligro amenazante del bien jurídico se puede resolver con una alternativa de solución en el marco de legalidad o con una infracción menor (administrativa, por ejemplo), entonces no habrá necesidad de una defensa que conlleve la realización de un delito económico.

En el tema de la necesidad de la defensa puede discutirse especialmente los casos en los que se comete una apropiación ilícita o una administración fraudulenta en perjuicio de un tercero para alejar el peligro de pérdida de dinero[1647]. En la jurisprudencia alemana se ha aceptado este supuesto como justificante, siempre que se preserve un interés común o general[1648]. 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[1649]. Por ejemplo: Si el administrador de una persona jurídica utiliza indebidamente el dinero de la persona jurídica para evitar

---

[1644] 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.

[1645] Vid., en este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 237 y s.

[1646] Vid., con mayores precisiones, LENCKNER, voz: rechtfertigende Notstand, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2 y s.

[1647] Plantea el tema TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 194, aunque como una cuestión de adecuación.

[1648] Vid., la referencia TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 194.

[1649] Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 194.

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 CP). De entrada debe señalarse que en este punto existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesario una ponderación global de los intereses[1650], otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto[1651]. 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 penal al que está expuesto el criterio de la ponderación global de intereses[1652]. La considerable preponderancia de lo preservado debe establecerse con base sólo en los concretos bienes jurídicos en conflicto, lo cual no significa una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos[1653], sino que, tal como lo establece la legislación, debe apreciarse también la intensidad del peligro que los amenaza.

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 (la seguridad personal de los trabajadores en relación con la pretensión tributaria[1654]),

---

[1650] 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.

[1651] 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.

[1652] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 271.

[1653] Críticamente ante una simple comparación abstracta, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 699.

[1654] En el marco de otras posibles situaciones de conflicto derivados de situaciones de crisis económicas, KUHLEN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 2. Teil, 1, n.m.

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 entre 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 CP)[1655]. La cláusula de adecuación cumple la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio[1656], en tanto debe reconocerse al afectado como persona y, por tanto, negar la legitimidad de los actos que producen una considerable pérdida de su libertad[1657]. En este sentido, una conducta que busque 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. Por ejemplo, que empresas en problemas económicos procedan a defraudar a sus acreedores para conservar las plazas de trabajo de sus trabajadores.

3. El descargo de la imputación penal en virtud de autorizaciones administrativas

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

---

67, rechaza que la conservación de las plazas de trabajo pueda ser preponderante frente a la salud de los consumidores.

[1655] Vid., DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 19.

[1656] 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.

[1657] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 257.

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 caso, las entidades estatales se encargan de ordenar adecuadamente un determinado sector de actuación con base en la concesión de autorizaciones, por lo que el despliegue de una actividad administrativamente autorizada no puede ser pasible de una sanción penal.

Las autorizaciones administrativas adquieren, sin embargo, 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[1658]. 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 está sujeto a una accesoriedad administrativa[1659]. Como lo admite un sector de la doctrina penal, las autorizaciones administrativas por razones de excepción son supuestos especiales de estado de necesidad[1660], 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 penal 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

---

[1658] Vid., Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 206.

[1659] De una opinión contraria, Winkelbauer, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 16 y ss., quien reconoce una accesoriedad administrativa en el plano de la antijuricidad.

[1660] 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 un carácter subsidiario frente a la decisión de la Administración, Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 195.

organización, sino de su competencia para establecer si se dan las circunstancias concretas que autorizan un descargo de la imputación penal[1661].

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 autorización no se corresponde con los parámetros administrativos para su otorgamiento. 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[1662], aunque puedan resultar cuestionables los criterios de tal decisión.

La situación se torna distinta 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[1663] o una accesoriedad limitada mediante la idea del abuso del derecho[1664] no pueden ser de recibo en el ámbito de las estruc-

---

[1661] 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.

[1662] Vid., así, SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 58.

[1663] 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.

[1664] 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 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.

turas de descargo de la imputación. La perspectiva correcta la proporciona, más bien, el criterio material de la juridicidad de la autorización administrativa[1665]. Si existe una autorización administrativa antijurídica, la imputación penal se debe mantener, salvo que se alegue una situación de error motivada por la apariencia de legalidad[1666]. No obstante, esta alegación debe someterse todavía al criterio de la vencibilidad para decidir si existe una impunidad o no del ilícitamente autorizado.

La comprensión de la autorización administrativa como estructura de descargo de la imputación emparentada con el estado de necesidad, trae como consecuencia, por otra parte, que deberá también descargarse la imputación penal en los casos en los que no exista propiamente una autorización administrativa, pero están presentes los elementos que configuran materialmente un estado de necesidad[1667]. 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 se ha fundamentado de diversas maneras: Como exclusión de la tipicidad[1668],

---

[1665] 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.

[1666] Vid., en el mismo sentido, SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 58.

[1667] Vid., TIEDEMANN, en *Temas*, p. 144 y ss.

[1668] 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.

de la antijuricidad[1669], de la culpabilidad[1670] e incluso como criterio de medición de la pena[1671]. 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 una causa 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[1672]. 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[1673]. Como principal argumento se señala que otorgar un efecto justificante a la tolerancia de la Administración significaría reconocerle la capacidad de decidir sobre la punición de una conducta, lo cual traería consigo una intromisión en las funciones reservadas al legislador y al juez[1674]. 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.

[1669] 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.

[1670] Concretamente como un error de prohibición, HALLSWASS, *Die behördliche Duldung*, p. 114 y s.

[1671] Vid., HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung*, p. 112.

[1672] Vid., en este sentido, MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 126.

[1673] 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.

[1674] Vid., así, HALLSWASS, *NuR* 1987, p. 300 y s.; HERMES/WEILAND, *Die staatliche Duldung*, p. 109.

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[1675]. Por otro lado, se ha recurrido a la distinción entre tolerancia concluyente y aquélla que no lo es, siendo solamente la primera forma de tolerancia la que, al igual que el consentimiento concluyente, puede tener efectos justificantes[1676]. 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[1677].

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 resulta sumamente cuestionable el traslado de los criterios desarrollados para bienes disponibles al terreno de los intereses generales[1678]. Por esta razón, sólo el criterio de la juridicidad de la tolerancia de la Administración puede desarrollar un efecto de descargo de la imputación[1679], 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

---

[1675] 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.

[1676] 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.

[1677] 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.

[1678] Vid., así, MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 142

[1679] 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.

la autorización administrativa y la tolerancia arreglada a Derecho puede trazarse perfectamente un paralelo[1680].

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[1681]. 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[1682], 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 medida que haya razones de peso para ello[1683]. 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[1684]. 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[1685]. Esta apariencia de legalidad se rompe si el administrado

---

[1680] En el mismo sentido, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 905 y ss.; SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 116.

[1681] Vid., en este sentido, SCHMITZ, *Verwaltungshandeln*, p. 117; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, p. 145.

[1682] 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.

[1683] En este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 21, n.m. 63.

[1684] En este sentido, NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 66.

[1685] De forma similar, mediante los casos que denomina tolerancia interpretada como declaración expresa de licitud, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 212.

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

Por razones de seguridad jurídica no podría resultar punible una conducta que el ordenamiento jurídico autoriza[1686]. La exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico explica la existencia de la estructura de descargo de la imputación consistente en la actuación por disposición de la ley[1687]. Sin embargo, no deben confundirse estos casos con aquéllos en los que desde un principio no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en estos últimos no hay un descargo de la imputación por razones excepcionales, sino la ausencia general de base suficiente para una imputación[1688]. 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 penal 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.

El efecto eximente de los actos permitidos por la ley se encuentra previsto en el artículo 20 inciso 8 del CP. 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 los intereses particulares afectados o

---

[1686] 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/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1519.

[1687] 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.

[1688] Distingue en esta línea el nivel de la tipicidad y la antijuridicidad en los actos por disposición de la ley, Nakasaki Servigón, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 774.

puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de ingerencia de terceros. En este sentido, pueden incluirse dentro de la estructura de descargo de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico supuestos de distinto orden. Siguiendo el tenor del artículo 20 inciso 8 del CP, 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)[1689].

A. Ejercicio regular de un derecho

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio regular puede implicar la afectación de los derechos o intereses de terceros[1690]. 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[1691], 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.

Entrando propiamente en delitos económicos, puede señalarse, por ejemplo, que en los delitos contra la propiedad industrial se pueden encontrar diversos supuestos en los que se le concede a un tercero la posibilidad de usar regularmente un elemento de la propiedad industrial registrado

---

[1689] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1519.

[1690] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1530.

[1691] Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 790.

por otro aun sin contar con su consentimiento[1692]. Por ejemplo, cabe mencionar el uso de la marca que se hace para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados. En este caso, el ejercicio regular del derecho reconocido por la regulación industrial a los terceros, levantaría la imputación por un delito contra la propiedad industrial por el uso no autorizado de una marca registrada.

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 alcancen las actividades privadas (ejercicio profesional)[1693], consideramos que más acorde con el sentido del descargo de la imputación es 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[1694]. Por el contrario, en el ámbito de las actuaciones funcionariales u oficiales se contemplan ciertas autorizaciones excepcionales para intervenir en ámbitos de los particulares[1695], 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 conforme a los usos propios de cada cargo u oficio.

[1692] Vid., igualmente, Martínez Buján-Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 435.

[1693] Así lo hace, por ejemplo, Revilla Llaza, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 801 y ss.

[1694] Similarmente, Villavicencio Terreros, *Derecho penal*, PG, § 43, n.m. 727.

[1695] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 16, n.m. 1.

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 le reconoce al Superintendente de Banca y Seguros la posibilidad de interrogar a cualquier persona cuyo testimonio sea útil para esclarecer hechos sometidos a su inspección 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 financiero.

C. El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes

El descargo de la imputación con base en el cumplimiento de un deber se presenta fundamentalmente cuando el obligado a dos deberes de actuar solamente puede cumplir con uno de ellos[1696]. No ofrece mayores dificultades el caso en el que el deber cumplido resulta preponderante sobre el deber omitido, pues aquí podría seguirse la lógica del estado de necesidad[1697] 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, más bien, cuando los deberes en colisión tienen 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

[1696] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 6.

[1697] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1506.

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 menor, pues al menos se habría podido evitar este suceso actuando conforme a Derecho[1698].

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[1699]. 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.

6. El derecho de no declarar contra uno mismo

Cada vez es más usual la creación de delitos económicos, cuya falta de realización supone una autoinculpación o, cuando menos, contribuir a la determinación de la propia responsabilidad penal. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el delito de obstaculización de las labores de supervisión económica del artículo 242 del CP[1700] o en los delitos tributarios que presuponen el incumplimiento de un deber de declarar hechos tributariamente relevantes, como es el caso de la defraudación tributaria especial por ocultamiento de ingresos, rentas o bienes del artículo 2 literal a) de la Ley Penal Tributaria[1701]. La discusión gira en torno a la cuestión de si el derecho a no autoincriminarse descarga la imputación penal de los delitos antes referidos y, si es así, bajo qué circunstancias.

[1698] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 7a.

[1699] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 15, n.m. 7.

[1700] Vid., en relación con el delito de obstaculización de las labores de supervisión económica tipificado también en la normativa penal española, Silva Sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 329 y s.; Martínez Ruiz, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 469.

[1701] Vid., en relación con la legislación penal alemana, Fissenewert, *Der Irrtum*, p. 52 y s.

Se ha señalado que el principio del *nemo tenetur se ipsum accusare* rige solamente para la investigación penal, pero no para los procedimientos inspectivos. En este sentido, la imputación penal a los agentes económicos no se levantaría, en la medida que el cumplimiento de los deberes administrativos penalmente reforzados no se encontraría en el ámbito de aplicación del derecho a la no autoincriminación. Sin embargo, es evidente que, si bien no se está propiamente en un proceso penal, la entrega de información o el cumplimiento de los deberes de declaración llevan finalmente a una autoinculpación, más aún si, como sucede normalmente, a las investigaciones en el ámbito administrativo se les puede dar luego el carácter de prueba preconstituida[1702]. Desde estas consideraciones, los delitos económicos que presuponen la infracción de una obligación de entregar información o de declarar la realización de determinados hechos se cometerá sólo en la medida que no involucre aportar datos relevantes para la determinación de la propia responsabilidad penal.

Admitida la relevancia del derecho a la no autoinculpación como estructura de descargo de la imputación penal en ciertos delitos económicos, se discute cuáles son las exigencias para que opere el descargo de la imputación. Si no se hace esta precisión, se vaciaría de contenido los delitos económicos basados en el incumplimiento de ciertos deberes de declaración o entrega de información, pues siempre podría alegarse de forma abstracta una afectación al *nemo tenetur*. Lo primero que debe señalarse es que el cumplimiento del deber de declarar o suministrar información debe conllevar la generación de elementos probatorios que puedan ser luego incorporados en un proceso penal en contra del agente económico. En segundo lugar, esos elementos probatorios deben tener una incidencia directa sobre la responsabilidad penal del declarante o informante, esto es, deben poner de manifiesto un aporte específico en la realización del hecho delictivo cometido, no bastando con que ponga simplemente en evidencia la eventual comisión de un delito. No es necesario que se alegue el ejercicio del derecho a la no autoincriminación para negarse a cumplir con los requerimientos administrativos, pues sería una forma indirecta de declarar contra uno mismo.

[1702] Vid., del mismo parecer, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 329 y s.

La inexigibilidad de una conducta autoincriminatoria respecto del mismo obligado a declarar o informar es meridianamente clara. La cuestión es si esta inexigibilidad alcanza también a la no incriminación de otras personas, como es el caso de las organizaciones empresariales. En el ámbito de los delitos de encubrimiento se reconoce expresamente como una excusa absolutoria la estrecha relación del encubridor con el beneficiario de la acción de encubrimiento, por lo que cabría discutirse la aplicación analógica de esta regla de descargo de la imputación penal a los casos que conlleven la incriminación de personas de la misma organización empresarial. Lo discutible, sin embargo, no es la posibilidad de una aplicación analógica –pues se trata de una analogía permitida–, sino que entre los miembros de una empresa se presente la estrecha vinculación que fundamenta la situación de inexigibilidad en el encubrimiento. A no ser que se trate de familiares cercanos, no parece razonable que se tome la pertenencia a una misma organización como dato suficiente para afirmar una estrecha vinculación, por lo que el levantamiento de la imputación penal por la comisión de delitos que se sustentan en la infracción del deber de declarar o informar impuesto a una empresa, debe limitarse a los casos de autoincriminación.

CAPÍTULO XII
LA CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad penal consiste en atribuir al autor del delito una falta de fidelidad al Derecho, lo que le exige la comunidad como consecuencia de haberle atribuido el estatus de ciudadano. Una persona alcanza este estatus en la medida que cuente con individualidad y socialidad. La individualidad supone la atribución de libertad y la capacidad de expresarla mediante acciones, mientras que la socialidad se presenta cuando su actuación expresa un sentido comunicativo específico en relación con la vigencia de las expectativas de conducta institucionalizadas en normas. No hay duda de que, por lo general, al sujeto económico le alcanza el estatus de ciudadano, en tanto realiza operaciones económicas o negocios de carácter patrimonial en los que están presentes su individualidad (libertad de organización económica para alcanzar sus objetivos de optimización de beneficios) y su socialidad (destinatario de expectativas normativas de conducta en el sistema económico). Por lo tanto, si su actuación conlleva la infracción del rol general de ciudadano (no lesionar) o de roles especiales (ayuda), se contarán con los presupuestos necesarios para poder hacerle una imputación personal, esto es, para afirmar su culpabilidad jurídico-penal.

Desde el planteamiento finalista, la categoría del delito de la culpabilidad se estructura a partir de tres aspectos: La imputabilidad, el conocimiento del carácter prohibido del hecho y la exigibilidad de otra conducta[1703].

[1703] Para ser más preciso, WELZEL, *Das Deutsche Strarecht*, p. 141, establece que los elementos de la culpabilidad son dos (imputabilidad y conocimiento del carácter antijurídico del hecho), pero reconoce que la inexigibilidad de una conducta conforme a Derecho puede producir una renuncia al juicio de reproche sobre el autor y, por tanto, decidir sobre la culpabilidad (p. 178 y ss.).

En nuestra propuesta de estructuración del delito económico, la exigibilidad de otra conducta no debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad, sino que debe ser tratado, al igual que las causas de justificación, como una estructura de descargo de la imputación. Por otra parte, el conocimiento del carácter prohibido del hecho tampoco entra a tallar en la culpabilidad jurídico-penal, en la medida que, como ya se expuso, resulta constitutivo del dolo. Del elemento cognitivo solamente debe quedar en la categoría de la culpabilidad el conocimiento de la normativa jurídica.

Sobre la base de las precisiones acabadas de realizar, se puede decir que dentro de la categoría de la culpabilidad jurídico-penal en los delitos económicos quedan únicamente la imputabilidad y el conocimiento del ordenamiento jurídico. Dado que la imputabilidad no presenta ninguna particularidad en el Derecho penal económico que merezca un tratamiento específico, la exposición se limitará, en lo que sigue, al conocimiento del ordenamiento jurídico y, consiguientemente, a su faz negativa: El error de prohibición.

II. EL CONOCIMIENTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Cuestiones generales

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 especialmente 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 los delitos económicos criterios similares a los manejados por la teoría del dolo, esto es, requerir para la imputación dolosa también un conocimiento efectivo de la antijuricidad del hecho[1704].

[1704] 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, p. 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.

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[1705].

Para dar solución a la situación problemática descrita en el Derecho penal económico, debe llevarse a cabo primeramente algunas consideraciones sistemáticas. En nuestro planteamiento del delito económico 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, se trabaja con una categoría provisional que permite luego imputar el hecho al sujeto económico. Esta imputación no solamente debe cumplir con ciertos requisitos objetivos, sino que debe tener también una base subjetiva. Esta imputación subjetiva no se limita, como ya se vio, a una imputación de conocimiento de la realización del suceso, sino que incluye también su carácter penalmente relevante. En consecuencia, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho constituye un aspecto que debe determinarse a nivel del injusto penal y no propiamente de la culpabilidad. La pregunta obligada será entonces: ¿Qué queda del conocimiento en el ámbito de la culpabilidad?

La culpabilidad jurídico-penal presupone que el sujeto posea la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico-penal y recibir, por tanto, la imputación de hechos perturbadores del sistema penal. Tal capacidad solamente existe si el sujeto puede ajustar su actuación al ordenamiento jurídico, lo que implica poder realizar una valoración del mismo[1706]. Para poder llevar a cabo esa valoración debe existir primeramente un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico –o la posibilidad de este acceso–[1707], pues de lo que no se conoce

---

[1705] 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.

[1706] Similarmente, Manso Porto, *Desconocimiento*, p. 9 y ss.

[1707] 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.

o puede conocerse difícilmente se puede decir comunicativamente algo. Por otra parte, tampoco basta que exista cierto acceso 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. Por consiguiente, un sujeto es susceptible de recibir una imputación si puede atribuírsele la capacidad general de conocer y valorar suficientemente el ordenamiento jurídico[1708]. El conocimiento del ordenamiento jurídico constituye, por tanto, un requisito necesario para la culpabilidad jurídico-penal.

Al planteamiento precedente se le podría reprochar si tiene sentido discutir primero en el injusto si el autor conoció el carácter antijurídico de su actuación, procediendo después, a nivel de la culpabilidad, a determinar recién si el autor contó con un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico que precisamente ha tenido que utilizar, para evaluar el carácter prohibido de su actuación. A ello habría que responder que, como ya se ha señalado, la distinción entre injusto y culpabilidad es puramente explicativa, pues, en la realidad, ambos aspectos se hallan funcionalmente imbricados. Por eso, puede ser que el análisis penal de un caso pase directamente a resolverlo de nivel de la culpabilidad, resultando ocioso un análisis a nivel del injusto (p.e. Si un niño de dos años de edad rompe un jarrón valioso). Lo que importa no es un filtro conceptual, sino elementos que interrelacionados sustentan la imputación penal. Además no debe olvidarse que ubicar el problema del conocimiento en el injusto o en la culpabilidad tiene consecuencias prácticas relevantes, pues la regulación del error de tipo no coincide con la del error de prohibición.

---

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.

[1708] 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. Sostienen, 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.

Para poder establecer si se cumple con el elemento del conocimiento del ordenamiento jurídico, no debe recurrirse a teorías epistemológicas[1709] o psicológicas[1710], sino que se trata también de 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[1711], sino que, con base en ciertos criterios normativos, se le atribuye tal conocimiento[1712]. En este contexto cobra especial relevancia el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*)[1713]. No obstante, hay que hacer la precisión de 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

---

[1709] 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.

[1710] 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.

[1711] 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.

[1712] 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.

[1713] 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 fórmula 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.

una persona integrada en sociedad como ciudadano. 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[1714]. Por el contrario, el conocimiento en el caso concreto del carácter antijurídico del hecho no constituye, en estricto, un aspecto perteneciente a la culpabilidad[1715]. 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[1716].

2. 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[1717]. Puede observarse con suma facilidad que la participación en el sistema económico actual supone un nivel de socialización que conlleva indiscutiblemente el conocimiento del ordenamiento jurídico[1718]. Y no es posible otra conclusión dada la

---

[1714] 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.

[1715] 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.

[1716] Sobre esta tendencia en el Derecho penal económico, DONINI, *RTDPE* 1-2 (1999), p. 17.

[1717] 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.

[1718] 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,

exigencia cada vez mayor de autorizaciones administrativas o licencias de funcionamiento, la imposición de deberes de informarse, las labores de supervisión de organismos fiscalizadores, los programas de cumplimiento normativo a nivel empresarial, entre otras características del sistema económico actual. Los sujetos económicos se encuentran plenamente integrados en la sociedad y capaces de acceder, por tanto, al conocimiento del Derecho. Resulta, pues, poco plausible admitir la presencia de actores económicos que tengan defectos de socialización en el sentido de ausencia de conocimiento de las reglas jurídicas que rigen el funcionamiento del sector correspondiente[1719]. Sin embargo, existe un pequeño margen para un error sobre el conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos económicos que se abordará a continuación.

III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

La atribución del conocimiento del ordenamiento jurídico al sujeto económico fundamenta su culpabilidad penal 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 constituyen un error que podría excluir, en todo caso, la imputación del dolo, pero que no cuestionan la culpabilidad del autor[1720]. Sólo en el caso de defectos relevantes de socialización puede negarse la imputación

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.

[1719] 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.

[1720] 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.

culpable, en tanto nadie puede negar un ordenamiento jurídico desconocido[1721]. 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) se mueve en el plano de la culpabilidad.

La interpretación propuesta sobre el 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 de error de derecho y error de hecho[1722]. El error de derecho defendido por el RG alemán se encontraba referido a un hecho concreto[1723], mientras que nuestra interpretación del error de prohibición alude a un desconocimiento del Derecho atribuido a la persona sin referencia aún al hecho concreto[1724]. Por esta razón, se mantiene la bipartición error de tipo/error de prohibición, aunque ciertamente con un contenido completamente distinto[1725].

[1721] Sobre la relatividad de la norma penal en atención a la cultura correspondiente, HASSEMER, *FS-E.A. Wolff*, p. 104.

[1722] Esta clasificación del error fue utilizada por los antiguos tribunales alemanes. Sobre su rechazo actual, vid., 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.

[1723] 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.

[1724] 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".

[1725] 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 consecuencias jurídicas en los supuestos de error (atenuación facultativa) que posibilite dejar de lado los supuestos de ceguera (vid., JAKOBS, *Sociedad norma y*

Aunque el artículo 14 del CP se alinea, de alguna manera, con la comprensión dominante del error[1726], tampoco cierra categóricamente cualquier otra posibilidad de interpretación[1727]. Hay que admitir ciertamente que nuestra propuesta acude a una interpretación extensiva de la redacción del artículo 14 del CP, pero, a nuestro entender, este proceder resulta dogmáticamente más recomendable que ofrecer soluciones ajustadas a la letra de la ley, aunque con claras incoherencias internas[1728]. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 14 no debe interpretarse como un supuesto de error sobre si el hecho concreto constituye 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.

En atención a las consideraciones precedentes, queda claro que los supuestos de error de prohibición en los delitos económicos podrían tener lugar en ciertos casos-límite. Puede pensarse, por ejemplo, en el extranjero que, por desconocimiento del sistema jurídico nacional, 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 imputa-

---

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 o desconoció psicológicamente, sino que el ordenamiento jurídico considera que hubo un error relevante y aplica, por tanto, 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.

[1726] Así, Armaza Galdós, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 51, que incluso refiere que 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.

[1727] 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.

[1728] 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.

ción, 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 los 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 del 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 de 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 acceder[1729]. 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[1730]. Si, por el contrario, la información 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 CP[1731]. 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

---

[1729] Recurre a la diferencia entre Derecho penal esencial y periférico para explicar la menor admisión de error de prohibición en el caso de extranjeros, LAUBENTHAL/BAIER, *GA* 2000, p. 214 y ss.

[1730] 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.

[1731] 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.

una imposibilidad de acceso cognitivo al ordenamiento jurídico no imputable al autor[1732].

La rigurosidad de la imputación del conocimiento del Derecho se ha pretendido flexibilizar en las leyes penales económicas, acudiendo a la idea de que se tratan de normas penales periféricas (*Randbereich*), esto es, normas que no se corresponden con el Derecho penal tradicional[1733]. Este alejamiento del núcleo de prohibición del Derecho penal traería 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 ante su infracción[1734]. 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[1735], 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 periféricas (error en ámbito disponible) pueda perdonarse sin un especial estado psíquico, esto es, sin una socialización exótica[1736]. Como puede

---

[1732] 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.

[1733] 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.

[1734] 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 periféricas.

[1735] 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.

[1736] Vid., con mayores indicaciones, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 7, 11

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, sino a las normas extrapenales de remisión resulta difícil en la medida que tales normas se encuentran, por lo general, dispersas en diversos reglamentos administrativos[1737]. 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[1738]. 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[1739]. Por el contrario, en el actual contexto

---

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. 413 y ss.

[1737] En este sentido, LANGE, *JZ* 1956, p. 74.

[1738] 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.

[1739] 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*,

doctrinal, dominado por la distinción error de tipo/error de prohibición, la discusión se centra en el efecto excluyente del dolo o de la culpabilidad del error sobre las normas extrapenales a las que se remiten las leyes penales en blanco[1740].

Lo expuesto pone de manifiesto que el mayor margen que se le quiere dar al desconocimiento de las normas penales periféricas y de las leyes penales en blanco, responde a un mismo razonamiento[1741]: Se trata de normas jurídicas cuyo conocimiento requiere una mayor búsqueda de información por parte de los ciudadanos[1742]. Si se pretende solucionar estos supuestos en el ámbito de la culpabilidad, habrá que ofrecer un criterio general que permita reconocer grados diferentes de socialización entre los ciudadanos[1743]. Pero ya que un criterio tal no podría admitirse sin caer en contradicciones con el principio de igualdad de los ciudadanos[1744], sólo queda trasladar la solución de estos supuestos al ámbito del dolo y confi-

---

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.

[1740] Consideran 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, 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.

[1741] 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.

[1742] Welzel, *JZ* 1956, p. 241, replica, sin embargo, que esto también puede suceder en el llamado Derecho penal esencial.

[1743] 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.

[1744] 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.

gurarlos, por tanto, como errores de tipo. En efecto, la solución dogmática al problema del desconocimiento de leyes penales económicas por parte de sujetos económicos integrados, resulta más conveniente hacerla en el ámbito del injusto penal, en donde, en atención a las características del sector en el que se desenvuelven dichos sujetos, podrá determinarse más adecuadamente la relevancia de las dificultades de acceso cognitivo a las normas jurídicas correspondientes para evaluar la juridicidad de su actuación concreta[1745].

[1745] 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 periféricas se determine de manera análoga a como se procede con el riesgo permitido.

CAPÍTULO XIII
LA IMPUTACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

I. INTRODUCCIÓN

La exposición general realizada sobre la teoría de la imputación de los delitos económicos, no se ha ocupado de los problemas que se suscitan específicamente en el ámbito de las estructuras empresariales, siendo evidente que se trata de un tema fundamental del Derecho penal económico por la preponderancia de la empresa como parte de las relaciones económicas[1746]. Esta omisión se explica porque se ha preferido dedicar el presente capítulo por completo a estudiar los problemas propios de la imputación penal en el seno de la empresa. En este sentido, lo que se va a emprender a continuación es ajustar los criterios de imputación penal anteriormente abordados a las particularidades de la organización empresarial.

Como punto de partida, resulta conveniente seguir la clasificación, asumida por la doctrina penal de forma mayoritaria[1747], que distingue entre la criminalidad cometida desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*) y la criminalidad cometida dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*). Mientras la primera abarca los delitos que la empresa realiza como sujeto participante en el sistema económico, la segunda se refiere a los delitos co-

---

[1746] Vid., en este sentido, SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1996, p. 2 y s.

[1747] 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 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, 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), p. 3; JIMÉNEZ BERNALES, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 183.

metidos en el seno de la empresa por un órgano de la empresa contra otro órgano o la empresa misma. La utilidad de esta diferenciación de los criterios de imputación no es puramente expositiva, pues de la ubicación de un caso concreto en uno u otro grupo de delitos se derivan consecuencias materiales y procesales de especial importancia, 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, ésta se presenta como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían tener en cuenta esta perspectiva[1748]. Si la imputación penal 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[1749], la conducta disfuncional, la vigencia de la expectativa normativa defraudada por el delito no puede ser reafirmada de forma plenamente satisfactoria por el Derecho penal[1750]. Dicho en términos sistémicos: El sistema empresarial no es la simple sumatoria de las personas individuales interactuantes, sino que estas últimas, cuyas acciones pertenecen a la estructura empresarial, forman parte, más bien, del entorno de la empresa[1751].

Pese a lo anterior, el legislador penal nacional se mantiene en la postura tradicional de negarle capacidad delictiva a la persona jurídica. Por lo tanto, el delito cometido desde la empresa no se considera un hecho imputable a la empresa misma, sino una acción común de sus miembros. A

[1748] Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 66; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 522. 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, p. 8.

[1749] 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).

[1750] En el mismo sentido, MARXEN, *NK* § 14, n.m. 14; ZUGALDÍA ESPINAR, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 497.

[1751] Vid., así, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 66; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC* 08-05 (2006).

efectos de imputación penal, la actividad empresarial es vista por el sistema penal peruano como una coordinación de diversas esferas de organización de varios sujetos individuales, por la que solamente éstos serán penalmente competentes[1752]. La negación de una responsabilidad penal de la empresa misma trae como consecuencia que la imputación penal a sus miembros no se limite a las infracciones provenientes de su ámbito propio de actuación, sino que se extienda también a ciertos aspectos de la organización general de la empresa[1753]. Las necesidades punitivas se tienen que cubrir exclusivamente con los ámbitos de organización de cada uno de sus miembros[1754], a quienes se les carga con mayores competencias penales que las estrictamente personales[1755].

En la doctrina penal hay cada vez mayor consenso en el hecho de que la perspectiva individual de la imputación penal podría ser político-criminalmente satisfactoria en el caso de pequeñas empresas con una estructura organizativa elemental[1756], pero bajo ningún concepto si se trata de empresas complejamente organizadas[1757]. Precisamente esta situación de insatisfacción ha llevado a que se proponga un cambio de paradigma en la atribución de responsabilidad en el marco de la empresa con la finalidad de considerarla también una unidad de imputación penal[1758]. Diversas le-

---

[1752] De similar opinión, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 262.

[1753] En este sentido, resulta correcta la apreciación de Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 214, de que los criterios de imputación o desconocen la realidad de la autoría del sistema o recurren a paradigmas ajenos al Derecho penal.

[1754] Vid., en este sentido, García Cavero, *RPDJP* 1 (2000), pp. 524, 528.

[1755] En esta línea se encuentra la propuesta de Cesano, J., *Problemas de responsabilidad penal de la empresa* 4, p. 2 y s., de extremar la imputación individual a los administradores y representantes.

[1756] En este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, pp. 31, 249.

[1757] Así, Schürmann, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 277, señala que un sistema penal que se limite a las personas naturales cumplirá su función de control social sólo limitadamente.

[1758] 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 penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 71 y ss. Por el contrario, no admiten desde esta perspectiva 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.

gislaciones penales de países deudores de la tradición europa continental se han alineado a esta idea, incorporando sanciones penales para las personas jurídicas. Sin embargo, la legislación penal peruana no ha dado aún ese paso. Únicamente contempla la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas, cuya organización es delictivamente peligrosa, un conjunto de medidas calificadas de consecuencias accesorias. Se tiene claro que estas medidas no ofrecen la posibilidad de hacerle una imputación penal a la empresa misma, sino solamente de aplicarle una medida preventiva para evitar la futura comisión de delitos por parte de sus miembros.

El panorama legislativo precedentemente descrito permite distinguir dos planos en el análisis de los delitos cometidos desde la empresa. Por un lado, está el plano de la determinación de la responsabilidad penal de los miembros individuales de la empresa por un delito cometido desde la misma; por el otro, cabe destacar el plano de la imposición de las consecuencias accesorias a la empresa misma por la peligrosidad de su organización para ser utilizada en la comisión de futuros delitos por parte de sus miembros. Dado que cada plano de análisis cuenta con fundamentos y criterios de determinación distintos, en lo que sigue se abordarán de manera diferenciada.

1. La responsabilidad penal de los miembros individuales de la empresa

Aun cuando pudiese considerarse a la empresa una unidad de imputación, las personas naturales, cuyas prestaciones forman parte de la organización empresarial, no pierden su propia identidad, esto es, no se convierten en simples partes de la organización colectiva[1759]. En consecuencia, pueden también responder penalmente por un delito cometido desde la estructura empresarial. Los estudios de Derecho penal de la empresa se ocupan precisamente de desarrollar los diversos criterios dogmáticos para imputar responsabilidad penal a los miembros individuales de la empresa. Se parte usualmente de la acción individual que produce directamente el resultado lesivo y de allí se extiende la imputación al resto de los intervinientes.

[1759] Vid., sobre esto, SPAEMANN, *Personen*, p. 47.

La perspectiva antes indicada poco se condice con la realidad de la actividad empresarial, caracterizada por las *many persons actions*, lo que provoca una considerable limitación de las posibilidades de imputación penal[1760]. En efecto, el esquema naturalista de determinación de la responsabilidad penal apenas funciona en los delitos cometidos en el seno de la empresa, si acaso sólo cuando se trata de una empresa individual cuyas estructuras no se han diferenciado y cuyo manejo se mantiene plenamente en las manos de una persona o de una cúpula dirigencial. Pero si la empresa distingue la propiedad de la gestión, la decisión de la ejecución, los canales para el flujo de la información y las labores de coordinación, entonces el esquema tradicional de imputación penal lleva irremediablemente a lo que se ha venido a calificar, en tono pesimista, como la "organizada irresponsabilidad"[1761].

La situación deficitaria en la atribución de responsabilidad penal es tan evidente que tanto a nivel legal como jurisprudencial se han ensayado diversos ajustes a los mecanismos clásicos de imputación con la finalidad de hacerlos más eficientes en la represión de la criminalidad empresarial. Así, en el plano legislativo se ha recurrido a la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto y a la incriminación de diversas formas de actuación culposa para ampliar el espectro de lo penalmente relevante en las estructuras empresariales. En el plano jurisprudencial, por su parte, se han acogido algunas propuestas de la doctrina penal en el sentido de flexibilizar los criterios de imputación en el ámbito de la empresa; en concreto, la ampliación de la omisión punible y el recurso a las diversas formas de intervención delictiva.

Pese a que los replanteamientos antes mencionados han permitido cierta optimización de los resultados, debe reconocerse que, al no abandonar su talante naturalista, mantienen algunas limitaciones relevantes o, en todo caso, lo consiguen al costo de perder fidelidad con las premisas

---

[1760] Schünemann, en *Estudios*, Mir y otros (coord.), p. 224 y s.; Zúñiga Rodríguez, en *Delincuencia organizada*, Ferré Olivé/Anarte Borrallo (eds), p. 205.

[1761] 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 de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 107 y s.

de las que parten. Tales construcciones nauralistas se presentan como una estructura excepcional que muchas veces apenas permite descubrir con claridad el fundamento de la imputación. Esta situación, aunada al apremio político-criminal por cubrir las necesidades de imputación penal, trae consigo el peligro de recurrir finalmente a fórmulas simplistas (delitos de peligro o de infracción de un deber de vigilancia[1762]) que, por otra parte, terminan dando pié a una imposición de sanciones que muy poco se corresponden con las necesidades reales de imputación penal. Por esta razón, lo más adecuado en el plano dogmático es construir un sistema de imputación que se ajuste a la realidad empresarial y dejar de lado, de esta manera, las limitadas posibilidades dogmáticas de los puntos de partida naturalistas antes referidos.

La reconfiguración de la imputación penal en la empresa 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 desde la cual se determina al autor del delito y posteriormente a los demás responsables[1763]. La determinación de la responsabilidad penal no debe centrarse en el dominio fáctico-individual sobre la ejecución del hecho, sino, más bien, en la competencia por el hecho acaecido[1764]. Esta competencia penal puede tener su fundamento en razones de organización o de carácter institucional, lo que depende del rol infringido por el autor del delito[1765]. En función de qué clase de competencia sea la que fundamente la imputación penal, el delito cometido desde la empresa será tratado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber.

[1762] 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.

[1763] Así lo destacan, Peñaranda Ramos, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 161 y s.; Bolea Bardón, *LH-Mir Puig*, p. 758.

[1764] Vid., de manera general, Jakobs, en *Modernas Tendencias*, p. 621; Van Weezel, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 292. De manera específica para la imputación en las estructuras empresariales, Peñaranda Ramos, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 182 y ss.

[1765] Vid., similarmente, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 8.

A. Delitos de dominio

En el caso de los delitos de dominio, el criterio central de la imputación penal reside en la infracción del rol general de ciudadano que poseen todos los sujetos que participan en la organización empresarial. Los distintos miembros de la empresa que hayan infringido individual o conjuntamente este rol general, deberán responder por la infracción penalmente relevante. No obstante, el tipo penal puede imponer cierto condicionamiento formal para poder ser autor del delito, por lo que resulta necesario hacer una distinción en función de si se está ante un delito común o ante un delito especial.

a. Los delitos comunes de dominio

Los delitos comunes no exigen en la descripción típica una calidad especial para ser autor, por lo que pueden ser cometidos, en principio, por cualquier ciudadano. Todas las personas naturales que intervienen en la organización de la empresa pueden ser hechas responsables, siempre y cuando resulten competentes por el dominio del riesgo prohibido que sale de la estructura empresarial[1766]. Una vez afirmada la competencia penal se tendrá que acudir a las reglas de la intervención delictiva para decidir si la pena a imponer al miembro de la empresa debe hacerse en calidad de autor o partícipe[1767]. Esta atribución de responsabilidad debe adaptarse a la realidad empresarial, lo que significa tener en cuenta el reparto del trabajo en la empresa, la delegación de funciones, la distribución selectiva de la información, el desarrollo de la cultura empresarial, etc.[1768]. En los apartados siguientes nos vamos a ocupar de exponer de manera detallada cómo debe tener lugar esta determinación de la responsabilidad penal de

---

[1766] 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. Reátegui Sánchez, *El delito de omisión impropia*, p. 87 y s.).

[1767] Sobre el uso de la intervención delictiva para imputar responsabilidad en las estructuras empresariales, Heine, *SchwZStr* 119 (2001), p. 27 y ss.; Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 75. En nuestro medio, Mazuelos Coello, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 177 y ss.

[1768] Vid., en este sentido, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 210 y s.

los miembros de la empresa, atendiendo precisamente a las competencias asumidas en la organización empresarial.

aa) La imputación penal a los propietarios de la empresa

Para responsabilizar penalmente al titular de la empresa se recurre usualmente a la figura de la comisión por omisión, en la medida que, si se sigue esta perspectiva, no será necesario acreditar que dicha persona intervino en la ejecución del delito, sino únicamente que estuvo en capacidad de evitarlo. Esta forma de atribuir responsabilidad penal presupone, sin embargo, poder asignar al dueño del negocio una posición de garante por los delitos cometidos desde la empresa[1769]. Y en este punto hay que reconocer que no existe pleno consenso en la doctrina penal, pues se discute si tal posición de garante realmente existe y, de haberla, cuál sería su alcance.

Los primeros planteamientos sobre la posición de garantía del empresario partieron de la idea de que el titular de la empresa tiene siempre la calidad de garante por las actividades de la empresa. Este entendimiento podría resultar razonable en las primeras formas empresariales, en las que el titular de la empresa asumía personalmente la gestión general del negocio. Sin embargo, en las estructuras societarias modernas se ha producido una clara escisión entre la propiedad y la gestión de la empresa[1770] que ha llevado a que la posición de garantía deje de discutirse en la persona de su titular para ser planteada, más bien, en relación con sus administradores[1771]. El modelo de empresa no es más la empresa individual que el empresario dirige directamente, sino una empresa en la que los propietarios son muchas veces simples inversionistas que no entran a tallar en su gestión. La posición de garantía por las actividades de la empresa pasa del

---

[1769] Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, García Cavero (coord.), p. 29 y s.; SCHÜNEMANN, *GS-Meurer*, p. 50; BACIGALUPO ZAPATER, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 65; MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal*, p. 299 y ss. En el Perú, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 19.

[1770] 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, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo, p. 1; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Actualidad jurídica* 91 (2001), p. 50.

[1771] Vid., en este sentido, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 109 y ss.

propietario a los administradores, con independencia de si éstos participan en la propiedad de la empresa.

El desplazamiento de la posición de garantía del titular de la empresa a los administradores suscita la cuestión de si en el primero queda algún ámbito de responsabilidad remanante por la actividad empresarial. Lo que se suele sostener es que se produce una delegación de los deberes de control y vigilancia a los administradores que provoca una bifurcación de la posición de garantía, en la que se incorpora a los administradores como nuevos garantes por los riesgos de la actividad empresarial[1772], pero manteniendo a los propietarios como garantes originarios por la regular administración de la empresa[1773]. Esta perspectiva, además de ser problemática para el caso de los socios inversionistas que nunca asumieron la gestión originaria de la empresa, hace poco visible el fundamento material de la posición de garante del titular de la empresa. Si el propietario no asume la gestión de la actividad empresarial parece poco razonable exigirle que se ponga como una barrera de contención de los riesgos prohibidos producidos por la actividad empresarial.

La pérdida de claridad en relación con el fundamento de la posición de garantía del titular de la empresa puede ser lo que explique que, por ejemplo, en la normativa alemana se haya procedido a crear una contravención para sancionar al titular de la empresa por la infracción dolosa o culposa de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones desde la empresa. Al no poder justificarse en muchos casos la posición de garante del empresario, sólo queda elevar a la categoría de un injusto autónomo la simple infracción del deber de vigilancia[1774]. Esta contravención se estructura como un tipo de recogida[1775] que se aplica subsidiariamente

---

[1772] Vid., así, Rogall, *ZStW* 98 (1986), p. 619; Otto, *Jura* 1998, pp. 411, 413.

[1773] En este sentido, Brammsen, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 273 y s.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 96 y ss.; Deutscher/Körner, *wistra* 1996, p. 329; Lascuraín Sánchez, en *Hacia un Derecho penal*, p. 218 y s.; Silva Sánchez, en *Empresa y delito*, p. 14; Meini Méndez, *Responsabilidad penal*, p. 367. De una opinión contraria, en el sentido de que la posición de garantía decae, Schutzbach, *Die strafrechtliche Verantwortung*, p. 137.

[1774] Hsü, *Garantenstellung*, p. 254 y s.

[1775] En este sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 58; Schünemann, Voz: Aufsichtspflicht in Betrieben, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/

en caso no sea posible una incriminación directa del empresario por medio de la figura de la comisión por omisión[1776]. La tipificación de la infracción del deber de vigilancia permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular de la empresa con el hecho cometido desde la empresa, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia[1777]. La infracción es típicamente independiente del delito cometido desde la empresa[1778], aunque no puede negarse cierta comunidad entre ambos ilícitos en cuanto al fin de protección[1779], lo que estaría expresado en el hecho de que la segunda se instituya como una condición objetiva de punibilidad de la primera[1780].

En nuestra legislación penal no está tipificada la infracción del deber de vigilancia en la empresa y tampoco existe algún tipo de contravención administrativa que la sancione[1781]. En cualquier caso, mientras esta infracción se considere un simple ilícito administrativo, no habrá mayor discusión en el plano de su legitimación, dado que la potestad sancionatoria de la Administración está en capacidad de establecer infracciones adminis-

---

Weinmann (Hrsg.), p. 1; HERMANNS/KLEIER, *Grenzen*, p. 10; MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 22; BRAMMSEN, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 132.

[1776] 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.

[1777] Vid. THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 60; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 620.

[1778] Vid., THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 66.

[1779] Vid., 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.

[1780] 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.

[1781] Ello explica por qué MAZUELOS COELLO, *Advocatus*, diciembre 2001, p. 179, lleva la infracción del deber de vigilancia al terreno de la responsabilidad civil.

trativas bajo la lógica de la distribución eficiente de los riesgos. El debate se suscita, más bien, cuando se plantea la posibilidad de sancionar la infracción del deber de vigilancia como un injusto penal autónomo[1782]. Más allá de la discusión de si tal infracción alcanza la suficiente lesividad para justificar su incriminación penal, queda claro que su castigo no se sustenta en la mera titularidad de la empresa, sino en el ejercicio efectivo de labores de administración. Solamente a quien se ocupa de la administración de la empresa se le puede imponer penalmente un deber de vigilancia sobre la inocuidad de la actividad empresarial.

