ADPE 2 (2012)

ANUARIO
DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

Director Dino Carlos Caro Coria

ISSN 2224-9699
ISSN-e 2226-3616

© 2012 CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, CEDPE S.A.C., inscrito en la Partida Electrónica N° 12282443 del Registro de Personas Jurídicas de Lima. Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 30.3.11, Certificado N° 00065770. Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 370, San Isidro, Lima 27, Perú. Tf. +51 1 5149100, www.cedpe.com, cedpe@cedpe.com

© 2012 ANUARIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, ADPE. Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 20.5.11, Certificado N° S00066668.

Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 201112202

Dirección: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, ccaro@cedpe.com

Redacción: Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, lreyna@cedpe.com

ÍNDICE

DOCTRINA

- DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DELITOS DEL PODER
  Germán Aller 9

- LIMITACIONES TECNICAS, JURIDICAS E IDEOLÓGICAS PARA EL CONOCIMIENTO Y SANCION DE LA CRIMINALIDAD ECONOMICA
  Luís Ramón Ruiz Rodríguez 21

- LOS DELITOS DE PELIGRO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
  Carlos Martínez-Buján Pérez 47

- EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?
  Luís Greco 63

- PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SU DIRECTIVOS Y EMPLEADOS
  Jean Pierre Matus 75

- LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS GENERALES Y DE APLICACIÓN PRÁCTICA
  María Gutiérrez Rodríguez 87

- LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO: BASES PARA UNA TEORÍA GENERAL
  Jesús-María Silva Sánchez 111

- FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN DE LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS
  Eduardo Demetrio Crespo 125

- A LA ESTELA DE ENRON: EJECUTIVOS DE CORPORACIÓN EN JUICIO
  Kathleen F. Brickey 143

- LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TESTAFERRO EN DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE SOCIEDADES MERCANTILES: PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA
  Ramon Ragués i Vallès 163

- A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO
  André Luís Callegari / Francis Rafael Beck 179

- SOBRE EL TIPO BÁSICO DE LAVADO DE ACTIVOS
  Dino Carlos Caro Coria 193

INTERDISCIPLINARIA

- EL PROGRAMA DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
  Luis Miguel Reyna Alfaro 227

- ¿QUÉ ES LA IMPRUDENCIA?
  Urs Kindhäuser 239

- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CORRUPCIÓN EN CHINA
  Margaret K. Lewis 247

- A CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL
  Elena Burgoa 293

- EL *ENTE INSECURITAS* Y LA INSEGURIDAD DEL DERECHO PENAL. REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO ALEMÁN
  María Laura Böhm 307

- ¿PROCESOS PENALES SOLO PARA CONOCER LA VERDAD? LA EXPERIENCIA ARGENTINA
  Daniel R. Pastor 331

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y LA PRESCRIPCIÓN
  Jacobo López Barja de Quiroga 363

- FRAUDE DE LEY Y NEGOCIO SIMULADO EN EL DELITO FISCAL (SSTC 120/2005 y 129/2008): EL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL Y LOS LÍMITES DE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
  Rafael Alcácer Guirao 373

INFORMES

- "INFORME DE LA 34 JORNADA ALEMANA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL"
  Andy Carrión 391

- "MEMORIA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA- CEDPE" 397

DOCTRINA

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DELITOS DEL PODER

Germán ALLER*

SUMARIO: I. Presentación. II. La instauración de un Derecho penal económico autónomo y su relación con los principios penales. III. Justicia penal específica para los delitos del poder económico. IV. Técnicas de neutralización de la conducta criminal. V. La necesaria interrelación interdisciplinar entre las ciencias penales. VI. Recuperar la educación en valores básicos de convivencia social. VII. El Derecho penal económico como expresión del 'Derecho penal del enemigo'. VIII. Síntesis. IX. Bibliografía

I. PRESENTACIÓN

La presente comunicación comprende aspectos dogmáticos y criminológicos, así como del Ordenamiento positivo sobre el Derecho penal económico y su expresión mediante delitos cometidos desde el poder. El objeto de este trabajo abarca la relación entre el Derecho penal económico, el Derecho penal y la Criminología. En función de esto último, corresponde asimismo tener presentes los aspectos político-criminales que aparejan tales tópicos.

Me enorgullece contribuir con una prestigiosa publicación como esta coordinada por el distinguido y encumbrado colega Prof. Luis Miguel Reyna Alfaro.

II. LA INSTAURACIÓN DE UN DERECHO PENAL ECONÓMICO AUTÓNOMO Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS PENALES

Existe una considerable corriente que tiende a la construcción de lo que se ha dado en llamar de diversas formas: *Derecho penal económico*, *Derecho penal de los negocios* o *Derecho penal de la empresa*[1], abarcando también lo concerniente a los Mercados de Valores[2]. En puridad, este último es una subespecie del Derecho penal económico propiamente dicho. Antes se hacía referencia a esto en función de algunos países europeos, pero ya se percibe en Brasil, Argentina, Chile y –en cierta medida– está presente en Uruguay, aunque de forma moderada.

Por lo tanto, corresponde seguidamente hacer una breve consideración acerca de esa construcción. En efecto, autores prestigiosos han planteado que un Derecho penal económico propiamente dicho tendría principios en común con el Derecho penal tradicional, clásico u ortodoxo, siendo ello perfectamente admisible. En cambio, poseería otros específicos que se escinden y le son propios. Afirmación que, en términos generales, puede ser compartible, porque sin duda cualquier especialidad pautará algunos aspectos principistas que puedan tener su "vida propia", más allá de si se refiere en sí a la autonomía; y quizá sea ello de recibo científico. Lo problemático es definir qué acontece si coliden los principios. Cuando los principios que informan o rigen a un supuesto Derecho penal económico se contradicen total o parcialmente se cae en otra problemática que trasciende la especificidad del campo científico para entrometerse en un más profundo tópico del Derecho

* Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Profesor Agregado (grado 4) de Derecho Penal y Profesor Adjunto (grado 3) de Criminología de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Policía. Académico Correspondiente de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay. Secretario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

1 Rodríguez Ramos, Luis, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2001, pp. 37 y 39. También, Tiedemann, Klaus, "Delitos contra el orden económico", en AA.VV., *La reforma penal*, trad. Francisco de A. Caballero, Madrid, Instituto Alemán, 1982, p. 173. Asimismo, Véron, Michel, *Droit pénal des affaires*, 6.ª ed., París, Armand Colin, 2005.

2 Reyna Alfaro, Luis M., "El tratamiento del 'insider trading' en el Derecho penal iberoamericano", en AA.V., Lima, Ara Editores, 2005, p. 783.

penal: sus principios cardinales que ordenan la dirección dogmática de la Ciencia[3]. Viene a colación indicar que una contradicción total seguramente sea una hipótesis de laboratorio; no así una pugna entre ciertos principios. A fuer de ser sinceros, cuando se analiza en detalle se observa que uno de los puntos axiales es que, bajo el cartel de "principio", se llega a veces a denominar a otra cosa que no debe revestir tal calidad. Por otra parte, en un plano netamente científico los principios no deberían contradecirse, pues ello implicaría que alguno de ellos no estaría en dicho rango, sino sujeto a otra categoría de menor trascendencia. En cuyo extremo, el contrapunto se dirime por la primacía de los principios sobre los enunciados inferiores.

Entiéndase que no ha de olvidarse jamás que un Derecho penal económico en primer y fundamental término debe ser Derecho penal. Va de suyo entonces que los principios de una categoría supeditada a otra no tienen que contrariar a aquellos irrenunciables de la superior que gobierna científicamente. En consecuencia, si existe acuerdo respecto de cuáles son los principios cardinales del Derecho penal, entonces los del Derecho penal económico que los contradigan se deslegitiman y, por ello, se descatalogan en virtud de ser de inferior jerarquía.

Esto conduce ya a algunos planteos claros, en el sentido de que el Derecho penal clásico, ortodoxo, liberal, republicano, tradicional y proveniente de la ilustración y del iluminismo no admite –verbigracia– la inversión de la carga probatoria, que es un tema procesal pero también hace a la materia, porque concierne a la presunción de inocencia, pues son miradas desde distinto ángulo sobre la misma situación. Tampoco podemos renunciar en absoluto al principio de lesividad al bien jurídico, ni al principio de realidad que hoy día –aunque es de larga data– hay que recuperarlo y revitalizarlo permanentemente. De igual manera, no se debe renunciar a los principios de culpabilidad, capacidad de culpabilidad y tipicidad.

Los principios de proporcionalidad y legalidad no son los que plantean los mayores inconvenientes en la especie. Máxime cuando respecto al principio de legalidad se comparte plenamente aquella tradicional afirmación de Maurach, efectuada hace cerca de sesenta años, al decir que los tipos penales poseen un eje o centro que es el bien jurídico; el cual permite hacer primar unos sobre otros, así como delimitar al propio tipo[4]. Igualmente lo expresado por Cerezo Mir unos años después y que lo ha reiterado en su valioso Manual de Derecho penal en cuanto a que el principio de legalidad, cuya pertinencia no se discute en el Derecho penal democrático, halla su mayor consagración y expresión en la Parte Especial, pero que es de muy difícil concreción, así como las conductas descritas en los códigos penales no dejan de ser generalizaciones y abstracciones, pues es impensable describir –por ejemplo– todas las formas de dar muerte[5]. Siguiendo con ese caso, los cuerpos legales sueles describir diversas formas de homicidio, como el parricidio, homicidio piadoso, eventualmente el infanticidio *honoris causa*, el aborto, la ayuda o instigación al suicidio, etc., pero este incluso discutible enunciado no alcanza a ser siquiera representativo de la multiplicidad de variedades de homicidios. El principio de legalidad no llega a esos niveles de precisión. Tan solo puede hacer una máxima especificación de la generalidad, corroborándose lo enunciado por Cerezo Mir acerca de que este principio fundamental es de difícil consagración pero igualmente irrenunciable.

Volviendo sobre el Derecho penal económico, se observa que este no ha sido mal recibido por la comunidad jurídica. Por el contrario, desde hace algunas décadas posee un espacio importante[6]. Su desarrollo plantea el serio problema de que algunos de los criterios consagrados en él comienzan a darse de bruces con los valores ético-jurídicos irrenunciables cuando con los delitos atentatorios contra la vida, integridad física, sexuales o patrimoniales en general sin ser –estos últimos– los cabalmente concernientes al mentado Derecho penal económico. Surgen así algunos

3 Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Principios de un curso sobre los principios cardinales del Derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1997, *passim*.

4 Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Munich, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1958, p. 173. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, p. 255. Versión con Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte General*, t. I, trads. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 340.

5 Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 5.ª ed., 4.ª reimp., Madrid, Tecnos, 2001, p. 169.

6 Tiedemann, Klaus, "El concepto de delito económico", en AA.VV., *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, N° 5, trad. Leopoldo H. Schiffrin, Buenos Aires, Depalma, 1975.

inconvenientes difíciles de desentrañar. Sin rechazar la existencia de una especialización dentro del campo del Derecho penal, esta no debe perder su norte ni los puntos de arranque y de llegada, dado que está dentro del Derecho penal[7].