De lo expuesto se puede concluir que la responsabilidad penal del titular de la empresa no se determina por una posición de garantía especial o por un deber *ad hoc* de vigilancia que se deriva de su calidad de propietario de la empresa, sino, más bien, de las competencias por organización que, conforme a su rol de ciudadano, le corresponden al momento de crear una empresa[1783]. Un sector de la doctrina penal le atribuye, en esta línea de ideas, una competencia general por la actividad empresarial, de manera tal que respondería penalmente por los distintos defectos organizativos realizados directamente por sus empleados[1784]. Esta extensión del ámbito de orga-

---

[1782] 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. 514; 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 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 las empresas: Mediante una figura típica de favorecimiento o mediante la tipificación de una omisión propia agravada.

[1783] 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.

[1784] En este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 29, n.m. 36. De una opinión distinta, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 80.

nización de los dueños de un negocio resulta perfectamente comprensible en el caso de una pequeña empresa familiar en la que éstos llevan de manera directa toda la actividad empresarial. Pero si se trata de una empresa con una organización compleja, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede justificar de ninguna forma trasladar la lógica de la responsabilidad del dueño del pequeño negocio a las grandes empresas[1785].

Si nos centramos en el principio de autorresponsabilidad, no podremos aceptar semejante ampliación de las competencias organizativas en el caso de empresas complejamente estructuradas. Los titulares de una empresa o 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[1786] –lo cual además se desprende claramente de la específica regulación civil y societaria en la etapa de constitución de una empresa–. Su ámbito de actuación se circunscribe al momento constitutivo de la empresa, lo que no alcanzará, sin embargo, a los socios inversionistas que no se ocupan ni siquiera de la constitución de la empresa. Una responsabilidad penal por riesgos procedentes de la gestión de la empresa sólo podrá sostenerse en relación con ciertas decisiones generales reservadas a ciertos órganos generales de la empresa como, por ejemplo, la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas[1787].

En atención a lo acabado de decir, la esfera de organización de los propietarios de la empresa se limita regularmente a su constitución y a la toma de ciertas decisiones generales, por lo que solamente podrán responder penalmente si de los actos de organización en estos ámbitos específicos se deriva la realización de un hecho delictivo, sea por su propia actuación,

---

[1785] 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.

[1786] Vid., así, sobre la responsabilidad del propietario de la empresa como organizador originario de la estructura de división de funciones, YACOBUCCI, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 389; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *LH-Jakobs* (Perú), p. 432.

[1787] 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.

sea por la ejecución de otro miembro de la empresa. Sin embargo, cabe señalar que resulta también posible una ampliación del ámbito regular de organización en ciertos casos puntuales. Por un lado, cabrá una responsabilidad en el ámbito de gestión ordinaria de la empresa si el titular asume voluntariamente la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización específicos dentro de la misma[1788]. Por otro lado, cabe admitir también responsabilidad penal en caso de creación de un riesgo especial con el inicio de las actividades de la empresa (por ejemplo, por la utilización de sustancias tóxicas)[1789], pero hay que precisar que la competencia se reducirá al manejo de este peligro concreto. Si la responsabilidad penal sobrepasa estos ámbitos posibles de imputación, se estará afectando el principio de autorresponsabilidad por el dominio del riesgo[1790] y dando entrada a una especie de responsabilidad penal por el estatus.

bb) La imputación penal a los directivos de la empresa

La responsabilidad penal del directivo por los delitos cometidos desde la empresa se determina tradicionalmente por medio de dos vías. Por un lado, si el directivo participa de alguna manera en la decisión o en la ejecución del hecho penalmente relevante, se recurre a las posibilidades de imputación que ofrece la intervención delictiva, destacándose claramente una tendencia progresiva a reconducir su intervención a alguna forma de autoría. Por otro lado, si el directivo simplemente se limita a no impedir la realización de un delito decidido y ejecutado por otros miembros de la empresa, entonces se utiliza la figura de la comisión por omisión sobre la base de una posición de garantía que el empresario traslada al directivo con la delegación de la gestión de la empresa. Ambos mecanismos llevan, sin embargo, a resultados poco convincentes.

[1788] 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.

[1789] 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.; 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.

[1790] En este sentido, Rudolphi, *SK* § 13, n.m. 32, 35a; Schlüchter, *FS-Salger*, p. 148 y ss.; Walter, *Pflichten*, p. 140 y s.

Si se sigue la concepción al uso de la reglas de la intervención delictiva, al directivo tendría que atribuírsele el delito en calidad de instigador, pues lo usual es que con su decisión haya determinado a sus subordinados a cometerlo[1791]. Este título de la imputación penal tiene, sin embargo, la limitación que produce fundamentalmente la impunidad, sostenida por un amplio sector de la doctrina, de la instigación en cadena[1792], lo que lo convierte en un mecanismo de solución poco satisfactorio. A ello debe sumarse el hecho de que resulta, cuando menos, contraintuitivo que los directivos de la empresa, que son los agentes principales dentro de la estructura empresarial, sean considerados por el Derecho penal como simples intervinientes secundarios en el delito. Por esta razón, en la actualidad la tendencia mayoritaria discurre por la senda de procurar sustentar de alguna manera que el directivo responda como autor del delito cometido desde la empresa.

La deficiencia de la teoría objetivo-formal para responsabilizar como autor a quien no toma parte en la ejecución del delito –lo que es la situación más frecuente en el caso de los directivos–, motivó que prontamente se acuda a la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría en los delitos cometidos desde la empresa[1793]. Sin embargo, tampoco esta formulación teórica ha podido resolver satisfactoriamente la imputación penal a los directivos, pues el dominio del hecho sólo puede afirmarse si es que el subordinado ha sido instrumentalizado por el directivo. Esta situación ha hecho que en los últimos tiempos cobre fuerza la posibilidad de llevar la teoría de la autoría mediata por el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder a las estructuras empresariales, de manera tal que se pueda castigar como autor mediato al directivo por la decisión ilícita ejecutada responsablemente por sus dependientes[1794]. No obstante,

---

[1791] Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 187.

[1792] Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 187.

[1793] Vid., con referencias a la jurisprudencia penal española, MIRÓ LINARES, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 327 y ss.

[1794] Así, CLAROS GRANADOS, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 161 y s. Críticos sobre la posibilidad de aplicar en el ámbito de la empresa 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,

dicha propuesta no sólo es muy discutible en atención a los presupuestos requeridos para su aplicación (especialmente por la necesidad de un aparato organizado de poder al margen del Derecho), sino porque acude a una teoría de excepción para resolver un problema ordinario de imputación en las estructuras empresariales.

En cuanto a la posibilidad de imputar al directivo una responsabilidad en comisión por omisión, no existe mayor controversia en la doctrina penal para aceptar una posición de garantía, siendo lo debatido, más bien, el fundamento dogmático de dicha posición[1795]. Hay acuerdo en rechazar la teoría de las fuentes formales y acudir a las teorías materiales[1796], llegando el consenso incluso hasta su ubicación en la clasificación de las posiciones de garantía ofrecida por la teoría de las funciones de Armin Kaufmann[1797], más exactamente, que la posición de garantía del directivo no se deriva de una función de protección de determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro[1798]. Esta clasifi-

---

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. 496 y ss.; 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; Demetrio Crespo, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 63; Peñaranda Ramos, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 166 y ss. El propio Roxin, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 56, afirma que la sola calidad de directivo no fundamenta una autoría mediata.

[1795] Vid., al respecto, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 12 y ss.; Göhler, *FS-Dreher*, p. 611 y ss. En la doctrina nacional, Jiménez Bernales, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33, marzo (2012), p. 162.

[1796] 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.

[1797] Vid., con mayor detalle, Kaufmann, Armin, *Dogmatik*, 283 y ss.

[1798] 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.

cación, sin embargo, no muestra con suficiente claridad el fundamento de tal posición de garantía[1799], por lo que numerosos estudios se han abocado a cumplir con la tarea de precisarlo.

La doctrina penal propone sustentar la posición de garante del directivo de la empresa en diversos criterios: La injerencia[1800], la relación de autoridad sobre los dependientes[1801] o el dominio de las fuentes de peligro[1802]. Lo primero que debe decirse es que no se trata de un mismo principio formulado de distintas maneras, pues la asunción de uno u otro criterio lleva a consecuencias penales diversas, como lo pone de mani-

---

[1799] Vid., en este sentido, WALTER, *Pflichten*, p. 40 y s.; SCHÜRMANN, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 181; BATISTA GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 123. De manera general, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 242; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 27; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 2.

[1800] 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.

[1801] 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.

[1802] 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; JIMÉNEZ BERNALES, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33, marzo (2012), p. 164.

fiesto el tema de la responsabilidad penal por la omisión de las llamadas de retirada de productos defectuosos. Por otra parte, la idoneidad de los criterios propuestos para resolver los distintos supuestos se pone en tela de juicio con la incorporación de delitos como los medioambientales, en los que el fundamento de la posición de garantía se encuentra en una posición de deber específico que no precisa una forma especial de dominio en el garante, sino solamente de la existencia de un deber institucional específico[1803].

La bifurcación de la posición de garantía entre el empresario y el directivo, la pluralidad de fundamentos en la discusión doctrinal y la insuficiencia de estos fundamentos para sustentar la imputación en ciertos delitos de base institucional, presentan un panorama bastante complejo para resolver de forma clara y satisfactoria la imputación penal a los directivos por medio de la figura de la comisión por omisión. La ausencia de estándares definidos trae consigo el riesgo de convertir la posición de garante en un fácil expediente para, según lo que se quiera en cada caso, imputar el hecho lesivo a los directivos de la empresa por medio de la comisión por omisión. Al final se tiene una omisión difusa y maleable, cuya utilización como criterio de imputación no discurre por vías claras y, por lo tanto, resulta de difícil control en cuanto a su razonabilidad.

Las dificultades reseñadas en relación con la imputación de responsabilidad penal al directivo como autor bajo la idea del dominio del hecho o por medio de la comisión por omisión, han hecho que algunas legislaciones penales desarrollen ciertos mecanismos con los que, pese a todo, se pueda responsabilizar a los directivos por los delitos cometidos desde la empresa. Por un lado, se han creado delitos de peligro abstracto con los que castigar el solo aporte preparatorio realizado por el directivo de la empresa[1804]. Por otro otro, se ha tipificado también como delito autónomo la infracción de un deber de vigilancia atribuido al directivo al no impedir la realización del delito por parte de los órganos ejecutivos. No hay duda que ambos mecanismos permiten sostener más fácilmente la responsabilidad penal de los directivos,

---

[1803] Vid., ampliamente, Witteck, *Der Betreiber*, *passim*.

[1804] 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.

pero, al utilizar vías excepcionales al estándar ordinario de imputación del que parten, los riesgos de dar entrada a la pura intuición en la represión penal se incrementan sustancialmente. Veamos esto con mayor detenimiento.

A través de la técnica de tipificación del peligro abstracto se castiga al directivo por una conducta previa que, por sí misma, no podría fundamentar una imputación penal, en la medida que no contiene aún una implicancia lesiva contra algún interés patrimonial[1805]. Un claro ejemplo es el delito de contabilidad paralela previsto en el artículo 199 del CP que castiga el incumplimiento de las disposiciones mercantiles o administrativas que imponen una manera determinada de llevar la contabilidad, sin que el tipo penal exija alguna puesta en peligro o lesión patrimonial[1806]. El sustento dogmático de este tipo de incriminaciones se procura alcanzar con la peligrosidad general del comportamiento prohibido, en tanto se generarían las condiciones adecuadas para futuros fraudes en perjuicio de los intereses de la propia persona jurídica o de sus acreedores[1807].

Más allá de la crítica que se le pueda hacer a la fundamentación dogmática de los delitos de peligro abstracto por implicar un alejamiento excesivo de la exigencia de lesividad, la incriminación de actos preparatorios se presenta en algunos casos ilegítima por autorizar una injerencia punitiva sin cumplirse con el principio del hecho (la exigencia de un hecho externo perturbador)[1808]. Lo anterior no quiere decir que todo delito de peligro abstracto conlleva la ausencia de un hecho externo justificante de la imputación penal, sino que el recurso a la técnica de tipificación de los delitos de peligro para salir al paso frente a las dificultades del modelo clásico de imputación, corre el riesgo de incriminar actos de preparación en un nivel previo sin que se haya externalizado aún un hecho socialmente perturbador. Una muestra clara de ello es la reciente incorporación del artículo 5B de la Ley Penal Tributaria que castiga como delito tributario el almacena-

[1805] Vid., en este sentido, KINDHÄUSER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 452; GRACIA MARTÍN, *La infracción*, p. 42.

[1806] Vid., GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 106.

[1807] Similarmente, para delitos societarios de la legislación penal alemana, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 190.

[1808] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 302.

miento de bienes en lugares no declarados como domicilio fiscal para dejar de pagar los tributos[1809].

La incriminación del incumplimiento de deberes de intervención o vigilancia es la otra vía legislativa utilizada extraordinariamente para responsabilizar a los directivos de la empresa. En los casos en los que no se les pueda responsabilizar por medio de una imputación en comisión por omisión o por la ausencia del tipo subjetivo requerido, algunas legislaciones proceden a la formulación legal de tipos penales que reprimen específicamente el incumplimiento de deberes de salvamento[1810] o la omisión pura de deberes de vigilancia sobre los dependientes[1811]. En la legislación penal peruana no se ha recurrido a este tipo de incriminación, a diferencia de otras legislaciones penales como la alemana. Al respecto la doctrina penal alemana coincide mayoritariamente en sostener que la infracción de un deber de vigilancia expresa una incorrecta administración de la empresa que se muestra aún insuficiente para fundamentar una sanción penal desde la lógica del bien jurídico[1812]. Por esta razón, los defensores de tal incriminación intentan vincular la sanción con una protección en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos por los delitos cometidos desde la empresa[1813]. Esto, sin embargo, va en contra del supuesto carácter autónomo de esta infracción y no hace más que confirmar que lo que se está haciendo es criminalizar un aporte omisivo en el delito cometido desde la empresa.

[1809] Destaca, en este sentido, que se tipifica un mero acto preparatorio, Caro Coria, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p. 17.

[1810] Vid., así las posibilidades de fundamentación de un deber tal, von Freier, *Verbandsstrafe*, p. 302 y ss.

[1811] En este sentido, Hsü, *Garantenstellung*, p. 254 y s.; Seelmann, en *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, García Cavero (coord.), p. 29 y s.

[1812] 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.

[1813] 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.

De esta manera, la imputación penal a los directivos se podrá realizar sin entrar a discutir si posee una posición de garante y, en caso de criminalizarse una infracción culposa del deber de vigilancia, pasando por encima la exigencia del dolo para poder responder penalmente como cómplice.

A nuestro entender, no es necesario acudir a los mecanismos extraordinarios de imputación antes referidos para sancionar debidamente a los directivos. Los criterios de imputación penal alcanzarán una mayor capacidad resolutiva, si se sustituye el punto de vista naturalista por una perspectiva normativista que determine la responsabilidad de los directivos a partir de sus ámbitos de organización al interior de la empresa. En este sentido, no tiene que exigirse una intervención del directivo en la ejecución del delito para poder responder como autor, así como tampoco resulta necesario que los presupuestos de la imputación penal se manejen de forma diferenciada en el caso de una omisión. Lo que la imputación penal al directivo debe establecer es su competencia por organización en el hecho penalmente relevante, atendiendo a las funciones que, por lo general, asume en el manejo de la empresa.

Bajo la perspectiva propuesta, lo primero que queda claro es que, en comparación con los titulares de la empresa, los ámbitos de responsabilidad de los directivos son mucho mayores por haber asumido la gestión de la empresa[1814]. Un sector de la doctrina penal pretende, en este sentido, atribuir a los directivos una competencia total por los riesgos derivados de la actividad empresarial (*Allzuständigkeit*)[1815]. Esta pretensión, además de encerrar una exigencia que nadie podría cumplir materialmente[1816], desconoce la forma en la que se organiza una plana directiva. Los direc-

---

[1814] Por el contrario, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 109, señala que en las sociedades mercantiles, el empresario se identifica con los administradores.

[1815] 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].

[1816] Así, MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 317.

tivos de una empresa moderna no llevan a cabo, ni mucho menos siguen al detalle, todos los procesos internos de la organización empresarial, sino que se ocupan de establecer la política general o tomar ciertas decisiones de especial relevancia. Por lo tanto, resulta irrazonable hacerlos penalmente competentes por todas las actuaciones irregulares realizadas desde la estructura empresarial[1817]. Su competencia por organización sólo podrá estar referida a los ámbitos de organización asumidos en el marco de las labores de administración.

Sobre la base de lo acabado de indicar, el directivo de la empresa asume responsabilidad penal por la toma de decisiones antijurídicas en la administración de la empresa[1818], así como también por la ejecución, por sí mismo[1819] o por sus subordinados[1820], de las líneas de actuación ilegal establecidas a nivel directivo. Adicionalmente, su posición en la estructura empresarial le impone también deberes generales de control y vigilancia sobre las prestaciones de sus subordinados[1821], así como un deber de configurar la administración general de la empresa de una manera tal que se excluyan las condiciones idóneas para la realización de hechos delictivos de otros miembros, esto es, promover la cultura del cumplimiento. Cabe destacar que no todos los directivos tienen un ámbito de responsabilidad de iguales dimensiones, sino que esto depende de factores como el tipo de gestión asignada (ordinaria o extraordinaria) o la especialización de las funciones de administración. Por ejemplo, a los directores les corresponde usualmente una administración extraordinaria (*hands-off*) que se circunscribe a las grandes estrategias y políticas de la compañía, a diferencia de

---

[1817] 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.

[1818] Vid., así, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 43 y ss., en relación con el famoso caso del pulverizador para el cuero.

[1819] 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.

[1820] Vid., Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 105 y ss.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 506 y s.

[1821] Vid., con mayor detalle, Frisch, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), pp. 115, 117 y ss.

los gerentes, a quienes se les asigna la administración ordinaria de la empresa (*hands-on*)[1822]. Del mismo modo, el ámbito de responsabilidad se encuentra evidentemente más delimitado en el caso de gerentes sectoriales (financiero, comercial, de producción, etc) que cuando se trata de un gerente general.

La imputación de responsabilidad penal a los directivos por delitos cometidos desde la empresa presenta diversos problemas particulares tanto en el plano objetivo, como subjetivo. En lo que sigue, se abordarán estos problemas, sistematizando su exposición en las distintas constelaciones de casos que la doctrina especializada ha identificado como las más usuales en la empresa moderna.

aaa) La imputación objetiva

El primer paso para afirmar la competencia jurídico-penal del directivo es poder imputarle objetivamente el delito cometido desde la empresa. Esta imputación no se presenta de una forma homogénea, sino que muestra particularidades muy diversas en función de las estructuras empresariales comprometidas en la materialización del delito. Por esta razón, la imputación objetiva de un delito cometido desde la empresa al directivo requiere distinguir las siguientes constelaciones de casos.

- *Las decisiones colegiadas*: La responsabilidad penal de un directivo por una decisión ilegal se presenta fácil de determinar 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. De forma unánime, la doctrina penal contemporánea rechaza la posibilidad de configurar un delito colegial, en el que se impute responsabilidad penal únicamente por la pertenencia al órgano colegiado[1823]. Un Derecho penal anclado en el principio de culpabilidad exige un proceso de individualización de la imputación penal al interior del órgano pluripersonal, en el que

[1822] Vid., GARCIA CAVERO, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 397 y ss.; PIÑA/COX, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 206 y s.

[1823] Vid., MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 461 y ss.

cada miembro responda en razón de su propia actuación[1824]. Los miembros del órgano colegiado no deben responder por la sola posesión del estatus, sino a causa de su propia actuación.

El consenso doctrinal se pierde al momento de establecer los criterios para individualizar la imputación penal. Un sector doctrinal considera necesario, para poder atribuir responsabilidad penal, vincular causalmente el aporte de cada miembro del órgano colegiado con el resultado penalmente relevante[1825]. A esta posición se le ha reprochado no dar en el clavo con el problema, pues no se trata de la concurrencia de varios riesgos, sino de un solo riesgo creado conjuntamente[1826]. Por esta razón, el enfoque que debe utilizarse es, más bien, el referido a la creación conjunta de un riesgo penalmente relevante, lo que no precisa necesariamente de un aporte causal, sino de la competencia por la relevancia penal de la decisión adoptada. En consecuencia, el nivel más básico de discusión en el caso de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas se ubica en el plano de la imputación objetiva[1827].

[1824] Vid., Rodríguez Montañés, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII 1998-1999, Universidad de Alcalá de Henares, p. 188 y s.; Ferré Olivé, *Revista penal* 1 (1998), p. 28; Pérez Cepeda, *Revista Penal* 9 (2002), p. 109; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 152.

[1825] Así, Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 91 y ss., sostiene que la fórmula de la *conditio-sine-qua-non* permite solucionar los casos de decisiones colegiadas cuando menos en los delitos activos, 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 del resultado*, p. 112 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.

[1826] Así, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 421 y ss.; van Weezel, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 61.

[1827] Vid., van Weezel, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 63. Por su parte, Mansdörfer, *Zur Theorie*, p. 435, señala que la responsabilidad se debe determinar en función de las reglas de decisión formuladas concretamente para la toma de decisión del órgano colegial.

La decisión penalmente relevante de un órgano colegiado puede tener lugar bajo la forma de una decisión formal de emprender determinado acto o no hacerlo, o como un acuerdo informal de ignorar determinado tema[1828]. La competencia jurídico-penal es clara en el caso de los miembros que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto, al momento de emitirse, pueda considerarse causal o no del sentido de la votación. Esto último solamente se puede entender si es que se tiene en cuenta que el llamado a tomar la decisión es el órgano colegiado. Por lo tanto, el hecho penalmente relevante no es el aporte propio de cada uno de los miembros, sino el hecho del órgano colegiado conjuntamente realizado[1829]. En este orden de ideas, tiene poca relevancia para la imputación de responsabilidad penal el que la votación se haya desarrollado de manera simultánea o sucesiva[1830]. Todos los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión son penalmente competentes por la misma.

Si el miembro del órgano colegiado votó en contra, parece claro que no se le podrá hacer penalmente competente por la decisión adoptada[1831]. Sin embargo, algunos autores han admitido que, en algunos casos, resulta posible afirmar su competencia penal si el miembro concurre a la votación intencionalmente con la finalidad de formar el quórum necesario para tomar la decisión penalmente

---

[1828] A este acuerdo informal se le asigna el carácter de una decisión, vid., NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 193.

[1829] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 421 y ss. Similarmente, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 158; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 196.

[1830] Vid., NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 11. Un parecer distinto se aprecia en las exposiciones de PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 291 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 155 y ss.; ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 133.

[1831] Igualmente, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, pp. 203 y ss., 245; DENCKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 69; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 74; WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178. No obstante, ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 135, parece admitir la posibilidad de que el sentido del voto no se corresponda con la efectiva voluntad del sujeto, sino que se respalda la decisión ilícita de la mayoría, lo que permitiría imputarle responsabilidad penal.

relevante[1832]. Este parecer no resulta asumible al menos en los delitos de dominio, en la medida que el deber negativo no se infringe con acudir a una sesión del órgano colegiado, sino con la emisión del voto. En consecuencia, la sola asistencia a la sesión del órgano colegiado no permite afirmar la competencia del miembro que vota en contra de la adopción de la decisión penalmente relevante. Otro sector de la doctrina penal entiende que votar únicamente en contra no basta para excluir la responsabilidad penal, por lo que exige además la dimisión del gremio para liberarse de responsabilidad penal[1833]. Al respecto debe tenerse en cuenta que el miembro del órgano colegiado expresa suficientemente su posición con la emisión de su voto en contra de la decisión colegiada, sin que sea necesario apartarse del gremio para que objetivamente muestre su disconformidad con la decisión tomada[1834].

Mucho más discutible se presenta el caso del miembro del colegiado que se abstiene de votar en un sentido u otro. Un sector de la doctrina penal asume, como regla general, su falta de responsabilidad penal, a no ser que se demuestre que es uno de los impulsores de la decisión y que con su abstención lo único que busca es permanecer en la sombra[1835]. Por el contrario, otro sector de la doctrina penal admite de manera mucho más general su responsabilidad penal si es que con ello no impidió que la decisión delictiva finalmente se tome[1836]. Para decidir esta cuestión es necesario determinar si, en términos organizacionales, los miembros del órgano colegiado tienen el deber de impedir la toma de una decisión antijurídica. Esta situación solamente

---

[1832] Así, Dencker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 70.

[1833] Vid., Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión*, p. 120. Críticamente por ser una ampliación de los deberes extrapenales al ámbito penal, Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 168.

[1834] Igualmente, van Weezel, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 67.

[1835] Así, Weisser, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 208 y ss.; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 11.

[1836] En este sentido, Neudecker, *Verantwortlichkeit*, p. 208; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 302 y s.

podrá afirmarse en el caso de deberes de aseguramiento o salvamento derivados de un riesgo especial previamente creado por el órgano colegiado. Por ejemplo, es posible afirmar la competencia del miembro del colegiado que se abstiene de hacer una llamada de retirada del producto del mercado si es que el producto, que luego se muestra como defectuoso, se está comercializando por una decisión anterior del órgano colegiado en la que participó con su voto[1837].

Lo señalado respecto del que participó en la sesión del órgano colegiado, pero se abstuvo de votar, es igualmente predicable para los miembros que no estuvieron presentes en la sesión, por lo que, en principio, no les alcanzará responsabilidad penal por el hecho de no haber concurrido a la toma de decisión del órgano colegiado[1838]. Sin embargo, un sector de la doctrina penal considera posible atribuirle responsabilidad penal en caso de una ausencia intencionada[1839], esto es, cuando la inasistencia se hace con la finalidad de no impedir la toma de una decisión penalmente relevante. Nuevamente hay que señalar que, en este caso, sólo podrá afirmarse la competencia penal del miembro inconcurrente si es que sobre el mismo recaen deberes de aseguramiento y salvamento en términos organizacionales, por lo que el solo conocimiento de que se votará en un sentido ilegal no basta para que su inconcurrencia le genere responsabilidad penal. Es necesario que sea competente por el riesgo que motiva la sesión del órgano colegiado para decidir sobre la toma de acciones de salvamento.

Si el miembro del órgano colegiado que no concurre presta luego su conformidad informal –esto es, aquélla que se ofrece después del acto formal de la votación–, entonces la situación toma un cariz distinto. No hay mayor discusión para reconocer la responsabilidad penal en caso de una decisión informal que permite adoptar

[1837] Vid, así, VAN WEEZEL, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 67.

[1838] En este sentido, WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 193 y ss., si no tienen la posibilidad de dar luego su voto.

[1839] Vid., NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 250.

un acuerdo que no se habría alcanzado en la sesión formal[1840]. Los problemas aparecen, más bien, cuando la conformidad informal recae sobre un acuerdo que ya se había tomado en la sesión correspondiente. Si la conformidad informal del miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación refuerza la decisión ya tomada formalmente, podrá responder como cómplice moral[1841]. Una participación no será posible, por el contrario, si es que el delito se encuentra consumado antes de que el miembro inconcurrente emita su conformidad informal.

Para determinar el grado de participación de los miembros penalmente competentes del órgano colegiado que toma la decisión de incidencia penal, los estudios especializados proceden a diferenciar dos planos de la imputación: Uno horizontal y otro vertical[1842]. El primero está referido a decisiones colegiadas que, por sí mismas, realizan un delito, mientras que el segundo precisa de la ejecución del acuerdo para la configuración del hecho delictivo. Al respecto hay que 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[1843]. Sin embargo, el even-

[1840] Vid., en este sentido, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 427; Puppe, *JR* 1992, p. 34; Suárez González, en CDJ: *La responsabilidad penal de las sociedades*, p. 55.

[1841] Similarmente, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 427 y ss.; Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión*, p. 120.

[1842] 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.

[1843] Vid., así, Jakobs, *FS-Miyazawa*, p. 419; Dencker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 65.

tual uso de la técnica de tipificación del peligro abstracto podría permitir una incriminación ya en la fase preparatoria (una toma de decisión)[1844], como sucede, por ejemplo, con el delito financiero de concentración de créditos del artículo 244 del CP. En estos casos, los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de la decisión que configura el delito responderán como coautores[1845], sin que sea necesario exigir un acuerdo común previo de cometer el delito[1846]. En el caso de los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron de votar o no concurrieron a la sesión, pero sobre los que recae una competencia organizativa por un actuar precedente, es evidente que el grado cuantitativo de intervención es menor que la del que votó a favor de la decisión penalmente relevante en la sesión correspondiente, por lo que es bastante razonable plantear su competencia penal a título de complicidad[1847].

En caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, no basta el acuerdo del órgano colegiado, sino que éste debe necesariamente ejecutarse para que tenga lugar una conducta penalmente sancionada. Se debe partir 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 to-

[1844] NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 243 y s.

[1845] Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 199; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 417 y s.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 162; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 477; ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 140. 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.

[1846] Por eso, no le falta razón a TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 179a, al señalar que esto constituye una reorientación dogmática de la teoría de la autoría en las empresas.

[1847] vid. GARCÍA CAVERO, *Actualidad Jurídica*, 62-B 1999, p. 36.

mada[1848]. La responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que votaron 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[1849].

Si el acuerdo es ejecutado por los miembros del órgano colegiado, éstos responderán penalmente como coautores[1850], incluso aunque no hayan votado a favor de la decisión[1851], salvo que se encuentren en una situación de desconocimiento de la relevancia penal de la decisión que ejecutan. Sin embargo, en la estructura empresarial son normalmente los órganos de gestión y finalmente los trabajadores los que ejecutan las decisiones de los directivos que componen un órgano colegiado de decisión. Al no ejecutar los directivos la decisión tomada por ellos colegiadamente, la doctrina dominante entiende que la responsabilidad penal no les puede alcanzar a título de autor, sino solamente de inductor[1852], a no ser que se pueda sostener una autoría mediata por alguna forma de instrumentalización de los ejecutores[1853]. Sin embargo, debe dejarse de lado el naturalista requisito de que, para poder ser coautor, se requiere la realización de un aporte esencial en la ejecución del

---

[1848] 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.

[1849] Vid., en este sentido, Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 50; Rodríguez Montañés, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 198.

[1850] Vid., Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 464; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 422 y s.; La misma, *Revista Penal* 9 (2002), p. 119.

[1851] Vid., en este sentido, Bock, *Produktkriminalität*, p. 83.

[1852] Vid., Pérez Cepeda, *Revista Penal* 9 (2002), p. 119. Por el contrario, Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 142, sostiene una complicidad primaria.

[1853] Vid., Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 142.

hecho[1854]. Es indudable que el coautor debe haber configurado aspectos esenciales del hecho delictivo, pero no hay justificación para hacer una delimitación temporal. El aporte relevante puede darse perfectamente en la fase de decisión del delito, por lo que no debe limitarse la coautoría únicamente a los intervinientes en la ejecución del delito[1855]. Desde este panorama, los miembros del órgano colegiado que tomaron la decisión, cuya ejecución configura el delito, responderán como coautores[1856], mientras que los que ejecutaron la decisión, dependiendo del grado de configuración del delito concretamente cometido, podrán responder como coautores o como cómplices.

Resulta necesario precisar que los ejecutores de la decisión tomada por el órgano colegiado no siempre responderán penalmente, pues su actuación puede padecer de ciertos déficits que no permitan la imputación penal. Por un lado, puede ser que la prestación de los ejecutores se ajuste a sus obligaciones de subordinación y a su labor como dependientes, lo que dará lugar a una prohibición de regreso que descarta la imputación[1857]. En efecto, si es que el miembro de la empresa que ejecuta la decisión tomada por el órgano colegiado lo hace en el marco de sus funciones, las consecuencias derivadas de su actuación deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, es decir, a los directivos que votaron a favor de la realización del hecho

[1854] Como lo hace, ROXIN, *Autoría*, p. 323.

[1855] Vid., VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 336 y s.

[1856] Vid., sobre la coautoría en las decisiones colegiadas, 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.

[1857] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 237 y s. Coincide con las conclusiones, GRACIA MARTÍN, en *Hacia un Derecho penal económico*, p. 84, nota 7. Con restricciones, FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 209 y s. De un parecer distinto, HOYER, *Die strafrechtliche 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.

delictivo[1858]. Por otro lado, puede ser que el déficit se ubique en el plano de la imputación subjetiva o personal, en cuyo caso los directivos podrán responder como (co)autores mediatos a través de un instrumento en situación de error o coaccionado[1859].

Si la votación al interior del órgano colegiado se hace de manera secreta, esta situación no resulta relevante en términos materiales para imputar responsabilidad penal. El problema es evidentemente de orden probatorio[1860]. Es evidente que sin acreditar la base fáctica de que un miembro del órgano colegiado votó a favor de la decisión penalmente relevante, no es posible imputarle responsabilidad penal[1861]. Únicamente en el caso de decisiones unánimes no habría dificultad para dar por probado la base fáctica requerida[1862]. Pero esta particular situación podría llevar a un manejo indebido de las votaciones, pues todos los miembros podrían acordar que el voto secreto sea por mayoría, de modo tal que así se genere probatoriamente una situación de impunidad para todos los miembros del órgano colegiado.

Para salir al paso frente a la posible manipulación de la forma de votación de un órgano colegiado para rehuir de la responsabilidad penal, se podría implementar dos mecanismos de solución. Por un lado, se podría prohibir en general esta forma de votación en el ámbito de los órganos colegiados que dirigen una empresa[1863]. La otra alternativa sería establecer, como exigencia para salvar la responsabilidad por la decisión, que el disidente deje constancia de su oposición en el acta correspondiente. La falta de una expresa opo-

---

[1858] En este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 61.

[1859] Vid., Rodríguez Montañés, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII, p. 209; Muñoz Conde, *Revista penal* 9 (2002), p. 82; Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 485.

[1860] Vid., Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 477; Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 135.

[1861] Vid., Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 160

[1862] Vid., Meini Méndez, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 477.

[1863] Así, Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, p. 303. Entiende, sin embargo, que este tipo de votación está permitida en nuestra legislación societaria, Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 129.

sición al sentido de la votación secreta, que niega la posibilidad de individualizar luego el sentido del voto, puede interpretarse como una asunción del sentido de la votación y, por lo tanto, dar la base material necesaria para afirmar la competencia jurídico-penal.

Cuando la decisión colegiada requiere ser ejecutada para configurar un delito, se abre un espacio temporal que podría dar a pie a una responsabilidad penal por no intentar impedir la realización del delito. Podría decirse, en general, que los miembros del órgano colegiado son garantes de controlar los riesgos que puedan derivarse de las decisiones tomadas por dicho órgano[1864], por lo que cabría responsabilizarlos si es que no impiden, siéndoles posible, la materialización delictiva del acuerdo. Sin embargo, una competencia global no resulta compatible con la distribución del trabajo que informa la estructuración de las empresas modernas y amplía excesivamente las exigencias sobre los directivos. Por esta razón, no se puede afirmar una posición de garantía general, sino que debe hacerse una determinación específica de los casos en los que dicha posición realmente existe[1865].

En términos organizacionales, la competencia de los que votaron a favor de la decisión es plena, por lo que nada le sumaría el hecho de que, como es de esperar, no hagan nada para impedir la ejecución de la decisión. En el caso de los miembros que votaron en contra, el tema es también bastante claro en el sentido de no ser competentes organizacionalmente por la decisión adoptada, sin que sea necesario, de cara a su falta de responsabilidad penal, que adicionalmente emprendan acciones dirigidas a impedir la ejecución de la decisión. En términos jurídicos, el cumplimiento de su deber se hace con la emisión del voto, por lo que no cabe incrementarlo con mayores exigencias normativas[1866]. En la misma situación es-

[1864] Hace referencia a una posición de garantía general, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos*, p. 99; MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 473.

[1865] Sobre la necesidad de una posición de garantía específica, PÉREZ CEPEDA, *Revista Penal* 9 (2002), p. 109.

[1866] Similarmente, VAN WEEZEL, en *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.), p. 67. De otro parecer, ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo

tarían los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o no asistieron a la votación, pues no realizan un acto de organización que desborde lo jurídicamente permitido y que los vincule con las consecuencias penales de la ejecución del acuerdo.

Distinto se presenta el panorama si los miembros del órgano colegiado crearon precedentemente el riesgo especial por cuyo aseguramiento y, dado el caso, eliminación el órgano colegiado no ha tomado la decisión correspondiente. Piénsese en el caso de un producto que ya se ha distribuido por la empresa y del que se conoce posteriormente que presenta ciertos defectos capaces de afectar a los consumidores, pese a lo cual el directorio decide no hacer una llamada de retirada. El miembro del directorio disidente que vota por retirar el producto, no es que no haga nada, sino que, por el contrario, hace lo que le corresponde desde la posición en la que se encuentra. En consecuencia, no se le podría hacer competente por la decisión tomada por los otros miembros del órgano colegiado[1867]. La situación del miembro que se abstiene es distinta, pues no hace nada por asegurar o desaparecer el riesgo que precedentemente puso al alcance de los consumidores. Su competencia por la realización del riesgo es evidente por el solo hecho de no hacer en sesión lo que le corresponde, esto es, votar por el retiro del producto. Si es que luego de haberse abstenido, emprende actos dirigidos a impedir la materialización del acuerdo, entonces habrá que tratar su actuación con las reglas del desistimiento. También resulta competente por la falta de retiro del producto defectuoso quien intencionadamente no interviene

(2011), p. 138, afirmando una posición de garantía que obliga al miembro del órgano colegiado a realizar todas las acciones posibles para evitar la ejecución del acuerdo ilícito.

[1867] Niegan una responsabilidad penal por omisión impropia en estos casos, Weisser, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178 y ss.; Pérez Cepeda, *La responsabilidad*, pp. 168, 180. 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. Con base en la regla de "cualquiera", en oposición al principio de la mayoría, Mansdörfer, *Zur Theorie*, p. 437, sostiene que una llamada de retirada del producto constituye una situación de emergencia que, frente a una decisión mayoritaria de no retirada, faculta a cualquier miembro a tomar las medidas necesarias para erradicar el peligro.

en la sesión en la que se decidió no hacer la llamada de retirada, pues su actuación precedente de distribuir el producto le obliga a emprender acciones dirigidas a impedir que los defectos descubiertos posteriormente afecten a terceros. Para que responda penalmente no es necesaria su participación en el acuerdo de no hacer el retiro del producto del mercado[1868], siendo suficiente el solo incumplimiento de contribuir con el deber de aseguramiento o salvamento del riesgo especial creado con la comercialización del producto[1869].

- *La delegación de facultades de dirección*: Discutida es la atribución de responsabilidad penal al 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 de la delegación, se advierte que esto puede llevar a consolidar la llamada "organizada irresponsabilidad" en el ámbito de la empresa[1870]. Pero, por otra parte, se afirma también que si la delegación no produce un descargo de los ámbitos de responsabilidad, no sólo perderá su sentido, sino que aumentará de una manera incontrolable las exigencias de control de los directivos sobre sus dependientes[1871]. Ante esta situación, la solución tiene que ir necesariamente por un camino intermedio, esto es, por negar una liberación de responsabilidad de los directivos delegantes, pero sin mantener una

---

[1868] A favor de una intervención en la decisión para configurar una posición de garante específica, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 308 y ss.

[1869] En este sentido, JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 432 y s. Similarmente, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 193 y s.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 202. 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.

[1870] Vid., NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 144; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 42.

[1871] Vid., así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 222.

competencia plena del delegante por los defectos de organización del delegado[1872].

Lo primero que debe señalarse es que en toda actividad de administración existe un conjunto de funciones indelegables[1873]. Si la delegación hecha por el directivo recae sobre funciones indelegables, entonces tal delegación no tendrá ningún efecto exonerador de responsabilidad penal en caso de realización de un delito por parte de quien asumió la gestión del ámbito que no debió ser delegado o, en todo caso, que se hizo a propio riesgo del delegante. Entre los ámbitos indelegables a nivel directivo se mencionan los deberes estrictamente personales de control de una sociedad de capitales, los deberes de declarar rentas sujetas a tributación, el pago de las tasas aduaneras, los deberes de control de los encargados específicos de la seguridad en el trabajo, entre otros[1874].

Para que la delegación de funciones delegables provoque un traslado válido del ámbito de responsabilidad penal al delegante deben darse ciertas condiciones. En primer lugar, la delegación debe ser exacta, especial y temporalmente limitada, por lo que no valdrán delegaciones genéricas, difusas o indefinidas[1875]. En segundo lugar, la delegación debe corresponderse con las necesidades de la organización, por lo que la empresa debe contar con cierta dimensión y complejidad que la hagan razonable[1876]. Se exige también que la delegación cuente con cierto nivel de publicidad, de forma tal que sea

---

[1872] 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. 508 y s.; 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.

[1873] Vid., Gómez Benítez, *Curso de Derecho penal*, pp. 93, 95.

[1874] Vid., Tiedemann, *Revista Penal* 5 (2000), p. 97; Pérez Cepeda, *Revista Penal* 9 (2002), p. 110.

[1875] Así, Tiedemann, *Revista Penal* 5 (2000), p. 97; El Mismo, *Einführung*, § 4, n.m. 239.

[1876] Vid., Pérez Cepeda, *Revista Penal* 9 (2002), p. 110.

reconoscible frente a terceros que ha operado una transferencia de las funciones de dirección[1877]. Finalmente, el delegante debe colocar al delegado en posición de cumplir realmente con las funciones transferidas, por lo que no podrá admitirse una delegación formal sin la posibilidad material de cumplir con lo delegado[1878].

Una delegación válida de las funciones por parte del directivo no significa liberarlo de cualquier responsabilidad penal. El delegante mantiene consigo deberes residuales que lo obligan a reasumir las funciones delegadas o que pueden hacerlo penalmente competente por lo que haga el delegado. En efecto, el delegante tiene el deber de reasumir las funciones delegadas en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido[1879] o se muestre con posterioridad como incapaz para el desempeño adecuado de las funciones delegadas (deber de intervención)[1880]. Por lo demás, permanecen en el delegante una competencia por organización cuando ha elegido con conocimiento de causa un delegado incapaz de cumplir con las tareas encomendadas (deber de selección[1881]) o no cumple con darle los medios (deber de dotación de medios[1882]) o las instrucciones suficientes para que lleve a cabo de manera correcta sus funciones

[1877] Destacándolo como una exigencia procedente de la jurisprudencia francesa, PÉREZ CEPEDA, *Revista Penal* 9 (2002), p. 110.

[1878] Vid., TIEDEMANN, *Revista Penal* 5 (2000), p. 97.

[1879] Vid., en este sentido, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 144.

[1880] Vid., así, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 148 y s. Vid., sobre este deber que rompe el principio de confianza de la delegación en la sentencia Exp. 8380-97 "A" de 13 de mayo de 1998 (cit. por REATEGUI SÁNCHEZ, *El delito de omisión impropia*, p. 88).

[1881] 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; TIEDEMANN, *Revista Penal* 5 (2000), p. 97; 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.

[1882] 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.

(deber de instrucción[1883]). Se trata de los deberes residuales que se mantienen en el delegante y cuya infracción lo hace competente penal en calidad de autor del hecho realizado por el delegado[1884].

Sobre el delegante recae también el deber residual de vigilar el correcto desempeño del delegado[1885]. De no poder hacerlo personalmente por razones de conocimientos técnicos, debe valerse de un especialista externo para realizar dicho control[1886]. A diferencia de los otros deberes residuales, el incumplimiento del deber de vigilancia sólo favorece la configuración delictiva de la esfera de organización del delegado, quien mantiene la competencia primaria por el hecho delictivo realizado[1887]. Por esta razón, el grado de competencia por el incumplimiento de este deber podrá justificar una responsabilidad penal del delegante sólo en calidad de partícipe[1888], aunque hay

---

[1883] 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.

[1884] Similarmente, con la idea de una retención de la competencia jurídica, Silva Sánchez, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), p. 92. Por su parte, Pérez Cepeda, *Revista Penal* 9 (2002), p. 111, admite una responsabilidad como autor o partícipe en función de la responsabilidad del delegado.

[1885] 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.; 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.

[1886] Así, Mansdörfer, *Zur Theorie*, p. 318.

[1887] Afirma la responsabilidad del delegante en estos casos, pero sin precisar el grado de intervención, Frisch, *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 121.

[1888] En este sentido, Silva Sánchez, *Empresa y delito*, p. 17 y s.; El Mismo, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), p. 92; García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 105; Iñigo Corroza, *La responsabilidad*, p. 271; Bolea Bardón, *LH-Mir Puig*, p. 767. Señala también que el incumplimiento de deberes de vigilancia configura 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 también la exposición de Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 510.

que reconocer que, en caso de un delito culposo, la asunción de un concepto unitario de autor podría llevar igualmente a una responsabilidad a título de autor[1889]. 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[1890], de manera que resultaría dogmáticamente 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[1891], aunque debe reconocerse que el tenor de nuestra regulación positiva obligaría a dejar sin sanción los casos de participación culposa[1892].

- *Los delitos cometidos por otros directivos*: En las estructuras empresariales modernas es usual que el gobierno de las empresas no se reduzcan a un único superior jerárquico, sino que la dirección asuma ciertos rasgos heterárquicos, es decir, de coordinación directiva 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 cometido por otro directivo con el que coordina la gestión de la empresa.

  El punto de partida en toda estructura horizontal es el principio de confianza, de manera tal que a un directivo no se le podrá imputar responsabilidad penal por la actuación delictiva de otro[1893]. No obstante, como ya se indicó, este principio no tiene

---

[1889] 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 entre autor y partícipe también en los delitos culposos, ROBLES PLANAS, *RDPC* 6 (2000), p. 227.

[1890] En el Derecho penal alemán, en el que sí se exige un hecho principal doloso, también se ha discutido si esta regla puede levantarse para delitos económicos. Vid., la referencia, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 237.

[1891] De este parecer, ROBLES PLANAS, *RDPC* 6 (2000), p. 246 y s.

[1892] Propone en determinados delitos, como en la responsabilidad por el producto, sancionar también la participación culposa, PAREDES CASTAÑÓN, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425.

[1893] Vid., con mayores referencias bibliográficas, TIEDEMANN, *Einführung*, § 4, n.m. 238; NIETO MARTÍN, *pro manuscripto*, p. 11; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 2 (2011), p. 1.

una vigencia absoluta, no siendo aplicable en los casos en los que resulta objetivamente evidente que el otro directivo no ha cumplido correctamente con su parte del trabajo conjunto. En este sentido, si un directivo realiza un hecho delictivo con el aporte irregular de otro directivo, será penalmente responsable en la medida que hayan concurrido elementos de juicio objetivos suficientes para romper la vigencia del principio de confianza[1894]. Debe quedar claro que no existe un deber de vigilancia entre los directivos, por lo que la confianza se mantendrá mientras no salte abiertamente un dato cierto sobre la actuación irregular del otro. Lo que responsabiliza al directivo no es una falta de supervisión, sino utilizar un aporte abiertamente ilegal en un acto de administración conjunta.

Si es que el principio de confianza no puede ser invocado, queda por definir si la responsabilidad penal del directivo que utiliza el aporte irregular de otro directivo en un acto de administración conjunta se debe determinar a título de coautor o solamente de cómplice. En la medida que el delito se comete en el marco de una labor coordinada de administración, dicha actuación delictiva le pertenecerá conjuntamente a ambos directivos. Bajo estas consideraciones, la imputación penal al directivo no cubierto por el principio de confianza deberá hacerse a título de coautor. Su aporte específico pierde su carácter neutral y adquiere sentido delictivo.

La situación es distinta si el directivo no interviene conjuntamente con el otro directivo que actúa inadecuadamente en la realización del hecho penalmente relevante, sino que simplemente toma conocimiento de que está actuando delictivamente y no hace nada para evitarlo. Dado que, como ya se dijo, entre directivos no hay un deber de vigilancia[1895], a uno de ellos no se le podrá imputar

[1894] Por el contrario, Silva Sánchez, *InDret* 2 (2011), p. 2, entiende el principio de confianza en un sentido más rígido, por lo que no cesa aunque conozca la deficiencia del actuar del otro (principio de competencia o separación de esferas).

[1895] Destaca Silva Sánchez, *InDret* 2 (2011), p. 5; El Mismo, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), p. 93 y s., que entre los directivos en una relación horizontal no hay un deber de vigilancia.

responsabilidad penal por el delito cometido desde la empresa íntegramente por otro que tiene el mismo estatus. Tampoco existirirá un deber de denuncia sancionable conforme al artículo 406 del CP, en tanto su posición no le asigna un deber general de detectar irregularidades al interior de la empresa como es el caso de los órganos de control interno.

- *Los delitos cometidos por sus dependientes*: Si la imputación penal por delitos cometidos desde la empresa se basa en los ámbitos de responsabilidad asumidos, no debería ofrecer mayor dificultad aribuir al directivo el delito cometido por su dependiente. Normativamente no interesa que el directivo no haya intervenido en la ejecución del delito, sino solamente que el dominio del riesgo penalmente relevante le esté asignado a su ámbito de organización. Si en la creación del riesgo intervino un subordinado, no es un dato esencial de cara a la imputación penal que se le hace. El delito no pertenece al dependiente, sino al directivo[1896], por lo que las prestaciones del primero formarán parte de la esfera de organización del segundo. Conforme a estas ideas, aun cuando el delito haya sido realizado fácticamente por un dependiente, la responsabilidad penal le corresponderá al directivo como autor[1897]. La actuación responsable del subordinado no enerva la calidad de autor directo del directivo, por lo que no es necesario transportar la teoría de los aparatos organizados de poder al ámbito empresarial para responsabilizar al directivo como autor mediato. Mucho me-

[1896] Similarmente, JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 40; PEÑARANDA RAMOS, en *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 182.

[1897] 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. Consideran, más bien, una autoría mediata por el dominio de la organización RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 49; SEELMANN, en *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, García Cavero (coord.), p. 29; 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.; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 183 y s.; 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.

nos resulta adecuado atribuir al directivo la calidad de instigador del dependiente, alegando que éste, como ejecutor directo, es el responsable por el hecho[1898].

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 de este último[1899]. Aquí sólo podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo si éste no ha cumplido con el deber de vigilancia sobre sus dependientes[1900] o ha configurado la organización de la empresa de una forma tal que favorece la realización de delitos por parte de sus dependientes[1901]. En estos casos, el dependiente no configura la esfera de organización del directivo, sino que ambos realizan conjuntamente una organización defectuosa. Sin embargo, queda claro que el aporte del directivo no tiene la suficiente relevancia organizativa como para dar pie a una autoría, por lo que su responsabilidad penal deberá ser a título de partícipe[1902]. Si, por el contrario, el apor-

---

[1898] 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 instigación sólo puede darse en caso de sujetos que no están incorporados en la organización.

[1899] 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*".

[1900] 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. Destaca que la posibilidad de alegar la vigencia del principio de confianza por parte del directivo sobre la actuación de sus subordinados resulta mucho más reducida, Feijoo Sánchez, en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), p. 205.

[1901] 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.

[1902] Vid., Bottke, *Revista penal* 4 (1999), p. 27, aunque admite coautoría en caso de consenso.

te del directivo al hecho delictivo de su subordinado constituye un acto neutral, su responsabilidad penal no podrá afirmarse[1903].

En relación con el deber del directivo de vigilar la actuación de sus subordinados, la discusión doctrinal actual ha vinculado la observancia de este deber con el llamado sistema de cumplimiento normativo (*compliance*). La idea de partida es que a los directivos de la empresa no se les impone penalmente el deber de conformar un sistema de cumplimiento normativo, sino de evitar que los riesgos creados por la actividad empresarial conlleven la realización de hechos delictivos. Esta afirmación, sin embargo, no pone en tela de juicio que la implementación de un programa de cumplimiento normativo idóneo sea una forma adecuada de cumplir con el deber antes referido. Bajo estas consideraciones, si se comete un delito desde la empresa, el hecho de que la empresa cuente con un programa de cumplimiento normativo, permitirá sostener que la situación de infracción de la norma penal ha escapado a la posibilidad de control de los directivos de la empresa y, por lo tanto, no se darán las condiciones suficientes para responsabilizarlos penalmente. En términos dogmáticos, el efecto de exoneración de la responsabilidad penal del *criminal compliance* podrá ser ubicado en el ámbito de la imputación objetiva, concretamente en la creación del riesgo penalmente relevante. La incorporación del *criminal compliance* hace que el riesgo de que, pese a todo, se pueda cometer un delito en el marco de la organización empresarial, sea calificado, en relación con el directivo, como un riesgo permitido o tolerado[1904].

[1903] Vid., en este sentido, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 106.

[1904] Vid., la relación del *criminal compliance* con la categoría del riesgo tolerado, SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 37; BOCK, *Criminal compliance*, p. 485, en relación con el llamado valor de la expectativa de daño (*Schadenserwartungswert*); SIEBER, *FS-Tiedemann*, p. 469, en relación con los delitos culposos; GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado*, p. 144; COCA VILA, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 66, en la medida que los programas de cumplimiento fuesen reproduciéndose en una pluralidad de empresas.

Si cualquier delito cometido por el dependiente puede abrir la posibilidad de imputárselo también al directivo, es una cuestión que debe esclarecerse. Esta cuestión ha sido tratada a propósito del tema de la posición de garantía del empresario, en donde se discute cuáles son los límites de la atribución de responsabilidad del empresario por los delitos cometidos desde la empresa[1905]. Se plantea primeramente la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones el titular de la empresa resulta garante. Respecto de los miembros que están formalmente incorporados a la empresa no existe mayor dificultad, pues la relación de autoridad justificaría la posición de garantía[1906]. La discusión se centra en las personas ajenas a la empresa, pero que realizan actividades dentro de la misma. La doctrina penal se encuentra aquí dividida, en tanto unos defienden la limitación del deber de control al personal de la empresa[1907], mientras que otros admiten en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización[1908]. Aplicando este razonamiento a los dependentes de un directivo, debe decirse que no interesa su incorporación formal a la empresa, sino la relación de subordinación con el directivo. En consecuencia, debe seguirse la tesis extensiva que permite afirmar la competencia del directivo por los hechos de los que están bajo su dirección formal o fáctica.

Otro de los límites discutidos al respecto es el tipo de acciones por las que el directivo puede resultar penalmente competente. La doctrina penal es prácticamente unánime al restringir la posición de garantía a las acciones vinculadas a la actividad empresarial[1909].

[1905] Vid., así, Tiedemann, *FS-Dünnebier*, p. 525; Walter, *Pflichten*, p. 1; Bottke, *wistra* 1991, p. 85; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 501.

[1906] Vid., en este sentido, Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 17; Göhler, *FS-Dreher*, p. 620 y s .

[1907] Vid., así, Landscheidt, *Zur Problematik*, p. 111; Schubarth, *SchwZStr* 92 (1976), p. 390 y s.

[1908] 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.

[1909] Vid., Thiemann, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 19 y ss.; Göhler, *FS-Dreher*, p. 621; Brammsen, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 277; Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*,

Pero queda claro también que estas acciones no se limitan a delitos económicos, sino que incluyen delitos contra la vida, la integridad física, el honor, etc.[1910]. Se destaca, en este sentido, que la simple posibilidad de impedir un delito desde la empresa no puede fundamentar aún la responsabilidad penal del directivo, sino que es necesario que se trate de hechos que se deriven de sus facultades de mando o administración[1911]. Con este razonamiento se deja al margen de lo atribuible al directivo los delitos cometidos por los dependientes fuera de la actividad empresarial.

bbb) 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 en el caso del directivo de la empresa. Para ocuparnos de estos problemas y hacer nuestra propuesta sobre la manera de solventarlos, resulta conveniente diferenciar la exposición en función de las dos posibles formas de imputación subjetiva.

- *El dolo*: La imputación del conocimiento requerido para el dolo se presenta problemática en las estructuras empresariales debido a la distribución desigual de la información en diversos sujetos[1912]. Para poder salir al paso frente a estas dificultades de imputación, la legislación penal recurre cada vez más a figuras que mezclan los delitos de peligro y la imputación culposa[1913]. Sin embargo, la solución nuevamente no es llevar la imputación penal a situaciones de excepción, sino reformular la determinación del lado subjetivo

---

I, p 65 y ss. De una opinión contraria, en el sentido de incluir también los excesos, GIMBERNAT ORDEIG, *FS-Roxin*, p. 661.

[1910] En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 215 y s. Por el contrario, limita este deber solamente a delitos graves, BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 277.

[1911] Vid., en este sentido, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 116 y ss.; OTTO, *Jura* 1998, p. 413.

[1912] 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.

[1913] Vid., en este sentido, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 202; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 353.

con base en parámetros que se ajusten mejor a las características propias de la organización empresarial.

La división del trabajo y la sectorialización de la información en estructuras empresariales complejas dificultan que los órganos de dirección de una empresa puedan conocer con precisión el alcance y la peligrosidad de las acciones individuales respecto de determinados bienes jurídicos, así como también la antijuridicidad penal del hecho[1914]. Estos problemas de insuficiencia de conocimiento se han pretendido solucionar con las nuevas formulaciones del dolo basadas solamente en el conocimiento del riesgo[1915]. No obstante, debe reconocerse que las dificultades de determinación del dolo no se resuelven del todo mediante una limitación del conocimiento al peligro generado, sino que el problema radica precisamente en que muchas veces al directivo le faltan psicológicamente los elementos de juicio para identificar el peligro prohibido.

Una solución satisfactoria se puede alcanzar mediante la configuración normativa de la imputación subjetiva como competencias de conocimiento accesibles al autor desde sus circunstancias personales. Para realizar una imputación dolosa no interesa si el miembro de la cúpula de dirección de una empresa cuenta psicológicamente o no con los conocimientos necesarios para identificar el riesgo, sino, si en sus concretas circunstancias personales, *debería* tenerlos consigo[1916]. Si mediante el manejo de la información remitida y las labores

---

[1914] Vid., Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 24; Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 47 y s.; Rotsch, *Individuelle Haftung*, p. 207 y s.; Ragués i Vallès, *El dolo*, 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.

[1915] 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.

[1916] Esta afirmación es cuestionada por Ragués i Vallès, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 47 y s., en el marco de un trabajo sobre la imputación subjetiva al testaferro, señalando que lleva a confundir los deberes jurídicos con el deber conocer propio de la experiencia social. Sin embargo, este autor no tiene en cuenta que siempre he sostenido que la imputación de conocimiento al administrador de una empresa no se hace por el mero estatus formal de tal, sino que resulta necesaria una contextualización de dicha exigencia en las circunstancias concretas del autor. La discrepancia no está, por tanto, en la necesidad de personalizar la imputación, sino

de control o vigilancia exigidas, al directivo le resulta posible acceder a los conocimientos necesarios para tener un juicio exacto sobre los peligros derivados de su ámbito de organización, se le podrá realizar una imputación dolosa. Si, por el contrario, el cumplimiento de las competencias de información y de control no le permite acceder a la información necesaria, la imputación del dolo no podrá tener lugar.

Un supuesto de especial dificultad es la llamada culpa dirigida. Se trata del directivo de una empresa que decide conscientemente cerrar los canales de retorno de la información para no tener conocimiento de ciertos aspectos de las actividades de la empresa que puedan comprometerlo penalmente[1917]. El conocimiento de la posible comisión de un delito no será suficiente para atribuirle una intervención dolosa, reduciendo su contingencia penal a una imputación culposa, lo que en muchos delitos ni siquiera es pasible de sanción. De conformidad con el punto de partida asumido, no se aprecia mayor objeción para imputar al directivo en el caso descrito el conocimiento de lo requerido para el dolo. Su actuación precedente muestra que, en sus circunstancias personales, ha podido acceder a la información necesaria para conocer la relevancia lesiva de las actuaciones asignadas a su ámbito de responsabilidad, por lo que, en el plano normativo, no puede excluirse una imputación a título de dolo[1918].

- *La culpa*: La insuficiencia del conocimiento atribuido para dar lugar a una imputación dolosa, no lleva necesariamente a la impunidad del directivo, pues la culpa juega también un rol especial en la represión de la criminalidad empresarial[1919]. En efecto, la legislación penal

---

en el criterio que informa el "deber conocer" sobre la que se sustenta la imputación subjetiva, el cual, para Ragués, se mueve en la experiencia social, mientras que a mi entender depende del rol jurídicamente atribuido (general o especial).

[1917] 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.

[1918] En el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 139. De un parecer contrario, SCHÜNEMANN, en *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 70

[1919] 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.

le da relevancia punitiva a la culpa en diversos delitos económicos relacionados a la actividad empresarial como el fraude alimentario del artículo 288 segundo párrafo del CP, el fraude concursal del artículo 210 del CP o la contaminación medioambiental del segundo párrafo del artículo 304 del CP. En estos delitos, el directivo no sólo responderá por haber contribuido dolosamente a la realización de la conducta delictiva, sino también por haberlo hecho en infracción de los deberes de cuidado que su nivel de conocimiento le exigía tomar.

En el plano objetivo, la culpa requiere que la imputación del comportamiento por la infracción de deberes de cuidado se vincule al resultado típico[1920]. La compleja organización de las empresas modernas no debería suscitar mayor inconveniente a una teoría de la imputación de naturaleza normativa para dar por acreditada esta vinculación objetiva[1921], la que no sólo debería establecerse entre la acción del directivo y los resultados producidos directamente, sino también con aquellos que tienen lugar en ámbitos espacialmente alejados de la decisión defectuosa. En el plano subjetivo, la situación se torna más problemática, pues normalmente el directivo carece del conocimiento de los datos necesarios para afirmar la cognoscibilidad exigida por la doctrina penal para hacer una imputación culposa[1922]. El flujo de la información en las organizaciones empresariales complejas se caracteriza por ser incompleta y, sobre todo, tardía, lo que conlleva que el directivo no cuente con la información requerida para reconocer la peligrosidad de su actuación[1923]. Ante esta situación, se suscita la duda de si la imputación culposa al directivo fracasa completamente en estructuras empresariales complejas o si, pese a todo, resulta aún posible.

[1920] Sobre la necesidad de vincular la infracción del deber con la realización del resultado en los delitos culposos cometidos desde la empresa, Otto, *Jura* 1998, p. 411.

[1921] Vid., en este sentido, Heine, *Verantwortlichkeit*, p. 145.

[1922] 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.

[1923] 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.

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 sus miembros. Como ya se ha indicado de manera general, la culpa es, al igual que el dolo, una imputación de conocimiento. Por esta razón, la forma en la que fluye la información al interior de la empresa no enerva las competencias de conocimiento de los directivos que, bajo determinadas circunstancias, se les asigna. En este punto cobran especial relevancia los deberes de control y vigilancia impuestos a los directivos para procurarse la información sobre cómo se está desplegando la actividad empresarial[1924]. El incumplimiento responsable de estos deberes permite atribuirle un nivel de conocimiento que pone en evidencia la posibilidad lesiva de su acto de organización. En este orden de ideas, al directivo de la empresa le será normativamente cognoscible la lesividad de su acto de organización (individual o conjunto) si es que el conocimiento que debía tener por sus competencias de conocimiento (deberes de control y supervisión) le fue accesible desde sus circunstancias concretas[1925].

Lo anterior no agota la problemática de la imputación culposa, pues la discusión se traslada a la cuestión de si todas las infracciones culposas de los deberes de control y vigilancia en relación con delitos culposos expresamente incriminados, pueden castigarse penalmente. Si se asume el parecer doctrinal que defiende un concepto unitario de autor en los delitos culposos[1926], toda infracción de tales deberes deberá conducir a su sanción a título de autor. Sin embargo, este punto de partida no se deriva necesariamente de la redacción de nuestro Código Penal, en donde parece regir,

---

[1924] Vid., en este sentido, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 224 y ss.

[1925] Dado que varios delitos económicos no se castigan a título de culpa, no siempre las infracciones de los deberes de control o vigilancia por parte de los directivos serán pasibles de sanción penal (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.

[1926] Vid., sobre esta uniformidad de la autoría en los delitos culposos, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 111.

más bien, la idea de que en los delitos culposos también existe una imputación a título de partícipe[1927]. En este sentido, la infracción de deberes de control y vigilancia solamente se castigará si se trata de un competente primario (autor) o si se contribuye dolosamente mediante el incumplimiento de estos deberes a la realización culposa de un hecho. Lo que la regulación penal deja de manera general al margen de lo punible es la participación culposa[1928].

En relación con la imputación culposa a título de autor, cabe destacar la tendencia actual de flexibilizar el elemento subjetivo en la coautoría para habilitar su realización culposa[1929]. En efecto, la coautoría se está aligerando subjetivamente con la renuncia al elemento del acuerdo común[1930], siendo suficiente, más bien, con el conocimiento de una distribución del trabajo. Esta propuesta encuentra un ámbito de especial aplicación en las decisiones colegiadas penalmente relevantes. No hay duda que el supuesto perfecto en estos casos es la imputación dolosa a todos los miembros del órgano colegiado que han participado en la votación penalmente relevante, pero también es bastante probable que a los votantes sólo les alcance una imputación culposa. Si todos actúan de mane-

---

[1927] Se decanta por una diferencia dentro de la producción conjunta culposa de las aportaciones, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelung (Hrsg.), p. 230 y ss.

[1928] Aunque en el ámbito del Derecho penal económico se discute, como lo informa Paredes Castañón, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 425, la posibilidad de admitir su castigo, sea de forma general o mediante incriminaciones específicas.

[1929] Defienden 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; Kamm, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 175 y ss. 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.

[1930] 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.

ra culposa, cabrá una imputación a todos a título de coautores[1931]. En caso que uno actúe dolosamente, se presentarán dos posibles supuestos: Si el autor doloso es competente por el menor conocimiento de los otros miembros, se presentará entonces una autoría mediata[1932]; por el contrario, si el autor doloso no es competente por la situación de menor conocimiento de los otros miembros, concurrirá una autoría dolosa con una culposa[1933].

cc) La imputación penal a los miembros de los órganos de control interno de la empresa

Los diversos intereses en juego en el desarrollo de las actividades empresariales, impone muchas veces la necesidad de establecer un mecanismo de control al interior de la empresa consistente en la creación de un órgano de control interno. Este órgano empresarial se encarga de velar por una correcta gestión empresarial, para lo cual cuenta con una autonomía funcional respecto de los órganos de dirección, así como con diversas facultades para materializar su función de control. En la medida que el incumplimiento de la función de control pueda favorecer la realización de delitos desde la empresa, cabe plantear la posibilidad de que sus miembros puedan responder penalmente por dichos delitos. Para poder responder a esta cuestión, resulta necesario precisar cómo los distintos órganos de control ejercen sus facultades de fiscalización al interior de la empresa.

En el caso de sociedades anónimas con una pluralidad importante de socios, ha sido usual la creación de un consejo de vigilancia. Si bien este órgano societario no está previsto en la actual Ley General de Sociedades, ello no impide que, por voluntad de los socios, pueda ser contemplado en la estructura organizacional de la sociedad. La ausencia de una regulación

---

[1931] Vid., JAKOBS, *FS-Miyazawa*, p. 433 y s.; 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; 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.

[1932] Vid., igualmente, MEINI MÉNDEZ, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 481; ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 141.

[1933] Similarmente, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 72. Sobre la competencia por el error, vid., en general, JAKOBS, *La autoría mediata*, p. 18 y ss.

legislativa específica hace depender las funciones de control de dicho órgano de lo que se disponga en los estatutos societarios. Queda claro, sin embargo, que al consejo de vigilancia no le alcanza un deber de control general sobre todo lo que suceda al interior de la empresa, sino, más bien, limitado a los actos de decisión más importantes de los directivos[1934]. Su labor de control le autoriza a impedir la materialización de determinadas medidas tomadas por la administración, pero no le permite decidir cómo debe administrase la sociedad[1935], pues de lo contrario la existencia del consejo de vigilancia iría en contra de la autonomía funcional de los órganos de dirección[1936].

La clara separación de funciones 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 en la realización de un delito cometido desde la empresa[1937]. 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 (un derecho de veto, por ejemplo)[1938] o en caso de una asunción fáctica de las funciones de administración por un miembro del consejo de vigilancia[1939]. El que se niegue la coautoría en un delito cometido por los directivos desde la empresa, no significa que la omisión de las funciones de control quede siempre impune. Si el cumplimiento de los labores de control habría dificultado la realización del delito, será entonces posible sostener una facilitación con la que fundamentar una imputación omisiva a título de cómplice[1940]. Si el aporte delictivo del consejo de vigilancia es producto de una decisión colegiada, entonces la determinación de

---

[1934] Vid., en similar sentido, aunque apoyados en la regulación jurídica alemana, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 81; Poseck, *Haftung*, p. 25 y ss.

[1935] Vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 81.

[1936] Vid., en este sentido, Poseck, *Haftung*, p. 35.

[1937] Niegan, por ello, 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.

[1938] Similarmente, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 82 y s.

[1939] Vid., en este sentido, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 84.

[1940] Del mismo parecer, Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, p. 83; Poseck, *Haftung*, p. 142.

la responsabilidad penal de cada uno de sus miembros se deberá hacer con base en los criterios esbozados en relación con los órganos de dirección colegiados.

Si bien la presente exposición se limita a los delitos de dominio cometidos desde la empresa, resulta conveniente, de cara a tener un panorama general mucho más definido, señalar que el incumplimiento del deber de control puede sustentar una imputación penal a título de autor en el caso de delitos cometidos en contra de la propia empresa. El incumplimiento de las labores de control por parte del consejo de vigilancia lesiona la confianza especial que le ha sido otorgada por la sociedad, dando lugar, por lo tanto, a un delito de infracción de un deber que sólo admite autoría. Si el consejo de vigilancia conoce con posterioridad la comisión del delito, entonces la omisión de las funciones de control e investigación podrá dar pie a una imputación como autor del delito de omisión de denuncia (artículo 407 del CP)[1941].

Dentro de los órganos de control de la empresa cabe mencionar también a los auditores internos. Al igual que lo indicado en relación con el consejo de vigilancia, la responsabilidad penal de los auditores internos no se fundamenta en actos de administración, sino en la específica labor de control que se les asigna. Por lo tanto, y atendiendo al hecho de que la labor de control de los auditores internos se refiere a la información económica y financiera de la empresa, su responsabilidad penal estará centrada en la falta de idoneidad o veracidad de los informes o dictamenes que realicen sobre los estados financieros elaborados por la administración de la empresa para informar sobre su situación patrimonial a los socios, los órganos de supervisión o a terceros interesados.

La intervención de los auditores internos en un delito cometido desde la empresa se presenta como un acto de complicidad. El directivo utiliza el informe distorsionado del auditor interno para llevar a cabo un fraude en relación con la situación patrimonial de la empresa. Desde esta perspectiva, la imputación penal al auditor interno tendría que hacerse con el correspondiente delito de administración cometido por la dirección de la empresa. Sin embargo, el legislador penal ha decidido que el aporte del au-

[1941] De otra opinión, Tiedemann, *FS-Tröndle*, p. 321; Poseck, *Haftung*, p. 58, desde la regulación legal alemana.

ditor interno configure un delito autónomo, en el que se castigue de manera autónoma su actuación irregular previa al fraude. En efecto, el artículo 198A del CP sanciona al auditor interno por no revelar en su informe o dictamen las distorsiones o tergiversaciones que detecte en la información contable-financiera de la empresa. El tipo penal solamente requiere que el auditor actúe dolosamente respecto de su labor de control contable, no siendo necesario una finalidad específica de ser usada posteriormente por la dirección de la empresa en un fraude hacia terceros.

Otra situación que incide en la creación de órganos de control al interior de la empresa es la implementación del llamado *criminal compliance*, en sintonía con el llamado buen gobierno corporativo (*good corpore governance*). En casos puntuales, es incluso la propia normativa jurídica la que impone la incorporación de un sistema de prevención para evitar la realización de sucesos penalmente relevantes[1942], tal como sucede, por ejemplo, con el lavado de activos y los delitos contra la seguridad de los trabajadores. El *criminal compliance* se formula, luego de una identificación de los riesgos de relevancia penal[1943], como un sistema de prevención de riesgos en todos los niveles de la organización. En el caso de personas jurídicas con una estructura organizativa compleja, se cuenta con una persona o una oficina encargada específicamente de velar por el funcionamiento del sistema de prevención de riesgos penales, a los que se les conoce con el nombre de oficial de cumplimiento (*compliance officer*). Si este órgano no cumple con asegurar la observancia del *compliance*, facilitando la realización de un delito por algún miembro de la empresa, se plantea entonces la cuestión de si le alcanza también responsabilidad penal y, de ser el caso, en qué grado.

En los casos en los que el *criminal compliance* resulta legalmente impuesto, no hay mayor discusión para afirmar la competencia jurídico-penal del oficial de cumplimiento por el delito cometido desde la empresa, en la medida que asume voluntariamente la función de velar por la idoneidad del sistema de prevención de los riesgos penales legalmente exigido. Si es la propia empresa la que decide incorporar un *criminal compliance*, la competencia del oficial de cumplimiento también podrá ser afirmada sin

---

[1942] Sobre los deberes específicos de incorporar programas de cumplimiento, vid., Sieber, *FS-Tiedemann*, p. 456 y ss.

[1943] Vid., Nieto Martín, *Polít. Crim.* Nº 5, 2008, p. 10.

mayor inconveniente cuando los defectos en el programa de cumplimiento devengan en la realización de un hecho punible contra la propia empresa, pues este órgano de control asume un compromiso frente a la empresa que le compromete a resguardar los intereses de ésta[1944]. La discusión se suscita, más bien, cuando se quiere ampliar la competencia penal a los delitos cometidos por los miembros de la empresa contra terceros.

La judicatura alemana admite de manera general la posibilidad de asignar al oficial de cumplimiento una posición de garantía frente a terceros[1945], aunque ciertamente ha hecho esta afirmación en un *obiter dictum* sin un desarrollo argumentativo consistente[1946]. En principio, no parece alcanzarle razón a la posición jurisprudencial alemana, en la medida que si la implementación de un *compliance* no es una obligación legalmente impuesta, entonces no habrá espacio para configurar un ámbito de competencia penal en relación con terceros. El *compliance* es un mecanismo empresarial instaurado por la empresa para evitar que sus miembros sean responsabilizados penalmente con consecuencias negativas para ésta[1947], por lo que no existe un compromiso penalmente relevante frente a terceros. El razonamiento precedente no cierra, sin embargo, el camino a otras vías de fundamentación para sostener la competencia penal del oficial de cumplimiento por los delitos cometidos desde la empresa por sus miembros. En la doctrina penal se ha propuesto sustentar la competencia jurídico-penal del oficial de cumplimiento en una delegación de las funciones de control por parte de la dirección de la empresa[1948].

Un sector de la doctrina considera que, aun desde la lógica de las funciones delegadas al oficial de cumplimiento, no es posible afirmar su posi-

---

[1944] Así, FATEH-MOGHADAM, en *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, p. 33.

[1945] Así la sentencia del BGH del 17.7.2009 – 5StR 394/08 (JZ, 2010, p. 1018 y ss.).

[1946] Así, DANNECKER, G./DANNECKER C., *JZ* 20/2010, p. 991.

[1947] El *criminal compliance* no es un instrumento jurídico-penal para reducir delitos, sino que su función apunta a reducir los riesgos de responsabilización de sus miembros en interés económico de la empresa. Vid., con mayores detalles, HEFENDEHL, *JZ* 2006, p. 123; FATEH-MOGHADAM, en *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, p. 28 y ss.

[1948] Similarmente, BOCK, *Criminal Compliance*, p. 762; DANNECKER, G./DANNECKER C., JZ 20/2010, p. 990; FATEH-MOGHADAM, en *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, p. 39 y s.; ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 321.

ción de garante, en la medida que no se le delega facultades directivas y no es posible, por lo tanto, que cuente con un dominio del riesgo penalmente relevante[1949]. A ello se ha replicado, sin embargo, que su competencia por organización no se sustenta en una capacidad decisoria sobre la actividad empresarial lesiva, de la que evidentemente carece, sino en el manejo de la información obtenida por la labor de supervisión del sistema de prevención de los riesgos de infracción penal[1950]. En efecto, el control de la información sobre la inobservancia o los defectos del programa de cumplimiento ya no estará a disposición del directivo para impedir la realización de hechos delictivos en el ámbito de la empresa, sino en manos del oficial de cumplimiento, a quien podría imputársele el delito cometido que, de haberse hecho los correctivos necesarios en el sistema de prevención, habría podido impedirse. Queda claro que esta propuesta dogmática no excluye la posibilidad de que concurra también una responsabilidad penal del directivo, como delegante de las funciones de control, si es que infringe alguno de los deberes residuales[1951].

dd) La imputación penal a los mandos medios

No muy tratado en la doctrina se encuentra la responsabilidad penal de los que se conocen como *mandos medios* en la teoría de la organización empresarial[1952]. A estos miembros de la empresa les corresponde en sentido estricto funciones de ejecución, pero debido a que las llevan a cabo en un nivel

---

[1949] Vid., Berndt, *StV* 12/2009, p. 691; Schneider/Gottschaldt, *ZIS* 7/2011, p. 574.

[1950] Vid., Dannecker, G./Dannecker C., JZ 20/2010, p. 990; Robles Planas, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez (dir.), p. 325. En contra de esta argumentación, Rotsch, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 39, bajo el argumento de que no puede considerarse garante a alguien al que no se le autoriza legalmente la evitación del resultado típico, lo que sucedería con el oficial de cumplimiento, en la medida que su radio de acción se limitaría a dar cierta información a la dirección de la empresa, pero no se le permite evitar con esa información la materialización del hecho penalmente relevante. Este razonamiento no tiene en cuenta que la posición del garante primario no se corresponde con la del secundario, por lo que no se puede exigir que el segundo tenga las mismas facultades que el primero, sino que cada uno debe cumplir con los deberes asignados en su ámbito propio de actuación.

[1951] Similarmente, Bacigalupo Zapater, *"Compliance" y derecho penal*, p. 152 y s.

[1952] 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.

intermedio, cuentan con cierto grado de decisión dentro del marco establecido por los directivos[1953]. Esta situación ha llevado en la práctica a que se les haga penalmente responsable o se les libere de tal responsabilidad en función de si es posible o no llegar a los directivos de la empresa. Esta explicación, basada más en la necesidad de cubrir déficits punitivos, no puede ser de recibo, siendo necesario, más bien, precisar el fundamento por el cual cabe hacerles una imputación penal por un delito de dominio cometido desde la empresa.

Para poder precisar la responsabilidad penal de los mandos medios hay que tener en cuenta que éstos se ponen en una posición de catalizador entre las decisiones de los directivos y su ejecución por los dependientes u operarios, por lo que no debería alcanzarles, en principio, responsabilidad penal, en tanto las decisiones vienen de arriba y quienes las ejecutan son los de abajo[1954]. 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 del delito cometido desde la empresa. 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 caso de delegación de facultades, también a los delegados les puede alcanzar responsabilidad penal por el 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 las 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[1955]. En consecuencia, a los mandos

---

[1953] Vid., SCHÜRMANN, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 146.

[1954] Por el contrario, los considera sobre todo cooperadores necesarios, PÉREZ CEPEDA, *Revista penal* 9 (2002), p. 120.

[1955] Vid., sobre estos supuestos, NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, p. 155; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 221.

medios también les alcanza una responsabilidad penal por delitos de dominio cometidos desde la empresa si se puede determinar que infringieron 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 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 su función de transmitir la orden del superior, resulta evidente que si dicha orden es manifiestamente delictiva el contexto objetivo excluye la posibilidad de alegar una conducta neutral. En estos casos no habrá problema en fundamentar su responsabilidad penal por el hecho lesivo. No obstante, no es muy claro si la responsabilidad penal del mando medio deba 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 cooperador necesario[1956].

ee) La imputación penal a los trabajadores

La responsabilidad penal de los *trabajadores* parece poco discutible, 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 delito realizado[1957]. No obstante, en un sistema de imputación penal basado en roles, la comprobación de una aportación causal al hecho no resulta suficiente para atribuir responsabilidad, sino que es necesario además que se trate de personas competentes por la creación del riesgo penalmente prohibido[1958]. En el caso concreto

---

[1956] Vid., en igual sentido, Castillo Alva, *LH-Bacigalupo* (Perú), p. 635, para lo que llama mandos intermedios inferiores.

[1957] 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. 493; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 171 y s.; Meini Méndez, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 885.

[1958] En este sentido, Jakobs, en *Estudios*, p. 236 y s. De una opinión distinta Pérez Cepeda, *Revista penal* 9 (2002), p. 111 y s.

de la organización empresarial, los trabajadores no tienen por lo general la competencia organizativa, la que recae, más bien, sobre los superiores. En este sentido, aun cuando los trabajadores conozcan el efecto dañoso de su aportación, no responderán penalmente por lo ejecutado[1959] o, en cualquier caso, sólo por la infracción de un deber general de socorro[1960].

La única posibilidad de hacer responsables a los trabajadores por un delito decidido por la dirección se da en el supuesto de órdenes que no se ajustan en lo absoluto a la actividad empresarial y que llevan abiertamente a la realización de una conducta antijurídica[1961]. 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 resulta incuestionable[1962]. Lo discutible será, más bien, si su aporte al hecho conjunto fundamenta una autoría o una participación[1963]. Si la ejecución tiene una misma relevancia que la decisión, podrá afirmarse una coautoría entre los directivos por la decisión y los trabajadores por la ejecución[1964]. Por el contrario, si el peso esencial del

---

[1959] Vid., con base en la prohibición de regreso, ROBLES PLANAS, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 449; BOLEA BARDÓN, *LH-Mir Puig*, p. 768.

[1960] 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.

[1961] 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.

[1962] 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.

[1963] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 237.

[1964] 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*, § 4, n.m. 241. Críticamente, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung*, p. 73 y s.; BOTTKE, *JuS* 2002, p. 323; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 50 y s.; BOSCH, *Organisationsverschulden*, p. 280 y ss.

delito está en la decisión, el trabajador deberá responder como cómplice en el delito cometido por el directivo[1965].

Un delito cometido por el trabajador al margen de los canales ordinarios de funcionamiento de la empresa es también posible. Se trata de los casos en los que el trabajador, por la razón que sea, decide y comete por si mismo el delito desde la empresa. Un ejemplo podría ser el caso del empleado bancario que realiza actos de lavado de dinero para un mafioso. En estos casos, el trabajador responderá como autor del delito, lo que, en principio, no tendría que alcanzar a la plana directiva de la empresa. No obstante, si se acredita que el directivo no cumplió con realizar las labores de control o fiscalización exigidas, entonces podrá discutirse una eventual responsabilidad como cómplice del delito cometido directamente por el trabajador[1966].

ff) La imputación penal a los asesores de la empresa

La cuestión de la responsabilidad penal de los asesores por delitos cometidos desde la empresa 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 asesorado y la fundamentación de su propia responsabilidad[1967]. El primer tema se abordó detenidamente en el capítulo referido a la imputación subjetiva, concretamente, en el apartado que se ocupó del error por información técnica defectuosa, por lo que no se ahondará más sobre este tema. En este lugar, se tratará exclusivamente el segundo de los temas, contextualizándolo en el asesoramiento realizado a las empresas.

El fundamento de la responsabilidad penal de los asesores empresariales 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

---

[1965] Vid, Nuñez. Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 205; Jakobs, *RPDJP* 5 (2004), p. 237; Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 240; Bolea Bardón, *LH-Mir Puig*, p. 770. Las bases para tal reconocimiento en Schild, *Täterschaft*, p. 44 y ss.

[1966] Vid., Knauer, *Die Kollegialentscheidung*, p. 79 y s.

[1967] Vid., así, Silva Sánchez, *El nuevo escenario*, p. 80.

del delito permite diferenciar ambos planos, ya se puso de manifiesto que la diferencia de categorías dogmáticas no implica el manejo de criterios de imputación cualitativamente 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 siempre 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, la responsabilidad penal de los asesores de empresas debe resolverse, 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, la aportación pierde su carácter neutral y, por lo tanto, autoriza a imputarle objetivamente la realización del hecho delictivo[1968]. 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 prestación se mantiene en el ámbito de lo permitido[1969]. Solamente cuando la labor de asesoramiento conlleva aconsejar la realización de un hecho delictivo, se abandona la neutralidad y el aporte adquiere un carácter objetivamente delictivo[1970]. 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[1971].

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 conoci-

[1968] Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164; JIMÉNEZ BERNALES, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51, setiembre (2013), p. 172.

[1969] Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 90.

[1970] Igualmente, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 43.

[1971] En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 91.

miento cierto de la futura utilización delictiva de sus aportaciones[1972]. 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 del asesor. Sin embargo, si el Estado entra a administrar centralizadamente los casos en los que el asesor debe concluir la existencia de una voluntad criminal del cliente, no podrá imputársele responsabilidad penal por el conocimiento subjetivo que exceda esa reglamentación. La determinación de los estándares de conocimiento por parte del Estado, le hace competente por la falta de idoneidad de esos estándares en un caso concreto.

b. Los delitos especiales de dominio

La imputación en los delitos de dominio cometidos desde la empresa sufre una considerable restricción en el caso de los delitos especiales, 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[1973]. La calidad especial exigida por el delito especial puede recaer sobre la empresa o directamente sobre un miembro de la misma. En caso que sea la empresa la que reúna el elemento especial de autoría, la imputación penal a sus miembros daría lugar a una infracción del principio de legalidad, pues la calidad especial no la tendrían los segundos, sino la primera. Para evitar precisamente este reproche se ha desarrollado el instituto del "actuar en lugar de otro". Por el contrario, si el círculo de autores del tipo penal de la Parte Especial incluye expresamente a determinados miembros de la empresa, los problemas se presentarán respecto de aquél que no reúne formalmente dicha calidad, esto es, cuando se trata de un órgano fáctico de la empresa. Además de los problemas de autoría que se presentan en los dos supuestos antes mencionados, se plantea también la cuestión de cómo sancionar a los partícipes en estos delitos especiales.

[1972] Vid., Jiménez Bernales, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51, setiembre (2013), p. 170 y s.

[1973] Vid., así, Gracia Martín, en *Hacia un Derecho penal*, p. 91.

aa) Los delitos especiales de dominio dirigidos a la empresa: El actuar en lugar de otro (I)

La figura del actuar en lugar de otro se originó para hacer frente a los vacíos de punibilidad que se presentaron en los delitos especiales que exigían una calidad especial que únicamente reunía una persona jurídica[1974]. 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, trajo como consecuencia que no se pudiera castigar a sus órganos o representantes por los delitos especiales antes mencionados[1975]. Los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y su miembro individual: 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[1976]. La persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva y tampoco sus órganos o representantes por no cumplir con el elemento especial de autoría[1977].

La situación de impunidad descrita llevó a que el legislador en los distintos ordenamientos penales estableciera mecanismos para cubrir los vacíos de punibilidad. Se formularon, en concreto, cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos delitos especiales a los administradores de las sociedades. La legislación penal peruana no fue una excepción, tal como se puede apreciar con la llamada quiebra impropia del artículo 254 del Código Penal de

---

[1974] 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.

[1975] Vid., BRUNS, *JZ* 1954, p. 13; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 37; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A62.

[1976] Vid., BRUNS, *JZ* 1954, p. 12.

[1977] 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.

1924[1978] o el artículo 19 segundo párrafo del Decreto Ley 18275 de 1971 que reguló el mercado de giros de moneda extranjera. Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad acusó rápidamente la falta de una solución integral, pues si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba[1979]. Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal alemana 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[1980]; y de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de una cláusula general que ampliasen la sanción penal también a los representantes[1981].

Las propuestas de solución de *lege lata* fueron muy diversas. En primer lugar, cabe destacar la tesis de Ribka, quien partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que su órgano de administración podía responder como un cómplice *extraneus* del delito especial[1982]. Por su parte, Nagler fundamentó mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo[1983] 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

---

[1978] Vid., Hurtado Pozo, *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 146 y s. En el mismo sentido, respecto del Derecho español, Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 4, II, p. 45 y ss. De otra interpretación, Ugaz Zegarra, *Revista bibliotecal* 7, p. 144.

[1979] Vid., en este sentido, referido al Derecho penal alemán, Bruns, *JZ* 1954, p. 13; Blauth, *Handeln*, p. 17; Weber, *ZStW* 96 (1984), p. 408.

[1980] 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.

[1981] 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.

[1982] Vid., así, Ribka, *Strafbares Handeln*, p. 40 y ss.

[1983] 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.

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[1984]. 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 que fuese independiente de los conceptos jurídico-civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del tipo penal correspondiente[1985]. Pese a los argumentos esgrimidos por todas estas propuestas de interpretación, la legislación penal alemana no los consideró suficientemente convincentes, de manera tal que optó en 1968 por regular mediante una cláusula general el instituto del actuar en lugar de otro[1986]. En el Perú se siguió el mismo camino de una cláusula general con la promulgación del Código Penal de 1991 (artículo 27)[1987].

Pese a que el origen político criminal de la cláusula del actuar en lugar de otro estuvo en los vacíos producidos por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos especiales, en la actualidad reina pleno consenso en cuanto a que este instituto jurídico-penal tiene un espectro de aplicación más amplio. En primer lugar, la extensión del círculo de autores no debe limitarse a los representantes de la persona jurídica, sino que debe ampliarse a todos los sujetos que actúan fácticamente en lugar de la persona jurídica, aunque carezcan de una relación de representación[1988]. En segundo lugar, el actuar en lugar de otro puede presentarse no sólo cuando el delito especial es cometido por una persona que actúa en lugar de una

[1984] Vid., en este sentido NAGLER, *LK* II, 7. Aufl., p. 547. Vid., igualmente la exposición crítica de BLAUTH, *Handeln*, p. 31.

[1985] BRUNS, *Können?*, pp. 84 y ss., 110 y ss.; EL MISMO, *JZ* 1954, p. 15; WIESENER, *Verantwortlichkeit*, p. 25 y ss.

[1986] Esta incorporación de la cláusula general del actuar en lugar de otro en el StGB tuvo lugar por medio de la Ley de Introducción de la Ley de Contravenciones alemana. Vid., al respecto, LENCKNER/PERRON, en *Schönke/Schröder StGB*, § 14, n.m. 2.

[1987] Vid., BONIFACIO MERCADO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 65.

[1988] 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.

persona jurídica, sino también de una persona natural[1989]. Pese a estos consensos doctrinales, el artículo 27 del Código Penal Peruano se mantiene en la visión originaria del actuar en lugar de otro.

aaa) Ámbito de aplicación: Los delitos especiales propios

El ámbito de aplicación de la claúsula del actuar en lugar de otro lo constituyen los delitos especiales[1990]. Por esta razón, la regulación del actuar en lugar de otro es irrelevante en los delitos comunes[1991], pues en estos casos los miembros de la empresa que realizan el delito, podrán responder perfectamente como autores sin que con ello se infrinja el principio de legalidad. A lo anterior la doctrina penal agrega que existen incluso ciertos delitos especiales en los que el uso del instituto del actuar en lugar de otro tampoco resulta necesario. Estos delitos son aquéllos que regulan

---

[1989] 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; García Cavero, *El actuar en lugar de otro*, p. 25 y s. 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 vienen impuestas por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación. Vid., en este sentido, Gracia Martín, *op. cit.*, p. 20 y ss.