Algunos autores han señalado que el Derecho penal económico debe tener no solamente principios, sino también Parte General y Parte Especial propias. Sobre este punto –como en tantos órdenes de la vida– se procura ser tolerante y abrir espacios de reflexión para no coartar un campo científico. Con esa mentalidad se abren las fronteras y se choca en algún momento con una palpitante realidad. Esto es, que la Parte General del Derecho penal no fue creada para una cierta gama de tipos penales abroquelados en torno a un determinado bien jurídico o un solo campo de intervención desde lo punitivo, sino que es una visión pretendidamente completa a partir de una serie de principios fundamentales y cardinales del Derecho penal. Es decir, que la Parte General es el *qué* y el *cómo* del Derecho penal. Por su parte, el mentado Derecho penal económico es el tratamiento de un tramo crucial de la realidad delictual contemporánea. Un Derecho penal específico que se inspire en sus propios valores y se aísle de la Parte General del Derecho penal tradicional o tomando de ella solamente aquellas aristas que en su momento le vengan bien, casi antojadizamente o con un criterio pragmático, implicará inequívocamente la creación también de una Parte General para cada temática criminal, ya que ellas no son necesariamente menos importantes. Al respecto, basta con mencionar la criminalidad sexual, predatoria, intrafamiliar, etc.

Por lo dicho, hablar de la autonomía del Derecho penal económico parece un exceso, dado que ello supondría la fragmentación del Derecho penal y una consecuente pérdida de garantías. En todo caso, si tan seguro se está de que se trata de un campo autónomo del tradicional Derecho penal democrático de raigambre constitucional y de corte liberal, pues que se le denomine de otra forma o, de lo contrario, habrá de sujetarse a los principios penales rectores. Sin embargo, no surge que se pretenda crear una categoría totalmente escindida del Derecho penal. Si así fuere, que se le llame Derecho de la empresa y que tenga una parte sancionatoria –no punitiva– retirándose del Derecho penal y quitándole la pena, puesto que en democracia ella es privativa del Derecho penal.

Lo que acontece en este tipo de circunstancias es que, en general, lo que atrae del Derecho penal es la "pena" y no el "Derecho". En cierta manera el Derecho penal nació para controlar la pena y no a la inversa. esta no surgió *por* ni *con* el Derecho. Históricamente ha existido una suerte de Derecho penal mucho antes de la fundamental obra del celebérrimo Bonesana (Marqués de Beccaria)[8]. Previamente a la Era Cristiana, e incluso de la cultura grecorromana, existían una serie de pautas para castigar. Se trataba de un Derecho penal diferente, en el que fue más bien la pena lo que primaba como manifestación de la *vindicta* y que, obviamente, conculcaba los actuales principios que rigen al Derecho penal democrático demostrativo del progreso del hombre. Es que el Derecho penal por definición es liberal, porque de lo contrario no es cabalmente Derecho penal, sino un sistema reglado de neto orden punitivo.

Así las cosas, en su contexto histórico la Ley del Talión (*Lex Talionis*) representó un avance en lo punitivo, porque nació con el firme propósito de acotar el castigo, siendo una especie de estatuto o Derecho incipiente que tendía a limitar el poder punitivo del soberano y acotar la venganza de los ciudadanos.

En consecuencia, es pertinente que exista el Derecho penal económico si se ubica la cuestión en su justa medida, teniendo claro que el rasgo de "económico" no altera la categoría jurídica de los principios de la Parte General del Derecho penal de cuño liberal, así como la especialización ha de ser concretamente la profesionalización de los operadores penales[9].

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático puede existir una disciplina o campo del saber específico sobre un área determinada que cuente con una construcción técnica propia. En este caso, un Derecho referido al mundo de los negocios, de la economía o de lo patrimonial puede correctamente existir. No hay mayor obstáculo en reconocer ese espacio como otra categoría dogmática dentro del ámbito del saber penal, pero partiendo de la base de que la matriz es la Constitución y que el Derecho penal es la

7 Padovani, Tullio, y Stortoni, Luigi, *Diritto penal e fattispecie criminose. Introduzione alla Parte Speciale del Diritto penale*, Boloña, Il Mulino, 2006, pp. 15-26.

8 Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Joachin Ibarra, 1774.

9 Cervini Sánchez, Raúl, "El delito organizado", en AA.VV., *Doctrina Penal*, año 10, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 693.

Constitución aplicada a un específico campo[10]. Cada vez que el Derecho penal se aparta de la Constitución deja de ser cabalmente Derecho, porque se sale de lo correcto, lo recto (*Right*, *Recht*, *Diritto*, *Direito*, *Drét*) y deja de ser justo (*Jus*). El Derecho no es una construcción tan teórica como a veces pueda pensarse. Es lo que el hombre ha definido como justo a través de enunciados normativos vertidos en un sistema reglado y organizado en leyes. Por lo tanto, lo justo y correcto es la rama del árbol que no se aparta definitivamente del tronco, aunque tenga diversificación en sus formas. De allí que la Dogmática penal posea tanta trascendencia, porque es el estudio sistemático y científico del Derecho penal, cerniendo sobre él la necesaria crítica y propuestas de mejora. La Dogmática penal es un sistema de trabajo que nació revisando la jurisprudencia para luego escindirse y aportar un modelo de propuesta *de lege ferenda* y además formar en el estudio también a aquellos que luego harán la jurisprudencia[11].

El Derecho penal económico podría apartarse de este designio e instaurar una categoría autónoma e independiente, pero el resultado sería –como ya se avizora– esencialmente negativo. Los dogmas penales no constituyen verdades reveladas ni son elementos inmutables. Si se habla de Dogmática es porque existen ciertos dogmas y en esto hay que ser simple y claro. Los dogmas penales, siguiendo a diversos autores en ese sentido, pero citando específicamente a Bacigalupo Zapater, son los puntos de partida en las cadenas argumentales que, en definitiva, producen un pensamiento lógico, un sistema coherente que se integra en esa cadena argumental[12]. La operatividad del Derecho penal y sus dogmas son susceptibles de mutaciones, pues son los puntos iniciales para, a partir de ellos, generar mejores soluciones de casos. Por lo tanto, no hay que temer decir que el Derecho penal debe ser dogmático, porque ello no significa que sean verdades sacrosantas y, de hecho, en la historia de la Ciencia penal han habido cambios importantes harto admitidos en forma abrumadora.

Verbigracia, merced a Welzel el elemento subjetivo dogmáticamente se halla en la acción típica en vez de en la culpabilidad[13]. Ello implicó un cambio muy importante en la estructura del tipo y de la culpabilidad y consecuentemente en la metodología, hasta el punto de producir un reordenamiento de la teoría del delito a partir de la acción típica, como antes ocurrió con la teoría de la norma de Binding en 1872[14] y la del tipo según von Beling en 1906[15]. Valen estos tres ejemplos por ser paradigmáticos, aunque quizá no se reflejen plenamente en la jurisprudencia, indicando que, respecto de las innovaciones de Welzel, ya no hay discusión en cuanto a que el dolo, la culpa y la ultraintención están ubicados en el tipo y no en la culpabilidad.

Estos avances científicos no suponen que los fallos judiciales sean necesariamente diferentes. En lo medular, lo que hacen es otorgarles mayor precisión y ofrecer más garantías al justiciable. Entonces, no se trata de meros discursos preciosistas empleando palabras altisonantes y conceptos intrincados, sino de

10 Fernández, Gonzalo D., "¿Política criminal o Derecho penal del enemigo?", en AA.VV., *Estado de Derecho y orden jurídico-penal*, Asunción, Bibliográfica Jurídica Paraguay, 2006, p. 127. También, Tiedemann, Klaus, *Constitución y Derecho penal*, trad. Luis Arroyo Zapatero, Lima, Palestra, 2003, pp. 15-28 y 42-52. Asimismo, Reyna Alfaro, Luis M., "El Programa penal económico de la Constitución Mexicana", en AA.V., Lima, Ara Editores, 2005, pp. 283-286 y 303.

11 Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 15. Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, "¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia", en AA.VV., *El Derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, pp. 857-858 y 863. También, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5.ª reimp., trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 43 y ss. Asimismo, Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2.ª reimp., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 72-89. Ver Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 21.

12 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2.ª ed. ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 43.

13 Welzel, Hans, „Studien zum System des Strafrechts", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, Walter de Gruyter, 1975, pp. 130-131. Versión en español, "Estudios sobre el sistema de Derecho penal", en *Estudios de Derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2002, pp. 32-34.

14 Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, ts. I-IV, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, 1877, 1918 y 1919 respectivamente. También, ed. 1922, ts. I-IV, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991.

15 Beling, Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., Tubinga, Verlag von J. C. B. Mohr, 1930. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944. También, *El rector de los tipos de delito*, trads. L. Prieto Castro y J. Aguerre Cárdenas, Madrid, Reus S. A., 1936. Hay otra versión: *La doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

brindar científicamente más y mejores herramientas para llegar a sentencias más justas. Visto así, se reafirma la expresión de Welzel respecto de que *no hay nada más práctico que una buena teoría*. En el caso de la instalación del elemento subjetivo en el tipo penal no es lo mismo el reproche –juicio valorativo– que el elemento subjetivo del tipo, porque en el primero se imputa el delito desde la culpabilidad. En cambio, desde el tipo se observa en función de la intencionalidad del autor, ofreciéndose así una sistemática operativa a partir de contemplar que la praxis presenta serios defectos en la atribución del reproche, confundiendo lo que es propiamente la culpabilidad con el aspecto volitivo (sito en el tipo) de quien lleva a cabo la conducta. Hay un cambio paradigmático, y este tópico aquí detallado es notorio, pero se podrían desmenuzar los dos antes mencionados, así como otros ahora obviados.

Por ende, no hay obstáculo en construir una especialización dentro de la Dogmática penal que se aboque de lleno al Derecho penal económico. Ello no es lo mismo que hacer una Dogmática del Derecho penal económico ajena al resto del campo científico. En esta última hipótesis, habría que volver a construir los principios intradogmáticos –de corte y cuño metodológico diferenciados de los principios cardinales que están consagrados en los textos legales– concernientes a cómo trabajar en el plano científico para una Dogmática del Derecho penal económico o de la empresa. Sería aquello que los españoles denominan "rizar el rizo", pues ya ha sido una tarea realizada por la Dogmática y no hay razón para hacerla nuevamente.

III. JUSTICIA PENAL ESPECÍFICA PARA LOS DELITOS DEL PODER ECONÓMICO

La lógica consecuencia de todo lo hasta aquí reseñado, en caso de instaurarse un Derecho penal económico autónomo, sería que este tuviera un diferente mecanismo de pena, manejándose y explayándose en un campo separado del resto del Derecho penal con una Justicia penal específica, pues sería otro Derecho penal. Interesa detenerse en alguno de esos aspectos. En Uruguay ha habido un cambio –positivo en términos generales– al crearse juzgados, fiscalías y defensorías para el ámbito de los delitos vinculados al crimen organizado. El resultado deberá valorarse en su justa dimensión dentro de un tiempo, esperando la finalización de las primeras causas penales que abarcan los años iniciales de actividad jurisdiccional.