[1990] 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.

[1991] 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.

una actividad específica y que, por ello, los elementos típicos limitan de alguna manera el círculo de autores[1992]. En estos casos una interpretación autónoma del propio tipo penal permitiría hacer responsables también a los representantes de la persona jurídica[1993]. Un ejemplo en nuestra legislación penal podría ser el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego del artículo 243 A del CP, en el que se puede 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 campo 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[1994]. 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 dicha disposición se aplica a los delitos que contienen elementos especiales que *fundamentan* la penalidad[1995]. En el caso de delitos especiales impropios no cabrá una actuación en lugar de otro, pero ciertamente tampoco un vacío de punibilidad, pues la con-

---

[1992] 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.

[1993] 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.

[1994] 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.

[1995] Vid., CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A64; MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28, noviembre 2001, p. 129, nota 19; VINELLI VEREAU/ESPADÍN VENTOCILLA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 385 y s.; BONIFACIO MERCADO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 73. En el mismo sentido, para el Derecho penal alemán, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8.

ducta del administrador podrá castigarse de todas formas con el delito común base de la agravante especial[1996].

Para precisar bajo qué condiciones se debe aplicar la cláusula general del actuar en lugar de otro a un delito especial, hay que determinar necesariamente el sentido material de los delitos especiales. Un sector de la doctrina penal considera a tales delitos como delitos 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[1997]. Por su parte, Roxin señala también bajo la lógica de la infracción del deber que la cláusula del 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[1998].

Frente a la comprensión de los delitos especiales como delitos de infracción de un deber, se oponen aquéllos que los consideran, más bien, delitos de dominio. Tanto Schünemann[1999] como Gracia Martín[2000], aunque con con sus propias particularidades, afirman que en los casos del actuar en lugar de otro se sanciona a una persona que no posee el estatus al que normalmente se le atribuye el dominio requerido para la realización del delito especial, pero que se erige en garante por un acto de asunción

---

[1996] 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".

[1997] Vid., así, Blauth, *Handeln*, p. 81. En el mismo sentido, la interpretación de Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 297.

[1998] Roxin, *LK*, 10. Aufl., § 14, n.m. 9.

[1999] Vid., Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 93; El Mismo, *CCGPJ* 1991, p. 39 y s.; El Mismo, *LK* § 14, n.m. 11 y ss.

[2000] Vid., Gracia Martín, *El actuar*, I, p. 344.

del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[2001] o del dominio social[2002]. De lo que se trata, por lo tanto, es de determinar si el órgano o representante de la persona jurídica posee por el acto de asunción el dominio exigido por el delito especial correspondiente.

A nuestro entender, la determinación del fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, requiere 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)[2003]. 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[2004]. 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 como autor. 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 *intra-*

[2001] SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 138; SCHÜNEMANN, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 992. Similarmente, BOTTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89.

[2002] 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.

[2003] 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.

[2004] 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 planteamientos tienen diferencias de principio, no puede negarse que parten de la misma idea (dominio de la organización).

neus con el que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido[2005]. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber la atribución de responsabilidad por medio del actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio normativo sobre una esfera de organización originalmente ajena[2006], sino en la traslación al *extraneus* de un deber positivo institucional del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación[2007].

bbb) 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 son aquéllos que delimitan el rol de ciudadano atribuido a la persona jurídica por medio de un elemento especial de autoría[2008]. Esta situación provoca que sus miembros individuales queden formalmente fuera del ámbito de regulación del delito especial y, por tanto, en imposibilidad de responder como autores por el delito realizado. Sin embargo, esta situación formal no excluye la posibilidad de que normativamente una persona que no reúne el elemento especial de autoría, resulte competente por la organización del ámbito de actuación de la empresa que trae consigo la realización del delito especial. Es precisamente el artículo 27 del CP el que establece los requisitos normativos para que esta posibilidad tenga lugar.

- *La relación de representación*: El primer requisito exigido por la regulación del artículo 27 del CP es que el *extraneus* del tipo penal (aquél que no reúne la calidad especial de autor) sea un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad. Como puede apreciarse, esta regulación asume la llamada teoría de la representación[2009], según

---

[2005] Vid., en este sentido, García Cavero, *RDPC* 9 (2002), p. 134 y ss.

[2006] Vid., Jakobs, en *El sistema funcionalista*, p. 167.

[2007] 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.

[2008] Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 101.

[2009] Vid., Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A67.

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 regulación alemana[2010] y la que se hizo en España al anterior Código penal español y que llevó a una reformulación de la cláusula del "actuar en lugar de otro" en el nuevo Código penal de 1995[2011], estuvieron dirigidas precisamente a poner en tela de juicio 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 bastará con que el miembro individual administre el ámbito de organización de la persona jurídica de la que sale el riesgo penalmente relevante, sino que además tendrá que darse una relación de representación. En efecto, para la legislación nacional la sola administración por parte del *extraneus* del ámbito de organización del *intraneus* no permite aún fundamentar su responsabilidad como autor del delito especial, sino que requiere además que cuente con la calidad de órgano de representación.

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[2012]. En este sentido, cabe afirmar una representación penalmente relevante aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o exceda las facultades conferidas[2013]. En esta misma línea de interpretación, el Código penal alemán admite expresamente una

[2010] Vid., en este sentido, la crítica de BRUNS, *JZ* 1958, p. 463, al § 14 del entonces proyecto de StGB de 1958.

[2011] Vid., resumidamente, FERNÁNDEZ TERUELO, *Estudios*, p. 18 y ss.

[2012] De parecer distinto, MEINI MÉNDEZ, *Revista jurídica del Perú*, 28 noviembre 2001, p. 131.

[2013] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 44; MARXEN, *NK* § 14, n.m. 38.

actuación en lugar de otro aunque el título que genera la relación de representación sea ineficaz[2014]. 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 del órgano de representación autorizado de una persona jurídica o del socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que "actúen como tales"[2015]. 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, debe advertirse que nuestro Código Penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha circunscrito a determinados tipos de representación[2016]. Según el tenor legal, sólo podrá actuar en lugar de otro con relevancia penal el órgano de representación de 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[2017] y, por el otro, no incluye otras formas

---

[2014] 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.

[2015] 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.

[2016] Vid., en este sentido, Castillo Alva, *Normas legales* 279 (1999), p. A67; Mazuelos Coello, *Advocatus* diciembre 2001, p. 186; Bonifacio Mercado, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 76.

[2017] 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,

de representación como apoderados o delegados[2018], los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes[2019]. 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 con la adopción de la teoría de la representación.

Como primer supuesto de representación, el artículo 27 regula la representación orgánica de las personas jurídicas[2020]. Representante 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[2021]. La representada

---

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*.

[2018] En nuestro país, resaltan este vacío, CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A71; ABANTO VÁSQUEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 8, febrero (2010), p. 161.

[2019] Vid., Sobre esta problemática ampliamente discutida en la doctrina penal alemana y que ha motivado modificaciones en el tenor del § 14 StGB, BRUNS, *JZ* 1954, p. 16; EL MISMO, *JZ* 1958, p. 463; SCHMITT *JZ* 1968, p. 124; TIEDEMANN, *Wirtschaftssstrafrecht*, 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.

[2020] 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.

[2021] 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

es una persona jurídica, esto es, una organización social con personalidad jurídica propia, sea de Derecho privado o de Derecho público[2022]. 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[2023]. 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.)[2024]. Si la sociedad se encuentra en liquidación, la representación estará a cargo del liquidador[2025].

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 *co-*

---

la posibilidad que por vía de estatutos se otorgue tal facultad a algunos de ellos. En este último supuesto, una responsabilidad penal conforme al artículo 27 del Código penal podrá tener lugar perfectamente.

[2022] 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.

[2023] Vid. Schünemann, *LK* § 14, n.m. 43; Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 395. 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.

[2024] Similarmente, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 15.

[2025] Vid., Marxen, *NK* § 14, n.m. 41; Nuñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 111 y ss.

mercial de personas, debido a que no se trata de personas jurídicas con una representación orgánica[2026]. 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[2027], 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 admiten, por tanto, una representación orgánica por los socios que ejercen la administración[2028]. Con ello queda otra vez al descubierto esa importación de la legislación extranjera muy usual en nuestro país, 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 existe una actuación como representante o socio de la persona jurídica. En disputa se encuentran fundamentalmente la llamada teoría del interés y la llamada teoría de la función.

  La teoría del interés señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación pero siempre en favor de los intereses de su representado[2029]. Estos

---

[2026] Vid., en este sentido, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 20/21.

[2027] 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.

[2028] 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.

[2029] Ésta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (vid. la referencia, LABSCH, *wistra* 1985, p. 5; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996,

intereses deben precisarse con base en criterios puramente económicos[2030], 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[2031].

La teoría de 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[2032]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[2033]. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspon-

---

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 del interés, 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. 523; Abanto Vásquez, *Derecho penal económico*, p. 150. Cuestiona la teoría del interés concretamente en los delitos omisivos, Blauth, *Handeln*, p. 141.

[2030] Vid., así, la indicación de Labsch, *wistra* 1985, p. 5; Marxen, *NK* § 14, n.m. 31.

[2031] Vid., en este sentido, Schünemann, *LK* § 14, n.m. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada del interés, 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).

[2032] 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 perspectiva 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.

[2033] Vid., así, Weber, *StV* 1988, p. 17.

diente[2034]. Tampoco aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representado[2035]. 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[2036].

Para resolver la disputa entre la teoría del interés 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 interpretación[2037]. Por lo tanto, habría que optar por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. Bajo esta consideración, nos inclinamos por una teoría de la función que incluya dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado[2038]. Esta relación funcional se pierde cuando el representante abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado[2039], 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

---

[2034] 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.

[2035] Vid., LABSCH, *wistra* 1985, p. 60 y s.

[2036] Vid., WEBER, *StV* 1988, p. 17; LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 26; LABSCH, *wistra* 1985, p. 61 y s.

[2037] 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 del interés.

[2038] Similarmente, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 13; MAZUELOS COELLO, *Advocatus* diciembre 2001, p. 188.

[2039] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 21, n.m. 13.

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 la proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. Bajo esta consideración, si un miembro del órgano de representación asume 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[2040]. En este supuesto, una responsabilidad 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[2041].

Otro supuesto de especial discusión en el requisito examinado es la responsabilidad penal de aquéllos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica. Más allá de los casos en los que existe un nombramiento con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro[2042], la doctrina penal se centra en aquéllos

---

[2040] Vid., Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 18; Labsch, *wistra* 1985, p. 61; Schünemann, Voz: Handeln für einen anderen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3; Marxen, *NK* § 14 n.m. 46; Bottke, *wistra* 1991, p. 84.

[2041] 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.

[2042] 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.

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[2043]. No obstante, una aceptación general de estos supuestos tampoco puede ser de recibo, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos del fundamento material de los delitos especiales[2044].

Para decidir si resulta conveniente la admisión de supuestos de asunción fáctica en la claúsula del actuar en lugar de otro, debe diferenciarse los delitos especiales de dominio y los delitos de infracción de un deber, ya que, como hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de la responsabilidad penal no es el mismo[2045]. En los delitos de dominio, que son los que aquí nos interesan, no se presentan 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[2046]. No obstante, en el caso de los delitos de infracción de un deber, como veremos luego, esta posibilidad se encuentra en principio negada.

- *La realización del tipo penal*: El artículo 27 del CP establece también que el representante debe realizar el tipo penal[2047]. Esto quie-

---

[2043] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 146 y ss.; EL MISMO, *RPCP* 11, p. 28; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A68.

[2044] En este sentido, el temor de MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 9 (2002), p. 87 y ss., de afectar la seguridad jurídica.

[2045] 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.

[2046] 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. 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).

[2047] 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

re decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente[2048]. 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 riesgo penalmente relevante proviene del ámbito de organización del representado. La competencia del representante por el riesgo prohibido se deriva 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[2049]. Para determinar la competencia penal del representante, resulta irrelevante si el delito se cometió mediante una omisión o una acción[2050].

---

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 (dir.), 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; Bonifacio Mercado, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 70. 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.).

[2048] 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.

[2049] 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; Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 89; Jakobs, *Strafrecht*, Apdo 21, n.m. 11; Gracia Martín, *El actuar, I*, p. 394 y ss.

[2050] Vid., Jakobs, en *Estudios*, pp. 114 y s., 350, 363; El Mismo, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 131 y ss. En general sigue esta comprensión, Vogel, *Norm und Pflicht*, p. 354 y ss. Por el contrario, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder

– *Los elementos especiales deben concurrir en la representada*: El artículo 27 requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no concurran en el representante, lo hagan en el representado. La primera cuestión que debe precisarse es qué debe entenderse 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 a estos elementos como elementos especiales de autoría[2051]. 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 (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 los primeros[2052] y lo limita, más bien, a los segundos[2053]. No obstante, tampoco todos los elementos ob-

---

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" resulta necesaria para sancionar penalmente a los representantes de personas jurídicas, lo que también vale para los delitos de omisión impropia cuando el tipo penal activo de correspondencia constituye 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.

[2051] En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 231; SCHÜNEMANN, *LK* § 14, n.m. 35, aunque limitado solamente a la idea del dominio.

[2052] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 148; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A64. Igualmente en el Derecho penal alemán, 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. En el Derecho penal español, OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, *ADPCP* 1984, p. 61; BACIGALUPO ZAPATER, en *Comentarios*, Cobo del Rosal (dr.), p. 330. De otra opinión, BRUNS, *GA* 1982, p. 30 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 127.

[2053] En este sentido, LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 8; SCHÜNEMANN, Voz: Handeln für einen anderen, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/

jetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos debe hacerse una diferenciación. En primer lugar, tienen que excluirse del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (por ejemplo, el caso de los funcionarios)[2054], así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)[2055], ya que en ambos casos no parece posible una representación[2056]. 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.)[2057]. Las llamadas circunstancias personales especiales que hacen mención a una situación transitoria del autor[2058], solamente podrán tenerse en cuenta si se expresan como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento concursal debe interpretarse como tener la posición de deudor)[2059].

Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 2; Bajo Fernández/S. Bacigalupo, *Derecho penal económico*, p. 106.

[2054] 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.

[2055] 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.

[2056] 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.

[2057] 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.

[2058] Vid., Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 128; Marxen, *NK* § 14, n.m. 25, quien entiende que no hay necesidad de incluirlos.

[2059] En este sentido, Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder *StGB*, § 14, n.m. 12; Schünemann, *LK* § 14, n.m. 40.

Cabe precisar finalmente que la redacción del artículo 27 no ha sido muy feliz en la regulación del requisito analizado, pues limita la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro a los casos de representación directa y deja al margen las relaciones de representación de segundo orden[2060]. Por ejemplo, la LGS 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 LGS) los llevará a cabo a través de su representante legal[2061]. Esto quiere decir que si el representante de la persona jurídica (gerente) realiza un delito especial, no podrá ser sancionado 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[2062].

ccc) Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro

La consecuencia jurídica prevista en el artículo 27 del CP es que el representante responderá como autor del delito especial correspondiente. Sobre esta calificación hay que hacer algunas precisiones, pues es distinto considerar al *extraneus* 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* del delito especial 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[2063]. Pero hay que señalar que esta extensión del círculo de autores no autoriza a castigar siempre como autor al representante

---

[2060] Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 152; CASTILLO ALVA, *Normas legales* 279 (1999), p. A68. Igualmente en la regulación española, GRACIA MARTÍN, *AP* 1993, p. 223; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 524; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 216.

[2061] Vid., los supuestos de personas jurídicas administradoras, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal*, p. 101.

[2062] VINELLI VEREAU/ESPADÍN VENTOCILLA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 397, consideran, sin embargo, que con una interpretación teleológica es posible salvar este defecto de la redacción legal. Sin embargo, parece difícil de negar que esta interpretación termina por desbordar el marco del tenor legal y entra finalmente en una analogía prohibida.

[2063] Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar*, II, p. 111.

de una persona jurídica, sino que su competencia organizacional por la realización del hecho delictivo debe de ser de tal grado que permita una imputación penal como autor[2064]. No debe olvidarse que en los delitos de dominio el autor debe contar con una competencia preferente sobre el hecho.

ddd) Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro en delitos especiales de dominio cometidos desde la empresa

En la Parte Especial del Código Penal se regulan de manera específica supuestos de actuar en lugar de otro por delitos cometidos desde la empresa. El caso más claro es el delito de fraude concursal doloso previsto en el artículo 209, pues este mismo dispositivo contiene una cláusula de extensión especial, quizá con la intención de escapar a los límites formales impuestos por el artículo 27 del CP[2065]. Dado que la redacción típica de este delito extiende expresamente el círculo de autores al que actúa en nombre del deudor, a su administrador o liquidador, podría sostenerse válidamente que esta extensión puede aplicarse a una actuación en lugar de un particular o incluso dar cabida a los distintos supuestos de administración fáctica. A la doctrina penal le corresponderá la tarea de precisar las razones que justifican una regulación especial del actuar en lugar de otro o, en todo caso, su cuestionamiento por afectar criterios de igualdad[2066].

En otros casos, ciertos delitos previstos en la Parte Especial contienen una remisión expresa a la cláusula general contenida en el artículo 27 del CP para castigar a los representantes legales de la persona jurídica. Esto sucede, por ejemplo, en el artículo 314A del CP en relación con los delitos contra el medio ambiente. Aquí no existe una regulación especial del actuar en lugar de otro, sino una remisión (ciertamente innecesaria) a la regla general prevista en el artículo 27 del CP. La remisión hecha en los delitos contra el medio ambiente para determinar la responsabilidad penal de los "representantes legales" de la empresa, confirma la cuestionada limitación

---

[2064] En el mismo sentido, Gracia Martín, *El actuar*, II, p. 106 y s.

[2065] Ver, detalladamente, García Cavero, *Cathedra* 5, p. 238 y s.

[2066] Vid., así, García Cavero, *Cathedra* 5, p. 239. Críticamente sobre una regulación especial del actuar en lugar de otro para las insolvencias punibles en el Proyecto de reforma del Código penal español de 1992, Bajo Fernández, en *LH-Del Rosal*, p. 145.

realizada por la regla general a la teoría de la representación, al menos para los delitos especiales de dominio.

bb) Los delitos especiales de dominio dirigidos a los miembros de la empresa: Los delitos de administración cometidos desde la empresa

Los delitos especiales relacionados con la actuación de los órganos o representantes de la empresa no se aplican únicamente en conexión con la disposición que regula el "actuar en lugar de otro"[2067]. Existe un grupo de delitos especiales en los que es el propio tipo penal el que exige, en relación con el sujeto activo, la calidad de representante o administrador de la empresa, por lo que sólo las personas que posean tal estatus podrán ser hechas responsables a título de autor. No hace falta, por lo tanto, recurrir al artículo 27 del CP[2068]. Este es el caso, por ejemplo, del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en el que se regulan varios supuestos de delitos cometidos desde la empresa y por los que se hace directamente responsable a los que ejercen funciones de representación o administración de la persona jurídica[2069].

Los delitos especiales de administración regulan las conductas irregulares que usualmente cometen los miembros encargados de la administración de una empresa[2070]. Son diversos los problemas de imputación penal que se suscitan en relación con estos delitos especiales. Por un lado, cabe mencionar la discusión sobre si es posible imputar responsabilidad penal a aquellos que administran de hecho una empresa y, de ser así, cómo quedaría la situación penal de los administradores formales. Por otro lado, el hecho de que los administradores cuenten casi siempre con dependientes para materializar sus decisiones, plantea, por su parte, ciertos problemas de imputación que merecen ser abordados. A los casos en los que el admi-

---

[2067] Vid., así, LENCKNER/PERRON, en *StGB* Schöncke/Schröder, § 14, n.m. 4.

[2068] Vid., en este sentido, KOHLMANN, *Verantwortlichkeit*, p. 1; HILDESHEIM, *wistra* 1993, p. 167; GÓMEZ BENÍTEZ, en *El nuevo Código penal*, p. 145.

[2069] Sobre esto, vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, en *La administración desleal de los órganos societarios*, Gómez-Jara/García Cavero (eds), p. 318 y ss.

[2070] Vid., sobre los delitos de administración en sentido estricto KOHLMANN, *Verantwortlichkeit*, p. 1; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 1 (1998), p. 71; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 211 y ss.

nistrador determina a un dependiente a realizar el delito especial (instrumento doloso no cualificado), se suman los casos en los que simplemente el administrador delega a otro ciertas funciones de administración en cuyo marco este último realiza el delito especial de administración. En lo que sigue, nos ocuparemos de ofrecer propuestas de solución a estos supuestos problemáticos.

aaa) La responsabilidad penal del administrador de hecho

Para cometer un delito especial de administración es necesario tener la calidad de administrador exigida por el delito especial[2071]. Sin embargo, la doctrina penal ha intentado fundamentar también la responsabilidad penal de aquél que ejerce fácticamente las funciones de administración cuando no sea posible castigar al administrador formal de la empresa por ausencia del dominio suficiente para atribuirle el delito[2072]. Para ello se recurre a una interpretación fáctica dentro del tenor del tipo penal correspondiente[2073]. La premisa básica de esta perspectiva interpretativa es que lo decisivo en la imputación penal de estos delitos especiales no es poseer el estatus formal de administrador, sino ejercer las funciones de administración.

No cabe hacer mayor cuestionamiento a la idea de partida de la perspectiva fáctica de análisis, pero es obvio que debe dotársele de contornos mucho más definidos. Lo primero que debe quedar claro es que, para poder sostener una asunción del ámbito de organización que le corresponde al administrador formal, no basta un ejercicio fáctico de las funciones de administración. El administrador de hecho debe encontrarse en la misma

---

[2071] Vid., en este sentido, la sentencia de 22 de abril de 1998 Exp. 5299-97-A [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 54 y s.].

[2072] 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.

[2073] Vid., en este sentido, Lenckner/Perron, en *StGB* Schönke/Schröder, § 14, n.m. 4.

posición social del administrador formal[2074]. Solamente en caso que el administrador de hecho de la empresa se desempeñe como un administrador formal en el ámbito específico del delito de administración correspondiente, podrá admitirse una identidad normativa y, por tanto, una misma responsabilidad penal. La calidad de administrador o representante exigida por el tipo penal la tendrá el que ejerce de forma socialmente ostensible las funciones de administración o representación relacionadas con el ámbito de protección de dicho tipo penal.

En caso que exista un administrador formal, habrá que decidir si la imputación penal puede también alcanzarle. Una respuesta única para esta constelación de casos sería una simplificación poco rigurosa de la problemática, siendo necesario hacer ciertas matizaciones. 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, aunque 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 en todos estos casos se puede hablar en sentido amplio de uso de "testaferros", solamente en el primero de ellos existe un testaferro en sentido estricto.

En el caso de un testaferro en sentido estricto, no habrá inconveniente para considerar autor al administrador de hecho que asume realmente las funciones de administración. Como se trata de delitos especiales de dominio, bastará con acreditar el efectivo dominio social por parte del que ejerce

[2074] 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 GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 577; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 174 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 64 y ss.

las labores de administración[2075]. El testaferro únicamente aparece como administrador formal, pero, en la realidad, no cumple ninguna función de administración, pues ellas son ejercidas frente a los demás por el administrador de hecho. Este administrador de derecho sólo podrá ser considerado cómplice del delito cometido por el administrador de hecho, siempre que con su apariencia formal contribuya de alguna manera a la realización del delito[2076] y sea consciente de dicha contribución[2077]. Esta propuesta de solución ha sido cuestionada por algunos autores que no comparten, por un lado, que el testaferro responda solamente como cómplice del delito y, por el otro, que se exija una exteriorización de la asunción de las funciones de administración por parte del administrador de hecho[2078].

Respecto a la responsabilidad penal del testaferro, no se aprecia base suficiente para sustentar una responsabilidad penal a título de autor en un delito de dominio[2079], a no ser que el tipo penal se configure con simples actos de facilitación bajo la lógica de un sistema unitario de autor[2080]. 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

---

[2075] Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 176, con amplias referencias doctrinales.

[2076] Vid., en el mismo sentido, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 150; Nieto Martín, *pro manuscripto*, p. 9.

[2077] En este aspecto específico de la imputación subjetiva, se ha recurrido usualmente a la teoría de la ignorancia deliberada para responsabilizar al testaferro cuando deliberadamente decide no tener conocimiento sobre los manejos que realiza el administrador de hecho en la empresa. Vid., con amplias referencias jurisprudenciales en el Derecho penal español, Ragués i Vallès, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 303 y ss.

[2078] Vid., Núñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 136 y ss.

[2079] Distinto el parecer de Núñez Castaño, *Responsabilidad penal*, p. 136 y s. La jurisprudencia italiana, Carmona, *Premesse*, p. 235 y ss., se mueve en la línea del castigo, 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 también pasible de sanción, pero resulta poco castigado por el hecho de no hacer nada.

[2080] Así, Ragués i Vallès, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 43.

hecho que permita hacerlo tan responsable como el administrador de hecho[2081]. No cabe duda que con su aparición como administrador formal puede haber aportado a la realización del hecho, pero de ahí a afirmar que posee el dominio del hecho propio de un autor, nos parece una conclusión apresurada. El dominio del hecho propio del autor en los 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, el administrador de hecho debe responder como autor del delito por poseer el dominio social de las funciones de administración, mientras que el testaferro, en la medida que con su participación de hombre de paja haya apoyado a la realización del delito, sólo podrá responder como cómplice.

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[2082]. Para que una persona resulte competente por un ámbito que no tiene jurídicamente asignado, debe existir un acto exteriorizado que permita la atribución social de ese ámbito de organización. En la doctrina penal de la comisión por omisión, por ejemplo, queda claro que para que la asunción provoque una posición de garantía debe ser apreciada por terceros[2083].

[2081] Vid., igualmente, WEGNER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), VII 1, n.m. 12: "*Un puro acto formal y la inscripción en el registro mercantil produce ciertamente una apariencia jurídica, pero por sí sólo no basta para una función de dominio realmente ejecutable*". 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.

[2082] Así lo hace, por el contrario, NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal*, p. 138; RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho*, p. 83; FERNÁNDEZ BAUTISTA, *LH-Mir Puig*, p. 593.

[2083] Sólo podrá hablarse de una asunción penalmente relevante si ésta resulta socialmente apreciable, esto es, si se presenta como un compromiso efectivo. Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 16; GRACIA MARTÍN, *Estudios*, p. 159.

Tanto Schünemann[2084] como Gracia Martín[2085] han expresado que los delitos especiales son delitos de garante, por lo que habría cierta incoherencia si no se exige en la imputación de los delitos especiales lo mismo que en la figura de la comisión por omisión. Debe quedar claro que la asunción frente a terceros de las funciones de administración no implica exigir la apariencia formal de administrador, pues en ese caso evidentemente ya no sería necesario un testaferro. Cuando se está ante un simple testaferro, el hombre de atrás aparece siempre realizando las labores de administración. 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 de la empresa, aunque pueda seguir sumisamente los designios de otro o estar sometido a sus órdenes.

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, 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, al administrador de derecho se le podrá responsabilizar como autor del delito, mientras que al hombre de atrás sólo le quedará una responsabilidad como inductor.

El tercer supuesto de hombre de paja planteado 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

[2084] Vid., Schünemann, *LK*, 11. Aufl., § 14, n.m. 12.

[2085] Vid., Gracia Martín., *El actuar*, I, p. 394 y ss.

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[2086]. En consecuencia, el elemento especial de autoría que recae sobre el administrador de derecho podrá alcanzar al administrador de hecho mediante una perspectiva fáctica de análisis basada en la interpretación autónoma del Derecho penal.

bbb) El instrumento doloso no cualificado

Otro supuesto problemático en los delitos especiales de administración se presenta cuando el administrador de la empresa determina a otro (*extraneus*) a cometer uno de estos delitos. Por ejemplo, si le pide a otro que promueva fraudulentamente una falsa cotización del valor de las acciones de la empresa (artículo 198 inciso 3 del CP). En este caso, se produciría un vacío de punición, pues el que tiene el dominio del hecho no ejerce las funciones de administración, mientras que el que las ejerce no domina el hecho[2087]. En la doctrina se ha intentado sostener que el *intraneus* posee cierto dominio del hecho[2088], pero es evidente que un acto de inducción no alcanza el nivel de significación para poder afirmar un dominio preferente del hecho inducido[2089].

En nuestra opinión, la respuesta al problema del instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales de dominio que exigen la calidad de administrador para ser autor, requiere hacer previamente una distinción de supuestos. Si el *extraneus* al que el administrador determina a cometer el delito es un subordinado, el reparto de funciones en la estructura empresarial (decisión y ejecución) permitirá sostener una distribución vinculante

---

[2086] Vid., con toda claridad, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 178.

[2087] Vid., en este sentido, GÓMEZ MARTÍN, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 410 y s.

[2088] Vid., así, GALLAS, Materialien zur Strafrechtsreform, T 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, p. 136.

[2089] Vid., ampliamente, ROXIN, *Autoría*, p. 279 y ss.

del trabajo con la que se podrá imputar una realización conjunta del delito. Ciertamente el dependiente no podrá responder como autor al carecer del elemento especial de autoría, pero ello no impide que el administrador sí lo pueda ser. La situación cambia si se trata de un tercero ajeno a la estructura empresarial (por ejemplo, un agente de bolsa en el caso utilizado inicialmente), pues en dicho caso no existe una distribución previa de funciones que permita afirmar una realización conjunta del delito. Posiblemente si se contase con una claúsula de actuar en lugar de otro entre particulares –lo que no contempla ciertamente el artículo 27 del CP[2090]–, sería posible castigar al ejecutor *extraneus* del delito. Pero mientras no se cuente con tal disposición legal, lo que corresponderá es la impunidad por razones de estricta legalidad.

ccc) La responsabilidad penal del delegante

La figura de la delegación, en virtud de la cual los directivos dejan en manos de sus dependientes determinados ámbitos de la administración de la empresa, suscita cierta dificultad dogmática para imputar la realización de un delito especial de administración. Esta dificultad encuentra explicación en que quien realiza el delito es un dependiente de la empresa que no cuenta con el estatus especial de administrador, mientras que el directivo, por su parte, podrá alegar que no ha ejecutado el hecho concreto. Así las cosas, ni uno ni otro responderían penalmente.

Como ya tuvimos oportunidad de precisar, la delegación de facultades en el ámbito de la empresa no trae consigo una liberación absoluta del delegante, sino que mantiene todavía ciertas competencias de selección, instrucción, de dotación de medios, intervención y vigilancia. En este sentido, es perfectamente posible imputarle el delito especial de administración al directivo por la infracción de alguno de los deberes residuales. No obstante, si el delegante simplemente infringe deberes de vigilancia, su competencia por el hecho solamente alcanzará para un acto de complicidad, pero no de autoría, lo que llevará a una situación de impunidad, pues el delegado no reúne la calidad especial para ser autor.

Frente al vacío que genera recurrir a la lógica de la delegación, un sector de la doctrina penal señala que, en el caso de delitos especiales que

---

[2090] Vid., críticamente, García Cavero, *El actuar en lugar de otro*, p. 117 y ss.

se dirigen directamente a un miembro de la empresa (administrador, por ejemplo), una delegación no puede liberar o reducir la competencia penal del delegante[2091]. 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 tendrá que imputar directamente al ámbito de organización del delegante. La responsabilidad penal como autor del miembro de la empresa que reúne el elemento especial de autoría (administrador), no se fundamentará en una competencia directa por el dominio del riesgo penalmente relevante, sino en su competencia por la organización de sus subordinados. El delegado, por su parte, podrá responder solamente como partícipe, en tanto no reúne el elemento especial de autoría.

cc) 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 exigida por el tipo constituye un tema que ha levantado cierta discusión en nuestro país[2092]. En el ámbito de la criminalidad empresarial se plantea esta cuestión, por ejemplo, respecto de los asesores de la empresa que no reúnen la calidad exigida por el delito especial. 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[2093]. 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 sólo sirve para determinar la pena del 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[2094].

[2091] Vid., así NEUDECKER, *Verantwortlichkeit*, pp. 40, 143; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 71.

[2092] Vid., por todos, GARCÍA CAVERO, *Anuario de Derecho Penal*, 2009, Hurtado Pozo (ed.), p. 115 y ss.

[2093] 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.

[2094] 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

De acuerdo al planteamiento propuesto, la pena para los partícipes 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 destinatarios, se sustenta materialmente en las competencias por organización que son comunes a todos los ciudadanos[2095]. Tanto autor como partícipe infringen el deber general negativo de ciudadano, aunque, por lo general, con una menor intensidad en el caso del segundo. La unidad del título de imputación no es aplicable, sin embargo a los delitos especiales impropios, pues la regla de incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de carácter personal (artículo 26 deel CP) impide la extensión de la pena modificada al *extraneus*.

Lo acabado de exponer se puede clarificar de la mano de un par de ejemplos. El asesor tributario que ayuda al contribuyente a defraudar los tributos que le corresponde pagar, podrá ser sancionado con la pena del delito especial de defraudación tributaria (delito especial de dominio), aunque no reúna la calidad de obligado tributario (unidad del título de imputación). Por el contrario, en el caso de la agravante del delito de lavado de activos prevista en el artículo 4 inciso 1 del D. Leg. 1106 (el autor se sirve de su condición de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil[2096]), la pena agravada sólo se le podrá imponer al autor, pero no al partícipe *extraneus*. En este sentido, al que ayuda a un agente inmobiliario a realizar un acto de conversión o transferencia de dinero de procedencia delictiva, se le sancionará con la pena del delito común subyacente (artículo 1 del D. Leg. 1106). La incomunicabilidad de las circunstancias personales de modificación de la pena impide que la unidad del título de imputación alcance a los delitos especiales impropios.

---

sentido completamente distinto al que proponemos. De otro parecer, Gómez Martín, *LH-Cobo del Rosal*, p. 452 y s.

[2095] Vid., Silva Sánchez, *LH-Cobo del Rosal*, p. 907.

[2096] Sobre la calificación de esta circunstancia de agravación como un delito especial de dominio, vid., García Cavero, *El delito de lavado de activos*, p. 144 y s.

B. Delitos de infracción de un deber

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma no se reduce a delitos de dominio, sino que puede tener su origen en la infracción de un deber especial de raigambre institucional. Por lo general, los delitos de infracción de un deber están configurados típicamente como delitos especiales, pues el tipo penal circunscribe el círculo de autores a los obligados institucionales. Sin embargo, la competencia institucional puede presentarse de manera excepcional por medio de un delito común, lo que sucede específicamente con el delito de omisión del deber de socorro que se sustenta en un deber de solidaridad común a todos los ciudadanos. Dada la generalidad de la vinculación institucional de la solidaridad, la responsabilidad penal por su infracción podrá alcanzar a cualquier miembro de la empresa.

Fuera del supuesto excepcional del deber de socorro, lo usual es que los deberes institucionales surjan de instituciones sociales específicas. Si el legislador penal decide tipificar concretamente la infracción de alguno de estos deberes institucionales, tendrá que estructurar el tipo penal como un delito especial, pues autor solamente podrá serlo aquél que, por su estatus especial, debe cumplir con el deber institucional específico. En caso de realizarse un delito especial de infracción de un deber desde la empresa, la competencia institucional tendría que recaer sobre esta última, en tanto ella es la titular del rol especial. Sin embargo, la incapacidad delictiva de las personas jurídicas obliga a trasladar esta competencia institucional a sus representantes. Este traslado se puede hacer por intermedio de la cláusula del «actuar en lugar de otro» o directamente por el tipo penal de la Parte Especial.

a. El delito común de infracción de un deber: La omisión del deber de socorro de los miembros de la empresa frente a terceros

El delito de omisión del deber de socorro podrá imputarse a cualquier miembro individual de la empresa, si es que no hizo nada para erradicar una situación generada de peligro para la salud o la vida de terceras personas. Sin embargo, esta imputación decaerá si es que el omitente resulta penalmente responsable por el peligro generado con base en una compe-

tencia por organización[2097]. En este caso, la competencia en razón de la organización desplaza a la competencia institucional por la infracción del deber de solidaridad mínimo.

La posibilidad de imputar un delito de omisión del deber de socorro en el marco de la actividad empresarial se presenta generalmente en los supuestos de responsabilidad penal por productos defectuosos. Así, por ejemplo, los miembros del órgano colegiado que votaron en contra, se abstuvieron o no participaron ex profesamente en la sesión en la que se decidió no hacer una llamada de retirada del producto defectuoso, podrán responder por la infracción de un deber de solidaridad si es que existía un peligro grave e inminente para la salud e integridad física de los consumidores. Al no socorrer a las personas en peligro o dar aviso a la autoridad, se dan indiscutiblemente las condiciones para hacerlos penalmente responsables con base en los términos del artículo 127 del CP.

b. Los delitos especiales de infracción de un deber institucional de la empresa frente a terceros

aa) La competencia institucional de la empresa: El actuar en lugar de otro (II)

Los delitos de infracción de un deber que se pueden cometer desde la empresa, circunscriben generalmente el círculo de autores a la ostentación de una calidad especial que recae sobre la empresa. Por lo tanto, la imputación de responsabilidad penal a su representante requiere de un traslado de la posición institucional de la empresa. El artículo 27 del CP satisface esta exigencia al permitir que el cumplimiento del deber institucional se transfiera a uno de sus miembros mediante una relación de representación (otra vinculación institucional)[2098]. De esta manera, el representante resulta competente por el

---

[2097] Vid., al respecto, Agustina Sanllehí. *El delito en la empresa*, p. 190 y ss., destacando con la idea de "pertenencia a una comunidad empresarial" la posibilidad de que una omisión de socorro se pueda convertir en un delito de dominio por infracción del deber general negativo de no dañar a otro.

[2098] 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. Por ello, resulta correcta

cumplimiento de los deberes positivos que, en principio, le corrrespondrían a su representado (la empresa). En los delitos de infracción de un deber la asunción fáctica, incluso frente a terceros, de las labores de administración de la persona jurídica, no justifica la responsabilidad penal del que asume de hecho estas labores[2099]. En principio, solamente un representante de derecho puede ser responsable por el incumplimiento de los deberes institucionales de su representado, lo que evidentemente no se enerva por la existencia de algún defecto formal que afecte la eficacia del nombramiento.

Las consideraciones precedentes ponen en evidencia que en los delitos de infracción de un deber la imputación penal al representante de la empresa no se hace a partir del dominio de ciertos ámbitos de organización de su representada, sino por medio de una transferencia del cumplimiento de los deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante una relación de representación. En este orden de ideas, el representante habrá realizado el delito especial correspondiente si incumple el deber institucional transferido por el representado con la relación de representación, siendo aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión[2100].

Un ejemplo de delito especial de infracción de un deber comisible desde la empresa es el delito tributario de no entrega de tributos percibidos o retenidos previsto en el artículo 2 literal b) de la Ley Penal Tributaria. Si la obligación tributaria originaria recae sobre una persona jurídica constituida legalmente como agente de percepción o retención de los tributos, a ella le correspondería cumplir con la entrega de los mismos al órgano administrador del tributo. El incumplimiento de esta obligación de entrega debería

---

para los delitos de infracción de un deber la comprensión del actuar en lugar de otro de RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 90 y s., para quien no se trata aquí de la asunción de un deber propio, sino del cumplimiento de deberes ajenos.

[2099] 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*, § 4, n.m. 135, admitiéndolo solamente en caso de falta de un administrador nombrado.

[2100] Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber, vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 362 y s.

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 del incumplimiento del deber institucional al representante de la persona jurídica. Por medio de la relación de representación, el deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos por la persona jurídica se transfiere al representante, quien deberá responder penalmente si es que no se entregan al fisco, y esto aun cuando la labor de hacerlo pueda recaer internamente en otros miembros de la empresa (contadores, abogados, etc.). Para imputar responsabilidad penal sólo basta verificar la calidad de representante de la empresa y la posibilidad de haber cumplido con el deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos. La simple asunción de las labores de administración no hace competente institucional al administrador de hecho frente al deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos por la empresa.

bb) La competencia institucional atribuida directamente a los miembros de la empresa

Otra posible configuración de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos especiales de infracción de un deber cometidos desde la misma, tiene lugar a través de delitos especiales dirigidos directamente a determinados miembros de la organización empresarial. En estos casos no resulta posible una delegación y mucho menos una asunción fáctica de las competencias[2101]. Los miembros de la empresa expresamente mencionados en el tipo penal responden penalmente por el incumplimiento del deber, aun cuando, en los hechos, hayan delegado el cumplimiento de este deber o lo hayan dejado en manos de otra persona.

El delito de obstaculización de las labores de supervisión económica del artículo 242 del CP constituye un ejemplo claro de un delito especial de infracción del deber dirigido directamente a los miembros de la empresa[2102]. La competencia institucional de la empresa de favorecer las labores de control y supervisión de la Administración es transferida di-

---

[2101] Vid., García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 172.

[2102] Vid., sobre la posibilidad de transferir a particulares funciones públicas, integrándolos en una institución estatal a pesar de no estar formalmente incorporados en la misma (competencia cuasi-institucional), Silva Sánchez, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 323.

rectamente por el tipo penal a sus directores, administradores o gerentes. Resulta obvio que la posición institucional recae sobre la empresa, pero, debido a su irresponsabilidad penal, tal competencia se transfiere directamente por el propio tipo penal a los miembros de la dirección. El dato concreto de quién ejecuta físicamente la obstaculización de las labores de supervisión económica o financiera, no interesa para la configuración típica de este delito, sino solamente el incumplimiento por parte de los directores, administradores o gerentes del deber de contribuir a que el trabajo de las agencias de supervisión económica se desarrolle eficazmente.

cc) La responsabilidad penal de los partícipes por delitos especiales de infracción de un deber cometidos desde la empresa

Como ya se indicó de manera general, el castigo de los partícipes tiene, en los delitos especiales de infracción de un deber, un tratamiento distinto al que se usa en los delitos especiales de dominio, es decir, no se sigue la teoría de la unidad del título de imputación. 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[2103]. El miembro de la empresa que no reúne la calidad especial exigida por el delito especial de infracción del deber, no podrá ser sancionado con este delito, aun cuando haya aportado organizativamente a su realización.

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 delito de infracción de un deber[2104]. Esta crítica

---

[2103] 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.

[2104] En la doctrina nacional, consideran 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.

es, sin embargo, relativa. Por un lado, la conducta del partícipe puede ser enmarcada muchas veces en un delito común de dominio, de manera tal que podrá ser sancionado con el marco penal de este último delito[2105]. Si no existe un delito de domino que abarque el aporte organizativo del partícipe, entonces el vacío de punibilidad es evidente. Pero, en este caso, le corresponderá al legislador penal tomar la decisión de 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[2106]. Si es una decisión del legislador castigar penalmente a un obligado institucional por la infracción de su deber especial, entonces también le corresponderá tomar la decisión específica de castigar adicionalmente a los que organizativamente ayuden a la infracción del deber.

2. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

La distribución de la competencia penal entre los miembros individuales de la empresa por un delito cometido desde la misma, no es suficiente para colmar satisfactoriamente las necesidades de prevención. La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para atajar la futura comisión de hechos delictivos en el marco de la actuación empresarial, 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 individuales materialicen hechos delictivos en cumplimiento de ciertas directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior[2107]. Por lo tanto, sancionar únicamen-

---

[2105] 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 signifiquen la imposición de una pena o la impunidad.

[2106] Vid., Robles Planas, *La participación*, p. 243, respecto de tipificaciones específicas.

[2107] Vid., con mayor detalle, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 22 y ss.; Lampe,

te a los miembros individuales de la empresa por el delito cometido no trae consigo la erradicación de la cultura corporativa criminógena y, por tanto, del peligro de la futura comisión de otros hechos delictivos por sus miembros. En segundo lugar, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con bastante frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, a personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa[2108]. Bajo esta circunstancia, es evidente que las sanciones penales al directivo individual pierden por completo su virtualidad preventiva, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo del director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita[2109].

El legislador penal es consciente de los déficits preventivos de un sistema penal que solamente opera contra los miembros individuales de la empresa, por lo que ha compensado su negativa a una responsabilidad penal de los entes colectivos con la admisión de determinadas medidas preventivas aplicables directamente a ellos. Tales medidas van desde la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica, hasta su disolución y liquidación. 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[2110]. Estas medidas responderían a la lógica de la peligrosidad de la empresa en el sentido de existir una estructura organizada que favorece u oculta la comisión de futuros hechos delictivos[2111]. La imposición de sanciones penales a los miembros indivi-

---

La dogmática jurídico-penal, p. 130 y s.; DANNECKER, *GA* 2001, p. 108; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 240.

[2108] Vid., SEELMANN, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 32.

[2109] Vid., ZUGALDÍA ESPINAR, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 510 y s.

[2110] Sobre el carácter no punitivo de las consecuencias accesorias, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 271. Igualemente en el Derecho español, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 279; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 538. Distinta es, sin embargo, la opinión del AP 07-2009 que sostiene que las consecuencias accesorias son sanciones penales especiales (punto 11).

[2111] En este sentido, VON FREIER, *Verbandsstrafe*, p. 189; SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 108;

duales de la empresa no asegura la eliminación de la peligrosidad criminal de su estructura organizativa.

El Código Penal de 1991 ha tomado la decisión de incorporar medidas aplicables directamente 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 comiso de bienes, no puede desconocerse la novedad que significó su incorporación en las normas generales del Código Penal[2112]. Esta misma orientación legislativa se presenta en varias leyes penales especiales que han incluido 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), la Ley de Delitos Aduaneros (art. 11 de la Ley 28008), la Ley contra el Lavado de Activos (art. 8 del D. Leg. 1106) y la Ley contra el Crimen Organizado (Ley 30077)[2113]. Pese a la clara orientación del legislador penal hacia la naturaleza estrictamente preventiva de estas medidas, la doctrina penal discute insistentemente sobre cuál sería 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 su imposición dependerá indudablemente de la naturaleza jurídica que se le asignen[2114].

Feijoo Sánchez, *Sanciones*, p. 99. Para Bottke, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T III, p. 96, este criterio podría fundamentar incluso la imposición de sanciones penales.

[2112] Vid., Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 247; Zuñiga Rodríguez, *Anuario de Derecho penal*, 2003, 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*, 1996, Hurtado Pozo (dr.), p. 148; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias*, p. 180 y s.

[2113] Vid., Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, § 29, n.m. 3241 y ss.

[2114] Vid., así, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 256; Zúñiga Rodríguez, *Bases*, p. 210 y s.

A. Las consecuencias accesorias como penas

Un sector de la doctrina, al igual que el parecer de ZUGALDÍA en la doctrina española[2115], considera que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en el Código Penal son, en realidad, penas[2116]. Si bien existe una diferencia nominal, en el fondo estas medidas no son más que penas encubiertas a las personas jurídicas[2117]. Pese a la relativa aceptación que goza actualmente la asignación de una capacidad delictiva a las personas jurìdicas, el planteamiento descrito resulta poco conciliable con la regulación establecida en el texto punitivo. 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, el criterio para decidir el *quantum* de su imposición debería ser la gravedad del hecho cometido (principio de culpabilidad), y no la peligrosidad de una comisión futura de nuevos delitos.

Está claro que el deseo de aquellos autores que consideran viable y deseable una responsabilidad penal de las personas jurídicas les lleva a sostener, aunque sean necesarias interpretaciones muy discutibles al texto legal, que las consecuencias accesorias son, en realidad, penas. Esta pretensión, sin embargo, no puede hacerse de espaldas a la forma como se encuentran reguladas estas medidas en nuestra 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

---

[2115] 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.

[2116] 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; NÚÑEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 114; SOTA SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 68. De este parecer, el AP 07-2009 (punto 11).

[2117] Críticamente, JAKOBS, *FS-Lüderssen*, p. 574: "*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*".

CP, sino que se agrupan en un título aparte junto con la reparación civil derivada del delito[2118]. Por lo tanto, las consecuencias accesorias constituyen en nuestra legislación penal un tipo de consecuencias jurídicas del delito, pero no penas propiamente dichas. A partir de esta constatación, un sector importante de la doctrina las considera un tipo especial de medidas preventivas.

B. Las consecuencias accesorias como medidas preventivas

La interpretación más extendida entiende que las consecuencias accesorias no son penas[2119], 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 respecto de nuevos hechos delictivos[2120]. 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[2121]. Por ello, si bien las consecuencias accesorias son medidas preventivas sustentadas en la idea de la peligrosidad, esta peligrosidad es entendida de una forma distinta a la que fundamenta las clásicas medidas de seguridad[2122].

[2118] Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 247; Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 63 y s.; Reyna Alfaro, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p. 131.

[2119] Vid., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 538. En la doctrina nacional, igualmente, Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 75.

[2120] Igualmente, Pinedo Hidalgo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 99 y s.

[2121] Vid., Villavicencio Terreros, *Derecho Penal*, PG, p. 271; Meini Méndez, *La responsabilidad penal*, p. 193; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 539.

[2122] Similarmente, Alpaca Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 76.

La peligrosidad que da sustento a las consecuencias accesorias está referida a la forma de organización de la persona jurídica, en el sentido de favorecer o encubrir la futura comisión de hechos delictivos por parte de sus miembros o de terceros. La particularidad de esta peligrosidad ha llevado a que la doctrina penal discuta si las consecuencias accesorias se aplican a la persona jurídica como un sujeto de imputación[2123] o solamente como un objeto peligroso[2124]. Si se tiene en cuenta que la persona jurídica puede llegar a tener cierto nivel de complejidad organizativa, lo más acertado sería tratarla como un sujeto de imputación, pero eso nos llevaría nuevamente a la discusión de si se le puede imponer penas, lo que nuestro sistema penal evidentemente no admite. En todo caso, la respuesta a la cuestión de si las consecuencias accesorias se le imponen como un sujeto o como un objeto no presenta, en el fondo, diferencias relevantes en cuanto a las consecuencias prácticas[2125].

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[2126] 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 generado por la imposibilidad de penar a las personas jurídicas. Las consecuencias accesorias desplegarían, por tanto, una finalidad de prevención general y especial[2127].

[2123] Vid., Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 124 y s.

[2124] Vid., así Feijoo Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 178; Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 276.

[2125] Feijoo Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 180, habla de diferencias accidentales, secundarias o de matiz.

[2126] Vid., Luzón Peña, *Curso*, I, p. 58; Octavio de Toledo Ubieto, *LH-Cerezo Mir*, p. 1129; Fernández Teruelo, *Estudios*, p. 47; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 540.

[2127] Vid., así, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 137, que considera que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales.

El otro punto de vista parte de la idea de que lo único propiamente penal es la imposición de una pena 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 sólo se puede cumplir en relación con un sujeto culpable. En la medida que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica no se sustentan en su culpabilidad por el delito cometido, no serán propiamente medidas penales, aun cuando se impongan dentro de un proceso penal. Si no hay un injusto culpable, el Derecho penal no podrá cumplir su función con los mecanismos que le son propios. Evidentemente esta situación no le impide a otros subsistemas jurídicos hacer frente a situaciones de peligrosidad o riesgo, pero debe quedar en claro que sus presupuestos de aplicación son ajenos a los propiamente penales. Por tanto, las consecuencias accesorias constituyen medidas de carácter administrativo que se imponen en sede penal por razones de economía procesal[2128].

C. Toma de posición

Antes de tomar posicionamiento en la disputa doctrinal antes reseñada, debe indicarse que resulta incorrecto sostener que la aceptación de las consecuencias accesorias como medidas no punitivas presupone haber negado previamente la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Esta asociación de ideas solamente encontraría razón para aquéllos 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[2129]. En nuestra opinión, sin embargo, las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas se pueden sustentar con independencia de la posibilidad de imponerles penas, pues su fundamento no radica en la falta de culpabilidad de la persona jurídica, sino en la peligrosidad de su organización[2130]. En consecuencia, podrían perfectamente coexistir en el sistema penal penas a las personas jurídicas culpables y consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no culpables.

[2128] En una línea similar, Cerezo Mir, *Curso*, Parte General, II, p. 72 y ss.; Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394.

[2129] Así parece ser la interpretación de Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 249 y s.

[2130] Similarmente, Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 195.

Si se parte del hecho de que las consecuencias accesorias no son 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. Estas medidas preventivas no revisten el carácter de sanción[2131], pues no se sustentan en el hecho cometido por la persona jurídica, sino en un juicio de peligrosidad de futura comisión de nuevos hechos delictivos. Se trata, por tanto, de medidas preventivas de carácter administrativo que simplemente se imponen en un proceso penal por razones de economía procesal.

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 CP se sustentan claramente en una situación de peligrosidad objetiva que autoriza 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. Hay que reconocer que la regulación legal de las consecuencias accesorias no es suficientemente clara sobre su fundamento dogmático, lo que se ha procurado esclarecer con el Acuerdo Plenario 07-2009[2132]. Sin embargo, el remedio ha sido peor que la enfermedad, pues la asignación de un carácter punitivo a las consecuencias accesorias, por encima del claro tenor legal, la sistemática del Código Penal y sus antecedentes legislativos, lo único que ha hecho es complicar mucho más un panorama legislativo que podría haberse resuelto fácilmente.

[2131] De otro parecer, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 274, quien entiende que las consecuencias accesorias son sanciones administrativas.

[2132] Vid., ALPACA PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 55.

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 deja de ser entendida como una unidad en la que confluyen los aportes individuales de cada miembro, para ser vista como el contexto dentro del cual unos miembros pueden afectar los intereses de otros. 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.[2133]. Queda claro entonces que a los miembros de la empresa no se les responsabiliza por su aporte en un acto de organización de la empresa, sino por actuaciones lesivas cometidas desde su posición al interior de la empresa en relación con otros miembros de la empresa o la empresa misma[2134].

En tanto los miembros de la empresa tienen una esfera de organización propia, ellos tienen que observar, en relación con la empresa y los otros miembros de la estructura empresarial, tanto el mandato general de no dañar a otro, como los deberes institucionales que les correspondan por su función específica 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 de delito de infracción de un deber, ya que, como lo hemos visto, la responsabilidad penal se estructura de manera distinta en cada uno de estos delitos. Lo único que cambia es la perspectiva en relación con la empresa.

1. Delitos de dominio cometidos dentro de la empresa

En los delitos de dominio, tal como ya se ha indicado, el criterio de imputación es la competencia organizativa por el dominio del riesgo prohibido. En principio, cualquier miembro de la empresa que domine el ries-

---

[2133] 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, p. 8; Jiménez Bernales, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 183.

[2134] Vid., sobre esto con mayor detalle, García Cavero, *La responsabilidad penal*, p. 88 y ss.

go penalmente relevante de afectación a la empresa u otros miembros podría ser autor del delito. Sin embargo, en la tipificación del injusto penal el legislador penal puede recurrir 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 la autoría a determinados órganos de la empresa[2135]. 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 distintos miembros de la empresa, mientras que en los delitos especiales estas posibilidades se encuentran limitadas a un círculo reducido de personas[2136].

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[2137]. Ejemplo de esta clase de delito sería, por ejemplo, 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 ciertos 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 correspondiente resulte efectivamente competente por el dominio del riesgo penalmente relevante[2138].

Debe destacarse que, 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,

---

[2135] Vid., en este sentido, referido concretamente al administrador, GARCÍA CAVERO, *RPDJP* 1 (2000), p. 529.

[2136] Vid., ALESSANDRI, *Manuale*, p. 56 y s.

[2137] Vid., en este sentido, SCHALL, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 102.

[2138] Vid., GARCÍA CAVERO, *RPDJP* 1 (2000), p. 530.

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 los intereses de los otros miembros de la empresa o de la empresa misma. 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 ciertos órganos de la empresa, de manera que el tipo penal exija, para poder ser autor del delito, tener la calidad de determinado miembro de la empresa[2139]. Así, por ejemplo, está tipificado el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 del CP en su modalidad de fraude contable (inciso 1)[2140]. En este tipo penal, el mandato general se dirige a los directivos de la persona jurídica con el fin de impedir que la configuración de su esfera de organización afecte a sus propietarios (accionistas, socios o asociados)[2141]. El criterio de imputación no está determinado por una vinculación institucional, sino por el dominio del riesgo en el ámbito concreto de administración asumido[2142].

Para poder imputar un delito especial de dominio cometido dentro de la empresa a uno de sus miembros, no basta con acreditar su competencia por el dominio conforme a los criterios generales, sino que el autor debe reunir además el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal respectivo. Una responsabilidad penal de los miembros fácticos de la empresa que posean el dominio social exigido por el tipo penal, puede perfectamente tener lugar, siempre que la interpretación no rebase el tenor literal del elemento especial

---

[2139] Vid., en concreto para la responsabilidad penal del administrador, García Cavero, *RPDJP* 1 (2000), p. 530 y s.

[2140] Sobre este delito vid., en general, García Cavero, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 29 y ss.

[2141] García Cavero, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 34.

[2142] Vid., en este sentido, García Cavero, *Fraude*, p. 55.

de autoría. El fundamento material para poder responsabilizar también a los órganos fácticos es que en los delitos de dominio la responsabilidad penal se sustenta en la infracción de un deber negativo común a todos y no en el incumplimiento de deberes positivos derivados de algún estatus especial.

2. Delitos de infracción de un deber cometidos dentro de la empresa

Dentro de los delitos cometidos dentro de la empresa también pueden encontrarse supuestos que configuran o pueden configurarse como 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, por tanto, deberes institucionales de la empresa que se le trasladan[2143]. 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 del CP)[2144]. 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 primero cumplirá sus funciones de administración sin la intervención de otro tipo de intereses más que los de la persona jurídica misma[2145].

Los criterios de imputación que rigen en los delitos de infracción de un deber permiten sancionar como autor al obligado especial, aunque no haya realizado un aporte organizativo en la configuración del hecho[2146]. Por ejemplo, si el miembro de un órgano colegiado no hace absolutamente nada para impedir la materialización de una decisión lesiva a los intereses patrimoniales de la persona jurídica, podrá responder, de ser el caso, por alguna de las modalidades del delito de administración fraudulenta de per-

---

[2143] Vid., GARCÍA CAVERO, *RPDJP* 1 (2000) p. 531.

[2144] GARCÍA CAVERO, *Actualidad Jurídica*, 62-B (1999), p. 37; EL MISMO, *Fraude*, p. 47.

[2145] 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.

[2146] Vid., así, en relación con el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, GARCÍA CAVERO, *Fraude*, p. 48.

sona jurídica. La confianza especial depositada en el administrador hace que surga en éste el deber positivo de preservar el patrimonio administrado ante cualquier tipo de afectación de la que tenga conocimiento[2147].

IV. LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN EN EL SENO DE LA EMPRESA

En el proceso de imputación penal a los miembros de la empresa es posible la presencia de ciertas estructuras de descargo que se derivan de la naturaleza económica de la actividad empresarial y de la estructura organizativa de la empresa. De manera concreta, cabe resaltar los supuestos de necesidad que pueden surgir por una situación de crisis empresarial o por una amenaza de despido al trabajador, así como el caso de la obediencia debida que puede presentarse en las estructuras verticales de la empresa.

1. El estado de necesidad en el ámbito de la empresa

A. Situación de necesidad por una crisis económica de la empresa

En la doctrina penal se acepta que ciertas circunstancias excepcionales de crisis de la empresa puedan justificar la realización de un delito económico[2148]. Esta afirmación general no autoriza, sin embargo, a poder invocar cualquier situación de crisis económica para alcanzar una justificación penal. Para poder determinar si la situación de crisis en la empresa permite un descargo de la imputación penal, se debe atender a los delitos económicos específicos que tendrían que realizarse para salvar la situación de crisis económica. 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 empresarial y si, en general, se cumplen los requisitos para admitir una situación de necesidad justificante.

[2147] Vid., García Cavero, en *Ensayos sobre Derecho penal económico*, Chrino/Martínez (comp.), p. 245 y s.

[2148] Vid., Tiedemann, *JuS* 1989, p. 697; Rodríguez Estéves, *El Derecho penal*, p. 133; Freeland, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 175. Con dudas, Nieto Martín, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 125.

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[2149]. Antes de entrar en la cuestión de si este supuesto reúne los elementos de una estructura de descargo de la imputación, debe señalarse que la redacción actual del artículo 168 segundo párrafo del CP castiga únicamente el incumplimiento ante el requerimiento de la autoridad competente. Por lo tanto, una responsabilidad penal sólo podrá tener lugar ante la negativa de realizar un pago que ha sido requerido por una resolución consentida o ejecutoriada de la autoridad competente[2150].

Para decidir si frente a problemas financieros 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 la imputación penal se encuentra desde ya excluida si no existe la posibilidad de cumplir con la obligación impuesta[2151]. En estos casos, una responsabilidad penal sólo podrá tener lugar si los administradores han organizado culpablemente la empresa para llegar así a la incapacidad de cumplimiento (*actio* u *omissio libera in causa*)[2152]. 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[2153]. En consecuencia,

---

[2149] Vid., con detalle, TAG, *Das Vorenthalten*, p. 139; BENTE, *Die Strafbarkeit*, p. 77 y ss.

[2150] Vid., así, la sentencia de la Corte Suprema Exp. 4542-97 Lima (VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal*, p. 349).

[2151] 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.

[2152] 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.

[2153] Sobre estos supuestos y la responsabilidad penal, más bien, en caso de pago, RÖNNAU, *wistra* 1997, p. 14 y ss.

la existencia de un estado de necesidad sólo podrá discutirse si la empresa puede y debe hacer los pagos exigidos, pero deja de hacerlos por una situación económica difícil, destinando el dinero, más bien, a paliar su crisis. Si en estos casos cabe afirmar un descargo de la imputación, depende de si están presentes los requisitos constitutivos del estado de necesidad[2154].

Lo primero que se debe acreditar es una situación de peligro, la cual sólo cabe aceptar si a la empresa le amenaza una crisis económica que pone en peligro su propia existencia[2155]. 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[2156], será evidente que los beneficios adicionales de los trabajadores sacrificados no alcanzan la importancia de los primeros[2157]. No obstante, no basta simplemente la preponderancia esencial de lo preservado, sino que debe determinarse si la conducta lesiva dirigida a alejar el peligro se muestra como necesaria, en el sentido de no contar con otras alternativas legales o menos lesivas[2158].

[2154] Cabría discutir en este punto, como lo hace Freeland, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 176 y ss., si la empresa es la que actúa justificadamente (estado de necesidad propio) o lo hace siempre un miembro individual a favor de ella (auxilio necesario). Si bien esta discusión no enerva en ninguna de las hipótesis explicativas la justificación, puede decirse que lo primero sucede cuando el que actúa lo hace como órgano de representación o administración de la empresa, mientras que lo segundo tiene lugar cuando se trata de un sujeto ajeno a la estructura empresarial o que actúa al margen de sus funciones.

[2155] Se ha discutido si la situación de crisis puede prolongarse en el tiempo [vid., con referencias jurisprudenciales de los tribunales argentinos, Freeland, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 182 y s.], lo que no parece posible negar, aunque tal circunstancia podría incidir en la necesidad de la defensa, pues no es lo mismo una situación de peligro imprevista frente a la que se tiene que actuar inmediatamente que una situación de peligro prolongada en el tiempo que permite ir encontrando una solución del problema acorde con la legalidad.

[2156] 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.

[2157] 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.

[2158] Vid., Freeland, en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), p. 180 y ss.

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 de la empresa 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)[2159]. 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[2160]. Pero el levantamiento de la imputación no se producirá en estos casos por el descargo objetivo de la imputación, sino por la ausencia de la imputación subjetiva requerida.

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[2161]. 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)[2162]. 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

---

[2159] Similarmente, Dannecker, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 235.

[2160] En este sentido, Tag, *Das Vorenthalten*, p. 139.

[2161] 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.

[2162] En este sentido, Joecks, *Steuerstrafrecht*, en Franzen/Gast/Joecks, § 369, n.m. 95; Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 118 y ss.

tributaria, sino el inicio de un procedimiento concursal o su disolución y liquidación extrajudicial[2163]. La posibilidad de un error sobre la existencia de una estructura de descargo de la imputación se encuentra también presente en estos delitos[2164], pero nuevamente debe puntualizarse que dicha solución no se mueve en el plano objetivo, sino subjetivo.

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[2165]. En concreto, se cuestiona si en la contaminación ambiental realizada por falta de instalación de los mecanismos de 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[2166]. 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[2167].

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[2168]. Si se trata de delitos medioambientales que ponen en peligro la vida o salud de las personas (segundo párrafo del artículo 305 del CP), parece claro que una preponderancia de los intereses económicos de la empresa no resulta de recibo[2169]. La situación

---

[2163] Así, Merino Jara/Serrano González de Murillo, *El delito fiscal*, p. 120.

[2164] Así, Welzel, *NJW* 1953, p. 487.

[2165] Vid., en este sentido, Michalke, *Umweltstrafsachen*, § 324, n.m. 76; De la Cuesta Arzamendi, *Revista penal* 4 (1999), p. 40.

[2166] Vid., Dallinger, *MDR* 1975, p. 723.

[2167] En este sentido, Roxin, *Strafrecht*, AT § 16, n.m. 25; Tiedemann, *Lecciones*, p. 193; El Mismo, en *Temas*, p. 151 y s.

[2168] En el mismo sentido, De la Cuesta Arzamendi, *Revista penal* 4 (1999), p. 40.

[2169] Vid., Tiedemann, *Poder económico*, p. 14; El Mismo, *Einführung*, § 4, n.m. 193.

se torna distinta cuando se lesionan normas administrativas de prevención sin que se afecte con ello siquiera la estabilidad de los ecosistemas, esto es, el caso de los delitos cumulativos. 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[2170]. De más está decir que igualmente se requiere en estos casos que no exista otro medio conforme a Derecho para salir de la crisis empresarial[2171].

d. Los delitos culposos

En los delitos culposos, la posibilidad de que se presenten estructuras de descargo de la imputación se encuentra igualmente reconocida[2172]. Por ello, resulta pertinente preguntarnos si la situación de necesidad de una empresa puede justificar el que no se tomen las medidas de cuidado exigidas para evitar accidentes. 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[2173]. 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.

[2170] En la misma línea, MICHALKE, *Umweltstrafsachen*, § 324, n.m. 76.

[2171] Vid., TIEDEMANN, *Lecciones*, pp. 191, 194 y s.; EL MISMO, en *Temas*, p. 153; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Revista penal* 4 (1999), p. 41.

[2172] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 11, n.m. 30.

[2173] En este sentido, DANNECKER, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 235.

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[2174], se plantea la cuestión de si la realización de una conducta indebida por parte del trabajador 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[2175] o exculpante[2176]. Otro sector, por el contrario, niega que la conservación del puesto laboral pueda traer consigo un efecto de exoneración de la responsabilidad penal, sobre todo para el caso de los delitos contra el medio ambiente[2177].

En la doctrina penal alemana se ha discutido el tema de manera intensa. No obstante, hay que indicar 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 previsto en la legislación alemana[2178]. 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

---

[2174] Vid., la dependencia que genera el puesto de trabajo, Schünemann, *Unternehmenskriminalität*, p. 23.

[2175] Vid., Tiedemann, *JuS* 1989, p. 697; El Mismo, en *Temas*, p. 154; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz*, p. 154.

[2176] 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.

[2177] En este sentido, Lenckner, voz: rechtfertigende Notstand, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7.

[2178] Vid., Rudolphi, *NStZ* 1984, p. 196.

(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[2179]. Si bien los supuestos de obediencia debida se han expuesto normalmente en el ámbito de actuación de funcionarios o militares[2180], 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[2181]. El punto a decidir es si esta vinculatoridad empírica en el ámbito de la empresa, puede trasladarse también al análisis normativo propio del 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 imputación penal a los trabajadores). Los supuestos que aquí nos interesan son, más bien, aquéllos en los que el trabajador contraviene sus competencias jurídicas, pero

---

[2179] Vid., TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 697; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 208. En nuestro ámbito se han mostrado 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.

[2180] Vid., en este sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 15; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 348.

[2181] 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.

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. Si lo que se quiere es aplicar a la obediencia debida la lógica de la preponderancia, tendría que demostrarse que la obediencia de los trabajadores es un aspecto más valioso que lo que se sacrifica con una orden antijurídica. Eso, si bien se puede admitir en ámbitos cuya funcionalidad requieren de una obediencia altamente jerarquizada para lesiones de limitada gravedad[2182], no es procedente en el ámbito de las actividades empresariales. Mucho menos se puede acudir a la lógica de la inexigibilidad, pues el trabajador no está en una situación excepcional de riesgo para aspectos existenciales[2183].

V. LAS SITUACIONES DE ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

Como ya se explicó en el capítulo XII, el error de prohibición que excluye la culpabilidad es aquél que tiene lugar por un déficit de acceso cognitivo al ordenamiento jurídico. Este déficit cognitivo solamente podría discutirse en relación con los administradores de empresas que no desarrollan sus actividades en el territorio nacional y en un determinado momento deciden hacerlo. Pero incluso en dicho caso cabe destacar que las empresas extranjeras modernas, sobre todo aquellas de carácter transnacional, cuentan con suficientes fuentes y recursos para acceder a la información necesarian para decidir los pormenores de su entrada empresarial en cierto país. Por lo tanto, es muy difícil que los administradores de una empresa

---

[2182] Similarmente, Roxin, *Strafrecht*, AT, § 17, n.m. 18. Así, Meini Méndez, *Imputación*, p. 129, señala que cuando las consecuencias de la orden ilícita sean graves e irreversibles (muertes, lesiones, etc.), la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública ceden frente a un interés superior.

[2183] En el mismo sentido, Dannecker, *Revista penal* 3 (1999), p. 28; Tiedemann, *Einführung*, § 4, n.m. 199.

extranjera puedan alegar una situación de error de prohibición que conlleve una exoneración de responsabilidad penal.

Debe quedar claro que la imputación del conocimiento del ordenamiento jurídico a los directivos de 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 pueda imputar[2184]. Sólo en caso de no existir una obligación de conocimiento en el sector correspondiente (sectores no requeridos de autorización administrativa) y no haber podido acceder a la información necesaria por otras vías, podría fundamentarse un error de prohibición vencible[2185]. Pero el espacio para un error de prohibición invencible se encuentra, por el contrario, prácticamente excluido.

Especialmente discutible es el caso de recepción 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, queda claro que no se les podrá imputar el conocimiento del Derecho a los representantes de la empresa[2186]. No obstante, este desconocimien-

---

[2184] 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.

[2185] Esta situación de error puede fundamentarse, en principio, en los representantes de la empresa, aunque eso no excluye una situación de error de prohibición de las propias personas jurídicas, como lo acepta, por ejemplo, HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 260.

[2186] 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.

to del derecho podrá considerarse vencible, si la información defectuosa proviene de fuentes privadas que no han sido seleccionadas correctamente (por ejemplo, pedir una opinión técnica a no especialistas)[2187]. 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 más de un error de tipo que de prohibición.

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[2188]. En estos casos, cabe preguntarse si se produce una socialización al interior de la empresa que, de alguna manera, suprime la socialización general y coloca al miembro de la 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 de una falta de culpabilidad. 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 tengan relevancia en la imputación del hecho o en temas de medición de la pena, pero no excluyen en lo absoluto la culpabilidad 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.

[2187] Vid., en este sentido, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 19, n.m. 44.

[2188] 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
LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL DELITO ECONÓMICO

I. INTRODUCCIÓN

En un modelo ideal de actuación racional, todo comportamiento intencional tiene un conjunto de pasos claramente diferenciados[2189]. En primer lugar puede distinguirse el propósito de realizar la conducta, luego la realización de actos de preparación, la 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, en correspondencia con los pasos antes descritos, el propósito serio de cometer un delito, los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito. Más allá de la cuestión general referida al momento en el que cabe imponer legítimamente una sanción penal, lo que se verá a continuación es cómo las particularidades del delito económico inciden en dicha sanción.

II. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios constituyen un estado previo a la ejecución del delito y que, en tanto se desarrollan en la esfera interna del ciudadano, se encuentran fuera del ámbito de lo punible[2190]. Sin embargo, en algunos ámbitos económicos resulta necesario anticipar la tutela penal a un nivel preparatorio para conseguir una represión mínimamente eficaz (por ejemplo, el delito de fabricación de instrumentos para la falsificación de dinero

---

[2189] Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 2.

[2190] Así, en referencia a los delitos económicos, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 326.

del artículo 255 del CP). Está claro que con el adelantamiento de la barrera punitiva se consigue cierta optimización preventiva (la llamada prevención por la represión[2191]), pero la cuestión a resolver es si la criminalización de un acto de preparación puede alcanzar su legitimación únicamente en las razones preventivas antes indicadas.

En un Estado de libertades, el ciudadano no debe ser visto por el Derecho penal como una mera fuente de peligro, sino como una persona capaz de decidirse por el derecho[2192] y, por lo tanto, al que se le reconoce un espacio propio de gestión estrictamente personal (un ámbito personal interno). Este aspecto del ciudadano constituye una expresión esencial de su personalidad que la praxis de la política criminal no puede obviar fácilmente[2193]. En este orden de ideas, la optimización preventiva no puede legitimar cualquier forma de reacción punitiva contra los que pudiesen lesionar bienes jurídicos, sino que, en tanto ciudadanos, debe reconocérseles también un ámbito privado sin injerencia estatal[2194].

Tratar al autor de un delito económico como un ciudadano al que se le reconoce una esfera privada, trae consigo la consecuencia lógica de que los asuntos que se muevan en ese ámbito interno no puedan ser considerados aún como una perturbación social[2195]. Por consiguiente, toda conducta que se mueva exclusivamente en el espacio interno debe estar exenta de responsabilidad penal[2196]. La criminalización precisa de un hecho externo perturbador (el llamado principio del hecho)[2197] por lo que no basta con sumar a un hecho acaecido en la esfera privada el dolo de cometer o favorecer la comisión posterior de un delito, para autorizar una imputación penal. La tipificación de un delito económico de preparación requiere

---

[2191] Como unas de las explicaciones que se esgrimen para adelantar las barreras de punición, JAKOBS, en *Estudios*, p. 294.

[2192] Vid., DENCKER, *SV* 1988, p. 263.

[2193] Vid., al respecto el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, p. 28 y s.

[2194] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 295.

[2195] Así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 297.

[2196] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

[2197] Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 302. De un momento de relevancia objetiva habla FUENTES OSORIO, *RECPC* 08-08 (2006), p. 08:5.

de una incidencia externa que permita calificar la preparación como una perturbación social que en si misma desestabiliza la vigencia de la norma.

De lo hasta ahora dicho puede colegirse que, en principio, el acto de preparación de un delito económico se mueve en el ámbito interno, por lo que la regla general es su impunidad. Dentro del ámbito interno cabe destacar especialmente la gestión controlada de aspectos personales que no está objetivamente referida a terceros (la adquisición de bienes personales, la posesión de instrumentos de trabajo, etc.). Sólo en la medida en que la organización interna se torne objetivamente unívoca para acondicionar una afectación a intereses generales, se podrá sostener que se desborda el ámbito interno y se produce un hecho externo que puede ser calificado de perturbador[2198], como sucede precisamente con la fabricación o posesión de instrumentos que están hechos con la finalidad específica de falsificar dinero. Por lo tanto, la incriminación de actos preparatorios en los delitos económicos sólo se podrá legitimar de manera excepcional, si la conducta posee una univocidad lesiva en relación con intereses colectivos.

III. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN: LA TENTATIVA

El artículo 16 del CP establece que la tentativa tiene lugar cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. Esta definición formal[2199] necesita, sin embargo, de una perspectiva material que le de contenido, de forma tal que pueda discutirse si la realización parcial de un comportamiento típico reúne realmente las condiciones para ser castigado penalmente. Siguiendo el llamado principio del hecho antes referido, la tentativa punible requiere ser un hecho externo socialmente perturbador[2200], por lo que deberán quedar fuera de lo puni-

---

[2198] Vid., en este sentido, Puschke, *InDret* 4/2010, p. 5 y s., lo que permite distinguir los delitos de preparación de los delitos de peligro abstracto que tienen por objeto el control de la causalidad.

[2199] Destaca Alcácer Guirao, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 553, que la tentativa es un concepto formal.

[2200] 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.

ble las conductas externas que sean *per se* inocuas[2201]. Estos parámetros de identificación de la tentativa son igualmente aplicables a los delitos económicos, pues éstos no cuentan con una regulación especial que disponga algo distinto.

1. El comienzo de la ejecución sin consumación

En el plano objetivo, la tentativa tiene un elemento positivo y otro negativo. El elemento positivo es el inicio de la ejecución del hecho delictivo, cuya determinación requiere de un proceso de contextualización del ámbito de actuación[2202]. Mediante la determinación del contexto social será posible fijar en qué momento puede imputarse al agente económico un comportamiento relevante en términos jurídico-penales. El elemento negativo es que el delito no se haya consumado por causas ajenas a la voluntad del agente. La ausencia de consumación se presenta tanto si se realizan todos los actos ejecutivos sin producción del resultado (tentativa acabada), como si se realiza únicamente una ejecución parcial (tentativa inacabada). La tentativa abandona, por lo tanto, la perspectiva del comportamiento típico y pone el acento en los actos que lo componen en una unidad de sentido[2203].

En la doctrina penal es usual recurrir a la perspectiva del peligro como criterio para determinar cuándo se pasa de un acto de preparación impune a una tentativa punible. Bajo esta comprensión, se entrará en el ámbito de la tentativa cuando se realice un acto peligroso para la realidad que encarna el bien jurídico protegido. En el caso de los delitos económicos, tal criterio tiene serios problemas de practicabilidad, debido a que los tipos penales no necesariamente incorporan la exigencia de peligrosidad para un objeto de protección concreto. Al fenómeno de la anticipación de la tutela penal que reprime la realización de actos preparatorios (delito de preparación) o actos de ejecución sin consumación (delito de tentativa), debe sumarse la referencia típica del comportamiento a ámbitos supraindividuales de pro-

---

[2201] Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 303.

[2202] 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.

[2203] Vid., MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 328.

tección[2204]. Ante esta situación lo que se debate es si debe reformularse o aligerarse el criterio de la peligrosidad para determinar el comienzo de la tentativa o si éste debe ser sustituido por otro más funcional.

La perspectiva de la peligrosidad resulta poco útil para decidir desde qué momento se deben reprimir los delitos económicos. En el caso de los delitos de consumación anticipada, si bien no hay ninguna objeción formal a su castigo en grado de tentativa, en la medida que podrían ser realizados parcialmente[2205], no queda claro en el plano axiológico si merecen ser reprimidos en un nivel de anticipación aún mayor. La sola peligrosidad no da una respuesta clara a esta cuestión de merecimiento de pena. En todo caso, queda claro que no es adecuado un pronunciamiento único, sino que la respuesta dependerá de la entidad del bien jurídico protegido y de las características lesivas de la conducta concretamente realizada, lo que, en el caso de los delitos económicos referidos a intereses patrimoniales, parece ser, más bien, la excepción.

La falta de idoneidad del criterio de la peligrosidad se hace más patente en el caso de delitos cuyo bien jurídico no se materializa en un objeto material individualizable, sino en un interés general[2206]. Sin una realidad concreta que corporalice el bien jurídico, resulta bastante complicado precisar, desde la perspectiva del peligro, cuándo comienza propiamente la tentativa[2207]. Esto se puede comprobar, por ejemplo, con ciertos delitos aduaneros. Desde la perspectiva del peligro, la ejecución del delito de contrabando no podría comenzar sino hasta que se esté cruzando efectivamente la frontera. En este sentido, si en los controles de carreteras ubicados a varios kilómetros de la frontera se encontrasen ocultos debajo del tapiz de un vehículo productos cuya salida del país está prohibida o debe ser de-

---

[2204] Pone de manifiesto esta problemática en el Derecho penal económico, ALCÁCER GUIRAO, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 556 y ss.

[2205] Vid., ALCÁCER GUIRAO, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), p. 564.

[2206] Vid., así, TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 412; OTTO, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

[2207] 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.

clarada, no podría argumentarse una tentativa, sino, en todo caso, un acto preparatorio impune[2208].

Ante el problema de impunidad que generaría la perspectiva de la peligrosidad, TIEDEMANN considera conveniente recurrir a los criterios político-criminales recogidos en el respectivo tipo penal para fijar el inicio de la tentativa[2209]. 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[2210]. 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[2211]. 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 del inicio de la tentativa en los delitos económicos, éstos deben ser interpretados con base en los criterios de la imputación objetiva. La tentativa tiene lugar con la imputación del comportamiento, es decir, con 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 las competen-

---

[2208] 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 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).

[2209] Vid, TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413.

[2210] 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.

[2211] OTTO, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

cias 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 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.

En la determinación de la imputación del comportamiento que se exige para afirmar una tentativa la distinción dogmática entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada tiene una repercusión decisiva, pues no es necesaria la plena realización del comportamiento típico, sino que una imputación del comportamiento puede tener lugar con la sola realización de un acto al que se le asigne concluyentemente el sentido social de producir directamente el comportamiento típicamente relevante. En este sentido, la infracción del rol no necesita esperar a la plena realización de la conducta típica, sino que basta con que se ejecute uno de los actos que componen indisolublemente la conducta típica. La tentativa del delito económico no necesita, pues, ponerse en referencia con ningún objeto material, sino que se determina en función de lo que es suficiente para afirmar una infracción del rol jurídicamente impuesto. Volviendo al ejemplo anteriormente utilizado, llevar ocultos en un automóvil particular productos cuya exportación está prohibida, no podrá dar lugar aún a una imputación del comportamiento, pues su sentido social no está ineludiblemente unido al traspaso de la frontera. Sin embargo, la situación adquiere un cariz distinto si se trata de un autobús o un camión de transporte internacional, en tanto su desplazamiento en las pistas nacionales está directamente dirigido al paso por la frontera.

2. La decisión de cometer el delito

El elemento subjetivo de la tentativa resulta igual al del delito consumado[2212]. En este sentido, se exige que pueda imputársele subjetivamente al autor la decisión de realizar el delito correspondiente ("decidido

[2212] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 24; HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 91. Similarmente en la doctrina nacional, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 2095; REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 535.

cometer")[2213], esto es, la decisión de defraudar la expectativa normativa de conducta impuesta por el rol. No basta, por lo tanto, que el autor simplemente considere la posibilidad de cometer un delito, sino que debe poder imputársele normativamente la decisión de cometerlo[2214]. La imputación de esta decisión requiere una exteriorización concluyente[2215], de forma tal que ésta no podrá afirmarse si el hecho se muestra ambivalente. Esta configuración del elemento subjetivo de la tentativa lleva a la conclusión de que la tentativa no es aplicable a los delitos culposos[2216], a pesar de que resulte teóricamente imaginable[2217]. No obstante, si se considera conveniente que, en ciertos ámbitos del sistema económico, se castigue la sola realización de acciones culposas, podrá recurrirse entonces a la figura de los delitos de emprendimiento o a los delitos de peligro abstracto[2218].

Problemático en el Derecho penal económico resulta la fijación del criterio de distinción entre la tentativa y el delito putativo, sobre todo en los delitos tributarios[2219]. 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[2220]. Los defensores de la conclusión a contrario parten de la bipartición del error en error sobre los elementos del tipo de injusto y error sobre el carácter prohibido del injusto. Con base en esta distin-

---

[2213] Vid., MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 8.

[2214] En el mismo sentido, JAKOBS, *Strafrecht* AT Apdo 25, n.m. 29; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 428.

[2215] Vid., HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 92.

[2216] Vid., igualmente para el Derecho penal peruano, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 58, n.m. 915.

[2217] 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.

[2218] Vid., así, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht, Die strafrechtlichen Grundbegriffe*, n.m. 76.1.

[2219] 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.

[2220] Vid., la mención de estas posturas, con referencias bibliográficas, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 178.

ción, llegan a la conclusión a contrario de que los casos de error sobre la existencia de aspectos del tipo penal darán pie a una tentativa (error de tipo invertido), mientras que la creencia errónea del carácter prohibido del hecho solamente a un delito putativo impune (error de prohibición invertido)[2221]. La relación interna que tiene este planteamiento, sin embargo, no constituye propiamente una contraposición lógica[2222], sino simplemente un postulado de simetría en el tratamiento del error[2223]. Esto significa que la corrección de la conclusión a contrario depende solamente de una determinada comprensión del injusto, pero no es una conclusión forzosa para la teoría del delito. En nuestra comprensión del error, por el contrario, la forma en la que se plantea la conclusión a contrario 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[2224]. 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 normativamente la sociedad, esa actuación no podrá tener relevancia so-

---

[2221] 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.

[2222] 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.

[2223] Vid., PUPPE, en *El error*, p. 122.

[2224] Vid., en este sentido, HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, p. 95. Críticamente sobre esta interpretación del delito putativo, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 179, al considerar arbitrario 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 (propias) no complementan el tipo, sino que lo especifican.

cial 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 aquél 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 de supuestos en los que por su inocuidad no habría necesidad de pena. Ante esta objeción cabe precisar que la afirmación de una tentativa no decide aún su punibilidad. Fuera del ámbito de lo punible se encuentran 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 podrían 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[2225].

> **Ejemplo:** Aquél que recibe una herencia y la oculta en su declaración jurada de impuesto a la renta para evitar pagar impuestos, no yerra sobre el delito de defraudación tributaria, sino sobre la relevancia penal de su hecho[2226]. 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[2227]. En estos casos, se tratará de una tentativa inidónea en sentido estricto.

[2225] Igualmente, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 332.

[2226] Por el contrario, sostiene que este supuesto no debería ser considerado tentativa, BURKHARDT, *wistra* 1982, p. 180.

[2227] Así fue en esencia el caso juzgado en Alemania 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.

Pese a la perturbación social que produce una tentativa inidónea y que fundamentaría su castigo, en el caso de delitos económicos podría renunciarse a la imposición de la sanción penal si dicha perturbación se castiga en el ámbito administrativo previo con sanciones administrativas de especial significación. En tal caso, razones de orden político criminal hacen razonable que los supuestos de tentativa sin peligro concreto se dejen al margen de lo penalmente sancionable. Por ejemplo, si bien la falta de adopción de las medidas de prevención de los riesgos laborales por parte del empleador permite ya una imputación del comportamiento suficiente para el castigo de la tentativa del delito contra la seguridad e higiene industriales, tal castigo no será necesario en tanto la normativa laboral prevé sanciones administrativas especialmente intensas por esa falta de adopción. Se podría sostener que se trata de una situación excepcional del *bis in idem*, en el que la sanción administrativa hace innecesaria, más bien, una respuesta penal, atenuada o simbólica

3. El desistimiento

El desistimiento consiste en la conducta voluntaria del autor por medio de la cual cesa en la continuación de los actos de ejecución del delito o impide su consumación. En este sentido, el desistimiento presupone haber alcanzado un nivel de ejecución de una tentativa punible, por lo que no será posible sostener su existencia si el autor simplemente se abstiene de ejecutar el hecho delictivo[2228]. Es preciso una ejecución del delito que, si bien comenzó en el pasado, se encuentra todavía en el presente[2229]. El agente debe voluntariamente revocar el sentido delictivo de su actuación en curso, lo que confirma la vigencia de la norma y deja sin efecto el cuestionamiento comunicado con el comportamiento inicial. En este contexto de ideas, puede comprenderse el trato privilegiado que el artículo 18 del CP otorga al desistimiento.

El artículo 18 del CP 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[2230]. Esta

---

[2228] Vid., en este sentido, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 18, p. 585 y ss.

[2229] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 2; EL MISMO, en *Estudios*, p. 330.

[2230] La doctrina penal discute si en el desistimiento se trata de una causa personal de

última situación se conoce en la doctrina penal como la denominada tentativa cualificada[2231]. No hay mayor discusión para la admisión de un desistimiento en los delitos de lesión. Por el contrario, en el caso de los delitos de peligro abstracto que adelantan las barreras de protección al ámbito previo a la lesión, la conducta que impide voluntariamente la lesión, a pesar de girar en torno a un mismo interés de protección, no revierte el sentido comunicativo del delito y, por tanto, no puede alcanzar el estatus de un desistimiento[2232]. En los delitos de peligro concreto, por su parte, solamente cabrá admitir un desistimiento si la conducta de reversión anula el peligro concreto de la tentativa[2233].

IV. LA CONSUMACIÓN

1. El concepto formal y material

Para imponer la pena conforme a los parámetros establecidos en el tipo penal, el hecho delictivo debe haberse consumado. Existe pleno consenso sobre el carácter formal que tiene la consumación[2234]. Por esta razón, en todos los delitos es posible hablar de una consumación, entendida como la completa realización del tipo penal[2235]. Pero si se trata de definir los criterios de imputación penal, resulta necesario recurrir a una comprensión material de la consumación[2236]. En el caso de los delitos de mera conducta y los delitos de peligro abstracto, la tentativa y la consumación se identifican, pues la sola imputación del comportamiento agota los requerimientos for-

---

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.).

[2231] 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.

[2232] En el mismo sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 50; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

[2233] En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 26, n.m. 50. Una liberación general en estos delitos admite, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 549.

[2234] Vid., por todos, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 422.

[2235] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo, 25 n.m. 1g; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 517.

[2236] Habla de terminación del delito, como consumación material, FARALDO CABANA, *Las causas*, p. 49.

males 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[2237], mientras que subjetivamente el castigo de la tentativa requiere lo mismo para el castigo del delito consumado.

2. El arrepentimiento activo

El arrepentimiento activo constituye un instituto dogmático ubicado en el plano de la consumación (formal) del delito[2238]. Por esta razón, las reglas generales del desistimiento no resulten aquí relevantes[2239]. Si la conducta de reversión del autor de un delito económico consumado puede tener alguna relevancia penal, 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"[2240]. 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

La aplicación de la figura del arrepentimiento activo se intenta fundamentar en determinados delitos económicos en razón de una estructura típica compleja[2241]. Se trata de aquellos casos en los que el tipo penal se

---

[2237] Vid., Jakobs, *JZ* 1988, p. 519.

[2238] Vid., en este sentido, Fedders, *Tatvorsatz*, p. 55.

[2239] 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.

[2240] Vid., así, Eser, en Schönke/Schröder *StGB*, § 24, n.m. 116; Krack, *NStZ* 2001, p. 505.

[2241] Vid., en este sentido, Otto, *ZStW* 96 (1984), p. 367; Krack, *NStZ* 2001, p. 505.

estructura, en primera línea, sobre la lesión de un bien jurídico colectivo, pero apunta también a proteger anticipadamente bienes jurídicos individuales[2242]. De esta manera, la represión de la conducta que afecta el bien jurídico colectivo conlleva una prevención de la lesión a los bienes jurídicos individuales. Si es que, una vez consumado el delito, el autor procede a impedir la efectiva lesión del bien jurídico individual, se discute la posibilidad de tratar este supuesto como un arrepentimiento activo. El fundamento para admitir este tratamiento se encontraría en la función de protección de bienes jurídicos, pues, a pesar de su consumación formal, el mantenimiento de la indemnidad del bien jurídico individual anticipadamente protegido resulta todavía posible mediante actos posteriores de reversión[2243].