Una Justicia penal especializada presupone especialistas, técnica y logística adecuadas. Puede ocurrir lo que ha acontecido en otros países, creyéndose que el rótulo hace al contenido, pero no es así. El cartel ha de ser una lógica consecuencia y expresión de lo que anuncia. Es decir, que el continente no debe dar la forma al contenido en este aspecto, sino construir el adecuado para el contenido que se anhela manejar. Para evitar la vulnerabilidad del sistema de control penal se requieren multiplicidad de sedes judiciales, fiscalías y defensores públicos, porque los sistemas organizados de criminalidad procuran detectar los puntos frágiles del aparato represor y debido a que una mayor cantidad de ámbitos dificultaría la previsibilidad acerca de qué oficinas serán las competentes.

Por otra parte, se suele argumentar que el Derecho penal económico posee similar justificación que la existencia de juzgados de familia, penales, aduaneros, civiles, menores, etc. Al respecto, viene al punto advertir que ellos refieren a materias específicas y bien diferenciadas tanto en lo técnico como en lo científico. En cambio, en Derecho penal no hay una imperiosa necesidad de diversificar sus competencias judiciales, porque el Derecho penal económico no deja de ser al fin una faceta más dentro del vasto campo de esta disciplina científica. A mayor detalle, no hay jueces especializados en divorcios, pensiones alimenticias, tenencia de los hijos menores de edad y así sucesivamente, sino que al juez de familia le competen esas diversas problemáticas. Vale decir, que la especialización a través del Derecho penal económico es correcta sin perder de vista que está inmersa dentro del Derecho penal y que debe manejarse hilando fino. Otra forma de abordar en la praxis este aspecto sería la formación de los operadores del sistema en el tratamiento de los delitos de corrupción y económicos, así como en la criminalidad organizada en general, capacitando en ello a todos los jueces, fiscales y defensores penales. Con lo cual, se podrían eventualmente alcanzar los dos objetivos anhelados. Por un lado, evitar la creación de diferentes estratos dentro de la Justicia Letrada de Primera Instancia en materia penal. Por el otro, se optimizaría la formación de los operadores para el abordaje de estas problemáticas delictuales.

IV. TÉCNICAS DE NEUTRALIZACIÓN DE LA CONDUCTA CRIMINAL

Interesa subrayar la vigencia y aplicabilidad del magnífico trabajo elaborado por los criminólogos norteamericanos Sykes y Matza, quienes en diciembre de 1957 publicaron en la prestigiosa *American Sociological Review* un artículo sobre las *Técnicas de*

neutralización en relación a las teorías del aprendizaje social de la conducta criminal[16]. Estos dos profesores seguidores de las preclaras ideas de Sutherland sobre el *Social Learning*, uno de Princeton y el otro de Temple, hicieron un estudio apasionante que significó un codo en el análisis de la criminalidad sobre cómo las personas ubicadas en un mismo ámbito social van instrumentando mecanismos y sistemas tendientes a neutralizar todo posible criterio o freno inhibidor del delito. Dan una explicación racional de lo que en su momento De Greeff denominó la teoría *del paso al acto*. Dos personas en similares situaciones responden distintamente, porque mientras una delinque la otra no lo hace. Hay una marcada diferencia en cuanto a frenos inhibidores que en una funcionan y en otra no lo hacen. Siguiendo en esto al criminólogo belga De Greeff, uno de ellos valora principios aprendidos acerca del deber ser honesto, los cuales captó en su casa desde niño, en la escuela, en las personas próximas y en sus proyecciones como ciudadano, inhibiéndose de delinquir[17]. La otra persona, en cambio, no arriba a similar conclusión o ni siquiera valora nada de ello ni se retrae de delinquir por el temor y riesgo de ser captado y eventualmente ir preso. Ha habido diferente labilidad en los dos individuos, evidenciada por los distintos niveles de resistencia, tal como refiere el francés Pinatel continuando la línea de pensamiento de su maestro De Greeff[18]. Regresando a Sykes y Matza, estos dan un paso más y plantean que dentro del aprendizaje social se abarcan también las conductas criminales. Evidencian con precisión que las personas aprenden las técnicas o mecanismos para autojustificar y neutralizar las conductas delictivas.

Esto es aplicable a la delincuencia de tipo económico. Cuando el 30 de octubre de 2009 la Universidad de la República otorgó a Eugenio Raúl Zaffaroni el título de *Doctor Honoris Causa*, el autor argentino hizo expresa referencia a esta misma teoría que aquí cito. Este valioso artículo de Sykes y Matza nunca había sido traducido al español hasta que en mayo de 2008 se publicó el libro *Estudios de Criminología* y fue incluido en él una traducción del artículo en cuestión[19]. No es un trabajo de muchas páginas; las grandes obras conceptuales no necesariamente han de tenerlas.

El artículo de los criminólogos antedichos refiere cinco sistemas o técnicas para neutralizar la conducta y posee un fuerte componente vinculado a la Psicología. La primera técnica es la negación de la responsabilidad en el ámbito de la delincuencia del poder, no asumiendo la realización de la conducta delictual. No se refiere a la negación frente a los interrogadores sino para consigo mismo. Es decir, no asume que su conducta es reprochable. Por lo tanto, no considera que esté mintiendo, porque está convencido de que no es culpable y actúa como una persona educada y honesta. Su vida en general está dentro de los parámetros aceptados en la sociedad y no se asume como autor de una conducta criminal, negando de esta forma su responsabilidad.

La segunda técnica consiste en la negación de la injuria. Esto es, negar la pertinencia de que la conducta en cuestión deba ser delito, rechazando así el carácter de ilegalidad y exhibiendo un cierto desapego de la realidad. Lo que objeta la persona en tal caso es la propia ley penal que lo coloca en situación de infractor.

La tercera técnica es la negación de la víctima. Esto en la macrodelincuencia económica es pan de todos los días. Cuanto más grande sea el delito en el ámbito de la economía, más difícil será individualizar a la víctima, hasta el punto de que ella parece no existir. En cuyo extremo, la víctima se ha difuminado. En no pocas situaciones de delito el daño lo padece un gran y difuso número de personas, siendo a veces la sociedad en su conjunto. A su vez, en tales circunstancias será la ciudadanía en su generalidad quien compensará el perjuicio al Estado producido por el delito. Podría ser a través de Rentas Generales, impuestos, aumentos en los combustibles y en los servicios del Estado, porque al final del camino no es este último quien pierde dinero, sino los ciudadanos que tienen que darle al Estado lo que este ha dejado de percibir

16 Sykes, Gresham M., y Matza, David, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", en AA.VV., *American Sociological Review*, vol. 22, N° 6, Nueva York, New York University, diciembre de 1957, pp. 664-670.

17 De Greeff, Étienne, *Introduction à la Criminologie*, París, Presses Universitaires de France, 1948, pp. 109-133.

18 Pinatel, Jean, *La Criminologie*, París, Les Éditions Ouvrières, 1960 pp. 53-58 y 63-64. También, "Criminologie", en *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, t. III, 13.ª ed., París, Dalloz, 1975, pp. 75-76, 460-463 y 656-657. Asimismo, *La sociedad criminógena*, trad. Luis Rodríguez Ramos, Madrid, Aguilar, 1979, p. 75.

19 Sykes, Gresham M., y Matza, David, "Técnicas de neutralización: Una teoría acerca de la delincuencia", en AA.VV., *Estudios de Criminología*, Aller, Germán (coord.), trad. Luciano Cabana, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2008, pp. 189-201.

porque alguien hurtó, defraudó, etc. Lo anterior se ha referido al Estado, pero podría ser en el campo de las empresas privadas, pues si los titulares de estas sufren una estafa o defraudación en gran escala, las consecuencias se desparramarán en muchos sectores sociales. Sin entrar en planteamientos con minuciosidad de relojería, el tema de la víctima es fundamental en el ámbito de los delitos cometidos desde el poder económico, quedando en franca evidencia que el sistema penal no ofrece todavía nada aceptable en lo relativo a la efectiva reparación a la víctima de delito.

La cuarta técnica de neutralización consiste en la desaprobación de quienes condenan. Con ella se censura a los operadores del sistema penal aduciendo que el juez, el fiscal y la policía son corruptos, que no tienen autoridad moral para juzgar y, de esa manera, se pretende neutralizar su propia conducta. Esta técnica puede verse en ladronzuelos callejeros o de bagatela, pero resulta más nítida en la delincuencia del poder económico y de corrupción política. Estas personas no suelen ser torpes y su verdadero pecado es la vanidad. Así, se censura al que censura, desautorizando a la autoridad desde perspectivas éticas y morales.

En este punto sigue maravillando aquella afirmación de Couture relativa a que el juez inicial es el abogado defensor, porque es el primero en establecer una pauta, un parámetro sobre lo que tiene entre manos[20]. Él tiene una tarea importante de tipo social que va mucho más allá del expediente estrictamente y de sus consecuencias. Y esto debe llevar a procurar –en lo posible y siempre desde el punto de vista profesional– que lo delictivo o infraccional eventualmente hecho por el cliente no vuelva a ocurrir en el futuro. No se trata de que en la próxima oportunidad el delincuente no sea captado, sino que directamente se autoinhiba de llevar a término conductas criminales.

La quinta y última técnica es el recurso a instancias superiores, supuestamente guiándose por fines altruistas que le impulsan a sacrificarse en aras al bien de otros y movido por un fuerte sentido de la justicia. Con esta tesitura la persona pretende ubicarse en un escalón más elevado en cuanto a su posicionamiento en la comunidad, pretendiendo demostrar que sus objetivos trascienden a su persona y que por ellos está dispuesto incluso a delinquir con tal de beneficiar a la sociedad o a los grupos que necesitan esa conducta signada por un halo de generosidad que traspasa el límite del sacrificio personal.

Lo aquí expresado de manera elemental es aplicable en términos de criminalidad del poder económico. Cabe señalar que estas cinco técnicas de autojustificación y neutralización respecto de la conducta criminal pueden superponerse, de modo que la persona empleé varias de ellas al mismo tiempo. Por ejemplo, estimar el autor que su conducta no debiera ser legalmente considerada delictiva, que ha actuado inspirado en hacer un bien a otros, que quienes lo juzgan no dan su talla moral y son corruptos, que no debe ser reprochado y que, en realidad, no ha generado un daño real a nadie.

V. LA NECESARIA INTERRELACIÓN INTERDISCIPLINAR ENTRE LAS CIENCIAS PENALES

Actualmente en el mundo del Derecho penal económico se está volviendo a autores que sobre estos tópicos han sido fundamentales. Tal el caso de Sutherland con su impactante elaboración acerca del *delito de cuello blanco*[21]. Por su parte, Sykes y Matza también mantienen una extraordinaria vigencia en el pensamiento criminológico. Puede igualmente traerse a colación la antigua construcción del holandés Bonger, que en 1905 publicó un extenso e impactante libro llamado *Criminalidad y condiciones económicas*[22]. Se trataba de una obra de cuño marxista ortodoxo que reflejó en el mundo de la Criminología la línea de pensamiento del autor, así como la pujanza de esa filosofía. Allí Bonger hizo un pormenorizado estudio sobre cómo incidía lo económico en la criminalidad. Esta construcción basada en estudios de campo acerca del fenómeno criminal continúa siendo una obra consular.