Un ejemplo claro de delito económico con una estructura típica como la mencionada en el párrafo precedente son los delitos concursales, los que precisamente contemplan en el artículo 212 último párrafo del CP una reducción o exención de pena por actos de reparación patrimonial con posterioridad a la consumación del delito[2244]. Si bien la consumación del delito implica una afectación irrevocable del bien jurídico supraindividual (sistema crediticio), todavía sería posible un acto de reversión en relación con los intereses individuales (patrimonio de los acreedores). Con base en esta fundamentación de un arrepentimiento activo en este tipo de delitos, algunos autores se han mostrado incluso a favor de la posibilidad de la aplicación analógica de la regulación particular del arrepentimiento activo en otros tipos penales que adelantan igualmente las barreras de protección[2245].

[2242] En este sentido, KRACK, *NStZ* 2001, p. 505 y s.

[2243] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 224; CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 298, respecto de los delitos de falsificación de moneda.

[2244] Así, sobre la naturaleza supraindividual e individual del bien jurídico en los delitos concursales, INDECOPI, *Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial*, Documento de trabajo N° 002-1999, publicado el 17 de marzo de 1999, p. 12.

[2245] Vid., en este sentido, en el Derecho penal alemán, 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. 590.

La exoneración de responsabilidad penal por el arrepentimiento activo desde la lógica de impedir la lesión del bien jurídico individual en los delitos que adelantan las barreras de protección, de alguna manera implica una equiparación con el desistimiento. Sin embargo, esto no es posible, en la medida que, en los delitos de peligro abstracto, la imputación del comportamiento conlleva una consumación que no puede revertirse con actos de arrepentimiento activo[2246]. Por lo tanto, el fundamento del arrepentimiento activo no puede seguir la lógica del desistimiento, pues el primero tiene lugar cuando el delito cuenta ya con una existencia jurídica que no puede revertirse con buenas acciones posteriores del autor.

Con base en lo anterior, puede concluirse que la regulación del arrepentimiento activo del autor únicamente podrá constituir una causa de exclusión de la punibilidad o, en todo caso, un criterio de medición de la pena establecidos por el legislador para los casos en los que la conducta posterior del autor reduzca o elimine la necesidad de una restabilización de la norma defraudada, pero no la existencia de la defraudación de la norma. 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 pena, 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[2247]. 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[2248]. En la legislación penal económica, se contempla supuestos de reparación del daño como, por ejemplo, el pago del monto total del cheque en el caso de un libramiento indebido (artículo 215 último párrafo) o la regularización de la deuda tributaria en relación con la defraudación tributaria.

[2246] Similarmente, Alonso Fernández, *Las atenuantes*, p. 67, quien excluye los delitos de riesgo del ámbito de la reparación del daño posterior.

[2247] Vid., en este sentido, Krack, *NStZ* 2001, p. 509 y s.

[2248] Vid., Calderón Susin, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 220.

En estos supuestos, el reproche jurídico-penal al autor se reduce debido a su arrepentimiento posterior y hace que la necesidad de restabilización por el delito cometido se elimine. Dogmáticamente hablando, este comportamiento posterior a la consumación del delito excluiría la necesidad de imponer una pena, es decir, excluiría la punibilidad[2249].

C. Contribución al esclarecimiento del delito

El primer párrafo del artículo 212 del Código Penal, 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 de arrepentimiento activo en el Derecho penal económico, en los que los intervinientes en el delito contribuyen eficazmente en su esclarecimiento 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[2250]. 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 por acciones posteriores a la consumación del delito. En estos casos, la colaboración 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

En la fase de agotamiento del delito, el autor realiza plenamente el injusto del delito que sirve a la conformación del tipo penal[2251]. Este agotamiento puede presentarse, por un lado, como actos que, estando al margen del tipo penal, forman una unidad de acción con la conducta típica. Por otra parte, puede que el agotamiento constituya también una acción pos-

---

[2249] Igualmente en la anterior regulación penal española, CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo*, p. 304 y s.

[2250] Vid., así, KRACK, *NStZ* 2001, p. 510.

[2251] Vid., en este sentido, HAU, *Die Beendigung*, p. 36.

terior tendente a la satisfacción de la finalidad procurada por el autor del delito. A pesar de que esta fase del delito no constituye una etapa que incida sobre la decisión de criminalizar el delito cometido[2252], resulta importante tener en consideración su estructura a efectos de ordenar diversos aspectos de la imputación penal.

En relación con el agotamiento acaecido en unidad de acción con la consumación del delito, se discute en la doctrina penal la posibilidad de sancionar como participación los actos de contribución realizados en ese momento (por ejemplo, el que conduce el automóvil con mercancías de contrabando una vez pasada la frontera). No se aprecia ninguna objeción dogmática para sancionar como participación estos actos de auxilio, en la medida que queda claro que su sentido social no es sustraer al responsable de la persecución punitiva, sino favorecer la plena realización de la conducta delictiva.

En el caso de los actos de agotamiento realizados separadamente por el propio autor para alcanzar el propósito que lo llevó a delinquir, la represión penal los toma como un comportamiento lógico una vez consumado el delito. Por esta razón, existe pleno acuerdo en cuanto a que en delitos económicos de conexión, como la receptación aduanera, no es viable sancionar al autor del delito precedente. En términos dogmáticos se hace la puntualización de que el acto posterior de agotamiento del delito se encuentra penado ya con la pena prevista por el delito previo[2253].

A lo anterior cabe agregar que existen delitos económicos que parecen abandonar la idea del acto posterior copenado, como sucede, por ejemplo, con el delito de lavado de activos que expresamente admite la punición del autolavado[2254]. Parece claro que desde la lógica del agotamiento del delito, no debería admitirse un castigo del autolavado[2255]. Sin embargo, resulta discutible concluir que el lavado de activos sea no

---

[2252] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 12; Faraldo Cabana, *Las causas*, p. 50 y s.

[2253] Vid., sobre esto, Vidales Rodríguez, *Delitos de receptación*, p. 111.

[2254] 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.

[2255] Así, Caro John, en *Dogmática penal aplicada*, p. 207.

más que un acto de agotamiento del delito precedente. Tal concepción solamente podría admitirse si es que se sostuviese que el bien jurídico protegido es el mismo que el que protege el delito previo. Sin embargo, la opinión ampliamente mayoritaria niega esta homogeneidad del bien jurídico y apunta, más bien, a bienes jurídicos distintos como la Administración de Justicia y, de manera mucho más acertada, ciertos aspectos esenciales del sistema económico. Por lo tanto, el lavado de activos no es un agotamiento del delito previo que generó las ganancias ilícitas, sino un delito distinto con una lesividad propia.

CAPÍTULO XV
EL CONCURSO EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

I. INTRODUCCIÓN

La realización de una conducta (o de varias) puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la Parte Especial o de leyes penales especiales. Ante esta situación debe establecerse cómo se presenta la relación entre las infracciones concurrentes a efectos de determinar no sólo la imputación penal, sino también la pena aplicable al caso concreto[2256]. 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 con incidencia en las reglas de determinación de la pena[2257].

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 englobar completamente el sentido jurídico-penal de la conducta realizada[2258]. Para precisar cuál de las leyes penales concurrentes resulta la aplicable, la doctrina penal ha desarrollado distintos principios jurídicos.

[2256] Vid., así, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 1; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 1.

[2257] 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.

[2258] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 11. En nuestro país, BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, p. 121 y s.

1. El principio de especialidad

El principio de especialidad es posiblemente el más extendido de los principios que se utiliza para determinar cuál es la ley penal aplicable en un concurso de leyes. Este principio establece que debe aplicarse el tipo penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido[2259]. Así, por ejemplo, el delito financiero de ocultamiento de información del artículo 245 del CP resulta siendo un tipo penal especial respecto del delito de obstaculización de las labores de supervisión económica previsto en el artículo 242 del CP.

2. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad soluciona los casos en los que el recurso a un tipo penal (tipo de recogida) solamente procede si el hecho no se encuentra abarcado por otros tipos penales con elementos adicionales específicos y que contemplan normalmente una pena mayor[2260]. Así, por ejemplo, el delito de coacción previsto en el artículo 151 del CP es un tipo penal subsidiario en relación con la modalidad de coacción del delito de cárteles de licitación, regulada en el artículo 241 inciso 2 del CP.

En los delitos económicos una relación de subsidiariedad se presenta, por lo general, entre la lesión de un objeto valorado positivamente y la puesta en peligro de este objeto en concreto[2261]. No obstante, debe dejarse claro que si el tipo penal de peligro protege algo más que el objeto lesionado, una relación de subsidiariedad no podrá ser afirmada[2262]. En este sentido, los delitos de peligro abstracto que no estén referidos a la lesión de objetos específicos, no pueden ser subsidiarios frente al delito de lesión

---

[2259] 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.).

[2260] 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.

[2261] 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.

[2262] Así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 31, n.m. 29; ; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 735.

concreta, sino que darán lugar a una situación de concurso ideal de delitos[2263]. Esta situación se presenta, por ejemplo, entre los delitos contra la salud de los consumidores y los delitos de homicidio y lesiones[2264], siempre, claro está, que este resultado no sea incluido como una circunstancia cualificante del delito.

3. El principio de consunción

El principio de consunción permite considerar dentro de la pena prevista para determinado delito también la pena que le correspondería a los hechos previos (delito previo)[2265], concomitantes (delito acompañante)[2266] o posteriores (delito posterior)[2267] a la realización del tipo penal corres-

---

[2263] 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.

[2264] 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.

[2265] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 211 y ss., quien diferencia estos supuestos de los casos de subsidiariedad (consumación, tentativa y actos preparatorios) mediante el criterio de la apreciación de las circunstancias concretas en los casos de 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 CP, 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.

[2266] 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.

[2267] 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.

pondiente. 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[2268].

Un aspecto especialmente importante para los delitos económicos es que el principio de consunción puede liberar de responsabilidad penal por un hecho punible que es acompañante de otro por el que se ha liberado de pena a los responsables[2269]. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de falsificación de documento cometido por el autor de un delito de defraudación tributaria que se somete luego a un proceso de regularización de la deuda tributaria conforme al artículo 189 del Código Tributario[2270]. La exención de pena no se queda en la defraudación tributaria, sino que alcanza también a los hechos acompañantes de la falsificación.

4. El principio de alternatividad

Como un principio que resuelve ciertos concursos de leyes se ha considerado el principio de alternatividad[2271]. Este principio resulta aplicable cuando concurren dos tipos penales de igual rango[2272] en una situación de interferencia que no puede resolverse con los principios precedentes. El caso más claro de alternatividad es el de los tipos penales que constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico. 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

---

[2268] 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.

[2269] 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).

[2270] En este artículo se señala además de forma expresa que "*la improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización*".

[2271] 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.

[2272] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 224; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 52.

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.

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[2273], por lo que, en principio, deberían aplicarse conjuntamente. No obstante, el legislador penal ha decidido establecer reglas diversas para el tratamiento de los concursos de delitos, lo que depende de si tiene lugar una unidad de hecho o una pluralidad de hechos[2274].

1. Concurso ideal de delitos

Conforme al artículo 48 del CP, existe concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones resultan aplicables al mismo hecho. Esta definición parte de la idea de la unidad de hecho, la cual no se determina con criterios naturales[2275], sino con criterios jurídicos. En el concurso ideal de delitos la misma conducta penalmente relevante realiza varios tipos penales. Esta clase de concurso de delitos tiene diversas formas de manifestación que conviene explicar con la mirada puesta en los delitos económicos.

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[2276]. Hay

---

[2273] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 256; Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 1.

[2274] 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 de unidad de aplicación de pena y pluralidad de aplicación de pena.

[2275] Afirman en estos casos una unidad natural de hecho, Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 47; Sowada, *Jura* 1995, p. 246.

[2276] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 276; Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 47; Rissing-van Saan, *LK* § 52, n.m. 18.

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[2277]. Así, el que vende bienes que ha recibido para su distribución gratuita a un precio superior al que ha fijado en su lista de precios, realiza al mismo tiempo el delito de especulación del segundo párrafo del artículo 234 y el delito de venta fraudulenta de bienes del artículo 239 del CP. 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 los bienes a un precio distinto al consignado. No obstante, puede afirmarse una identidad de la acción en un nivel más abstracto, es decir, como venta de bienes.

B. Identidad parcial

Para afirmar un concurso ideal de delitos basta que exista una identidad parcial de las acciones típicas[2278]. A estos supuestos se les conoce como de identidad parcial, plateándose la discusión respecto de la determinación de los límites de esta identidad. 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[2279], siempre y cuando se trate de conductas de aseguramiento del ataque sobre un bien[2280]. 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, usando documentos de compra falsificados. Un delito de desvío fraudulento de crédito promocional del artículo 251 concurrirá con el delito de uso de documento falsificado del segundo párrafo del artículo 427 del CP.

[2277] En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 5.

[2278] 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.

[2279] Vid., GEERDS, *Zur Lehre*, p. 279; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 31; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 20.

[2280] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 33, n.m. 7.

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[2281]. Un ejemplo típico de este supuesto es el delito de ejercicio ilegal de la profesión del artículo 363 del CP que vincularía los delitos de falsificación de documento (título profesional) y los distintos delitos de estafa sobre los clientes[2282]. 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[2283]. No obstante, la propia jurisprudencia alemana ha pretendido limitar la aplicación de esta solución, sobre todo cuando a un delito vinculado le tendría que corresponder una pena mayor que la del delito vinculante[2284].

La doctrina penal centra su crítica a la identidad por vinculación en el beneficio infundado con el tratamiento más benigno del concurso ideal en comparación con el real y aboga, por ello, a favor de la aplicación de este último[2285]. 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[2286]. Por nuestra parte, consideramos que en este supuesto se presenta conjuntamente un concurso real

---

[2281] 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.

[2282] Vid., Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 18, n.m. 33.

[2283] 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.

[2284] 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.

[2285] Vid., así, Warda, *JuS* 1964, p. 88; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch*, AT, p. 721.

[2286] 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.

(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.

2. Concurso real de delitos

En el concurso real de delitos se presenta, a diferencia del concurso ideal, una pluralidad de acciones[2287]. En este sentido, se trata de una imputación acumulada al autor de todos los delitos realizados en un determinado espacio de tiempo[2288]. 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[2289]. Cada delito concurre en el proceso con su pena individual[2290]. 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 temporal. En cuanto a la determinación de la pena, la actual redacción del artículo 50 del CP establece que las penas se acumulan, teniendo esta acumulación un doble límite: El doble de la pena más grave y los treinta y cinco años. Se asume, por lo tanto, un sistema limitado de acumulación material de penas.

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 in-

---

[2287] 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.

[2288] 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.

[2289] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 726 y s.; RISSING-VAN SAAN, *LK* § 52, n.m. 8.

[2290] Vid., SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 56; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 33, n.m. 13.

terpretación de los tipos penales o ciertas regulaciones legales específicas, permiten afirmar la existencia de un solo delito[2291]. En este sentido, se elimina la posibilidad dogmática de admitir una situación de concurso de delitos, siendo de aplicación las penas establecidas en un tipo penal o en normas especiales[2292].

A. Unidad de delito con base en la interpretación de los tipos penales

Una unidad de delito puede afirmarse en virtud de la estructura del tipo penal correspondiente, aun cuando no exista propiamente una acción, sino una pluralidad de acciones[2293]. Esta situación se presenta en los casos de realización típica iterativa, de realización típica sucesiva, en los delitos de actividad, en los delitos permanentes y en los delitos compuestos.

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[2294]. La equivalencia de las realizaciones del tipo penal se determina conforme al tipo penal concretamente realizado[2295]. 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 CP. 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.

[2291] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 263 y s.; Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 63.

[2292] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 264.

[2293] Vid., Jakobs, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 26.

[2294] 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.

[2295] Vid., Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m 32.

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[2296]. 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 ambiental (artículo 304 del CP), en tanto se castiga la realización de vertidos que afecten o puedan afectar el medio ambiente[2297]. Especialmente discutido se presenta, por el contrario, el delito de falsificación de moneda (artículo 252 del CP), en tanto algunos lo consideran como un delito de actividad[2298], mientras otros le niegan tal calidad[2299]. 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[2300]. Debe tratarse de un aumento homogéneo que permita considerar la continuación como parte de un resultado global del hecho[2301]. La doctrina penal denomina a estos supuestos

---

[2296] 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.

[2297] Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, p. 51 y ss.

[2298] Vid., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 712; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 14.

[2299] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 28.

[2300] Vid., HELLMER, *GA* 1956, p. 65; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 16; RISSING-VAN SAAN, *LK* preliminares al § 52, n.m 33.

[2301] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 17.

también como tipicidad aglutinada (*verdickte Tatbestandsmäßigkeit*)[2302]. 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 misma deuda tributaria[2303].

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[2304]. 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[2305].

c. *Los delitos permanentes*

Una unidad de delito tiene lugar en el caso de los delitos cuyo resultado lesivo permanece en el tiempo por voluntad del autor[2306]. Si bien podría apreciarse en estos delitos varias acciones penalmente relevantes, el

---

[2302] Vid., Kindhäuser, *JuS* 1985, p. 103; Puppe, *NK* § 52, n.m. 17.

[2303] 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.

[2304] 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.

[2305] 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

[2306] 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.

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 se estará ante dos delitos permanentes[2307]. Ejemplo de delito permanente es el delito de retención indebida de divisas del artículo 260 del CP 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[2308]. Estos actos pueden incluso estar recogidos por separado como un tipo penal autónomo: El llamado delito compuesto[2309]. 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[2310]. Un delito económico de varios actos es, por ejemplo, de omisión de provisiones específicas del artículo 250 del CP 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, la legislación penal considera 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.

[2307] 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.

[2308] 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.

[2309] 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.

[2310] Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 4.

a. *El delito continuado*

Nuestra legislación penal regula expresamente la figura del delito continuado en el artículo 49 del CP[2311]. Esta figura delictiva tiene lugar cuando un mismo sujeto realiza con idéntica resolución criminal varias acciones constitutivas de varias infracciones de una misma o similar ley penal[2312]. Pese a que cada una de estas acciones debería dar lugar a un injusto típico independiente, se les trata como un solo delito en virtud de una vinculación interna y externa[2313]. La razón de ser de la unificación de acciones radica en una idea de benignidad[2314], al evitar la aplicación del régimen de acumulación de penas que se prevé para el concurso real de delitos[2315].

Si bien en el artículo 49 del CP se hace mención a varios requisitos, la doctrina penal ha reducido a tres los elementos constitutivos del delito continuado:

- El primer requisito es la unidad de sujeto, la cual debe presentarse siempre respecto del sujeto activo y, en el caso del sujeto pasivo, solamente si se trata de delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal (vida, integridad corporal y libertad)[2316].

[2311] 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, Rissing-van Saan, *LK* preliminares al § 52, n.m. 46 y ss.).

[2312] El Pleno Jurisdiccional de Ica de 1998 señala que el delito continuado consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución (tema 2).

[2313] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 294 y s.; Geppert, *Jura* 1982, p. 363; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12.

[2314] Históricamente, Castiñeira, *El delito continuado*, p. 20.

[2315] Vid., Timpe, *JA* 1991, p. 12 y s.; Stratenwerth, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 12; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 82 y s.; Choclán Montalvo, *El delito continuado*, p. 151.

[2316] Vid., Geerds, *Zur Lehre*, p. 304; 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.).

- En el plano objetivo, el delito continuado exige una pluralidad de acciones del autor[2317]. Estas acciones deben reunir ciertas características. En primer lugar, deben dirigirse a la lesión del mismo interés penalmente protegido[2318]. En segundo lugar, las acciones del autor deben constituir realizaciones de varias violaciones de la misma ley penal, de igual o semejante naturaleza[2319]. Esto último se niega respecto de tipos penales que regulan modos distintos de ataque al mismo interés penalmente protegido[2320], en la medida que la similitud de realizaciones típicas exige que se trate de la misma forma de ataque al interés jurídico protegido[2321]. Sumamente dudoso es que se puedan incluir también las infracciones administrativas o faltas que sumadas cuantitativamente puedan considerarse un delito. Para autorizar esta acumulación de infracciones se ha creado la fórmula de los delitos fraccionados, tal como sucede con el delito de contrabando fraccionado que permite considerar como un solo delito de contrabando la sumatoria cuantitativa de varias infracciones.
- El delito continuado exige también cierto componente subjetivo. De un dolo global habla una interpretación que se remonta a la antigua jurisprudencia alemana, la cual requería que el dolo incluyera las acciones posteriores antes de la primera acción o cuando menos al momento de realizarse[2322]. Una flexibilización mayor lleva a cabo la interpretación doctrinal que exige solamente

---

[2317] Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, p. 186 y ss.

[2318] 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.

[2319] Vid., 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.

[2320] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 32, n.m. 40; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 98.

[2321] Vid., GEPPERT, *Jura* 1982, p. 364.

[2322] Vid., la referencia a esta interpretación jurisprudencial, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 308; SCHMITT, *ZStW* 75 (1963), p. 61; GEPPERT, *Jura* 1982, p. 364; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 32, n.m. 43; PUPPE, *NK* § 52, n.m. 21; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, p. 107 y ss. Se muestran de acuerdo con esta interpretación, GEERDS, *op. cit.*, p. 311 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 716.

un dolo continuado, es decir, que cada hecho posterior debe ser considerado por el autor como continuación de los actos anteriores[2323]. 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[2324]. 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.

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[2325], o porque se rechaza en general la utilidad dogmática del delito continuado[2326]. Frente a esta 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

---

[2323] Vid., Roth-Stielow, *NJW* 1955, p. 451. Críticamente, Jakobs, *Strafrecht*, AT, Apdo 32, n.m. 44; Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 116 y ss.

[2324] Similarmente, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, II, § 21, n.m. 2492. 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, p. 694.

[2325] 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.

[2326] 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 pueda hablar de una unidad de varias acciones del contribuyente. Vid., así, por ejemplo, Bittmann/Dreier, *NStZ* 1995, pp. 105 y ss., 109.

un delito continuado[2327]. 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[2328]. Por esta razón, en la doctrina penal se ha intentado disminuir las exigencias del dolo, ya sea reduciendo el grado de conocimiento exigido respecto de los hechos futuros[2329], ya sea admitiendo la existencia de un "sistema institucionalizado" que excluiría la necesidad de sucesivas tomas de decisión criminales[2330]. La exigencia de un conocimiento exacto de los futuros actos defraudatorios constituiría un requerimiento demasiado riguroso que excluiría prácticamente la relevancia del delito continuado en los delitos tributarios[2331].

[2327] 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.

[2328] Críticamente ante el dolo global en los delitos tributarios, GÖHLER, *NStZ* 1981, p. 55.

[2329] Vid., así, FLEISCHER, *NJW* 1979, p. 250; KNIFFKA, *wistra* 1985, p. 92 y s. Críticamente, BONGARTZ, *Der Fortsetzungszusammenhang*, p. 143 y ss.

[2330] 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.

[2331] 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.

b. El delito colectivo o masa

El delito colectivo, o también llamado delito masa, tiene lugar cuando el comportamiento típico se presenta como la realización continuada de una actividad productiva, comercial o profesional[2332]. El artículo 49 del CP regula esta figura delictiva, estableciendo unas reglas de determinación de la pena con base en un sistema de exasperación. Esta regulación penal, que pudo tener sentido con el sistema anterior de determinación de pena del concurso real de delito, carece completamente de sentido en el estado actual de la regulación penal. En efecto, el concurso real de delitos asume actualmente un sistema de acumulación de penas, por lo que, al final, el delito masa termina introduciendo un tratamiento más benigno al delincuente profesional.

Conforme al artículo 49 del CP en su primer párrafo *in fine*, el delito masa debe reunir los mismos elementos del delito continuado[2333]. La particularidad se encuentra únicamente en la pluralidad de las personas perjudicadas. En cuanto a su ámbito de aplicación, Martínez-Buján Pérez se ha pronunciado por su limitación a los delitos patrimoniales con base en la legislación penal española[2334]. 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 posibilidad de producir lesiones individualizas que requieran de una mayor medida de pena para restablecer la expectativa normativa defraudada.

[2332] 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.

[2333] Vid., Pérez López, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 50, agosto (2013), p. 56. Brähler, *Die rechtliche Behandlung*, p. 69, habla de una figura jurídica que complementa al delito continuado.

[2334] Vid., Martínez-Buján Pérez, *RDPC* 1 (1998), p. 90 y s.

DERECHO PENAL

ECONÓMICO

PARTE GENERAL

CUARTA PARTE

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

JURISTA editores

CAPÍTULO XVI
LA RESPUESTA JURÍDICA AL DELITO ECONÓMICO EN EL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

La importancia alcanzada por la economía en la sociedad actual explica que se acuda cada vez más al Derecho penal para hacer frente a la aparición de las formas de comportamiento socialmente lesivas en este ámbito de actuación[2335]. La lesividad social de las conductas económicas irregulares reside en la pérdida de confianza en la vigencia de las expectativas normativas de conducta esenciales para el funcionamiento de la economía. Para contrarrestar este efecto socialmente perturbador se procede a imponer sanciones penales que devuelvan la confianza a las expectativas normativas defraudadas. Sin embargo, la respuesta punitiva no siempre es suficiente para asegurar el correcto funcionamiento del sistema económico. Si bien puede admitirse que, en unos casos, la sanción penal releva de tener que imponer otras sanciones jurídicas (por ejemplo, las sanciones administrativas), también es verdad que, en otros casos, la pena no soluciona ciertas situaciones injustas en relación con el hecho que motiva la reacción penal, como la correcta distribución de los bienes o la erradicación de situaciones objetivas de peligro para los intereses colectivos. Para resolver estas situaciones problemáticas, el sistema jurídico contempla otras medidas adicionales a la sanción penal, como es el caso del pago de la reparación civil por el daño, el comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente o las medidas preventivas frente a situaciones objetivas de peligrosidad. De lo anterior queda claro que el fenómeno de la criminalidad económica no puede solventarse únicamente con las sanciones penales, sino que éstas deben ir acompañadas de medidas civiles y administrativas.

[2335] Vid., PÉREZ DEL VALLE, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (de.), p. 29 y ss.

II. LA IMPOSICIÓN CONJUNTA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO ECONÓMICO

En la medida que las diversas consecuencias jurídicas del delito no se pueden imponer de manera inmediata sino que requieren de un procedimiento reglado, habrá que accionar por cada tipo de respuesta jurídica en la vía correspondiente. En este sentido, además de un proceso penal, los afectados tendrían que iniciar un proceso civil para obtener la indemnización por los daños y perjuicios, y la Administración Pública tendría que iniciar los procedimientos administrativos requeridos para tomar alguna medida preventiva frente a situaciones objetivas 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 a la vez, han llevado a que la legislación contemple la posibilidad de que, en el mismo 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. El manejo conjunto de las diversas consecuencias jurídicas del delito favorece además un enfrentamiento más eficaz contra la delincuencia económica[2336].

La ventaja que produce la unificación de las diversas consecuencias jurídicas en el proceso penal contrasta, sin embargo, con un inconveniente operativo. El juez no sólo tendría que manejar con suficiencia los criterios de imputación de responsabilidad penal, sino también los criterios de determinación y cuantificación del daño para el tema de la reparación civil o los parámetros de intervención razonable de la Administración para tomar medidas de carácter preventivo. En efecto, la formación jurídica del juez penal no debe reducirse al manejo de los instrumentos conceptuales del Derecho penal económico (los criterios de imputación de un injusto culpable), sino que tiene que incluir un dominio de los criterios de resarcibilidad del daño o redistribución de las ganancias, así como las pautas de razonabilidad y oportunidad para la imposición de medidas de corte administrativo. Mientras no se consiga una gestión solvente de estos otros criterios por parte del juez penal, las reparaciones civiles en el proceso penal seguirán

[2336] Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 386.

siendo actos de intuición o, peor aún, de arbitrariedad judicial, 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.

1. La pena

La imposición de la pena por la comisión de un hecho delictivo no tiene lugar, al estilo de las leyes causales, mediante una aplicación automática que determina su procedencia y la cuantía de la reacción, sino que también aquí entran en consideración cuestiones de carácter valorativo. Al igual que en la generalidad de los delitos, en los delitos económicos estas cuestiones valorativas pueden agruparse en dos grandes temas: La punibilidad y la determinación de la pena.

A. La punibilidad

Por regla general, un injusto culpable es punible[2337]. Sin embargo, en determinados delitos económicos existen circunstancias especiales cuya ausencia o presencia determinan la efectiva imposición de la pena. Estas circunstancias conforman la llamada categoría de la punibilidad. Se trata de circunstancias ajenas a la consideración del delito como un injusto culpable, pero que inciden en la necesidad de hacer efectiva la pena. Estas circunstancias pueden manifestarse de una forma positiva o de una forma negativa[2338], no diferenciándose en su esencia, sino más que en su formulación[2339]. 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[2340].

[2337] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 1.

[2338] 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.

[2339] Vid., así, Moreno-Torres Herrera, *El error*, p. 30.

[2340] 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.

a. Los 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 efectiva[2341]. Dado que muchos delitos económicos no cuentan con un alto desvalor penal, es usual encontrar la exigencia legal de estas condiciones objetivas para justificar su efectivo castigo. Estos supuestos se pueden sistematizar en dos constelaciones generales.

Por un lado, cabe mencionar los casos en los que se recurre 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 penalmente[2342]. Las condiciones objetivas de punibilidad se utilizan aquí para evitar una excesiva criminalización en los delitos de peligro abstracto. Como contrapunto, esta estructuración del delito produce una simplificación probatoria a nivel del dolo, pues no será necesario imputar el conocimiento de la condición objetiva de punibilidad, sino únicamente el apartamiento del estándar definido por el delito de peligro abstracto.

Así, por ejemplo, estuvo configurado el tipo penal del delito financiero de concentración crediticia hasta antes de su última modificación, en donde se exigía como condición objetiva para el castigo del delito que la institución financiera entre en una situación de insolvencia[2343]. En estos casos, el delito de peligro abstracto tenía lugar con la realización de la conducta del funcionario bancario de aprobar créditos a personas vinculadas por encima de los límites legales. No obstante, la imposición efectiva de la pena requería que al hecho le siguiera una situación de insolvencia de la institución financiera[2344], por lo que la sanción sólo se hacía efectiva si se produ-

---

[2341] Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 2. En el mismo sentido, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, § 53, I 1.

[2342] Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 10, n.m. 1.

[2343] 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.

[2344] 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

cía una situación económica que ponía en peligro los intereses económicos de la empresa financiera y terceros vinculados (clientes o acreedores). En cuanto a la imputación subjetiva, el dolo no requería un conocimiento que llegue hasta la producción de la situación de insolvencia, sino solamente que se haya aprobado un crédito vinculado por encima de lo autorizado.

Por otro lado, están los casos en los que el tipo penal exige determinado nivel de gravedad del resultado para poder sancionar penalmente la conducta típica. 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 requiere 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 su consiguiente inclusión en el objeto del dolo[2345]. Por el contrario, se estará ante una condición objetiva de punibilidad si la gravedad del resultado no afecta el carácter ilícito de la conducta, sino que constituye simplemente un control de bagatelización, como sucede, por ejemplo, con el límite de las dos unidades impositivas tributarias en el delito de contrabando. En este último caso, la conducta que no alcanza el límite previsto configura igualmente un delito, pero la gravedad y onerosidad de la represión penal son 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 posterior al hecho delictivo cometido excluye su punibilidad[2346]. En la doctrina penal se

---

condición objetiva de punibilidad. Sobre esto, en relación con el delito de quiebra español, vid., Nieto Martín, *El delito de quiebra*, p. 65 y s.

[2345] 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. 576).

[2346] Vid., Roxin, *Strafrecht*, AT, § 23, n.m. 3.

distinguen usualmente entre las causas personales de exclusión de la punibilidad y las causas materiales de exclusión de la punibilidad, lo que incide en el alcance de su efecto de exoneración.

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 que no lo reúnan[2347]. 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 también por la producción o aparición de hechos posteriores que tengan una incidencia personal sobre la necesidad de pena. No cabe entonces distinguir dogmáticamente entre las causas de exclusión de la punibilidad y las causas de levantamiento, supresión o cancelación de la pena[2348]. Los supuestos de exclusión 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 CP o la prescripción, constituirán también causas de exclusión de la punibilidad de carácter personal.

En el ámbito del Derecho penal económico, los supuestos de exclusión de la punibilidad por sucesos sobrevenidos no son nada escasos, como lo muestra el efecto exoneratorio de la reparación del daño o del suministro de información eficaz en los delitos contra el sistema crediticio o en los delitos tributarios. Debe precisarse que estos supuestos no solamente se contemplan como causa de exclusión de la pena, sino también, bajo determinadas condiciones, como una circunstancia de atenuación de la pena.

Las causas materiales de exclusión de la punibilidad se refieren a circunstancias concomitantes o hechos posteriores al delito 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

---

[2347] 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.

[2348] 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.

intervinientes[2349]. En el Derecho penal económico cabe hacer mención a 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 que excluye la necesidad de penar un delito tributario[2350].

c. Consecuencias dogmáticas

La categoría de la punibilidad repercute en diversos aspectos de la imputación penal del delito, como la teoría del error, la participación delictiva o la prescripción del delito. En el Derecho penal económico, esta incidencia de la categoría de la punibilidad se da, de manera especial, en el ámbito de la participación punible. Dos son específicamente las cuestiones problemáticas que se suscitan en la participación delictiva de los delitos económicos y que merecen ser tratados con cierto detenimiento.

En primer lugar está la cuestión de si cabe hablar de una participación delictiva 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 o, de manera excepcional, como ya se

---

[2349] 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.

[2350] En el mismo sentido y con amplias referencias, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *La exención*, p. 164. 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 (así, De la Mata Barranco, *LH-Cobo del Rosal*, p. 305). Sin embargo, dado que no es necesario diferenciar normativamente entre exclusión de pena y levantamiento de pena, preferimos calificarla, en general, como una causa de exclusión de la pena.

indicó, cuando se trata de un acto de agotamiento realizado en unidad de acción con la consumación del delito. Por lo tanto, no es posible calificar de participación cualquier acto de favorecimiento realizado con posterioridad al hecho delictivo.

La segunda cuestión discutida está referida a si la falta de punibilidad de un delito alcanza también al resto de los partícipes. Para responder a esta cuestión, hay que determinar si la razón en la que el Estado sustenta su renuncia a su pretensión punitiva resulta 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 intervinientes en el hecho. En el ámbito de los delitos tributarios, se le ha reconocido a la regularización tributaria el carácter de causa de exclusión material de la punibilidad[2351], pues, conforme se desprende de nuestra regulación legal, la regularización tributaria impide el inicio del proceso penal por el delito tributario (AP N° 02-2009, punto 6). El carácter material u objetivo de este presupuesto de la punibilidad tiene como consecuencia una exención de pena que beneficia también a los otros intervinientes[2352], de manera tal que la regularización del contribuyente frente a la deuda tributaria traerá consigo que tampoco pueda imponérsele la sanción penal a los partícipes en el hecho (el 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 cuya deuda ha sido regularizada[2353]. La redacción legal parece decantarse por la segunda posibilidad[2354]. Sin embargo, la respuesta a este interrogante requiere una matización. Si los delitos concurrentes se encuentran englobados por el desvalor del delito fiscal, entonces la exención también les alcanzará, no siendo éste el caso si

---

[2351] Igualmente SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 164.

[2352] Vid., con amplias referencias bibliográficas en la discusión española, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 119 y ss.

[2353] 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.

[2354] 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.

los delitos concurrentes están referidos a otros bienes jurídicos. El AP N° 02-2009, punto 10 aborda específicamente esta cuestión, señalando que la extensión de la impunidad sólo podrá admitirse en la medida que las irregularidades contables o falsedades instrumentales carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios, es decir, las que se hayan cometido a efectos exclusivos de tipo tributario.

2. La determinación de la pena

El proceso de determinación de la pena asumido por nuestro Código Penal constituye un proceso complejo[2355], el cual se lleva a cabo tanto en un plano legislativo como judicial. Al legislador le corresponde precisar la clase de pena con la que debe castigarse cada delito, así como el parámetro máximo o mínimo (marco penal abstracto), dentro del que debe moverse el juez penal para determinar la pena concreta. Al juez se le encarga la determinación de la pena concreta por el delito cometido, pero debe señalarse que no hace esta determinación de forma autónoma, sino que debe observar ciertos criterios establecidos por el legislador. Por un lado, el legislador prevé un conjunto de circunstancias que modifican la responsabilidad penal, aumentando o reduciendo el marco penal inicialmente previsto. Por otro lado, establece reglas de modificación del marco penal abstracto en caso de concurrencia de delitos. Con el marco penal resultante, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor, teniendo en consideración el procedimiento legalmente dispuesto de individualización de la pena (artículo 45A del CP) y las circunstancias específicas previstas en la ley (artículo 46 del CP).

La determinación de la pena en los delitos económicos no sigue un procedimiento distinto al descrito brevemente en el párrafo precedente. Sin embargo, se presentan ciertas particularidades que merecen ser abordadas de manera específica. Debe quedar claro que, en lo que sigue, no se pretende hacer una exposición detallada del proceso de determinación de la pena, sino únicamente poner de manifiesto las cuestiones especiales que se suscitan en determinados puntos concretos de dicho procedimiento cuando se trata de delitos económicos.

[2355] Vid., sobre la complejidad del proceso de determinación de la pena, Ziffer, *Lineamientos*, p. 26 y ss.

A. Clases de pena

a. La pena privativa de libertad

El especial carácter aflictivo de la pena privativa de libertad lleva a que esta clase de pena se reserve para las conductas más graves[2356]. Dado que los delitos económicos no cuentan, por lo general, con un alto reproche social, podría concluirse que lo mejor es sancionarlos con penas de una clase más benigna. Sn embargo, este razonamiento no es acertado, pues muchas veces la falta de reproche social no se debe a la escasa lesividad de la conducta infractora, sino al desconocimiento general de los efectos lesivos que producen ciertos delitos económicos. En este orden de ideas, lo que debe hacerse no es prescindir de las penas privativas de libertad en los delitos económicos, sino, más bien, destacar su real lesividad social para poder decidir en qué casos lo que corresponde es imponer la pena más drástica, esto es, la pena privativa de libertad. Por otro lado, no puede desconocerse el mayor efecto intimidatorio que esta clase de pena despliega precisamente en personas que reúnen el perfil de un delincuente económico[2357], lo que la hace especialmente recomendable en términos político-criminales.

Al igual que la delincuencia común, es posible diferenciar dentro de los delitos económicos aquellos que son graves, como el fraude en la administración de personas jurídicas, y aquellos que son leves, como el funcionamiento de casinos sin autorización. Asimismo, 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 que son cuantitativamente más graves. En consecuencia, lo recomendable no es excluir la pena privativa de libertad de los delitos económicos, sino reservarla para los supuestos especialmente graves[2358].

[2356] En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 46; REBOLLO VARGAS, *RPCP* 7-8, p. 554, recomienda esta pena solamente para delitos graves y menos grave.

[2357] Vid., DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 192.

[2358] Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 161 y s.

Lo que no ofrece ninguna duda es lo inconveniente que es que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos económicos no tan graves. Por ejemplo, el delito de contabilidad paralela del artículo 199 del CP se castiga con una pena privativa de libertad no mayor de un año. El poco tiempo de esta privación de libertad hace que se recurra siempre a mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad como la suspensión de la ejecución de la pena, lo cual va en claro detrimento de la eficacia preventiva de la norma penal. Por lo general, el delincuente económico está bien informado, por lo que sabe perfectamente que la comisión de estos delitos no llevará consigo una privación de libertad efectiva. Por ello, algunos autores han recomendado que en los delitos económicos las penas privativas de libertad cortas también se impongan de forma efectiva, de manera tal que mantengan su fuerza intimidatoria[2359]. Esta solución no es, sin embargo, razonable, pues menos invasivo sería evidentemente recurrir a otras clases de penas menos gravosas, como las penas restrictivas de derechos, que se corresponden mejor con la escasa gravedad de estos delitos[2360].

b. La prestación de servicios a la comunidad

Otra clase de pena de especial predicamento para la represión de los delitos económicos es la prestación de servicios a la comunidad[2361], sobre todo para el caso de infracciones de escasa lesividad. Dado que, por lo general, el delincuente económico realiza una conducta que incide negativamente en un número indeterminado de personas (competencia, consumidores, etc.), resulta razonable que la pena impuesta despliegue también un efecto de reparación colectiva, como ocurriría precisamente con la realización de trabajos para la comunidad. Pese a la clara idoneidad que esta clase de pena presenta para la represión de diversos delitos económicos, existe cierto rechazo a su implementación, pues se teme, entre diversos argumentos, que podría terminar cubriendo puestos de trabajo que deberían entregarse a los ciudadanos desempleados. No obstante, la prestación de

---

[2359] Así, Tiedemann, CPC 19 (1983), p. 179: "*No se trata de resocializarlos, sino de intimidarlos*". También, De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 194, aunque no circunscrito a los delitos económicos.

[2360] Vid., Boldova Pasamar, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 56.

[2361] Así, Tiedemann, *Poder económico y delito*, p. 165.

servicios a la comunidad está pensada para actividades auxiliares y limitadas en el tiempo, por lo que no se trata del tipo de actividades propio de una prestación laboral[2362].

c. *La inhabilitación*

La pena de inhabilitación priva al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o políticos) o lo incapacita para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, siendo, por el contrario, escasa para hacer frente a la criminalidad económica[2363], a pesar de que con ella se podría impedir al condenado la realización de 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 que se les inhabilite 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 al momento de cometer el delito[2364]. 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 encuentra asidero legal en el artículo 36 inciso 4 del CP que contempla la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros una 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 admi-

---

[2362] En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 195.

[2363] 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.

[2364] 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).

nistrativa para funcionar[2365]. 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[2366]. Es evidente que el ámbito concreto de inhabilitación debe estar directamente relacionado con la actividad en la que se materializó el delito que legitima la imposición de la inhabilitación[2367]. En este sentido, por ejemplo, en el caso de los delitos cometidos en el seno de la empresa la inhabilitación podría estar referida a la incapacidad para realizar gestiones de administración o representación de personas jurídicas.

El efecto preventivo de la pena de inhabilitación para ejercer una profesión, comercio, arte o industria se ha procurado alcanzar en los delitos tributarios. En efecto, el artículo 6 de la Ley Penal Tributaria prevé una pena de inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio arte o industria no menor de seis meses ni mayor de siete años. Si bien llama la atención que esta pena de inhabilitación principal exceda el marco penal máximo establecido en el Código Penal, hay que tener presente que las normas de la Parte General del Código Penal se aplican a las leyes penales especiales de forma supletoria, lo que significa que éstas pueden disponer algo distinto (artículo X del Título Preliminar del CP).

d. La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito[2368]. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o

---

[2365] En esta línea, Fernández Teruelo, *LH-Cobo del Rosal*, p. 353.

[2366] Igualmente en el Derecho penal español, Fernández Teruelo, *LH-Cobo del Rosal*, p. 354; De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 209.

[2367] Vid., Fernández Teruelo, *LH-Cobo del Rosal*, p. 355; De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 209.

[2368] Vid., similarmente, De León Villalba, *RPCP* 7-8, p. 417.

mediana gravedad[2369], aunque lo usual es que el legislador la prevea conjuntamente con una pena privativa de libertad[2370]. Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad[2371], 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 se traslada a los consumidores[2372], perdiendo así todo su efecto persuasivo. Es más, las empresas recurren cada vez 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[2373]. Las sanciones penales al directivo individual perderían completamente su virtualidad preventiva, 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 la desvirtuación del efecto preventivo de la pena de multa, la legislación penal ofrece actualmente la posibilidad de imponer la consecuencia accesoria del decomiso de las ganancias ilícitas. En el plano doctrinal, Bottke ha propuesto como una 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[2374]. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado. No obstante, y aun cuando doc-

---

[2369] Vid., así, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 59; De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 205.

[2370] Así, en relación con la regulación penal española, De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 205.

[2371] Vid., Gracia Martín, *Lecciones*, Gracias Martín (coord.), p. 137.

[2372] Así, De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 207.

[2373] Vid., Seelmann, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 44.

[2374] Vid., Bottke, *Deutsche Wiedervereinigung*, III, p. 86 y s.

trinalmente no cabe duda de que la pena de multa resultaría especialmente idónea para el caso de admitir una responsabilidad penal de las personas jurídicas[2375], en la actual situación legislativa, que se mantiene férrea al principio del *societas delinquere non potest*, esta solución no resulta aún de recibo.

B. La individualización judicial de la pena

A partir del marco penal abstracto, modificado por las eventuales circunstancias modificativas genéricas (agravantes o atenuantes cualificadas), el juez penal debe individualizar la pena concreta para el delito económico cometido. Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación que deben ser observadas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial[2376]. La individualización de la pena debe seguir un procedimiento legalmente dispuesto de división por tercios, tener en cuenta un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código Penal y evaluar si la pena a imponer puede ser reemplazada por una medida alternativa u otra pena menos gravosa.

La idea básica es que la pena concreta debe ser proporcional al hecho concreto[2377]. La gravedad del delito se determina en función del sentido comunicativo que le corresponde en el plano social[2378]. Lo primero que debe tenerse en consideración para el juicio de gravedad es el injusto objetivo (de la acción y del resultado), el injusto subjetivo y la culpabilidad[2379]. De especial incidencia para los delitos económicos es –siempre, claro está, que dichos aspectos no hayan sido considerados ya en la formulación del

---

[2375] Vid., Jescheck, *JZ* 1959, p. 462.

[2376] Vid., Ziffer, *Lineamientos*, p. 96 y s.

[2377] Así, Hörnle, *Determinación de la pena*, p. 68 y ss.; Feijoo Sánchez, *InDret* 1/2007, p. 9; Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 6 y s.