Ahora bien, siguiendo a la Escuela de Chicago (*Human Ecology*) la criminalidad del poder económico podría exhibirnos que es el fruto de una deficiente

20 Couture, Eduardo J., *Los Mandamientos del abogado*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 29.

21 Sutherland, Edwin H., *White Collar Crime*, Nueva York, Dryden Press, 1949. Edición posterior sin censura: Sutherland, Edwin H., *White Collar Crime. The uncut version*, Nueva York, Yale University Press, 1983. Hay versión en español de esta edición: *El delito de cuello blanco. Versión sin cortes*, supervisión de Elbert, Carlos Alberto, y trad. Laura Belloqui, Buenos Aires, BdeF, 2009.

22 Bonger, Willem Adriaan, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, G. P. Tierie, 1905.

organización social[23]. Esta ha sido la respuesta dada durante varias décadas. Una sociedad incorrectamente organizada produce delincuencia, comprendiendo en ello a las instancias formales e informales del control social. En este último se comprende la educación en el hogar, los problemas sociales en general, la frustración y la pérdida de objetivos lícitos o la renuncia a emplear medios legítimos para alcanzar las metas culturales admitidas. En familias bien integradas, en las que no había penurias económicas y con una buena educación donde igualmente el hijo optó por el delito, cabe preguntarse qué es lo que ha ocurrido para que ese joven delinquiese reiterada o sistemáticamente. Como es lógico, esta ha sido una cuestión siempre preocupante. La idea de que el delito es el fruto de una desorganización social es admisible, pues también ha de reconocerse que estos temas no son en blanco y negro, pero tiendo más bien a mirar este tópico con la visión que sobre él cernía Sutherland. Este autor de fuste partió de la recién mencionada "idea fuerza" de la Escuela de Chicago, de donde por cierto él provenía y que era de corte nítidamente sociológico, en la que se manejaba la ecología humana y la vida urbana. Parecía correcto el planteo, pero Sutherland le dio un giro importante, influenciado sobre todo por Veblen, un hombre fundamental en el mundo de la Filosofía relacionada a la Economía y autor del valioso libro *La teoría de la clase ociosa*[24]. Pues bien, llegó Sutherland a la conclusión de que el delito más que el resultado de una organización deficitaria es el fruto de una organización diferente, dado por una asociación diferencial efectuada en la sociedad. Para él la criminalidad es un producto del aprendizaje (*Social Learning*) por el cual la conducta criminal se aprende en interacción social de la misma manera que la conducta admitida y de igual forma que a socializarse[25]. Así como se aprenden los buenos modales, se hace también a delinquir; así como se aprende a caminar, se aprende igualmente a moverme en el ámbito del delito. Su explicación de la criminalidad mediante la *Differential Association* es pertinente para una consistente parcela de la delincuencia predatoria callejera o de la empresarial indistintamente. En suma, entre su elaboración del delito de cuello blanco (*White Collar Crime*) y su teoría de la asociación diferencial, presentadas simultáneamente en 1939, aunque en instancias diferentes, su pensamiento se sintetiza en que el crimen no es cabalmente el fruto de la desorganización social (no rechaza la afirmación), pero añade que tanto la delincuencia callejera como el crimen del poder o el delito de cuello blanco presentan una organización diferente –dada por una asociación diferencial– en la que el individuo utiliza los mismos mecanismos de aprendizaje y dónde lo aprendido difiere de los parámetros lícitos y aceptados socialmente, porque la persona ha introspectado otros valores y pautas conductuales.

Esto se ve con cierta claridad en personas que llevan a cabo conductas criminales desde las empresas o desde el Estado y que al mismo tiempo suelen reclamar más seguridad en las calles y penas más duras para los delincuentes predatorios, pues ven ese fenómeno como ajeno. Se trata de personas que pueden ser muy agradables y sociables, educadas, atentas, que jamás se quedarían con la billetera que encuentren tendida en el suelo, pero sí están dispuestas a efectuar una estafa desde su escritorio con su computadora. Su mecanismo de actuación está reglado por esa pauta diferencial dada en un proceso normal de aprendizaje.

El delincuente callejero aprovechará toda oportunidad que encuentre para hurtar. El mecanismo de aprendizaje es similar, tanto en el macro como en el micromundo criminal. Lo que acontece es que hay aspectos valorativos diferentes. Mientras el delincuente predador está siempre alerta y carece de la posibilidad de realizar una estafa o defraudación desde un despacho, salvo alguna burda falsificación no estará en condiciones más que de efectuar un arrebato, forzar el ingreso a un local a hurtar, etc., porque actúa conforme a sus propias limitaciones. Así las cosas, un empresario corrupto no sale por las calles con un arma a asaltar a las personas o se sube al autobús para sustraer sigilosamente monederos de las señoras que

23 Park, Robert Ezra; Burgess, Ernest N., y McKenzie, Roderick Duncan, *The City*, 5.ª imp., Chicago [1919, reimp. 1925], The University of Chicago Press, 1968. También, Shaw, Clifford R., y McKay, Henry D., *Delinquency areas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1929. También, Shaw, Clifford R., "The Natural History of a Delinquent Career", en AA.VV., *Criminal Behavior Systems. A Typology*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston Inc., 1967, pp. 331-336. Asimismo, Odum, Howard W., *Sociología norteamericana. Historia de la Sociología en los Estados Unidos hasta 1950*, trad. Josefina Martínez Alinari, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, pp. 270-271. También, Schafer, Stephen, *Theories in Criminology. Past and Present Philosophies of the Crime Problem*, Nueva York, Random House, 1969, pp. 227-233.

24 Veblen, Thorstein, *La teoría de la clase ociosa*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

25 Sutherland, Edwin H., *Principles of Criminology*, 3.ª ed., Filadelfia, J. B. Lippincott, 1939, pp. 4-9.

viajen en dicho medio de transporte, sencillamente porque no hay necesidad de hacer algo tan burdo como eso. Él hará lo propio cuando le sea factible delinquir desde su escritorio.

VI. RECUPERAR LA EDUCACIÓN EN VALORES BÁSICOS DE CONVIVENCIA SOCIAL

En varios países latinoamericanos se percibe un preocupante abatimiento de ciertos valores. Ante una crisis de igual o superior en la Unión Europea, esta ha implementado en la pasada década la enseñanza transversal en valores. Es mucho más eficiente y mejor que hacer una Justicia penal especializada en delincuencia económica o en cualquier otra especificación. También es menos traumático y lesivo para la sociedad que el fenómeno criminal, porque anticipándose al hecho trasgresor pueden abatirse niveles de criminalidad en vez de condenar culpables y asumir el costo del delito. Es fundamental enseñar esos valores que parecen menguados.

A vía de ejemplificación cabe mencionar la honestidad. Está claro el rechazo a apropiarse ilegítimamente de lo ajeno, sin importar que fuere en la calle, en el banco, en la empresa, en el estadio, nadie debe tomar para sí ni sustraer lo que no es de su propiedad simplemente porque hacerlo está mal. No es cuestión de si irá o no preso, sino de valores básicos de una sociedad. Quizá parezca ingenuo y hasta tonto lo expresado, pero cuanto más se estudia, más simple se vuelven las personas en ciertas cosas de la vida. El abatimiento en valores como el de la honestidad no es un problema uruguayo, sino de muchas otras naciones. Una cultura de la cual algunos tramos están regidos por lo mediático de baja calidad y carente de valores positivos, va exhibiendo la imagen del individuo al que lo único que lo inhibe de quedarse con lo ajeno es si lo pueden descubrir y castigar, en lugar de llanamente no delinquir porque, al decir de Kant en su *Metafísica de las costumbres* (1797), *Si robas a alguien te robas a ti mismo*[26].

La pregunta que a veces se teme realizar es ¿Qué haría usted con una importante suma de dinero que casualmente ha encontrado en una bolsa si tiene la certeza de que nadie se enterará de que lo posee? Algunas personas responden que lo devolverían o entregarían a las autoridades, pero muchas otras (que nunca han delinquido) no se inmutan en expresar que se quedarían con el dinero. Como se ve, allí está presente la asociación diferencial de Sutherland, en la que el aprendizaje fue el mismo para actuar de forma honesta o deshonesta, y en el cual se optó por asociar de forma diferente.

VII. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO COMO EXPRESIÓN DEL 'DERECHO PENAL DEL ENEMIGO'

A modo de conclusión, se destaca que si el Derecho penal económico sigue el derrotero de visualizarse como una suerte de Derecho autónomo que, a su vez, se contraponga a los principios irrenunciables y cardinales de la Parte General del Derecho penal liberal de rango constitucional, pasará a ser llanamente una expresión más del *Derecho penal del enemigo* que certeramente ha descrito Jakobs a partir de 1985[27]. Le será aplicable a aquellos individuos a los cuales se les quiere castigar no como ciudadanos que contrarían la norma, sino como a enemigos que atacan al bien jurídico y que, en consecuencia, se les trata como enemigos (*inimicus*) y no como a ciudadanos, pues han incumplido sistemáticamente el rol de persona.

El diagnóstico realizado por Jakobs es científicamente correcto pese a ser hiriente. Pero su pronóstico al suspender la calidad de persona no resulta compartible, tal como tampoco el pretender sujetar a Derecho a un "no-Derecho" como es el mentado *Derecho penal del enemigo*[28]. En su lugar, debieran detectarse las expresiones del mentado *Derecho penal del enemigo* y erradicarlas del Derecho penal. Como se observa, se trata de un sistema punitivo de máxima intervención penal y por ello nada equitativo ni admisible.

El Derecho penal económico no debería vincularse al del enemigo, pero lo que acontece es que se van impregnando en aquel aspectos característicos que lo aproximan a este. Se puede arribar a tal conclusión

26 Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, 3.ª ed., Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919, p. 160. Versión en español, *La Metafísica de las costumbres* [1797], trads. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993, p. 168.

27 Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997.

28 Jakobs, Günther, "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, en conjunto con Cancio Meliá, Manuel, trad. Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56. Cfr. Aller, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006, pp. 163-270.

cuando se adelanta la barrera punitiva, se incrementan los tipos peligrosistas, se invierte el *onus probandi*, se legislan responsabilidades penales objetivas, se agravan las penas y disminuyen las posibilidades de obtener la libertad mediante los institutos penales clásicos. Cuando en el ordenamiento penal se presentan sistemáticamente este tipo de extremos –como ocurre en lo aquí tratado– a no dudar que muy posiblemente se esté ante un verdadero y rechazable Derecho penal de autor dirigido contra enemigos.

VIII. SÍNTESIS

El tema planteado contiene una serie de aristas de corte dogmático, criminológico y político-criminal que solo pueden abordarse integrando dichas ciencias a la discusión. En la actualidad, el estudio científico del fenómeno delictual debe ser observado de forma interdisciplinaria. Y esto es así porque, verbigracia, la Criminología no puede estudiar el crimen sin una definición legal de delito que le provea el Derecho penal, ni este último justificar la pena sin recurrir a la Criminología.

No hay necesidad de presentar a la delincuencia empresarial generando aspavientos en cuanto a sus correlativas manifestaciones criminales de otros portes, ni darle una dimensión mayor de la que de veras le corresponde, ni tampoco quitarle la entidad que realmente posee. Cuando Quinney en 1971 reflexionaba acerca del problema del crimen, no lo hacía distinguiendo –por ejemplo– delitos sexuales y económicos, sino analizando en profundidad el alcance de la criminalización a partir de definir como delito a ciertas conductas[29]. Desde la Dogmática penal von Beling en 1906 reordenó el tipo penal[30]. Igualmente Roxin en 1963 trabajó sobre el dominio del hecho [31]. Y así tantos otros ejemplos que tampoco diversificaron las formas de criminalidad. Ellas son ciertamente fundamentales para su tratamiento específico y abordaje, pero tanto su estudio como la praxis deben ser enfocados en función del Derecho penal científico y al amparo de los irrenunciables principios penales cardinales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Aller, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006.

Bacigalupo Zapater, Enrique, "¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia", en AA.VV., *El Derecho penal del Siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.

– *Delito y punibilidad*, 2.ª ed. ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Beling, Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., Tubinga, Verlag von J. C. B. Mohr, 1930.

– *Esquema de Derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

– *El rector de los tipos de delito*, trads. L. Prieto Castro y J. Aguerre Cárdenas, Madrid, Reus S. A., 1936.

– *La doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, ts. I-IV, Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, 1877, 1918 y 1919 respectivamente.

– *Die Normen und ihre Übertretung*, ts. I-IV, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1991.

Bonger, Willem Adriaan, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, G. P. Tierie, 1905.

Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 5.ª ed., 4.ª reimp., Madrid, Tecnos, 2001.

Cervini Sánchez, Raúl, "El delito organizado", en AA.VV., *Doctrina Penal*, año 10, Buenos Aires, Depalma, 1987.

De Greeff, Étienne, *Introduction à la Criminologie*, París, Presses Universitaires de France, 1948.

29 Quinney, Richard, *The Problem of Crime*, 1.ª ed., Nueva York, Dodd, Mead & Company, 1971.

30 Beling, Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts*. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*. También, *El rector de los tipos de delito.* Asimismo, *La doctrina del delito-tipo*.

31 Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1994. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2.ª reimp., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2005.

– *Los derechos en serio*, 5.ª reimp., trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

Fernández, Gonzalo D., "¿Política criminal o Derecho penal del enemigo?", en AA.VV., *Estado de Derecho y orden jurídico-penal*, Asunción, Bibliográfica Jurídica Paraguay, 2006.

Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, Civitas, 1997.

– "El Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, en conjunto con Cancio Meliá, Manuel, trad. Manuel Cancio, Madrid, Civitas, 2003.

Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, 3.ª ed., Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919. Versión en español, *La Metafísica de las costumbres* [1797], trads. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993.

Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Munich, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1958.

– *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.

Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte General*, t. I, trads. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994.

Odum, Howard W., *Sociología norteamericana. Historia de la Sociología en los Estados Unidos hasta 1950*, trad. Josefina Martínez Alinari, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

Padovani, Tullio, y Stortoni, Luigi, *Diritto penal e fattispecie criminose. Introduzione alla Parte Speciale del Diritto penale*, Boloña, Il Mulino, 2006.

Park, Robert Ezra; Burgess, Ernest N., y McKenzie, Roderick Duncan, *The City*, 5.ª imp., Chicago [1919, reimp. 1925], The University of Chicago Press, 1968.

Pinatel, Jean, *La Criminologie*, París, Les Éditions Ouvrières, 1960.

– "Criminologie", en *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, t. III, 13.ª ed., París, Dalloz, 1975.

– *La sociedad criminógena*, trad. Luis Rodríguez Ramos, Madrid, Aguilar, 1979.

Quinney, Richard, *The Problem of Crime*, 1.ª ed., Nueva York, Dodd, Mead & Company, 1971.

Reyna Alfaro, Luis M., "El tratamiento del 'insider trading' en el Derecho penal iberoamericano", en AA.V., Lima, Ara Editores, 2005.

– "El Programa penal económico de la Constitución Mexicana", en AA.V., Lima, Ara Editores, 2005.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Principios de un curso sobre los principios cardinales del Derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1997.

Rodríguez Ramos, Luis, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2001.

Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1994.

– *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Schafer, Stephen, *Theories in Criminology. Past and Present Philosophies of the Crime Problem*, Nueva York, Random House, 1969.

Shaw, Clifford R., "The Natural History of a Delinquent Career", en AA.VV., *Criminal Behavior Systems. A Typology*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston Inc., 1967.

Shaw, Clifford R., y McKay, Henry D., *Delinquency areas*, Chicago, The University of Chicago Press, 1929.

Sutherland, Edwin H., *Principles of Criminology*, 3.ª ed., Filadelfia, J. B. Lippincott, 1939.

– *White Collar Crime*, Nueva York, Dryden Press, 1949.

– *White Collar Crime. The uncut version*, Nueva York, Yale University Press, 1983.

– *El delito de cuello blanco. Versión sin cortes*, supervisión de Elbert, Carlos Alberto, y trad. Laura Belloqui, Buenos Aires, BdeF, 2009.

Sykes, Gresham M., y Matza, David, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", en AA.VV., *American Sociological Review*, vol. 22, N° 6, Nueva York, New York University, diciembre de 1957.

– "Técnicas de neutralización: Una teoría acerca de la delincuencia", en AA.VV., *Estudios de Criminología*, Aller, Germán (coord.), trad. Luciano Cabana, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2008.

Tiedemann, Klaus, "Delitos contra el orden económico", en AA.VV., *La reforma penal*, trad. Francisco de A. Caballero, Madrid, Instituto Alemán, 1982.

– "El concepto de delito económico", en AA.VV., *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, N° 5, trad. Leopoldo H. Schiffrin, Buenos Aires, Depalma, 1975.

– *Constitución y Derecho penal*, trad. Luis Arroyo Zapatero, Lima, Palestra, 2003.

Veblen, Thorstein, *La teoría de la clase ociosa*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

Véron, Michel, *Droit pénal des affaires*, 6.ª ed., París, Armand Colin, 2005.

Welzel, Hans, „Studien zum System des Strafrechts", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, Walter de Gruyter, 1975.

– "Estudios sobre el sistema de Derecho penal", en *Estudios de Derecho penal*, Buenos Aires, BdeF, 2002.

LIMITACIONES TECNICAS, JURIDICAS E IDEOLÓGICAS PARA EL CONOCIMIENTO Y SANCION DE LA CRIMINALIDAD ECONOMICA*

Luís Ramón RUIZ RODRÍGUEZ**

SUMARIO: I. La información empírica sobre delincuencia económica: la investigación, los hechos y su sistematización. II. Postulados criminológicos y político criminales aplicados al Derecho penal económico.

La evolución teórico-práctica de las ciencias criminológicas ha transitado por caminos realmente dispares desde los primeros momentos de su desarrollo a finales del siglo XIX. Desde el biologicismo puro, hasta las más modernas líneas doctrinales centradas en análisis integrados del delito, la Criminología ha tratado de desarrollar métodos explicativos para el crimen que, expuesto de forma simple, den respuesta a la siempre presente cuestión del *porqué* del delito.

La principal aspiración de la mayor parte de las teorías explicativas, y, en parte, también su mayor debilidad, ha sido pretender encajar cualquier forma de desviación en un solo modelo, más o menos complejo, que permita siempre dar razones suficientes para la conducta criminal y favorecer, de este modo, la búsqueda de mecanismos que puedan impedir o atenuar la comisión futura de hechos delictivos.

Esta búsqueda de modelos generales de alcance casi universal siempre tuvo como punto de partida la referencia que ofrecía el crimen, no como infracción de normas legalmente establecidas, sino como conductas que con mayor intensidad eran capaces de alterar la convivencia de aquellos colectivos que se sometían a tales reglas. El crimen, en su acepción más cultural, se correspondía con las conductas más intolerables, casi todas reflejadas en normas morales recogidas en diferentes textos, principalmente religiosos.

Reducida en la conciencia social la idea de crimen a los delitos contra las personas y los delitos contra el patrimonio en el plano individual, y a los delitos contra la moral, la religión y el Estado en lo colectivo, la mayor parte de la investigación criminológica realizada durante buena parte del siglo XX, especialmente en su primera mitad, se ha centrado en una clase de comportamiento en el que los aspectos de desarrollo personal y social del sujeto eran básicos tanto en la génesis como en la materialización del crimen.

Sin embargo, los comportamientos antisociales generados en los espacios de acción del poder político, económico o social, conductas que no son propias de los sujetos en cuanto individuos, y, por lo tanto, comunes con las de otras personas en cualquier ámbito social, sino que se originan en la esfera del poder teniendo como premisa la existencia de reglas, escritas o no, que rigen ese entorno, han quedado relegadas a un segundo plano del interés directo de la investigación criminológica[1], con contadas excepciones, parcialmente las realizadas desde la criminología anglosajona y desde algunos sectores de la Criminología Crítica –aunque en este caso se haya hecho desde postulados principalmente teóricos–.

Entre las causas que pueden explicar estas carencias pueden indicarse las siguientes:

- La irrelevancia, cuando no inexistencia, en los primeros desarrollos de la Criminología de normas legales que sancionasen penalmente la mayor parte de lo que hoy podemos considerar como Derecho penal económico; la falta de objeto de estudio

* El contenido de este artículo se corresponde con el publicado por el autor con el mismo título en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, enero 2009, pp. 347-394.

** Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz. Director de la Sección de Cádiz del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

1 Albrecht, H.J., "Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, p. 276; De Maillard, J., *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, ed. Feltrinelli, Milán, 2002, p. 18.

centró en el delincuente marginal o en el delincuente *enfermo* la atención de los estudios sobre el crimen.

- En segundo término, la imbricación permanente entre conductas legales y conductas ilegales que siempre ha dibujado la escena de la delincuencia económica. Los crímenes del poder se han desarrollado en las estructuras legales reforzadas que supone la concentración del dominio socio-económico en un conjunto de manos muy reducido[2], que no solo ha controlado los mecanismos materiales que aseguraban su mantenimiento, sino que, además, han vigilado de cerca a quienes detentaban en cada momento la representación popular –en el mejor de los supuestos– y, por ende, el ejercicio de la acción legislativa.
- En tercer lugar, la delincuencia económica se ha ido mostrando cada vez, y en mayor medida, como el reflejo propio de una sociedad moderna caracterizada por la generación de riesgos que hace desaparecer al individuo del centro del conflicto para describir una relación entre colectivos de ciudadanos frente a entidades inmateriales donde las personas desaparecen de la primera fila del problema.
- Por último, la presunción de socialización del delincuente económico ha jugado durante mucho tiempo como factor desmotivador del propio sistema penal que, a diferentes niveles –legal, policial, jurisdiccional y de cumplimiento de penas–, se ha impuesto auto limitaciones de difícil justificación en el marco de las reglas generales aplicables a todas las infracciones de naturaleza penal.

Si bien es cierto que la delincuencia económica ha sido objeto de atención directa por parte de un sector teórico de la Criminología, siendo quizá Sutherland el primero y más conspicuo de ellos[3], no lo es menos que las relaciones entre economía y criminalidad han sido abordadas principalmente en el sentido de vincular las tasas de criminalidad con las fluctuaciones de las condiciones económicas existentes en una determinada sociedad objeto de análisis.