[2378] Sobre la necesidad de entrelazar la visión de lesión de un bien jurídico con su significación de infracción de la norma, Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 11.

[2379] Así, Silva Sánchez, *InDret* 2/2007, p. 8. En nuestro país, 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).

tipo penal[2380]– la pluralidad de agentes, la importancia de los deberes infringidos de orden funcional o profesional[2381], la extensión del daño o peligro causados por la conducta del autor que puedan ser alcanzados por el fin de protección de la norma[2382], la reparación espontánea del daño, el móvil de lucro o las circunstancias personales del autor como la edad, la educación, la situación económica y el medio social del autor, así como su cultura y costumbres[2383].

Al decidir el juez la pena concreta a imponer, debe evaluar si ésta resulta necesaria. En este punto entran a tallar los mecanismos de alternatividad penal que son de especial importancia en los delitos económicos, pues las penas que normalmente se prevén para estos delitos no son muy elevadas y la integración social que caracteriza a los delincuentes económicos haría recomendable que no entren en prisión por breve término. Debido a que esta salida legal a la 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 ha planteado la posibilidad de revisar la viabilidad de los mecanismos alternativos.

En la doctrina penal se ha propuesto hacer efectivas las penas privativas de libertad cortas para los delitos económicos, de manera tal que se evite un manejo económico de las posibilidades reales de terminar en prisión[2384]. Pese a la fuerza de convencimiento que parece tener la ejecución efectiva de penas cortas de prisión para los delitos económicos, este planteamiento resulta contrario al principio de resocialización, pues permitiría el ingreso a prisión del condenado por poco tiempo con las graves consecuencias de desocialización. Pero lo más significativo es que conllevaría, en el fondo, una infracción al principio de igualdad, pues mientras

---

[2380] Vid., así, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 131.

[2381] Vid., PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 117; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 558.

[2382] Vid., en igual sentido, ZIFFER, *Lineamientos*, p. 124.

[2383] 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). Así, PRADO SALDARRIAGA, *RPDJP* 1 (2000), p. 560, como factores que inciden en el grado de culpabilidad y que inciden sobre el reproche que cabría hacerle.

[2384] Vid., sobre esto, TIEDEMANN, *Poder económico*, p. 162 y s.

que el delincuente tradicional se vería beneficiado con los mecanismos de alternatividad penal, a los delincuentes económicos se les negaría dicha posibilidad.

3. Las consecuencias accesorias

Las consecuencias accesorias se regulan en nuestro Código Penal en los artículos 102 y siguientes. Como lo puede constatar una rápida lectura al articulado antes mencionado, dentro de la nomenclatura de consecuencias accesorias se agrupan medidas de diversa naturaleza que difícilmente podrían reducirse a un único criterio[2385], lo que obliga a analizarlas de forma diferenciada. Lo único que queda claro es que estas reacciones jurídicas no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco conceptos que se puedan integrar en el concepto de reparación civil por el daño producido.

A. El decomiso

a. El decomiso de objetos, instrumentos y efectos del delito

El artículo 102 del CP regula la figura del decomiso de instrumentos, objetos y efectos del delito[2386]. Pese a que el decomiso sobre estas tres clases de bienes se regula en una misma disposición legal, su fundamento no es necesariamente el mismo. Lo único en común que tienen es que esta medida determina el traslado de los bienes decomisados a la esfera de titularidad del Estado.

El decomiso de los *instrumentos* del delito recae sobre los bienes utilizados para la realización del hecho delictivo, como, por ejemplo, el automóvil con acondicionamientos especiales que ha sido utilizado para esconder las mercancías y eludir el control aduanero. Este decomiso no alcanza, por el contrario, a los instrumentos que sólo son potencialmente utiliza-

---

[2385] Vid., en este sentido, Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 387.

[2386] En el Derecho penal alemán, 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*). La regulación diferenciada se explica en que los fundamentos no son los mismos.

bles[2387]. El artículo 102 del CP establece adicionalmente un límite negativo en relación con el decomiso de instrumentos, al señalar que no procede su decomiso en el proceso penal si dichos bienes están sometidos al proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el D. Leg. 1104. Se trata de una norma que establece una preeminencia procesal.

El fundamento para decretar el decomiso de los instrumentos del delito se ha ubicado en el peligro de que puedan ser utilizados nuevamente para la comisión de otros hechos delictivos[2388]. La regulación actual no hace, sin embargo, una mención expresa a este fundamento, por lo que podría alegarse que tal peligrosidad no es necesaria. Así las cosas, el decomiso de los instrumentos tendría una naturaleza punitiva, en la forma de una sanción a sus propietarios por el uso delictivo que se les ha dado. En refuerzo de esta tesis podría alegarse incluso que el artículo 102 del CP dispone el decomiso de los instrumentos del delito, aun cuando éstos pertenezcan a terceros, a no ser que no hayan prestado su consentimiento para su utilización. La lógica del decomiso sería que si el propietario del bien autoriza que éste sea usado por otro delictivamente, tendrá que cargar con su pérdida.

Pese a la plausibilidad del razonamiento procedente, la asignación de una naturaleza punitiva al decomiso de los instrumentos del delito no se corresponde con el sentido que el Código Penal de 1991 le atribuye, pues lo regula como una consecuencia accesoria que se caracteriza precisamente por no constituir una sanción penal[2389]. Por lo tanto, la exigencia de la peligrosidad debe necesariamente mantenerse como fundamento del decomiso, aunque posiblemente con un enfoque más extensivo. En este orden de ideas, la peligrosidad no sólo debe afirmarse cuando los instrumentos son intrínsecamente delictivos, en cuyo caso deberá proceder el decomiso bajo cualquier circunstancia, sino también cuando están en manos de personas que se han mostrado incapaces de evitar su uso delictivo. En este último caso, la peligrosidad de los instrumentos es producto de una combinación

[2387] Así, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 414.

[2388] Vid., así, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 394; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 198 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso*, p. 61 y s.

[2389] Igualmente en la doctrina penal española se le niega al decomiso el carácter de sanción penal, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, p. 470 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Revista Penal* 19 (2007), p. 167.

de factores: la idoneidad del bien para su uso delictivo y su pertenencia a personas que no aseguran su inocuidad[2390].

En cuanto a los delitos económicos en particular, la figura del decomiso de instrumentos del delito se ha discutido en relación con los vehículos que transportan las mercancías en el delito de contrabando, así como respecto del dinero lícito que es utilizado para lavar activos de procedencia delictiva (específicamente, mediante la mezcla de bienes lícitos e ilícitos). En el primero de los supuestos, no se aprecia ninguna objeción para la procedencia del decomiso del vehículo utilizado para transportar la mercancía contrabandeada, siempre que no pertenezca a un tercero que desconozca su uso delictivo[2391]. Lo mismo cabe decir respecto del decomiso del dinero limpio utilizado en una operación de lavado[2392]. Si bien estos bienes no son intrínsecamente delictivos, están en posesión de personas que pueden volver a utilizarlos o dejar que otros los utilicen en otras actividades delictivas de similares características.

El decomiso de los *objetos* está referido a los bienes sobre los que recae la acción delictiva, como el dinero falsificado que se introduce al sistema monetario, los productos con marca falsificada que se comercializan o los activos delictivos que se colocan en el mercado para proceder a su legitimación aparente. Al respecto debe indicarse que hay objetos del delito que no resultan decomisables, en la medida que sobre los mismos recae un derecho de propiedad de un tercero ajeno al delito, como sucede, por ejemplo, con el bien que ha sido objeto de un hurto o de una apropiación ilícita. En dichos casos, dicho objeto será pasible, más bien, de ser abarcado por el concepto de la reparación civil (específicamente, la restitución del bien)[2393]. La redacción asumida por el artículo 102 del CP va en este mismo sentido, al establecer que el decomiso de estos bienes procederá siempre que, por su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución.

Al igual que el decomiso de los instrumentos del delito, el decomiso de los objetos del delito debe sustentarse también en el criterio de la peligrosi-

---

[2390] En la misma línea, Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 61 y s.

[2391] Igualmente, Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 74.

[2392] Vid., Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 74.

[2393] Vid., Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 93.

dad. Como ya se dijo, esta peligrosidad no debe reducirse a la peligrosidad intrínseca del objeto (por ejemplo: las drogas, las medicinas adulteradas, el dinero falso, etc.), sino que debe alcanzar también a aquellos que precisan de ciertas condiciones o requisitos para una posesión jurídicamente válida que no se encuentran presentes en el caso concreto (por ejemplo: bienes culturales, especies protegidas, etc.). Dado que no está excluida la posibilidad de que se pueda volver a cometer un delito sobre los mismos bienes, lo que procede es su decomiso.

El artículo 102 del CP regula finalmente el decomiso sobre los *efectos* o *ganancias* del delito. Por efectos se entienden todos los bienes que son producidos u obtenidos por la conducta delictiva[2394], por ejemplo, el dinero falso elaborado por el acto de falsificación o el bien entregado a consecuencia del engaño en la estafa. Dentro del término ganancia se engloban, por su parte, los beneficios económicos que trae consigo el delito. Esta ganancia puede derivarse directa y necesariamente de la realización típica (por ejemplo, las dádivas recibidas para no participar en una licitación pública en el delito de cárteles de licitación) o puede tener lugar con posterioridad a la consumación del delito (por ejemplo, el pago de los intereses usurarios)[2395]. Más discutible es si esta clase de decomiso puede alcanzar también a los bienes sustitutivos de los efectos o ganancias que proceden directamente el delito (decomiso sustitutivo). En la regulación española no hay mayor inconveniente, pues la normativa es expresa al incluir las posteriores transformaciones de las ganancias[2396]. Pese a la falta de una inclusión expresa en nuestra regulación penal, no parece existir un impedimento legal para interpretar el término efecto o ganancia de forma extensiva, de manera tal que se pueda englobar también los bienes sustitutivos[2397].

El fundamento del decomiso de efectos o ganancias no se encuentra, como en los casos anteriores, en la peligrosidad de los bienes, sino en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídica-

---

[2394] Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso*, p. 74 y s.

[2395] Vid., así, VIZUETA FERNÁNDEZ, *Revista Penal* 19 (2007), p. 163 y s.

[2396] Vid., VIZUETA FERNÁNDEZ, *Revista Penal* 19 (2007), p. 165 y s.

[2397] Igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *Decomiso*, p. 96.

mente válida[2398]. Se trata, por lo tanto, de un mecanismo de redistribución que tiene lugar en el proceso penal ante un enriquecimiento sin causa lícita (cuasi enriquecimiento sin causa)[2399]. Este parecer obligaría a que el decomiso de las ganancias se ajuste a la ganancia neta, pues si se dirige al ingreso bruto, se desbordaría el fundamento del cuasi enriquecimiento sin causa y se entraría en un ámbito propiamente punitivo de pérdida hasta de lo invertido[2400].

Con la determinación del fundamento del decomiso de los efectos y ganancias, se puede responder también a la cuestión de si pueden incluirse las rentas o utilidades producidas por actos de inversión lícitos realizados con los efectos o ganancias del delito. Podría decirse, siguiendo una lógica causal, que la rentabilidad se obtiene por una inversión realizada con un efecto o ganancia derivada del delito, lo que significa que no habría podido tener lugar sin el delito que generó el capital invertido, por lo que debería también decomisarse las rentas o utilidades. Sin embargo, un sector de la doctrina penal señala acertadamente que ello no es posible, en la medida que no se trata propiamente de ganancias derivadas del delito, sino de actos de inversión o utilización lícitos[2401].

El artículo 102 del CP contempla dos formas especiales de decomiso de efectos o ganancias del delito. Por un lado, está el decomiso de efectos o ganancias que se han mezclado con bienes lícitos. La regulación legal establece que si los fondos lícitos han sido utilizados como medio o instrumento para convertir u ocultar los bienes de ilícita procedencia, se procederá al decomiso de ambos tipos de bienes. Lo que este supuesto de decomiso de bienes de procedencia lícita regula, en realidad, es el decomiso de un instrumento del delito de encubrimiento o de lavado de activos, realizado so-

---

[2398] Vid., García Navarro, *JuS Doctrina & Práctica* 6, junio de 2007, p. 49 y s.; Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 75; Vizueta Fernández, *Revista Penal* 19 (2007), p. 166.

[2399] Así, un sector importante de la doctrina penal alemana habla de una medida de compensación por un cuasi enriquecimiento sin causa (*quasi-kondiktionelle Ausgleichsmassnahme*), tal como lo informa Eser, StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder, § 73, n.m. 18, con mayores referencias bibliográficas.

[2400] Así, Eser, StGB-*Kommentar*, Schönke/Schröder, § 73, n.m. 19; Vizueta Fernández, *Revista Penal* 19 (2007), p. 171.

[2401] Vid., Vizueta Fernández, *Revista Penal* 19 (2007), p. 166.

bre los efectos o ganancias de un delito precedente[2402]. Si, por el contrario, la mezcla no se ha hecho con fines de colocación o ensombrecimiento del origen delictivo de los fondos ilícitos, entonces sólo procederá el decomiso de valor estimado de los bienes ilícitos mezclados. Por otro lado, se regula también el llamado decomiso de valor equivalente, el cual tiene lugar cuando el efecto o ganancia del delito ha sido ocultado, destruido, consumido o transferido onerosamente a un tercero de buena fe[2403]. En dicho caso, el juez dispondrá el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

A diferencia del decomiso de los instrumentos del delito, la regulación actual del decomiso de los efectos o ganancias del delito no establece expresamente si esta medida procede también respecto de bienes que pertenecen a terceros. Por razones de orden en el tráfico patrimonial, este decomiso no debería recaer sobre bienes adquiridos onerosamente por terceros de buena fe. De no admitirse esta limitación, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial, pues a cualquier persona que adquiere diligentemente un bien se le podría decomisar dicho bien por estar vinculado directa o indirectamente con la realización de un delito. Estas consideraciones parecen confirmar la idea que está detrás del legislador penal cuando regula la figura del decomiso de valor equivalente, pues al contemplar como una de sus causales de procedencia el caso de transferencia onerosa a un tercero de buena fe de los efectos o ganancias del delito, eso significa que sobre los mismos no pueda darse un decomiso ordinario de efectos o ganancias[2404].

El artículo 102 del CP indica que los bienes intrínsecamente delictivos deben ser destruidos. En el mismo sentido se pronuncian ciertas regulaciones penales específicas. Así, el artículo 224 del CP en relación con los delitos contra la propiedad industrial y el artículo 24 de la LDA respecto de los delitos aduaneros, disponen que el destino final de los bienes decomi-

---

[2402] En la misma línea, Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 105.

[2403] Igualmente en la regulación penal española, Vizueta Fernández, *Revista Penal* 19 (2007), p. 172 y ss.

[2404] Vid., Gálvez Villegas, *Decomiso*, p. 95 y s.

sados es su inutilización o destrucción[2405]. Sin embargo, estas regulaciones penales específicas, a diferencia de la regulación general del decomiso, dan cabida adicionalmente a la posibilidad de adjudicar a instituciones públicas o sin fines de lucro los bienes decomisados de lícito comercio. Aunque se trate de regulaciones sectoriales, no hay ningún inconveniente para generalizar lo que disponen, de manera tal que se podrá tomar como una regla general que si los bienes decomisados son de lícito comercio cabe su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro, mientras que si se trata de bienes de ilícito comercio lo que corresponde es su destrucción o inutilización.

Los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le denomina incautación cautelar, la que cuenta con una regulación específica en el nuevo Código Procesal Penal[2406]. Debido a que el Código de Procedimientos Penales no contiene una normativa específica sobre la incautación cautelar, se ha procedido a regularla 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 este último caso, la norma que regula la incautación 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 (artículo 13 de la LDA).

b. El decomiso de los beneficios de las personas jurídicas

El decomiso de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas está previsto en el artículo 104 del CP[2407]. En la redacción original del Código Penal, esta disposición constituía una extensión de la regulación general

---

[2405] Vid., igualmente, Achenbach, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), I 2, n.m. 23.

[2406] Vid., Quispe Mejía, en *Estudios críticos*, p. 317.

[2407] 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.

del decomiso previsto en el artículo 102 del CP que sólo se admitía para los instrumentos y efectos del delito. Si bien son las personas jurídicas las que normalmente se benefician sustancialmente con la comisión de delitos económicos, no existía una razón determinante para excluir del ámbito del decomiso al beneficio obtenido por personas naturales con el delito[2408]. La actual redacción del artículo 102 del CP ha levantado esta objeción, al permitir ahora el decomiso de las ganancias de manera general. Sin embargo, la existencia de dos disposiciones diferentes, obliga a entender que el artículo 102 del CP se aplica para el comiso de ganancias ilícitas de las personas naturales, mientras que el artículo 104 del CP hace lo propio respecto de los beneficios ilícitos de las personas jurídicas, por lo que el cuestionamiento ahora se debe a la existencia de dos regímenes de decomiso diferenciados.

En relación con el fundamento del decomiso de los beneficios ilícitos de las personas jurídicas existe cierta discusión. Unos consideran que se trata de una medida de carácter penal que apunta a que el crimen nunca pague[2409]. El decomiso se alinearía en la lógica de una sanción económica que busca asegurar cognitivamente el funcionamiento global del ámbito empresarial[2410]. El problema de esta lógica penal será que si esta medida despliega efectos preventivo-generales sobre la persona jurídica, entonces no se entiende por qué no es propiamente una pena. Si el 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 imputados[2411], siendo incluso

---

[2408] Así, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal*, p. 187; GARCÍA CAVERO, *La persona jurídica en el Derecho penal*, p. 84.

[2409] 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 ganancias se enmarca claramente en la línea de este criterio. Vid., sobre esto último, CARMONA, *Premesse*, p. 225 y s.

[2410] En esta línea ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 204.

[2411] Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 207; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, II, § 29, n.m. 3269.

esta medida de naturaleza subsidiaria en relación con la responsabilidad civil. Si el decomiso de los beneficios procura generar efectos de prevención general en la persona jurídica, la limitación de esta medida por cuestiones de la responsabilidad civil no parece tener sentido alguno.

El tenor legal del artículo 104 del CP parece vincular la medida de decomiso de ganancias de la persona jurídica con el deber de indemnizar el daño producido[2412], ya que establece que los beneficios obtenidos ilícitamente por la persona jurídica deben garantizar la obligación pecuniaria de naturaleza civil de sus funcionarios o dependientes. Sin embargo, tal interpretación resulta irrazonable, pues la persona jurídica puede ser constituida como tercero civilmente responsable por el daño derivado del delito, incluso con una responsabilidad solidaria[2413]. Por esta razón, resulta más adecuada a su naturaleza entender que esta clase de decomiso es una medida civil de compensación con fines redistributivos[2414] que impide que el delito sea un título legítimo para que las personas jurídicas obtengan incrementos patrimoniales. Desde esta perspectiva, el decomiso de los beneficios de la persona jurídica debe vincularse con el deber de indemnizar por un acto de enriquecimiento ilícito (artículo 1954 del CC)[2415], lo que tiene lugar en ámbitos colectivos en los que se presenta una lesividad difusa. Serán, por tanto, los organismos de protección de los intereses difusos (por ejemplo, medio ambiente, consumidores, competencia) los que deberán constituirse en parte civil y pedir el decomiso de las ganancias ilícitas para

---

[2412] Vid., así la naturaleza indemnizatoria del decomiso de ganancias ilícitas, Meini Méndez, *La responsabilidad*, pp. 181, 187.

[2413] Vid., 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 mismo sentido, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho penal*, PG, II, § 29, n.m. 3270.

[2414] 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, *RPCP* 9, p. 277, aunque crítico ante la regulación positiva del Código Penal Peruano.

[2415] 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).

asegurar la indemnización civil por el enriquecimiento ilícito conseguido a expensas del grupo social que representan. Únicamente en estos casos, el alcance del decomiso de las ganancias puede limitarse al monto necesario para cubrir la reparación civil.

En cuanto a su imposición, el artículo 104 del CP establece un mandato al juez para decomisar (privar de) los beneficios obtenidos por la persona jurídica como consecuencia de la infracción penal de alguno de sus miembros. Como puede verse, el tenor de la ley no es facultativo, sino que obliga al juez penal a hacerlo[2416]. Para poder decretar esta medida, el artículo 104 del CP exige dos requisitos: Que los beneficios de la persona jurídica se obtengan como consecuencia 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.

En cuanto al primer requisito, la regulación positiva exige que los beneficios sean consecuencia 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 directos 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[2417]. Distinto es el caso de los beneficios que se obtienen con la inversión lícita de los bienes o activos obtenidos ilícitamente. En estos casos, el decomiso de los beneficios debe limitarse a aquéllos 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 estos beneficios se alcanzan por una actividad de terceros, aunque se haga aprovechándose

---

[2416] De un parecer distinto, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 243.

[2417] Vid., VIZUETA FERNÁNDEZ, *Revista Penal* 19 (2007), p. 165 y s.

de la organización de la persona jurídica, el decomiso de las ganancias no podrá decretarse. Está claro que no se exige una pertenencia formal del interviniente del delito a la persona jurídica, sino que basta con una incorporación fáctica en su estructura organizativa.

El segundo requisito establece que el decomiso de las ganancias ilícitas solamente procederá si los bienes personales de los responsables del delito (funcionarios o dependientes de la persona jurídica) no alcanzan para cubrir la reparación civil. Ya se precisó que esta referencia no se hace a la indemnización civil por el daño producido, sino por el enriquecimiento ilícito obtenido, lo cual procede si es que no hay afectados individuales que puedan accionar civilmente por el daño que concretamente se les ha ocasionado. En cualquier caso, la subsidiariedad de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el decomiso de los beneficios ilícitos no puede explicarse desde ninguna perspectiva[2418]. Se trata de una deficiente regulación que no debe mantenerse más tiempo, por lo que es necesario demandar una urgente modificación de este aspecto específico.

B. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

Dentro de las consecuencias accesorias se contemplan también determinadas medidas preventivas aplicables directamente a las personas jurídicas con la finalidad de excluir una situación de peligrosidad objetiva cuando su organización pueda ser utilizada nuevamente en la comisión u ocultación de otros hechos delictivos. Estas medidas se encuentran previstas en el artículo 105 del CP, pero también en diversas leyes penales especiales como la Ley Penal Tributaria (artículo 17), la Ley de Delitos Aduaneros (artículo 11), la Ley contra el Lavado de Activos (artículo 8) o la Ley contra el Crimen Organizado (artículo 23).

a. Presupuestos

Para precisar cuáles son los presupuestos necesarios para la imposición de las consecuencias accesorias, juega un papel determinante el hecho de que no se consideren penas y tampoco se les asigne un carácter pe-

[2418] Críticamente sobre la subsidiariedad de la responsabilidad civil de la persona jurídica, Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 188.

nal. En este sentido, estas medidas no requieren crear 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 fundamentalmente a dar cabida a una medida que apunta a eliminar una situación de peligro de futura comisión de nuevos delitos.

aa) Presupuestos materiales

Aunque el artículo 105 y 105 A del CP no establecen de forma clara y ordenada los presupuestos materiales para la imposición de las consecuencias accesorias, éstos pueden ser determinados atendiendo a su fundamento, esto es, eliminar o reducir la peligrosidad objetiva de que la organización de la persona jurídica sea utilizada nuevamente por sus miembros individuales para la comisión u ocultación de hechos delictivos. Esto supone primeramente que el delito cometido por el miembro individual permita al juez entrar a conocer la actividad y estructura organizativa de la persona jurídica. En segundo lugar, que dicho conocimiento ponga a la vista del juez una situación objetiva de peligrosidad delictiva de la organización colectiva. Y finalmente que, como toda medida restrictiva de derechos, las consecuencias accesorias ponderen otros intereses concurrentes, de manera tal que no se llegue a una reacción desproporcionada. Veamos cada uno de estos presupuestos materiales de manera más detenida.

aaa) Hecho principal vinculado a la persona jurídica

Para poder imponer una consecuencia accesoria es necesario, en primer lugar, que se haya determinado previamente que una persona individual ha cometido un hecho delictivo vinculado a una persona jurídica[2419]. Esta exigencia material se desprende claramente del tenor del artículo 105 del CP, al señalar que el hecho punible (del sujeto individual) debe haberse cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.

[2419] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 139.

A diferencia de la regulación española[2420], el Código Penal Peruano no 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 y, por el principio de aplicación supletoria de las normas de la Parte General (artículo X del T.P. del CP), de las leyes penales especiales[2421]. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el término hecho punible abarcaría tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconseja reservarlas para los hechos graves, es decir, para los hechos delictivos[2422].

De acuerdo al tenor legal, los supuestos de vinculación de la persona jurídica con el hecho punible son fundamentalmente tres. En primer lugar, la vinculación se produce cuando el delito se comete 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, la cual 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. El criterio funcional nos parece el más adecuado, en la medida que el criterio del beneficio resulta siempre de difícil determinación y verificación[2423]. Lo decisivo no es la utilidad del

---

[2420] 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.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, PG, p. 545.

[2421] Vid., igualmente, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 301.

[2422] 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.].

[2423] 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.

hecho delictivo para los intereses de la persona jurídica, sino la realización de este hecho en el ámbito de actuación de la persona jurídica frente a terceros.

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. Por un lado, está el caso de favorecimiento de la organización de la persona jurídica a la comisión del hecho delictivo. Se trata, como puede deducirse fácilmente, de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen utilizando la organización de la persona jurídica. Dado el nivel de intervención exigido, la persona individual que utiliza la organización de la persona jurídica no requiere tener el estatus de autor del delito, sino que basta una imputación a título de partícipe[2424]. Por otro lado, la vinculación con la organización de la persona jurídica tiene lugar también cuando se utiliza la organización para encubrir el delito. El significado del término encubrir debe hacerse en un sentido penal, es decir, como una acción que configura el tipo penal de encubrimiento[2425]. Bajo esta perspectiva, se trata de actos materializados 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[2426], pues no hay duda que la tentativa es también un hecho punible. Por otra parte, dicho término no debe interpretarse en un sentido extensivo que alcance 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, lo que se

---

[2424] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 139 y s. Precisa CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 292, que el favorecimiento incluye no sólo la complicidad, sino también la inducción.

[2425] Similarmente, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 293.

[2426] Vid., CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 281. De otra opinión, en la regulación penal española anterior, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 139, a partir de consideraciones sobre el principio de legalidad.

cumple indiscutiblemente con un hecho típico y antijurídico[2427]. En consecuencia, no es un requisito necesario para imponer una consecuencia accesoria que se haya condenado al sujeto individual[2428].

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 la persona natural. No se requiere que se trate de un miembro formal de la persona jurídica[2429], a diferencia del comiso de ganancias obtenidas ilícitamente, en donde el tenor legal exige expresamente que la persona natural responsable 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 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 CP 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[2430]. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas propias 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. Por contra, el alcance del concepto de persona jurídica de

---

[2427] 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.

[2428] De otra opinión, Prado Saldarriaga, *Las consecuencias*, p. 185. Esta exigencia la hace suya el AP 07-2009 al requerir que se haya condenado al autor físico y específico del delito (punto 14).

[2429] Vid., así Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 141; Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 207. De otra opinión Rodríguez Esteves, *El Derecho penal*, p. 359 y s.

[2430] Igualmente, Núñez Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 116. De otro parecer, Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 298.

Derecho privado debe interpretarse en un sentido amplio, de manera que se incluya a las sociedades de hecho e irregulares[2431]. El Derecho penal no tiene por qué estar vinculado a una interpretación accesoria que limite sus posibilidades de actuación, por lo que debe puede tener en cuenta también a los entes colectivos de hecho.

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 prognosis sobre la probabilidad de que sujetos individuales cometan nuevos hechos delictivos a través o con ayuda de la organización de la persona jurídica[2432]. 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 permita, favorezca o encubra la futura realización de hechos delictivos (p.e. la existencia de una planta contaminante o las llamadas sociedades fachada). Esta exigencia se desprende del artículo 105 A inciso 1 del CP, al señalar como un criterio de fundamentación de las consecuencias accesorias prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

La peligrosidad de la estructura organizativa se muestra claramente cuando la persona jurídica está configurada ex profesamente para ser utilizada en la comisión de conductas delictivas. Sin embargo, ésta no es la única forma en la que el presupuesto de la peligrosidad objetiva se expresa. También es posible afirmarla cuando una persona jurídica realiza una actividad peligrosa, cuya permisión depende de que se tomen medidas organizativas internas para poder eliminar o controlar dicha peligrosidad. En este caso, la peligrosidad de la organización se dará por ausencia o deficiencia de implementación de aquellas medidas de prevención o de control que eran exigibles (*criminal compliance*)[2433].

[2431] De otro parecer en cuanto al tenor legal, CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 297; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 493.

[2432] Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 548.

[2433] Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, p. 97 y ss.

ccc) Test de proporcionalidad

Como último presupuesto material, hay que señalar que la imposición de las consecuencias accesorias, en la medida que comportan una restricción de derechos, debe someterse obligadamente a un *test* de proporcionalidad que abarca un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto[2434].

El juicio de idoneidad debe tener en cuenta no sólo la finalidad preventiva antes señalada de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (evitar la peligrosidad de la estructura empresarial), sino también los intereses de los trabajadores y acreedores de la empresa afectada con dicha medida[2435]. Ello explica que el mismo artículo 105 del CP contemple la posibilidad de que el juez disponga la intervención de la persona jurídica por la autoridad competente para resguardar los intereses de sus trabajadores y acreedores. Esta permeabilidad de las consecuencias accesorias ante aspectos que no tienen un carácter exclusivamente preventivo-penal, ponen de manifiesto otra vez que estas medidas no pueden ser medidas de naturaleza estrictamente penal. En consecuencia, se trata de 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, lo que debe llevarse a cabo no sólo para decidir si se impone una consecuencia accesoria, sino también para elegir cuál de ellas tiene que imponerse 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 penal deberá optar por la menos onerosa para la persona jurídica. Este juicio de necesidad repercute también en la decisión judicial de imponer una o más consecuencias accesorias a la persona jurídica.

Por último, el juez penal debe hacer también un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el que determine si existe un desequilibrio

---

[2434] Vid., así, Zúñiga Rodríguez, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dir.), p. 490; Tamarit Sumilla, *LH-Cerezo Mir*, p. 1167; Sota Sánchez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 70. En la misma línea el AP 07-2009, punto 17.

[2435] Vid., en este sentido, Fernández Teruelo, *Estudios*, p. 54 y s.

manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la medida restrictiva prevista y la finalidad de la norma. Siguiendo esta lógica, el juez penal podría prescindir de imponer una consecuencia accesoria si el nivel de involucramiento de la persona jurídica es sumamente limitado o la peligrosidad se circunscribe a delitos de muy poca monta. Estos parámetros de gravedad se contemplan expresamente en el artículo 105 A del CP, en tanto se reconoce como criterio de fundamentación de las consecuencias accesorias la gravedad del hecho punible realizado (inciso 3) o la extensión del daño o peligro causado (inciso 4).

bb) Presupuestos procesales

Está claro que la imposición de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas debe viabilizarse a través de un proceso penal. Por lo tanto, no sólo deben reunirse los presupuestos de orden material antes mencionados, sino también aquellos de carácter procesal que permitan introducir en el proceso penal la pretensión de imponer a una persona jurídica una consecuencia accesoria, dándole a ésta además la posibilidad de defender sus intereses.

aaa) Incorporación de la persona jurídica al proceso penal

Para imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica dentro de un proceso penal es evidente que previamente debe haber sido incorporada a dicho proceso. En el Código de Procedimientos Penales no hay una norma que establezca esta exigencia de manera expresa. Por esta razón, ha sido la jurisprudencia la que ha dispuesto que la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas se haga previo emplazamiento e incorporación al proceso penal bajo la forma de "parte pasiva"[2436]. Esta línea jurisprudencial se ha consolidado con el AP 07-2009, el cual señala que en los distritos judiciales en los que rige el Código de Procedimientos Penales, debe igualmente exigirse la incorporación procesal de las personas

[2436] Vid., REYNA ALFARO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p. 132 y s. Igualmente en la jurisprudencia nacional, 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.

jurídicas (punto 20). Este vacío legislativo ha sido corregido por el artículo 90 del Código Procesal Penal de 2004, el cual dispone el emplazamiento e incorporación de la persona jurídica en el proceso penal a instancia del fiscal para que el juez pueda imponerle alguna consecuencia accesoria.

Sobre el requisito del requerimiento fiscal se presenta una cuestión debatible. Cierto sector de la doctrina se pronuncia, con base en el principio acusatorio, sobre la potestad exclusiva del Ministerio Público para incorporar a una persona jurídica como parte pasiva[2437]. En efecto, el Código Procesal Penal es sumamente claro al señalar que las consecuencias accesorias sólo podrán imponerse si el fiscal lo requiere. Esta particularidad legal no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que estas medidas aplicables tienen el carácter de penas. En la nueva estructuración del proceso penal, en donde el fiscal asume y dirige la investigación, es evidente que éste es quien se encuentra en la mejor posición para poder determinar si se presentan los presupuestos para imponer una consecuencia accesoria a la persona jurídica. Por consiguiente, la exigencia del requerimiento fiscal se sustentaría más 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 la persona jurídica como parte pasiva en el proceso penal: Esta incorporación debe darse entre la formalización de la investigación y la conclusión de la misma[2438]. El pedido del fiscal sigue el trámite establecido para los medios de defensa durante la investigación preparatoria. En la audiencia prevista para decidir este pedido 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 CPP[2439].

[2437] 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; El Mismo, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 122.

[2438] Vid., Espinoza Goyena, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 122.

[2439] Admite igualmente la posibilidad de apelación, Espinoza Goyena, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 123.

Resulta pertinente destacar que en el último párrafo del artículo 105 del CP se establece que el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de las consecuencias accesorias. En este sentido, si el juez penal determina que la organización material del ente colectivo es la misma, aunque éste haya variado su nombre, composición accionaria o su estructura organizativa, está en plena capacidad de imponerle igualmente la consecuencia accesoria correspondiente.

bbb) Los derechos procesales

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, especialmente del derecho de defensa[2440]. Por disposición constitucional, las personas jurídicas deben tener la 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[2441], debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto, un imputado, no extendiéndosele ciertas facultades personalísimas como el derecho a la no autoincriminación. En

---

[2440] Vid., así, NÚÑEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28, octubre (2011), p. 120. En la regulación penal española, del mismo modo, SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 145; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 289.

[2441] Vid., ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 318 y s.

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.

b. Clases

En los diversos sistemas penales existen fundamentalmente dos modelos de consecuencias accesorias 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[2442]. Las medidas pecuniarias materializan de forma más clara la idea del control externo, aunque también poseen esta misma orientación medidas como el cierre del establecimiento, la suspensión de actividades y la disolución y liquidación[2443]. 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 del control externo como rasgos del control interno.

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 de 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 per-

---

[2442] Vid., Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 142. Una ordenación distinta realiza Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones*, p. 406, quien habla, por un lado, de medidas preventivas de carácter asegurativo y, por el otro, de medidas coercitivas.

[2443] Vid., Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 142 y s.

sona jurídica, ni tampoco que en esos locales se haya realizado el delito que motiva el proceso penal[2444]. 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 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[2445], 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[2446].

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 la ha impuesto, el levantamiento de la medida no podrá ser ordenada por la Administración,

---

[2444] De una opinión distinta, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 182; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 311.

[2445] Vid., SOTA SÁNCHEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 70. Igualmente en el Derecho español, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 302.

[2446] Limita esta medida a casos de extrema gravedad, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 200.

sino que tendrá que solicitarse que sea el juez penal el que proceda a levantar dicha medida, como lo puede hacer con la medida de internamiento conforme al artículo 75 del CP. Debe quedar 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, la cual puede durar hasta dos años[2447]. El fundamento de esta consecuencia accesoria reside en el hecho de que la conducta delictiva producida en el marco de las actividades de la persona jurídica puede seguir desarrollándose. Por ejemplo: Si 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 latente. El plazo máximo de la suspensión de actividades se establece con el ánimo garantista de evitar una medida indeterminada de restricción de derechos (principio de proporcionalidad). Si cumplido el plazo establecido por el juez la peligrosidad objetiva se mantiene, la Administración Pública estará autorizada a tomar las medidas administrativas para controlar dicha peligrosidad.

Si la actividad en cuestión que no está sometida a una autorización administrativa, entonces la imposición de la consecuencia accesoria de suspensión impedirá que la persona jurídica pueda realizar esta actividad como cualquier otra persona. Si se trata, por el contrario, de una actividad que requiere de una autorización administrativa, entonces la persona jurídica debe contar con dicha autorización, pues, si no la tiene, simplemente no le asistirá el derecho de poder realizar dicha actividad. En este sentido, la suspensión de una actividad sometida a autorización administrativa presupone que la persona jurídica cuente con una autorización legal para

[2447] Destaca su carácter temporal, De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 202.

poder llevarla a cabo. Queda claro que la suspensión de una actividad no le impide a la persona jurídica poder desplegar su accionar empresarial en otro sector o ámbito permitido[2448].

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 objetivo de que se pueda volver a cometer[2449]. Constituye, en el fondo, una medida similar a la inhabilitación, pero que no puede entenderse, al menos en nuestro sistema penal, como una pena, sino como una medida preventiva que se impone porque la persona jurídica se ha mostrado incompetente para realizar determinadas actividades sectoriales. Esta medida podrá tener un carácter definitivo o temporal, siendo su plazo máximo de duración en este último caso cinco años.

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 determinados ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando una empresa ha realizado una defraudación a las rentas de aduanas en su actividad 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.

[2448] Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 202.

[2449] Vid., en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410.

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 un ente colectivo, en la medida que implica la pérdida de su existencia jurídica[2450]. Por esta razón, esta medida debe proceder cuando resulta claro que la persona jurídica ha sido creada con fines únicamente delictivos[2451]. Nos estamos refiriendo concretamente a las sociedades pantalla o fachada, las cuales se utilizan sólo con fines delictivos como, por ejemplo, para defraudar los tributos o lavar activos de procedencia delictiva. La existencia de la persona jurídica ha tenido, en estos casos, un fin exclusivamente delictivo, de manera tal que su permanencia en el mundo jurídico no tiene ninguna razón válida. El último párrafo del artículo 105 A del CP es categórico en este mismo sentido, al disponer la disolución de la persona jurídica cuando resulta evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

ee) La intervención de la persona jurídica

El último párrafo del artículo 105 del CP 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 accesorias, lo que debería condicionar su duración[2452]. Sin embargo, el legislador penal ha decidido establecer un plazo máximo a la duración de esta medida de intervención, la cual no puede superar los dos años.

[2450] Vid., Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; Gracia Martín, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 410; De Vicente Martínez, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), p. 201.

[2451] Igualmente, Silva Sánchez, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 143; Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 303; Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 212; Núñez Pérez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 115; Sota Sánchez, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 71. Exigen una alta probabilidad de que vuelva a involucrarse en delitos, Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, *Derecho penal*, PG, II, § 29, n.m. 3249.

[2452] Así, Meini Méndez, *La responsabilidad*, p. 210; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias*, p. 183; Castillo Alva, *Las consecuencias*, p. 320.

Debe quedar claro que 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 asegurar la conservación de determinados bienes o valores patrimoniales. 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 en el contexto de la imposición de una consecuencia accesoria a la persona jurídica.

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[2453]. 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 del control del desenvolvimiento de las empresas en el sector, por ejemplo, la Superintendencia de Banco y Seguros en el caso de las entidades financieras.

c. *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 existen posiciones encontradas, pues mientras unos sostienen que su imposición es obligatoria[2454], otros consideran que estas medidas deben tener un carácter potestativo o facultativo[2455]. En el fondo, consideramos que esta discusión es más retórica

[2453] Igualmente, MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad*, p. 209.

[2454] Vid. MEINI MENDEZ, *La responsabilidad*, p. 206; ESPINOZA GOYENA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 117.

[2455] Así, PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias*, p. 184; CASTILLO ALVA, *Las consecuencias*, p. 304, basado en el principio de mínima intervención.

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.

d. Criterios de determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

El artículo 105 A del CP establece los criterios para que el juez pueda decidir motivadamente la imposición de una consecuencia accesoria a una persona jurídica. En este dispositivo legal se entremezclan criterios de fundamentación con criterios de determinación de las consecuencias accesorias. De hecho hay incluso criterios de naturaleza mixta, pues pueden decidir la imposición o la graduación de una consecuencia accesoria. Limitándonos propiamente a los criterios de determinación, cabe destacar los siguientes: la gravedad del hecho punible realizado, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido con el delito, la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible y la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

e. La imposición cautelar de las consecuencias accesorias

El artículo 105 del CP 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, como es el caso del artículo 314 C del CP que en los delitos contra el medio ambiente le permite al juez penal disponer la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria. 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 una pena, no se aprecia ningún inconveniente material 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 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[2456]. 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 medidas administrativas como las consecuencias accesorias, resulta lógico ampliar también los efectos de la sentencia a la consecución de los 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 también 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[2457].

Los requisitos para poder imponer cautelarmente las medidas preventivas a las personas jurídicas están previstos en el propio artículo 313 del CPP. Por un lado, se encuentra la exigencia del *fumus bonus iuris*, es decir, que exista suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y

---

[2456] Vid., ESPINOZA GOYENA, en *El nuevo proceso penal*, Cubas/Doig/Quispe (coord.), p. 319 y s.

[2457] Vid., igualmente, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, p. 293.

de la vinculación de la persona jurídica conforme a los supuestos previstos en el artículo 105 del CP[2458]. Es muy importante, en cuanto a este requisito, la existencia de elementos de convicción suficientes. 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 cautelarmente 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 injerencia sobre la persona jurídica, debe tenerse en cuenta también el principio constitucional de proporcionalidad[2459].

f. Medidas preventivas previstas en leyes especiales

Regulaciones especiales de las consecuencias accesorias se encuentra en diversas leyes penales especiales. Por un lado, cabe mencionar ciertas leyes penales especiales que, en esencia, reproducen los mismos parámetros de la regulación general del artículo 105 del CP, con algunos cambios mínimos sobre todo en cuanto a la duración de algunas consecuencias accesorias. Así lo hacen, por ejemplo, la Ley Penal Tributaria y la Ley de Delitos Aduaneros. La situación es distinta en otro grupo de leyes penales especiales, en donde la regulación especial de las consecuencias accesorias desborda el marco general del artículo 105 del CP. Aquí puede mencionarse la Ley de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y la Ley contra el Crimen Organizado.

Dentro del segundo grupo de leyes penales especiales llaman especialmente la atención dos aspectos de la regulación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En primer lugar, la incorporación de la multa y la cancelación de licencias, derechos o autorizaciones como nuevas consecuencias accesorias que no están previstas en la regu-

---

[2458] Similarmente, Bacigalupo, S., *La responsabilidad penal*, p. 294.

[2459] Vid., así, con referencias de la jurisprudencia española, Silva Sánchez, *InDret* 2/2006 (342), p. 9.

lación general. En segundo lugar, el establecimiento de criterios para la imposición de las consecuencias accesorias consistentes en la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible. De la conjunción de ambos aspectos podría cobrar fuerza la opinión de que se trata, más bien, de penas a las personas jurídicas[2460], pues estas nuevas consecuencias accesorias se corresponderían más con las penas de multa e inhabilitación que con medidas preventivas, además de usar un criterio retrospectivo y no prospectivo para decidir la imposición de las consecuencias accesorias.

A los argumentos precedentes a favor de una comprensión punitiva de las consecuencias accesorias cabría hacerle la réplica elemental de por qué seguir entonces llamando de modo distinto a algo que es una pena. Pero no sólo eso, a la multa también se le ha considerado una forma de control preventivo externo de la persona jurídica de carácter no necesariamente punitivo[2461], del mismo modo que la cancelación de autorizaciones administrativas puede ser vista como una forma de prevenir daños futuros por la falta de idoneidad o capacidad de su titular. Por otro lado, la referencia al hecho cometido puede servir para medir la proporcionalidad en sentido estricto de una medida restrictiva, manteniéndose el fundamento de su imposición en la peligrosidad objetiva de la organización respecto de la comisión futura de nuevos delitos similares. Por lo tanto, el tenor legal no obliga a asumir una visión punitiva de las medidas de prevención, por lo que puede mantenerse la comprensión no penal de las consecuencias accesorias.

Existen, por otra parte, leyes especiales que contemplan 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[2462]. En cuanto a la publicidad, el artículo 88 de la LTV establece que las autoridades juris-

---

[2460] Así parecer ser la opinión de ESPINOZA GOYENA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 118.

[2461] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.), p. 143.

[2462] Vid., con consideraciones críticas, CASTRO SALINAS, *Themis* 35, p. 36 y s.

diccionales 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 girado cheques sin fondos[2463]. 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.

C. La reparación civil

La realización de un delito económico no sólo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar también a una obligación de indemnizar los daños producidos. En este sentido, el delito económico, en cuanto hecho dañoso, constituye también un suceso civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado por el daño a exigir el pago de una reparación civil integral.

El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del hecho delictivo sería iniciar un proceso civil, en donde el juez civil determinaría el daño producido y establecería una reparación acorde con dicho 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"[2464]. No obstante, debe tenerse presente que esta unificación de pretensiones no implica que la acción pe-

[2463] Vid., Bramont-Arias Torres, *Gaceta Jurídica* 83-B (2000), p. 54.