Desempleo, inflación y crisis económicas generalizadas han sido asociadas a incrementos de los volúmenes de delito, pero casi siempre por los efectos que tales crisis han producido sobre los segmentos más vulnerables de la sociedad, los que disponen de menos recursos para afrontar situaciones de desequilibrio económico. Las consecuencias que las variaciones de la economía han producido sobre los principales operadores de las estructuras económicas han sido también objeto parcial de estudio, pero buscando más ofrecer una variable capaz de ratificar teorías más generales respecto del conjunto de la población, que ofrecer una explicación propia de la delincuencia económica característica de las organizaciones jurídico-económicas[4].

Así, a Merton, creador de la Teoría de la Anomia, se le criticó carecer de explicación para la delincuencia de cuello blanco. Si los sujetos que optaban por el comportamiento desviado eran aquellos que carecían de medios institucionales para lograr el éxito tras un proceso de aprendizaje y socialización dirigido a la obtención de aquel, la comisión de delitos por parte de personas plenamente integradas, que han alcanzado el éxito económico y social, requeriría argumentos adicionales que la teoría base no era capaz de ofrecer. Cloward y Ohlin, a partir de las teorías de Merton, intentan salvar este obstáculo poniendo el acento no en el acceso diferencial a los medios legítimos para alcanzar objetivos culturales, sino en el acceso a los medios ilegítimos para hacerlo. En este punto se igualarían las personas pertenecientes a colectivos favorecidos con los representativos de los sectores económicamente dominantes. Cada sujeto busca y accede a los medios que le son próximos para alcanzar sus fines. De este modo hay medios ilegítimos diferenciales para cada sector de la población y el sujeto que opta por la conducta desviada elige aquellos que le son más conocidos y de los que puede hacer el

2 Interesantes son las palabras de Pinatel cuando asegura que "la criminalidad de cuello blanco recuerda las prácticas de ministros y nobles de alto linaje, que traficaban ocasionalmente con sus funciones. En su *Utopía,* Tomás Moro estigmatiza a los aristócratas ingleses, que transforman sus campos, expulsan a los campesinos y los dejan abandonados. ¿No será esto una prefiguración de nuestra criminalidad de cuello blanco?" (*La sociedad criminógena*, ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 99).

3 Sutherland, E., *White collar criminality*, ed. Yale University, New Haven, 1983.

4 Barreto Rangel/Álvarez Gómez, *Crisis económica y criminalidad*, ed. Inacipe, México D.F., 1987, pp. 87 y ss.; Cervini, por su parte, critica la equiparación científica entre desarrollo económico y delincuencia económica, para lo cual ofrece el ejemplo latinoamericano en el que esta clase de delincuencia ha ido asociada más a la internacionalización que a la evolución de la economía de estos países ("Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 14, 2004, p. 122).

mejor uso[5]. Los delitos socioeconómicos acogerían conductas que solo serán cometidas por sujetos previamente ubicados en los distintos niveles de las estructuras del poder económico, estando generalmente descartados los delitos patrimoniales violentos como método para resolver el cumplimiento de los objetivos culturales marcados.

Sin embargo, como señala Tittle, las teorías anómicas han tenido un desarrollo relativamente escaso a nivel macro, con nula aplicación a los comportamientos propios de la criminalidad económica, explicando de forma más habitual conductas individuales que las realizadas en el seno de grupos sociales[6], si bien recientemente se han añadido algunas ideas generales a las conclusiones iniciales de Merton, teniendo particular interés las referidas al efecto que sobre el conjunto de la población produce una generalización de la obsesión por alcanzar las metas más altas, esto es, una mentalidad de inmoralidad culturalmente compartida[7].

Sutherland, al centrar la atención en el delincuente de cuello blanco, iguala a este con cualquier clase de sujeto delincuente en la medida en la que el proceso de aprendizaje del crimen no difiere del resto de comportamientos realizado dentro del marco normativo[8].

Pero, quizás el problema de la delincuencia económica no sea tanto la explicación del porqué de la comisión de delitos por parte de sujetos integrados socialmente, sino el análisis de los aspectos relativos al control social, normalmente deficiente, sobre las conductas de los criminales de cuello blanco[9].

Las explicaciones tradicionales del delito se han venido desarrollando en el marco de unos grupos sociales con claros signos identificadores, con notables elementos de cohesión y con abundantes instrumentos normativos dirigidos al mantenimiento de tales signos y elementos, destacando entre ellos el Derecho penal. No obstante, no puede desconocerse que estamos en un profundo proceso de transformación socio económico que está afectando en su esencia al sistema penal: en sus objetivos, en sus instrumentos, a sus detentadores y al propio factor de legitimación del uso de la violencia legal. Al respecto, las reflexiones de LEA[10] son muy ilustrativas:

> "Entonces, al pretender ver más en detalle los cambios en el funcionamiento del Estado en lo que respecta al control del delito, nos encontramos con una paradoja. Aunque el desplazamiento hacia el manejo del riesgo se ha reflejado en varios hechos que minan el funcionamiento de las relaciones sociales del control del delito, la criminalización, como modo de manejar una ascendente variedad de conductas y problemas socioeconómicos, está aumentando. El aspecto positivo de esto lo constituye la creciente preocupación por obtener justicia social, en tanto que el aspecto negativo está dado porque la criminalización como modo de alcanzar la justicia social, enfrenta tremendos obstáculos. En este último sentido el avance de la criminalización es el resultado obvio del relativo declive de los mecanismos de negociación colectiva y de la planificación característica del Estado asistencialista keynesiano. Las dificultades sociales se ven cada vez más como problemas individuales de conducta y de responsabilidad, en lugar de hacerlo como aspectos políticos colectivos sobre la administración de recursos; mientras el Estado se vuelca al derecho penal, en lugar de inclinarse hacia la planificación social como la forma preferida de intervención y regulación de los procesos sociales".

La centralidad que las ideas de seguridad, riesgo y exclusión están adquiriendo en los actuales desarrollos del sistema penal[11], van asociadas a esa pérdida de capacidad del Estado para actuar sobre los individuos. Como afirma Zaffaroni, "el poder económico

5 Cloward/Ohlin, *Delinquency and opportunity. A theory of Delinquent Gangs*, Ed. The Free Press, Nueva York, 1960.

6 Tittle, C.R., "Los desarrollos teóricos de la Criminología", en *Justicia penal del Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Barberet/Barquín editores, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 29.

7 Messner/Rosenfeld, *Crime and the American Dream*, Ed. Thomson Wadsworth, Londres, 2006.

8 Sutherland, E., op. cit., p. 7; sobre las limitaciones de la exposición de Sutherland, vid. García-Pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 446 y ss.

9 Albrecht, H.J., op. cit., p. 277.

10 Lea, J., *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda*, Ed. Coyoacán, México D.F., 2006, p. 303.

11 De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2006, p. 115 y ss.

globalizado se impone a los poderes políticos nacionales, sin que haya un poder internacional capaz de contenerlo. De este modo, las conductas económicas criminalizadas en los estados nacionales (alteraciones artificiales del mercado) son impunes en el plano de la economía global. Los Estados nacionales –y con ello el poder de los políticos– sufrieron una terrible pérdida de los atributos de la denominada *soberanía*, básicamente el poder fiscal (el capital globalizado exige menos impuestos so pena de ir a otro Estado) y el poder punitivo (no puede reprimir las maniobras extorsivas y especulativas de ese mismo capital)"[12]. El paso atrás dado para controlar a los grupos de riesgo a través del incremento de la seguridad es más un síntoma de su incapacidad para afrontar los nuevos retos económicos y sociales que un cambio diseñado del paradigma penal.

En este contexto los beneficiados no pueden dejar de ser otros que los delincuentes económicos, sobre los cuales las etiquetas de peligrosidad y exclusión no tienen apenas incidencia. El importante incremento del Derecho penal económico en las últimas décadas, expansión asociada a la identificación de los nuevos riesgos sociales, sigue siendo un expediente más formal que material cuya evidencia son los datos oficiales de criminalidad en los países desarrollados que en algunos casos superan con mucha dificultad el cinco por ciento del total de la delincuencia cuando se manejan conceptos muy amplios de delincuencia económica. Es evidente que existe un doble modelo de intervención sobre la delincuencia. Un modelo materialmente represivo que no duda en acudir al sistema penal ante el conocimiento de cualquier delito tradicional de corte predatorio, y un modelo de resolución privada de los conflictos propio de la delincuencia de las corporaciones, asociado todo ello a diferentes políticas desregulatorias[13] y favorecedoras de la ausencia de contra fuerzas capaces de advertir e informar sobre el crimen en el seno de las corporaciones empresariales[14].

La globalización, precisamente, responde de forma impecable a este devenir histórico en el que la complejidad de los negocios y la ausencia de mecanismos de control eficaces han abonado el terreno de la impunidad del delito económico[15]. El delincuente de cuello blanco ha eludido mayoritariamente, en cada periodo histórico y por razones asociadas al funcionamiento propio de los mecanismos de mercado, las responsabilidades derivadas de sus actividades ilícitas[16], trasladando a las víctimas el peso de la culpabilidad por sus propios actos.

Las polémicas de la doctrina relativas a la *Expansión del Derecho penal* y al *Derecho penal del enemigo*, traslucen en positivo y en negativo el nunca resuelto problema de los límites del sistema penal, y ejercen una notable influencia sobre la decisión de cómo afrontar un tipo de delincuencia que desafía las estructuras jurídicas y dogmáticas creadas en torno a la delincuencia común[17], y que presenta todas las características formales y materiales de cualquier hecho delictivo excepto la de ser visualizada socialmente como un riesgo para el mantenimiento de la organización social.

12 Zaffaroni, E.R., *En torno de la cuestión penal*, Ed. B de F, Montevideo, 2005, p. 34; vid., al respecto, la descripción del fenómeno en De La Cuesta Arzamendi, J.L., "Mundialización y justicia penal", en *Internacional Annals of Criminology*, vol. 41, 2003, pp. 59 y ss.

13 Terradillos Basoco. J., *Empresa y Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 22 y ss.

14 Lea advierte del deliberado debilitamiento de la organización sindical como aspecto de la política gubernamental capaz de socavar al único y más importante poder opositor a la delincuencia empresarial (Lea, J., op. cit., p. 337). No es de extrañar que, entonces, ese papel tradicionalmente jugado por los sindicatos haya sido asumido por las asociaciones de ciudadanos, organizaciones sobre las que, por su menor dependencia, disminuyen las capacidades de sometimiento por parte de los poderes públicos y económicos; en el mismo sentido Cervini, R., op. cit., p. 134.

15 De Maillard describe con precisión cómo "la desregulación ha producido una clara fisura entre el nivel en el que las reglas son elaboradas y aplicadas –esto es, la dimensión nacional- y aquel en el que se crea el valor económico, que se escapa por definición de la contingencia de la ley". De forma aun más incisiva afirma el autor que la ley misma deviene en un valor comercial negociado en el mercado de la mundialización criminal (op. cit., p. 46).

16 Bauman, Z., "Social uses of Law and Order", en *Criminology and social theory*, Garland/Sparks eds., Ed. Oxford University, Nueva York, 2000, p. 42.

17 "Modelo de la inspección" o "Modelo de la vigilancia" califica Silva Sánchez al sistema penal que no solo protege bienes jurídicos sino también los mecanismos, administrativos o no, orientados instrumentalmente a la protección de aquellos ("Hacia el Derecho penal del 'Estado de la prevención'", en *¿Libertad económica o fraudes punible?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial,* dir. Silva Sánchez, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 314.

No es de extrañar que, en la asociación realizada por parte del materialismo histórico entre cárcel y fábrica como reflejo de una estructura socio económica determinada[18], en la que la disciplina del trabajador era posible de conseguir tanto en la fábrica como en el centro penitenciario, el delincuente económico estuviese completamente al margen de la prisión –tanto por imprevisión legal, por discrecionalidad judicial o por flexibilidad en la ejecución–. La disciplina carcelaria dirigida a reintegrar al sujeto al sistema productivo obrero no tenía sentido alguno con los sujetos que antes y después de la comisión del delito no precisaban ese aprendizaje de vocación mecanicista.

Entre las aportaciones criminológicas que han abordado la criminalidad económica, las provenientes del método de análisis del materialismo histórico inicialmente han incorporado la delincuencia de cuello blanco a su objeto de estudio al mismo nivel explicativo del resto de criminalidad, considerada convencional. Sin embargo, dentro de esta corriente se ha propuesto realizar un análisis diferencial entre delincuencia tradicional y delincuencia económica. La delincuencia convencional tiene un carácter individual que responde a las contradicciones propias de los sistemas de producción y distribución, y la delincuencia económica se estudia a la luz de la relación funcional que media entre los procesos legales e ilegales de la circulación de capital, y entre estos procesos y la esfera política[19].

Pero la centralidad que ocupa la desigualdad socio económica propia del sistema capitalista en el discurso sobre la génesis de la delincuencia que realiza la Criminología Crítica, no alcanza a explicar de manera satisfactoria todo el arco de la delincuencia, por ejemplo, la violenta contra las personas, la sexual o la de daños, a lo cual se pueden añadir algunos errores metodológicos destacados[20]. A ello es necesario añadir el problema de que autores como Baratta enlacen la crítica al sistema penal como mecanismo de control de los poderosos con la propuesta material de reducir el Derecho penal a mínimos indispensables de los que se sacarían buena parte de los delitos económicos o los relacionados con el ejercicio del poder: corrupción, seguridad en el trabajo, etc.[21].

La escasa investigación criminológica sobre este sector de la delincuencia ha redundado, entre otras consecuencias, en el desconocimiento de las características y elementos que definen al delincuente económico y sus métodos de actuación. Entre la búsqueda de perfiles propios de aquellos o la generalización con el resto de los infractores penales, lo cierto es que la poca actividad empírica y las dudas acerca de qué elementos eran los más relevantes ha permitido, por ejemplo, a Albrecht afirmar que tales comprobaciones "no ofrecen realmente más que conocimientos banales que no acarrean la comprensión y el esclarecimiento de la criminalidad económica", para luego asegurar que, "en una contemplación global, en el análisis

18 De Giorgi, A., op. cit., pp. 65 y ss.; Melossi/Pavarini, *Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, pp. 15 y ss.; Barreto Rangel/Álvarez Gómez, op. cit., p. 131.

19 Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Siglo XXI, Madrid, 1989, p. 13.

20 Aebi subraya este y otros errores de la Criminología Crítica de raíz marxista, centrado en la exposición realizada por Baratta en su *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*. Algunas de las reflexiones críticas de Aebi son totalmente suscribibles en cuanto a los planteamientos científicos que las sustentan, pero otras resultan del todo inaceptables al poner en entredicho la honestidad científica del autor italiano, especialmente cuando realiza la siguiente afirmación: "sin embargo, al cruzar el Atlántico rumbo a América Latina –ese subcontinente signado no por el realismo mágico sino por el realismo trágico-, las ideas de la Criminología crítica y de otras corrientes de pensamiento marxista surgidas en los países centrales en los años 1960 y 1970 dieron sustento teórico a diversos movimientos juveniles que, ante una realidad social muy diversa de la que se vivía en los países centrales, intentaron llevar la teoría a la práctica. Las consecuencias fueron nefastas y condujeron a la instauración de una serie de dictaduras militares sanguinarias que segaron la vida de miles de jóvenes y forzaron al exilio a tantos otros. Estos países están pagando aún –y seguirán pagando durante muchos años- las consecuencias de dichas dictaduras" (Aebi, M., "Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta", en *Serta. In memorianAlexandri Baratta*, editor Pérez Álvarez, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 52). Aunque, tal vez, no haya sido la intención del autor, el entrecomillado anterior hace descansar en las espaldas de la Criminología crítica y de otras corrientes ideológicas próximas al marxismo las responsabilidades de lo acontecido en América Latina en esos años, desconociendo el autor que los actos pertenecen a sus autores –también los criminales-, sobre todo cuando los ejecutan quienes ostentan el poder, especialmente si es ilegítimamente conquistado, y demonizar las ideas no compartidas como peligrosas cuando salen del terreno de los libros para ser objeto de aplicación constituye, en el fondo, una invitación a la autocensura o, lo que es peor, a ejercer la censura por parte de quien piense diferente. Sin palabras, se confiesa Larrauri Pijoan ante el texto comentado ("Una defensa de la herencia de la Criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi 'Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta'", en *Revista de Derecho penal y Criminología,* núm. 17, 2006, pp. 272-273).

21 Ver la crítica de Marinucci/Dolcini a Baratta en "Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, 2002, pp. 163-164.

teorético de las condiciones de formación de la criminalidad económica la persona del autor del delito pasa a un segundo plano detrás de estructuras normativas, sociales, económicas y organizativas"[22].

Si bien es cierto que las condiciones en las que se desarrollan estas formas delictivas llevan a modelos de comportamiento complejos en los que no caben respuestas únicas en clave de comportamiento individual, no lo es menos que desconocer los mecanismos psicológicos, sociológicos, etc., que inciden en la comisión del delito por parte de quien disfruta de un status socio-económico diferente al resto de delincuentes, supone abordar la criminalidad de empresa como un conjunto de comportamientos pertenecientes a las estructuras complejas en las que aquellos se integran y entrar en la dinámica de la búsqueda de explicaciones y soluciones que acerquen el problema al terreno de la disfunción de los mecanismos de mercado más que al campo del Derecho penal. Postergar, o incluso hacer desaparecer del objeto de interés al sujeto individual, verdadero receptor de las penas por estos delitos y de los fines de las mismas, solo contribuye a crear espacios de impunidad al visualizar el crimen económico principalmente en su significación económica, puramente comercial, y no en su dimensión de comportamiento lesivo para las condiciones básicas de la convivencia en una sociedad determinada.

Los criminólogos de los Estados Unidos han polemizado durante años sobre el concepto y características del criminal de cuello blanco, especialmente debido a que los estudios que han abordado la cuestión no han ratificado las originales afirmaciones de Sutherland según las cuales las características definidoras del delincuente de cuello blanco le sitúan siempre en los estratos más elevados del poder económico y político del modelo económico capitalista[23].

Estos estudios postreros que sitúan al delincuente de cuello blanco en cualquier estrato social, incluso con una mayor incidencia en las clases medias que en los colectivos de mayor poder, parten, sin embargo de un concepto y de una tipología de delincuencia de cuello blanco que, junto a verdaderos delitos de empresa, incluye toda clase de fraudes que, en muchos casos, constituyen clásicos delitos patrimoniales[24]–estafas o apropiaciones indebidas-, junto a otros fraudes no individuales como el fraude de subvenciones o el fraude fiscal, y que tienen un componente generalista que aglutina a todos los grupos sociales diferenciados por su nivel de renta y posición en puestos de poder económico y político[25].

El problema inicial, por lo tanto, reside en la definición de la delincuencia económica antes de poder realizar cualquier perfil del sujeto que la practica. Lo contrario supondría, trasladando la cuestión a otro sector de la delincuencia, intentar definir la personalidad de los traficantes de drogas sin haber determinado antes qué es el tráfico de drogas, camino que no conduciría a conclusión científica alguna[26].

La tendencia de incorporar a este campo de la delincuencia todas aquellas infracciones penales realizadas sin violencia que conllevan la intención de obtener beneficios económicos ha derivado en una gran falta de claridad respecto de las conductas que pueden ser estudiadas con un mínimo de sistemática.

22 Albrecht, H.J., op. cit., pp. 277-278.

23 Sutherland, E., op. cit., pp. 227 y ss.

24 La propia Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, en las conclusiones del Undécimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en abril de 2005, en Bangkok, adopta una concepción amplia al referir el delito económico *a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera.*

25 Shover, N., "El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva", en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, 2006, p. 459. A pesar de tales resultados analizados en varios estudios, el autor reconoce más adelante que los sujetos con mayor poder económico quedan al abrigo de la justicia penal por las enormes dificultades para ser detectados y la ausencia de denuncias a esos niveles, por lo que su número resulta indeterminable. Aunque ello no modificaría la teoría de la distribución del delito de cuello blanco entre muchos grupos sociales, al menos supondría un reconocimiento de que los procesos de control del delito de cuello blanco presentan ostensibles rasgos de selección por razón de la posición socioeconómica.

26 Kaiser, estando de acuerdo con la "democratización" actual de esta clase de delincuencia, esto es, de su expansión hacia sujetos y colectivos que no ocupan los escalones más elevados de las estructuras socio-económicas, sin embargo, advierte que centrar la atención en los hechos, olvidando los caracteres y perfiles de los sujetos delincuentes, hará perder explosividad y dinamismo a una materia cuya evolución criminológica ha dependido del análisis centrado en el sujeto y su papel social (*Introducción a la Criminología*, 7ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1988, p. 359).

La ausencia de violencia y el objetivo de enriquecimiento no son suficientes para dotar de unidad a un conglomerado de conductas tan heterogéneas que apenas encuentran más elementos comunes que los dos indicados.

Ball, consciente de este problema, diferencia entre delito de cuello blanco y delito organizacional de cuello blanco[27]. Si bien mantiene una concepción amplia de delito de cuello blanco que incluye estafas de amplio espectro, estima necesario diferenciar entre las conductas de quienes, considerados como sujetos respetables, individualmente cometen estos delitos en el curso de sus ocupaciones profesionales –delitos de cuello blanco–, de las que ejecutan personas individuales o concertadas con otras personas físicas en una organización formal de carácter legítimo y que constituyen una *función de la organización* –delitos de cuello blanco organizacionales–.

Continúa el autor precisando que es necesario diferenciar esta clase de criminalidad de aquella otra que se identifica con el calificativo de "crimen organizado". En la delincuencia organizacional el delito es solo una parte de la actividad del grupo legal y los sujetos que los ejecutan son ciudadanos respetables pertenecientes a una clase social relativamente alta que no puede confundirse con los miembros de las típicas organizaciones mafiosas.

Sin embargo, a pesar de la necesidad de partir de estas precisiones, aun resulta imprescindible determinar si la criminalidad económica debe combinar los límites que representa la caracterización de los sujetos autores, con una delimitación de las conductas que pueden ser consideradas como propias de esas estructuras organizativas que inciden en la actividad económica.

Desde la década de los años setenta del pasado siglo –un buen ejemplo lo constituye el Proyecto Alternativo alemán de 1977–, el Derecho penal se ha esforzado en dotar de autonomía y coherencia a una parte de su materia que, centrada en los aspectos económicos de las conductas y de los resultados que producían, debían, a su vez, ser separados de los clásicos delitos patrimoniales, tanto de los de apropiación como de los defraudatorios[28]. Las razones de esta división se encuentran, entre otras, en el propio desarrollo del Estado Social de la segunda posguerra mundial del siglo y en el reconocimiento que el mismo supuso de la existencia de nuevos intereses que venían a superar un modelo social de corte individualista en el que el Estado solo era garante del mantenimiento del sistema económico liberal desarrollado durante el siglo anterior.