[2464] Vid., así, Silva Sánchez, *InDret* 03/2001, p. 2. Vid., igualmente, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 94.

nal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia conceptual.

a. Fundamento

La reparación civil puede exigirse en cualquier delito económico que genere daños o perjuicios[2465]. 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 pueda constituirse en parte civil, no debe olvidarse de que también es posible que determinados entes colectivos se constituyan en parte civil en representación de los intereses difusos o colectivos afectados. En el artículo 82 del Código Procesal Civil se contempla expresamente esta posibilidad, lo cual podría ser considerado también en el ejercicio de la acción civil en el proceso penal[2466]. Si bien el Código de Procedimientos Penales no dice nada al respecto, el artículo 94 inciso 4 del CPP cubre este vacío de la regulación procesal penal, otorgándole las facultades de los agraviados directos a las asociaciones que representen los intereses difusos afectados por el delito.

La reparación civil por los daños producidos por el hecho delictivo puede adquirir 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*[2467]. 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[2468], así como hacer responsables por el incumplimiento 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[2469]. En

---

[2465] Vid., así, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 420.

[2466] De la misma opinión, GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 103.

[2467] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 03/2001, p. 9; GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil en el proceso penal*, p. 103 y s.

[2468] Vid., la referencia, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 03/2001, p. 10.

[2469] Vid., con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 03/2001, p. 9. Con consideraciones críticas en los delitos tributarios, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 919 y ss.

nuestra doctrina jurisprudencial, el Pleno Jurisdiccional Penal de 1999 ha seguido esta línea (tema 5), 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 CP dispone que la acción civil no se extingue mientras subsista la acción penal[2470].

b. Contenido

En cuanto a su contenido, existe acuerdo doctrinal en que la responsabilidad civil derivada del daño producido por el delito debe ser integral[2471]. En esta línea, el artículo 93 del CP establece los conceptos que debe abarcar la llamada reparación civil. Por un lado, cabe exigir la restitución del bien o la entrega de su valor si lo primero no es posible; por el otro, se puede solicitar una indemnización por los daños y perjuicios producidos.

El concepto de la restitución del bien opera para delitos que han implicado un despojo o apropiación de bienes[2472]. El artículo 94 del CP 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[2473]. En este punto resulta pertinente hacer la acotación de que la restitución del bien no se reduce a una simple devolución del bien, sino que se trata de una restauración de la situación jurídica alterada por el delito[2474], por lo que no procederá, por ejemplo, la entrega del bien a quien lo poseía si es que su tenencia tenía también un origen delictivo.

La restitución del bien no debe interpretarse como una regla 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

---

[2470] Vid., así, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 336 y ss.

[2471] Vid., así, Gálvez Villegas, *La reparación civil*, p. 106.

[2472] Vid., igualmente, Alastuey Dobón, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 424; Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas*, p. 284.

[2473] En este sentido, destaca el carácter preferente de la restitución en la reparación civil, Quintero, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 51.

[2474] Vid., Guillermo Bringas, *La reparación civil en el proceso penal*, p. 94.

título oneroso algún derecho de persona que aparezca con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante en virtud de causas que no consten en los registros públicos. Esta buena fe se presume mientras no se pruebe que el adquiriente conocía la inexactitud del registro. En consecuencia, la restitución solamente procederá si el tercero adquiriente no tiene buena fe[2475]. 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[2476]. 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[2477]. En este caso, como en todos los demás en los que no es posible la restitución del bien, el artículo 93 del CP dispone que el responsable civil deberá pagar su valor.

El segundo concepto que engloba la reparación civil es la llamada indemnización por 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[2478]. En este sentido, el objeto de la reparación no es solamente el daño patrimonial, sino también el que tiene carácter no patrimonial[2479].

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 criterios legales para precisar el contenido del daño económico, como lo hace el ar-

---

[2475] En el mismo sentido, GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil en el proceso penal*, p. 98 y s.

[2476] Vid., así, BIGIO CHREM, en *Para leer*, vol. I, p. 211.

[2477] Vid., así, BIGIO CHREM, *Para leer*, vol. 1, p. 211.

[2478] En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, Gracia Martín (coord.), p. 429; ZARZOSA CAMPOS, *La reparación civil*, p. 178.

[2479] Vid., GUILLERMO BRINGAS, *La reparación civil en el proceso penal*, p. 100.

tículo 243 de la Decisión 486 que establece: "*Para calcular la indemnización por daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: a) El daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) El monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o c) El precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido*". A esta regulación el artículo 130 del D. Leg. 1075 agrega lo siguiente: "*las ganancias obtenidas por el infractor y que fueran imputables a la infracción, siempre que no hayan sido consideradas al momento de calcular el monto de la indemnización*".

En relación con el daño moral y personal, hay que señalar que aun cuando resulten poco frecuentes, también es 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[2480]. En el primer caso, la afección puede ser consecuencia de la imposibilidad de uso o disfrute de un bien o la imposibilidad de recibir 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. Pero 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[2481].

[2480] Vid., así, Cavanillas, en *La responsabilidad civil "ex delicto"*, p. 97 y ss.

[2481] Entiende, sin embargo León Alva, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 54, diciembre (2013), p. 124, que los tribunales nacionales, en cuanto al daño moral, terminan

c. *Los responsables civiles*

La responsabilidad civil alcanza solidariamente a todos los responsables del hecho punible como responsables directos. Esta solidaridad le llega también al tercero civilmente responsable[2482], es decir, a aquella persona natural o jurídica que resulta responsable con base en los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-civiles, pero que no responde penalmente[2483]. Para que este tercero pueda responder civilmente del pago de la reparación civil impuesta en el proceso penal, debe haber sido constituido como tal en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil.

En los delitos económicos, en los que normalmente los intervinientes 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 responsabilizada civilmente, 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 CC que regula la llamada responsabilidad civil vicaria, si es que el daño proviene de un empleado o dependiente del ente colectivo[2484]. Conforme al dispositivo legal antes mencionado, aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio 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.

---

aplicando un factor de reprochabilidad, lo que relativizaría el carácter meramente resarcitorio de la reparación civil.

[2482] 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.

[2483] Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *La reparación civil*, p. 246 y s.; PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas*, p. 287.

[2484] Vid., así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 58.

En segundo lugar, la responsabilidad civil de la persona jurídica puede provenir de una responsabilidad directa por los daños producidos por sus representantes[2485]. El fundamento legal no se encontrará en la responsabilidad civil vicaria, sino en un criterio de atribución por hecho propio con base en el artículo 1969 ó en el artículo 1970 del CC, dependiendo de si se considera la actividad de la empresa como riesgosa o no. La doctrina civil nacional es predominante al señalar que aquí no se debe acudir a la responsabilidad vicaria, sino a una responsabilidad directa[2486]. Así, De Trazegnies señala que equiparar la representación con una relación vicarial "*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*". En la misma línea, Osterling Parodi y Castillo Freyre 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*"[2487].

El factor de atribución de la responsabilidad civil por los hechos dañosos de los representantes de la persona jurídica requiere determinar que éstos han actuado efectivamente en su calidad de representantes[2488]. Por lo tanto, no toda actuación lesiva del representante de una persona jurídica genera una responsabilidad civil para ésta última, sino solamente en aquellos casos en los que ha actuado como tal. Si bien no estamos ante un

---

[2485] Considera, por el contrario, que la responsabilidad del tercero civilmente responsable es siempre indirecta, Gálvez Villegas, *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 50.

[2486] Vid., De Trazegnies, *Para leer*, vol. IV, p. 479.

[2487] Vid., Osterling Parodi y Castillo Freyre, en www.castillofreyre.com.

[2488] Vid., Espinoza Espinoza, *Revista Jurídica del Perú* 17 (1998), p. 198; Zúñiga Rodríguez, *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 59 y s.

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 del interés y la llamada teoría de la función. La teoría del interés 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[2489]. La teoría de 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[2490]. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice desde esta posición el delito correspondiente[2491]. 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 civilmente la persona jurídica[2492]. 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.

d. La reparación del daño como tercera vía del Derecho penal económico

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[2493]. Concretamente en nuestro sistema legal, la repa-

---

[2489] Sobre 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.

[2490] 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.

[2491] Vid., así, LABSCH, *wistra* 1985, p. 60.

[2492] Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 52.

[2493] Vid., así, las referencias legales al Derecho penal español, alemán y austriaco en SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios de Derecho penal*, p. 213 y ss.

ración 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, se le considera un criterio específico para individualizar la pena (artículo 46 inciso 1, literal f del CP) e incluso tiene un efecto eximente en determinados delitos económicos 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 desarrolle sólo a efectos de determinar la responsabilidad civil. El conflicto penal se le devuelve de alguna manera, siendo relevante su intervención desde el punto de vista de las consecuencias jurídico-penales.

La función del Derecho penal económico consiste en mantener la vigencia de la norma infringida en el sistema económico, lo que tiene lugar a través del sentido comunicativo desplegado por la pena. En determinados delitos económicos, cuya incidencia social no es tan grave, la reparación del daño puede cumplir la función restabilizadora antes mencionada[2494], 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 necesariamente jurídico-civiles[2495]. Debe quedar claro, en cualquier caso, que esta

---

[2494] Vid., Rodríguez Delgado, *INCIPP*, www.incipp.gob.pe, p. 1 y ss. De manera general, 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.

[2495] 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

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[2496].

La reparación del daño constituye un mecanismo de solución del conflicto penal que está teniendo progresiva aplicación en el ámbito de los delitos económicos[2497]. Ni siquiera la posición dominante que asigna una naturaleza colectiva a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal económico, se opone a que la reparación del daño pueda ser tenida como una salida válida al conflicto penal[2498]. Debe reiterarse que la bipartición de la naturaleza de los bienes jurídicos no ofrece una base satisfactoria para la fundamentación de los delitos económicos, sino, más bien, aquella que parte de una protección contextualizada de los intereses esenciales de los intervinientes en el sistema económico. Desde esta perspectiva, la reparación del daño resulta completamente viable, dependiendo su extensión únicamente de la mayor o menor difusión de la lesividad de la conducta.

La reparación del daño opera en los delitos económicos de diversas formas. 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 algún 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 exonera-

---

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 negar la naturaleza civil de la reparación civil.

[2496] Exige, en este sentido, el respeto al principio de responsabilidad penal, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 832.

[2497] Así, señala la utilidad de la reparación en los delitos económicos, RODRÍGUEZ DELGADO, *LH-Bramont Arias*, p. 834; JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 46.

[2498] Así, RODRÍGUEZ DELGADO, *INCIPP*, www.incipp.gob.pe, p. 4.

torios de la responsabilidad penal en delitos económicos que se sustenta en una acción de impago, como ocurre desde hace mucho en los libramientos indebidos y de forma más reciente en los delitos tributarios[2499].

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.

[2499] Vid. igualmente en el Derecho penal alemán, Franzheim, *NStZ* 1982, p. 138 y ss.

Bibliografía

- AAVV, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, Achebach/Ransiek (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg, 2012 [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, «Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del "delito económico"», Gaceta Penal & Procesal Penal 8, febrero (2010), p. 155 y ss.
- Abanto Vásquez, «El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico», en Derecho penal del enemigo, Cancio/Gómez-Jara (coord.), Buenos Aires, 2006. p. 1 y ss. [cit. *Derecho penal del enemigo*, Cancio/Gómez-Jara (coord.)].
- Abanto Vásquez, «El Derecho penal en una economía de mercado, influencia de a integración económica y la globalización», en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl) [cit. *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.)].
- 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].
- ACHENBACH, «Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung», *ZStW* 119 (2007), p. 789 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*, Silva 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*].

- Agustina Sanllehí. *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, 2010 [cit. *El delito en la empresa*].

- 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.

- Alcácer Guirao, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *RECPC* 04-08 (2002), punto II.

- Alcácer Guirao, «Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: Iter criminis y Derecho penal económico», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 549 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- 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*].

- Alpaca Pérez, «Apreciaciones sobre el fundamento y límites de la responsabilidad penal derivada de la intervención en la adopción de un acuerdo en el seno de un órgano colegiado», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo (2011), p. 125 y ss.

- Alpaca Pérez, «Reflexiones en torno al estado actual de la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 54 y ss.

- 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*].

- 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.

- 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*].
- 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 Galdos, «El error de prohibición», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 41 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*].
- Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, 2013 [cit. *La empresa como sujeto de imputación*].
- Arzt/Weber, Strafrecht, BT, Bielefeld, 2000 [cit. *Strafrecht*, BT].
- Arzt, «Geldwäscherei – Eine neue Mache zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *NStZ* 1990, p. 1 y ss.

- Arzt/Weber, Strafrecht, BT, LH4, 2. Aufl., Bielefeld, 1989 [cit. *Strafrecht*, BT, LH4, 2. Aufl.].

- Arzt, «Leichtfertigkeit und recklessness», Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978, p. 119 y ss. [cit. *GS-Schröder*].

- Ávalos/Robles, Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional, Lima, 2006 [cit. *Jurisprudencia penal*].

- 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, «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, «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, pp. 53 y ss., 299 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

- Bacigalupo Zapater, Delito y punibilidad, 2ª ed., Buenos Aires, 1999 [cit. *Delito y punibilidad*].

- Bacigalupo Zapater, «El nuevo delito fiscal», *AP* 45 (1995), p. 883 y ss.

- 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, 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», La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 71 y ss. [cit. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (ed.)].

- 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*].

- 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/Feijoo/Gómez-Jara, *Tratado de las responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2012 [cit. *Tratado*].

- Bajo Fernández, «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret* 3/2008, p. 1 y ss.

- 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*].

- 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.
- 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].
- BELING, Deutsches Reichstrafprozessrecht, 1928 [cit. *Deutsches Reichstrafprozessrecht*].
- BELING, Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906 [cit. *Lehre vom Verbrechen*].
- 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*].
- BERGALLI, «Criminología del "White-Collar crime": forma-estado y proceso de concentración económica», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VII, Santiago de Compostela, 1984, p. 29 y ss. [cit. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VII].
- 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 De-

recho 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.)].

- 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*].

- 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*].

- 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].

- 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.

- 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*].

- Boers, «Wirtschaftskriminologie», *MschrKrim* 2001, p. 339 y ss.

- BOIX REIG, «La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*», en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, p. 123 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].

- BOLEA BARDON, «Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores)», *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, Luzón Peña (dir.), Madrid, 2010, p. 755 y ss. [cit. *LH-Mir Puig*].

- 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*].

- BONIFACIO MERCADO, «Problemas dogmáticos y político-criminales de la fórmula del "actuar en lugar de otro" en el Código Penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 59 y ss.

- BOOP, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes im Sinne des Grundrechtes "nulla poena, nullum crimen sine lege", Freiburg, 1966 [cit. *Die Entwicklung*].

- BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden 2002 [cit. *Organisationsverschulden*].

- 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, «Wirtschaftsstrafrecht 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.

- 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, «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*].

- 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, «Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht», *JR* 1984, p. 133 y ss.
- Bruns, «Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)», *GA* 1982, p. 1 y ss.
- 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?*].
- Bülte, « Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht», *NStZ* 2013, p. 68 y ss.
- Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Wien, 1974 [cit. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*].
- Burkhardt, «Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la "confusión entre lo subjetivo y lo objetivo"», (trad. Pastor) en El sistema integral del Derecho penal, Wolter/Freund (Eds), Madrid, 2004, p. 153 y ss. [cit. *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds)].
- 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"*].

- BUSCH, R., Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig, 1933 [cit. *Grundfragen*].

- BUSCH, Unternehmen und Umweltstrafrecht, Osnabrück, 1997 [*Unternehmen*].

- 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, «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*].

- CADENAS, «Algunas cuestiones sobre riesgo permitido», 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.

- CAMPOS NAVE, Rechtsstaatliche Regeltreue? Corporate Compliance als zwingende Antwort des freiheitsliebenden Unternehmes im Wirtschaftsstrafrecht, Frankfurt a.M., 2011 [cit. *Rechtsstaatliche Regeltreue?*].

- 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, 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.

- CARMONA, Premesse a un corso di diritto penale dell'economía, Milán, 2002 [cit. *Premesse*].

- CARO CORIA, «El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl) [cit. *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.)].

- 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, «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 senten-

cia 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, 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», *ADPCP* 1975, p. 159 y ss.

- 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, *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl).

- CHOCANO/VALLADOLID, Jurisprudencia penal, Lima, 2002 [cit. *Jurisprudencia penal*].

- CHOCLÁN MONTALVO, Responabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Barcelona, 2003 [cit. *Responabilidad de auditores de cuentas*].

- CHRISTIE, *Los límites del dolor*, (trad. De Caso) México, 1988 [cit. *Los límites del dolor*].

- CLAROS GRANADOS, «La imputación del resultado típico a los miembros de los órganos de la empresa en los delitos de comisión por omisión», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 54, diciembre (2013), p. 146 y ss.

- CLAROS GRANADOS, «Dificultades de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 155 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].

- 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*].

- Dannecker/Dannecker, «Die „Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen. Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben», *JZ* 2010, p. 981 y ss.

- Dannecker, «Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Cap. 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].
- 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, «Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus dependientes», en Cuestiones actuales del Derecho penal económico, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 61 y ss. [cit. *Cuestiones*

actuales del Derecho penal económico, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.)].

- 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*].

- 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, «Sanciones y reparación en el Derecho penal económico», en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Serrano-Piedecasas/Demtrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 187 y ss. [cit. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demtrio Crespo (dir.)].

- 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*].
- DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003 [cit. *La racionalidad de las leyes penales*].
- 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.
- 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.
- 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, «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.
- 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.
- Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Berlin, 1993 [cit. *Unternehmensdelinquenz*].
- 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*].
- 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, «Consecuencias accesorias del delito. Breves apuntes acerca del Derecho nacional reciente: Aspectos sustantivos y procesales», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 116 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.)].

- Fabel, Geldwäsche und tätige Reue, Marburg, 1997 [cit. *Geldwäsche*].
- Fakhouri Gómez, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: Un caso problemátivo, Pamplona, 2009 [cit. Las remisiones normativas].
- Fakhouri Gómez, «Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la cuestión del error en el Derecho penal», *InDret* 4/2009, p. 1 y ss.
- 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.)].
- Fateh-Moghadam, «Criminal Compliance ernst genommen – zur Garantenstellung des Compliance-Beauftragten», en Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB. Analysen zur aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, Baden-Baden, 2011 [cit. *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*].
- Fedders, Tatvorsatz und tätige Reue bei Vorfeldelikten, Baden-Baden, 2002 [cit. *Tatvorsatz*].
- Feijoo Sánchez, «Crisis económica y Derecho penal: Responsabilidad de los intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 20, febrero (2011), p. 93 y ss.
- Feijoo Sánchez, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», *InDret* 2/2009, p. 1 y ss.
- Feijoo Sánchez, Diccionario de Derecho penal económico, Boix Reig (dir.), Madrid, 2008 [cit. *Diccionario de Derecho penal económico*, Boix Reig (dir.)].

- Feijoo Sánchez, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», en Gobierno Corporativo y Derecho Penal, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.), Madrid, 2008, p. 191 y ss. [cit. en *Gobierno Corporativo y Derecho Penal*, Bajo/Bacigalupo/Gómez-Jara (ed.)].

- 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, «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.), Mendoza, 2004, p. 153 y ss. [cit. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.)].

- 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, 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.

- Felip i Saborit, «El objeto del conocimiento de la antijuricidad», *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y ss.

- 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.)].

- FERNÁNDEZ BAUTISTA, «La adscripción de un hecho a su autor: La pertenencia del hecho, especial referencia al administrador», Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, Luzón Peña (dir.), Madrid, 2010, p. 563 y ss. [cit. *LH-Mir Puig*].
- 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.
- 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.

- Foffani, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», (trad. Pifarré de Moner), *Revista penal* 7 (2001), p. 61 y ss.
- Francia Arias, «Nòtas 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, 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.
- Freeland, «Algunas cuestiones relativas a la justificación en el ámbito de la actividad empresarial», en *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.), Buenos Aires, 2010, p. 175 y ss. [cit. *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.)].
- 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.
- Frick, «Vorsätzliche, leichtfertige und leichtfahrlässige Steuerverkürzung», en Strafverfolgung und Strafverteidung im Steuerstrafrecht, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983 [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- Frisch, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», (trad. Robles Planas),

en La teoría del bien jurídico, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 309 y ss. [cit. *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.)].

- FRISCH, «Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa», *GA* 2009.

- FRISCH, «Delito y sistema del delito», (trad. Robles) en El sistema integral del Derecho penal, Wolter/Freund (Eds), Madrid, 2004, p. 193 y ss. [cit. *El sistema integral del Derecho penal*, Wolter/Freund (Eds)].

- 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, «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, «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, 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, Vorsatz und Risiko, Köln, 1983 [cit. *Vorsatz*].

- FRISTER, Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 53.

- FRISTER, «Nowehr im System der Notrechte», *GA* 1988, p. 291 y ss.
- GALLANDI, «Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegarschutz», *wistra* 1989, p. 125 y ss.
- 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, Decomiso, incautación y secuestro, Lima, 2013 [cit. *Decomiso*].
- GÁLVEZ VILLEGAS, «Tercero civil en el proceso penal», *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 47 y ss.
- GÁLVEZ VILLEGAS, La reparación civil en el proceso penal, 2ª ed., Lima, 2005 [cit. *La reparación civil*].
- GÁLVEZ VILLEGAS, El delito de lavado de activos, Lima, 2004 [cit., *El delito de lavado de activos*].
- GARCÍA ALBERÓ, "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995 [cit. *Non bis in idem*].
- 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. 63 y ss. [cit. *EPC* XVI].
- GARCÍA CANTIZANO, «Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico-peruano», *RPDJP* 5 (2004), p. 137 y ss.
- GARCÍA CAVERO, Criminal Compliance, Lima, 2014 [cit. *Criminal Compliance*].

- García Cavero, El delito de lavado de activos, Lima, 2013 [cit. *El delito de lavado de activos*].

- García Cavero, «Responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa», en Ensayos sobre Derecho penal económico y de la empresa, Chrino/Martínez (comp.), San José de Costa Rica, 2013, p. 229 y ss. [cit. *Ensayos sobre Derecho penal económico*, Chrino/Martínez (comp.)].

- García Cavero, "La competencia por el hecho: Una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa, en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 355 y ss. [cit. en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- García Cavero, «La pena al partícipe extraneus en los delitos especiales», *Anuario de Derecho Penal*, 2009, Hurtado Pozo (ed.), Lima, 2009, p. 115 y ss.

- García Cavero, La persona jurídica en el Derecho penal, Lima, 2008 [cit. *La persona jurídica*].

- 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 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*].
- 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, pp. 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*].

- 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, «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 1962, p. 544 y ss.

- 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-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, 2005 [cit. *La culpabilidad*].

- 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 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, «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal. Análisis del Derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad», *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, 4, 2003, p. 11 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.)].
- 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, «La polémica en torno a la legitimidad del moderno Derecho penal económico», en Derecho penal económico y de la empresa, Heydegger/Atahumán (coord.), Lima, 2013, p.13 y ss.
- 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, 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].

- 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, «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 reparación civil en el proceso penal, Lima, 2011 [cit. *La reparación civil*].
- Guillermo Bringas, «La prohibición de regreso en el Derecho penal», *Iuris lex societas*, 1 (2006), p. 281 y ss.
- Günther, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», Festschrift für Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 203 y ss. [cit. *FS-Lüderssen*].
- 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, p. 185 y ss. [cit. *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (dir.)].
- 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.)].
- 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, Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht, Hamburg, 1957 [cit. *Zurechnung*].
- HARTUNG, Steuerstrafrecht Kommentar, 3. Aufl., Berlin, 1962 [cit. *Steuerstrafrecht*].
- 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, «Um die Behandlung des Verbotsirrtums im Strafrecht», *JR* 1950, p. 545 y ss.
- HASSEMER, «Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts», *wistra* 5/2009, p. 169 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/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, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973 [cit. *Theorie*].
- Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, Berlin, 1974 [cit. *Die Beendigung*].
- Hefendehl, «Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität», *ZStW* 119 (2007), p. 816 y ss.
- Hefendehl, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», (trad. Martín Lorenzo), en La teoría del bien jurídico, Hefendehl (ed.), Madrid, 2007, p. 179 yss. [cit. en *La teoría del bien jurídico*, Hefendehl (ed.)].
- Hefendehl, «Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität»? *JZ* 2006, p. 119 y ss.
- 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.), Lima, 1997, p. 19 y ss. [cit. *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.)].

- 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, pp. 65 y ss [cit. *DJT*, I].

- HEINZ, «Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts», en Wirtschaftskriminalität 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.

- HELLMER, «Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen», *GA* 1956, p. 65 y ss.

- Henkel, A. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden im Steuer- und Wirtschaftsrecht, Diss., Bonn, 1960 [cit. *Verantwortlichkeit*].

- 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 Basualto, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 207 y ss.

- Hernández Basualto, «Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa», *Revista de Estudios de la Justicia* 10 (2008), p. 175 y ss.

- Hernández Basualto, «Perspectivas del Derecho penal económico en Chile», *Persona y sociedad*, 2005, p.101 y ss.

- 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, «Tatbestads- oder Verbotsirrtum?», *GA* 1993, p. 457 y ss.

- 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*].
- 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, «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, 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*].
- HONIG, Straflose Vor- und Nachtat, Leipzig, 1927 [cit. *Straflose Vor- und Nachtat*].
- 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, Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln, 1973 [cit. *Konkrete Gefährdungsdelikte*].
- HORN, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Berlin, 1969 [cit. *Verbotsirrtum*].
- HOYER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, München, 1998 [cit. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*].
- HOYER, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1997, preliminares al § 3.
- HRUSCHKA, «Reglas de conducta y reglas de imputación», (trad. Baldó Lavilla), *ADPCP* 1994, p. 343 y ss.
- HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», Festschrift für Kleinknecht zum 75. Geburtstag, München, 1985, p. 191 y ss. [cit. *FS-Kleinknecht*].
- 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.
- Hundt, Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht, Berlin, 1993 [cit. *Die Wirkungsweise*].
- Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, Manual de Derecho penal, PG, I, 4ª ed., Lima, 2011 [cit. *Derecho Penal*, 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, Hurtado Pozo (dir.), Lima, 1997, p. 141 y ss. [cit. *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.)].
- 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*].
- 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*].

- Jähnke, «Grenzen der Fortsetzungszusammenhangs», *GA* 1989, p. 376 y ss.

- Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt a.M., 2012 [cit. *System*].

- 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, p. 157 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

- Jakobs, Comentario a la Sentencia del caso Mannesmann/Vodafone, (trad. García Cavero), *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» (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», (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*].
- 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, «Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht», *JZ* 1959, p. 457 y ss.

- Jescheck, «Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht», *SchwZStr* 70 (1955), p. 243 y ss.
- Jèscheck, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände», *ZStW* 65 (1953), p. 212 y ss.
- Jiménez Bernales, «Análisis dogmático de la posible responsabilidad penal del contador fiscal por el asesoramiento brindado a su cliente», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51, setiembre (2013), p. 165 y ss.
- Jiménez Bernales, «La responsabilidad penal de los empresarios», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 33, marzo (2012), p. 160 y ss.
- Jiménez Bernales, «La criminalidad empresarial como defecto de organización», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 181 y ss.
- Joecks, Steuerstrafrecht, Franzen/Gast/Joecks, 5. Aufl., München, 2001 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks].
- 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.
- 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*].
- Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, Berlin, 1999 [cit. *Die fahrlässige Mittäterschaft*].
- 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, «Kommunikation kommuniziert?», *Rechtstheorie* 21 (1990), p. 352 y ss.
- Kaufmann, Armin, «„Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?», Festschrift für Jescheck, I, Berlin, 1985, p. 251 y ss. [cit. *FS-Jescheck*, I].
- 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, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen, 1988 (reimpresión de la edición de 1954) [cit. Lebendiges].
- Kaufmann, Arthur, Filosofía del Derecho, (trad. Villar/Montoya), Bogotá, 1999 [cit. *Filosofía del Derecho*].
- 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 Ordnungwidrigkeitenrecht», NJW 1983, p. 2235 y ss.

- Kindhäuser, «Los tipos de delito en el Derecho penal económico», (trad. De la Vega), en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 69 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- 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, «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 Straßenverkehrssrecht, 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, «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 Vorsatzs», *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, 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, pp. 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*].
- 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.
- Kunz, «Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?», *GA* 1983, p. 457 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, «Un ensayo sobre el Derecho penal de riesgo y la responsabilidad penal de la persona jurídica», en Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Urquizo/Salazar (coord.), Lima, 2007, p. 519 y ss. [cit. *LH-Bustos*].
- 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., La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, (trad. Gómez-Jara/Orce/Polaino-Orts), Lima, 2003 [cit. *La dogmática jurídico-penal*].
- Lampe, J., «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *JZ* 1994, p. 125 y ss.
- Lampe, J., Wirtschaftsstrafrecht, en Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Albers y otros (Hrsg.), 1981 [cit. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.)].
- 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, 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.
- 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», *Manuales de Formación Continuada*, 4 (1999), p. 359 y ss.
- 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*].
- 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/Ulsenhei-

der/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*].

- 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, pp. 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*].

- LINDEMANN, Michael, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, Tübingn, 2012 [cit. Voraussetzungen].

- 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*].

- 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, Wirtschaftskriminalität, 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.

- 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, «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.)].

- 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 una 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*].
- 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, 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, «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte», *GA* 1974, p. 257 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*].
- 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*].
- Mañalich, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, 12 (2010), p. 169 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.
- Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, Heidelberg, 2011 [cit. *Zur Theorie*].
- 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, Martínes-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, «¿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.)].
- 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].
- 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*].
- MAYER, Hellmuth, Strafrecht, AT, Stuttgart, 1967 [cit. *Strafrecht*, AT].
- 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, Buenos Aires, 2000 (cit. Normas Jurídicas)
- 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 las personas jurídicas: Aplicación al caso peruano desde una perspectiva político-criminal», en *El penalista de dos mundos*. Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, Lima, 2013, p. 279 y ss. [cit. *LH-Hurtado Pozo*].

- 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, Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, 2003 [cit. *Responsabilidad penal*].

- 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 *Portal de Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl).

- 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, 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.

- 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*].

- MIRÓ LINARES, «Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (II) Tipo "subjetivo"», en La teoría del delito en la práctica penal, Silva Sánchez/ Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 255 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal*, Silva Sánchez/ Miró Linares (dir.)].

- 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 Po-

lítica 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. 923 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*].

- 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*].

- 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. *Wirtschaftskriminalität*].

- MÜLLER-GUGENBERGER, en Wirtschaftsstrafrecht, Müller-Gugenberger/Bieneck, 5. Aufl., Köln, 2011, § 5 [cit. en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.)].

- 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.
- MURMANN, Versuchsunrecht und Rücktritt, Heidelberg, 1999 [cit. *Versuchsunrecht*].
- MURMANN, «Täterschaft durch Weisungsmacht», *GA* 1996, p. 275 y ss.
- MUSCO, «La responsabilidad penal de las entidades colectivas», *Revista Penal* 13 (2004), p. 117 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.
- 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.
- Navarro Frías, «Técnica legislativa y Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), p. 219 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.)].
- Nestler, N., «„Umgehungshandlungen" – Überlegungen zum Umgang mit Verweisungen von Blankettstrafgesetzen auf Unionsrecht am Beispiel des § 34 IV AWG», *NStZ* 2012, p. 657 y ss.
- Nestoruk, Strafrechtliche Aspeckte des unerlauteren Wettbewerbs, Bonn, 2003 (cit. *Strafrechtliche Aspeckte*)

- 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., «Normtheoretische Aspekte der Irrtumsproblematik im Bereich des Internationalen Strafrechts» 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.

- 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.), 5. Aufl., Köln, 2011, § 17 [cit. en *Wirtschaftsstrafrecht*, Müller.Gugenberger/Bieneck (Hrsg.)].

- NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: Sus influencias en el Derecho penal de la empresa», *Polít. Crim.* Nº 5, 2008, p. 1 y ss.

- Nieto Martin, «Introdución 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.)].
- Niggli, «Ultima ratio?», *SchwZStR* 1993, p. 236 y ss.
- Nippoldt, Die Strafbarkeit von Umgehungshandlungen, dargestellt am Beispiel der Erschleichung von Agrarsubventionen, Diss., Gießen, 1974 [cit. *Die Strafbarkeit*].
- 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*]
- Núnez Pérez, «Las consecuencias accesorias como modalidad de sanción penal especial y el proceso penal a las personas jurídicas. Análisis del Acuerdo Plenario N° 7-2009 referido a las personas jurídicas y al societas delinquere non potest», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 107 y ss.
- 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/Ulsenhei-

der/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.

- 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 Günther 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, Santiago de Chile, 2009 [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 Strafrecht», Festschrift für Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 91 y ss. [cit. *FS-Maurach*].
- Paeffgen, Nomos-Kommentar zum *StGB*, Baden-Baden, 1995, § 18.
- 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 Alafaro (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*].

- PEÑARANDA RAMOS, «Autoría y participación en la empresa», en Cuestiones actuales del Derecho penal económico, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 161 y ss. [cit. *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.)].

- 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 BEJARANO, «Las competencias en virtud de una institución positiva en el ámbito de la delincuencia socioeconómica», en El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales, Pérez Bejarano (coord.), Lima, 2011, p. 143 y ss. [cit. en *El Derecho penal económico*, Pérez Bejarano (coord.)].

- PÉREZ CEPEDA, «Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 56, febrero (2014), p. 199 y ss.

- 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, «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.

- 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*].

- Pinedo Hidalgo, «La vulneración del *non bis in ídem* mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 27, setiembre (2011), p. 81 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/Cox, «Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa», en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.),

Madrid, 2013, p. 185 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- 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)].

- 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», *Portal de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl).

- PRADO SALDARRIAGA, «Mecanismos administrativos de prevención del lavado de dinero y la responsabilidad penal de los agentes del sistema financiero», *Portal de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, Hurtado Pozo (dir.), p. 1 y ss. (www.perso.unifr.cl).

- PRITTWITZ, «Sonderstrafrecht Wirtschafsstrafrecht ?», *ZIS* 5/2012, p. 217 y ss.

- 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*].

- 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, «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
- 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.
- 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 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, «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, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 287 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].
- Ragués i Vallès, «La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: Problemas de imputación subjetiva», en Derecho penal empresario, Yacobucci (dir.), Buenos Aires, 2010, p. 41 y ss. [cit. *Derecho penal empresario*, Yacobucci (dir.)].

- RAGUÉS I VALLÈS, La ignorancia deliberada en Derecho penal, Barcelona, 2007 [cit. *La ignorancia deliberada*].

- 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*].

- RAMÍREZ LUNA, «De la administrativización a la despenalización de algunos delitos contra el orden económico», *RPDE* 68 (2009), p. 91 y ss.

- 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 ss.

- 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*].
- Reátegui Sánchez, «La instigación en el marco del Derecho penal económico», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 40, octubre (2012), p. 182 y ss.
- Reátegui Sánchez, «El aspectos subjetivo doloso en el delito económico», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 38, agosto (2012), p. 224 y ss.
- 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.
- 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.
- REYES TELLO, ¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídica?, Lima, 2010 [cit. *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídica?*].
- REYNA ALFARO, «Panorama actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, julio (2012), p.125 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, 5. Aufl., Köln, 2011, §§ 2, 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, «La imputación en la empresa y conductas neutrales», en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 439 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- 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 en los delitos económicos», *INCIPP*, www.incipp.org.pe, p. 1 y ss.

- 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 MONTAÑÉS, «Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. VIII 1998-1999, Universidad de Alcalá de Henares, 2000, p. 187 y ss.

- 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*].

- 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, Jurisprudencia penal, T.I, Gaceta jurídica, Lima 1999 [cit. *Jurisprudencia penal*, I].
- 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, «Criminal compliance», en *InDret* 1/2012, p. 1 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 Organisationen 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», Festschrift 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 Aymtsträgern 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*].

- 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].

- 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 convencionales*].

- 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.

- 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, «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, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid, 2001 [cit. *Delito de infracción de deber*].

- 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*].

- SANTANA VEGA, El concepto de ley penal en blanco, Buenos Aires, 2000 [cit. *El concepto de ley penal en blanco*].

- 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*].

- 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, Das strafrechtliche ‚Analogieverbot', Göttingen, 1953 [cit. *Das strafrechtliche ‚Analogieverbot'*].

- 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.
- Scheele, Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte behördliche Genehmigung im Umweltstrafrecht, Berlin, 1993 [cit. *Zur Bindung*].
- Schick, «Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat», *ÖJZ* 1980, p. 105 y ss.
- Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, Berlin, 1994 [cit. *Täterschaft*].
- Schild Trappe, Harmlose Gehilfenschaft, Bern, 1995 [cit. *Harmlose Gehilfenschaft*].
- Schleeh, «Die Bedeutung der Pflichten für das Steuerstrafrecht», *BB* 1971, p. 815 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, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg, 1987 [cit. *Zweites Gesetz*].
- Schlüchter, «Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht», *wistra* 1985, pp. 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, 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, 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*].
- 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.
- Schönke, «Gegenwartsfragen des internationalen Strafrecht», Festschrift für Mezger, München, 1954, p. 105 y ss. [cit. *FS-Mezger*].
- 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, «Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa», *GA* 1957, p. 297 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, 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.

- SCHULZE-OSTERLOH, «Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz», en Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, Köln, 1983, p. 43 y ss. [cit. *Strafverfolgung*].

- 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, 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), *RPDJP* 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, pp. 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*].

- Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugnormen aus anderen Rechtsgebieten, Berlin, 2012 [cit. *Das Verhältnis*].
- 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*].
- Seelmann, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Berlin, 2002 [cit. *Kollektive Verantwortung*].
- Seelmann, «Punibilidad de la empresa: Causas, paradojas y consecuencias», (trad. García Cavero), en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004 p. 25 y ss. [cit. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.)].
- 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.
- 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, «Compliance-Programme im Unternemensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität», en Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Berlin, 2008, p. 449 y ss.
- 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, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en Compliance y teoría del Derecho penal, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Madrid, 2013, p. 79 y ss. [cit. *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.)].

- SILVA SÁNCHEZ, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en La teoría del delito en la práctica penal económica, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.), Madrid, 2013, p. 33 y ss. [cit. *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Linares (dir.)].

- SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de los miembros de un consejo de administración (a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal) de 11 de marzo», *InDret* 2 (2011), p. 1 y ss.

- SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, 3ª ed., Montevideo, 2011 [cit. *La expansión del Derecho penal*].

- SILVA SÁNCHEZ, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret* 2/2006 (344), 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 Uiniversidad 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, «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.), Mendoza, 2004, p. 101 y ss. [cit. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, García Cavero (coord.)].

- 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, «¿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, «¿"ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», InDret 03/2001, p. 1 y ss.

- SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Madrid, 2001 [cit. *La expansión, 1ª ed.*].

- 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, «Introducción: Necesidad y legitimidad de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio», en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (ed.), Oñati, 1998, p. 15 y ss. [cit. en *Delitos contra el urbanismo*, De la Mata Barranco (ed.)].

- 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, 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 Dere-

cho penal, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, p. 17 y ss.[cit. *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].

- SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP* 1996, p. 93 y ss.

- 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 econtemporáneo, 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 a 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«*].
- Sota Sánchez, «Reflexiones en torno a la naturaleza de las consecuencias accesorias apliacables a las personas jurídicas», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34, abril (2012), p. 51 y ss.
- Sowada, «Probleme der natürlichen Handlungseinheit», *Jura* 1995, p. 245 y ss.
- Spaemann, Personen, Stuttgart, 1998 [cit. *Personen*].
- Spolansky, «Integración regional y delitos económicos», en Teorías actuales en el Derecho penal, 75° 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, «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*].

- 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.

- STRUENSEE, «La punibilidad de la tentativa», *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, Agosto 1999, número especial 1, p. 21 y ss.

- STRUENSEE, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA* 1987, p. 97 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*].

- 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.)].

- TERRADILLOS BASOCO, «Concepto y método del Derecho penal económico», en Cuestiones actuales del Derecho penal económico, Serra-

no-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 11 y ss. [cit. *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, Serrano-Piedecasas/Demetrio Crespo (dir.)].

- 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, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Aufl., Köln, 2010, [cit. *Einführung*].

- 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, «Constitución y Derecho penal», (trad. Arroyo Zapatero), en Constitución y Derecho penal, Lima, 2003, p. 45 y ss. [cit. *Constitución y Derecho penal*].

- TIEDEMANN, «La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo: Estado de la cuestión, tendencia de armonización y propuestas de modelo», (trad. Cancio), *Revista Penal* 5 (2000), p. 90 y ss.

- 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.), Lima, 1997, p. 97 y ss. [cit. *Anuario de Derecho penal* 1996, Hurtado Pozo (dr.)].

- 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.), Lima, 1993, p. 11 y ss. [cit. *Anuario de Derecho Penal*, 1993, Hurtado Pozo (dir.)].

- 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 Bekämpfung 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 wirksamere 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, «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums», *GA* 1984, p. 51 y s.

- 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, «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, 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.

- 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, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Polít. crim.*, Vol. 5, Nº 9, julio 2010, art. 3, p. 114 y ss.

- VAN WEEZEL, «Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?», en Derecho Penal y sociedad, Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, II, Montealegre (coord.), Bogotá, 2007, p. 53 y ss. [cit. *Derecho Penal y sociedad*, II, Montealegre (coord.)].

- VAN WEEZEL, «Coautoría en delitos de organización», en en El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, II, Bogotá, 2003, p. 279 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Colombia)].

- VEHLING, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Abgrenzung*].

- VELTEN, Normkenntnis und Normverständnis, Baden-Baden, 2002 [cit. *Normkenntnis*].

- 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*].

- VILCHEZ CHINCHAYÁN, «Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo», en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 9 y ss.

- 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*].

- Vinelli Vereau/Espadín Ventocilla, «Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en lugar de otro», *Gaceta Penal & Procesal Penal* 24, junio (2011), p. 382 y ss.

- Virgolini, Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Buenos Aires, 2004 [cit. *Crímenes excelentes*].

- Vizueta Fernández, «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *Revista Penal* 19 (2007), p. 162 y ss.

- 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. [cit. *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, «¿Amenaza con desaparecer la dogmática clásica de la Parte General del Derecho Penal», (trad. Perdomo) en XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Bernal (ed.), Bogotá, 2010, p.13 y ss. [cit. en *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bernal (ed.)].
- 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*].

- 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, 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, pp. 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, «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, «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].
- 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.
- 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, 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.

- Wüterich, «Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen (§ 324 ff StGB)», *NStZ* 1987, p. 108 y ss.

- Yacobucci, «La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo», Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs, Lima, 2005, p. 631 y ss. [cit. *LH-Jakobs* (Perú)].

- Yacobucci, «Algunos criterios de imputación penal en la empresa», La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, García Cavero (coord.), Mendoza, 2004, p. 357 y ss. [cit. *La responsabilidad*, García Cavero (coord.)]

- Yon Ruesta, «¿Usura en el Perú?», *Ius et veritas* 22, p. 232 y ss.

- Yon Ruesta, «El juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes», *Derecho* 53 (2001), p. 977 y ss.

- Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberg, 1993 [cit. *Strafrechtliches Unrecht*].

- Zaczyk, «Der verschuldete Verbotsirrtum – BayObLG, NJW 1989, 1744», *JuS* 1990, p. 889 y ss.

- Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin, 1987 [cit. *Das Unrecht*].

- Zaffaroni, Manual de Derecho penal, Parte General, I, Lima, 1998 [cit. *Manual*, PG, I].

- ZAFFARONI, Manual de Derecho penal, Parte general, II, Lima, s/f [cit. *Manual*,PG, II].
- ZARZOSA CAMPOS, La reparación civil del ilícito penal, Lima, 2001 [cit. *La reparación civil*].
- ZSCHOCKELT, «Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung», *NStZ* 1994, p. 361 y ss.
- ZIEHER, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, Berlin, 1977 [cit. *Das sog. internationale Strafrecht*].
- ZIESCHANG, Die Gefährdungsdelikte, Berlin, 1998 [cit. *Die Gefährdungsdelikte*].
- ZIFFER, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 1999 [cit. *Lineamientos*].
- ZIMMERL, Zur Lehre vom Tatbestand, Breslau, 1928 [cit. *Zur Lehre*].
- ZIPF, «Principios fundamentales de la determinación de la pena», (trad. Mir Puig), *CPC* 17 (1982), p. 353 y ss.
- ZIRPINS/TERSTEGEN, Wirtschaftskriminalität, Lübeck, 1963 [cit. *Wirtschaftskriminalität*].
- ZORNOZA PÉREZ, «Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria», en Derecho penal de la empresa, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 225 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].
- ZUGALDÍA ESPINAR, «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (análisis del art. 65,3 del Código penal)», en Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005, p. 965 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].
- ZUGALDÍA ESPINAR, «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo I, Lima, 2006, p. 493 y ss. [cit. *LH-Peña Cabrera*, I].
- ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas», *RPJ* 46 (1997), p. 327 y ss.

- ZUGALDÍA ESPINAR, «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en CDJ: Empresa y delito en el nuevo Código penal, Madrid, 1997, p. 213 y ss. [cit. *Empresa y delito*].

- ZUGALDÍA ESPINAR, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas juridicas», *CPC* 53 (1994), p. 613 y ss.

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Responsabilidad civil de la persona jurídica por el delito», *Diálogo con la Jurisprudencia* 96 (2006), p. 55 y ss.

- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación», *Anuario de Derecho penal*, Hurtado Pozo, (dr.), Lima, 2003, p. 474 y ss.

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª ed., Pamplona, 2003 [cit. *Bases*].

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades», *Actualidad jurídica* 91 (2001), p. 49 y ss.

- ZÚNIGA RODRÍGUEZ, «Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal», en Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Ferré Olivé/Anarte Borrallo (eds), Huelva, 1999, p. 205 y ss. [cit. *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds)].

Este libro se terminó de imprimir
en la ciudad de Lima,
en el mes de junio de 2014.