Estos nuevos intereses enraizados en la actividad económica, pero de naturaleza variada, han supuesto una profunda transformación del Derecho penal moderno, tanto en lo relativo a la identificación y descripción legal de nuevas conductas delictivas, como en cuanto a las propias categorías que la ciencia penal ha debido ofrecer para dar respuesta a las mismas. Alrededor de este proceso se ha desarrollado una fenomenal polémica doctrinal entre los partidarios de un Derecho penal mínimo[29], renuentes a dar cabida a esas conductas en la legislación penal, y los que, por el contrario, optan por una decidida y necesaria expansión del sistema penal para abordar los nuevos retos sociales[30].

Lo cierto es que, con mayor o menor extensión, los legisladores de los países integrados en los "modelos económicos occidentales" han introducido en sus códigos y leyes penales buena parte de los delitos económicos de nuevo cuño, procurándose en la mayoría de los casos que, bien a través de leyes especiales o mediante fórmulas de separación en los textos codificadores, se estableciese una distinción, más o menos nítida según los casos, entre aquellos delitos en los que el factor individual –autor, bien jurídico, víctima, etc.– predominase, y aquellas otras infracciones en las que el elemento definidor fuese la dimensión colectiva de las conductas[31].

27 Ball, R.A., "El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco", en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, 2006, p. 119.

28 Kaiser, G., op. cit., pp. 361 y ss.

29 Por todos, Hassemer, W., "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina penal*, núms. 46/47, pp. 277 y ss.

30 Marinucci/ Dolcini, op. cit., p. 160: "para los partidarios del Derecho penal mínimo, los delitos contra los intereses colectivos no tendrían víctimas de carne y hueso".

31 *Ibidem*, p. 160. Para los autores, "aquello que caracteriza al Derecho penal contemporáneo es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y el legislador, sino de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos"

De este modo, lo que se ha producido es un acercamiento entre lo que la investigación sobre criminalidad económica venía demostrando, esto es, la existencia de dos realidades delictivas que responden a parámetros diferenciables[32] –una delincuencia patrimonial individual y otra organizacional socioeconómica–, y un Derecho penal atento a esa realidad que distingue entre delitos patrimoniales y delitos económicos.

No puede ser casual que los textos legales penales hayan dibujado un Derecho penal económico centrado en el aspecto organizativo o en la pertenencia de los autores de las infracciones a entidades jurídicas colectivas cuyas conductas suelen trascender el ámbito de lo patrimonial perteneciente a cada individuo[33].

En este contexto, el verdadero delito de cuello blanco, el que puede presentar características propias frente al resto de la delincuencia patrimonial, el que más se aproximaría a las propuestas primigenias de Sutherland, no vendría definido solo por la ausencia de violencia y por la naturaleza económica del mismo, sino por la utilización del instrumento que representa la persona jurídica y por la circunscripción mayoritaria de estos comportamientos a hechos lesivos para intereses supraindividuales. De este modo, el sujeto poderoso al que se refería el sociólogo norteamericano sería el centro del interés no tanto por su origen social, sino por su integración en estructuras jurídico-económicas de poder capaces, a la vez, de multiplicar los daños y los beneficios del delito y de interponer barreras eficaces para eludir la actividad de control y persecución del crimen económico.

El principal inconveniente, de nuevo, de centrar la criminalidad de cuello blanco en el elemento organizativo reside, al menos desde el punto de vista criminológico, en favorecer un modelo explicativo que sitúe las causas del crimen económico en factores que alejen al sujeto individual autor de los hechos del ámbito de la responsabilidad penal. De este modo, se deriva esta responsabilidad mediante medidas o penas a imponer a las entidades que favorecen el delito por su propia estructura interna, como si esta viniese dada por causas inmanentes que no necesitan ser explicadas, cuando lo cierto es que son personas físicas concretas las que crean los modelos de funcionamiento criminógeno de las entidades empresariales en la búsqueda de concretos beneficios, en cuyo seno estructuras y personas sirven al proyecto económico dirigido en el que el delito tiene lugar.

Es cierto que esta mirada puede encontrar respuesta contraria en modelos más generales de explicación del delito. A diferentes escalas podrían compararse grupos sociales amplios con entidades jurídicas colectivas, encontrando en ambos espacios factores que favorecen la comisión del delito: crisis económicas, conflictos culturales, relaciones de dominio, sociedades anómicas, etc. Pero, la gran diferencia que se puede observar es que los factores criminógenos de carácter social ni excluyen la responsabilidad penal del autor individual de los delitos ni establece modelos de sanción para el grupo social en su conjunto. La imposibilidad de esto último dirige la mirada solo al autor, auque en ocasiones, y ya en el ámbito legal, se busquen fórmulas que dibujen de modo completo esa responsabilidad atendiendo, además, a los elementos definidores de esa sociedad concreta. En el terreno de las personas jurídicas, la posibilidad franca de derivar las sanciones hacia esta, altera el modelo general y permite que el reproche social anterior sin consecuencias jurídicas, ahora pueda materializarse dejando en un segundo plano al sujeto concreto porque la organización social que representa la empresa puede asumir toda la responsabilidad por favorecer las condiciones de aparición del delito. Los sujetos pierden su plena capacidad de responsabilidad a través de una especie de abducción[34] que le aparta del primer plano del sistema penal.

32 Serrano Maillo considera que las posibles especifidades metodológicas para el estudio del económico y el patrimonial puede dificultar la existencia de una ciencia positiva del delito con vocación de generalización ("El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos", en *Revista de Derecho penal y Criminología,* núm. 14, 2004, p. 240).

33 Por todos, Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 193 y ss.

34 Zúñiga Rodríguez, L., "Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas", *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 64. La autora destaca cómo, "según la psicología de grupos, los sujetos cambian cuando están en el interior de un grupo amparados por la cobertura que le da su pertenencia al grupo"; recientemente en los Estados Unidos se ha establecido una responsabilidad penal directa para los altos cargos de las corporaciones en cuyo seno cometen delitos sujetos que delinquen en beneficio de la corporación (Barnett, C., "The measure of white-collar crime using Uniform Crime Reporting (UCR) Data", en *Criminal Justice Information Services División,* en la página Web http://www.fbi.gov/ucr/whitecollarforweb.pdf, p. 6).

En definitiva, no puede desconocerse que una definición correcta del delito de cuello blanco pasa por atender al factor de organización como esencial para delimitar esta clase de delincuencia de otras distintas[35], especialmente de aquellas de naturaleza patrimonial individual, sea o no de carácter violento. Pero, tampoco puede obviarse que el sujeto individual que delinque en el seno de estas estructuras empresariales presenta características de integración, de socialización, de participación en las estructuras de poder económico y político que, no solo le hace diferente del delincuente tradicional en cuanto al papel que desempeña en la estructura social[36], sino que, además, no es el receptor habitual de la respuesta penal formal, en particular de su instrumento más lesivo, la prisión.

La Oficina Federal de Investigación de los Estados Unidos (FBI) ha optado por utilizar un concepto utilitarista que deje los aspectos más personales del autor del delito de cuello blanco en un segundo plano para centrar la investigación en los elementos objetivos de la ofensa. De hecho los define como "aquellos actos ilegales caracterizados por el engaño, la ocultación o la violación de la verdad los cuales no dependen de la utilización de amenaza o fuerza o violencia física. Los individuos y organizaciones cometen estos actos para obtener dinero, propiedades o servicios; para evitar el pago o pérdida de dinero o servicios; o para asegurarse ventajas personales o comerciales". El sentido de esta clase de definición es principalmente operativo ya que se parte de la falta de utilidad de los datos personales para realizar una medición de esta clase de criminalidad a nivel de agencia de control[37].

La también permanente discusión acerca de la necesidad o no de hacer responder penalmente a las personas jurídicas por delitos imputables a ellas, así como a las personas físicas que las integran, no deja de traslucir una percepción errónea de cuáles deben ser los caminos para afrontar una clase de delincuencia que, en el contexto de la internacionalización, se escapa de las manos a las autoridades penales de los Estados. Es preciso responder, lo que se hará más adelante, al porqué de la convicción extendida de que las sanciones contra las empresas son más eficaces y responden mejor a la idea de prevención si se las denomina penales y no administrativas, si las impone un juez o tribunal y no la Administración –nacional o internacional-. Pero, por ahora, sería suficiente con apuntar que un modelo penal sancionador de las empresas es formalmente compatible con un Derecho penal de las personas físicas, pero materialmente disfuncional con los fines del sistema penal y contribuye a reducir la significación valorativa de las infracciones del denominado Derecho penal socioeconómico.

Modificar el sistema de responsabilidad penal y afrontar la supuesta hipertrofia del mismo –casualmente siempre argumentada en relación con estas infracciones– lleva, por ejemplo, a Marinucci/Dolcini a asegurar que "lo que no se puede compartir es la idea, patrocinada por estas corrientes, de que la retirada del Derecho penal debe realizarse en perjuicio de los intereses colectivos afectados por los poderosos de la economía, por la criminalidad organizada, por los destructores de las instituciones democráticas– El Derecho penal moderno debe sí corregir su natural tendencia a la hipertrofia, debe realizar una tutela equilibrada de todos los bienes fundamentales, individuales y colectivos; y la doctrina penal, precisamente en el momento en que la justicia penal comienza a prestar atención también a los grandes de la economía y la política, no puede patrocinar, ni siquiera inconscientemente, un retorno al pasado, como otra cosa no puede significar la restauración de un estereotipo del delincuente sobre la base de 'clases peligrosas'"[38].

En el fondo del problema, especialmente a nivel de instituciones internacionales encargadas de las políticas de prevención y lucha contra el delito, sean instituciones formales o informales, es que vienen abordando el problema de la criminalidad económica sin establecer barreras de separación suficientes entre esta y el crimen organizado, destacando y mezclando los elementos organizativos lícitos de la primera y la trascendencia lesiva y los métodos ilícitos de los comportamientos característicos de la segunda[39].

Esta concepción simbiótica, que debe ser objeto de crítica, no puede derivar en imponer métodos de investigación y conocimiento del delito, mecanismos

35 Terradillos Basoco. J., *Empresa y Derecho Penal*, op. cit., p. 22.

36 Bauman, Z., op. cit., p. 42.

37 Barnett, C., op. cit., p. 2.

38 Marinucci/Dolcini, op. cit., p. 167

39 Constituye un claro ejemplo de esta confusión el Informe del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en El Cairo en mayo de 1995.

de prevención y lucha, y disposiciones normativas comunes para ambas formas de delincuencia como si fuesen una realidad idéntica. A partir de un modelo político criminal general válido para todas las infracciones penales[40], las políticas preventivas dirigidas a contener y reprimir la delincuencia de empresa y el crimen organizado deben tener espacios propios donde quepa la reflexión criminológica y jurídica de manera acorde a las propias particularidades de cada una.

Como ejemplo de esta tendencia se puede tomar a la Dirección General de la Policía española que pondrá en funcionamiento, próximamente, la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal, en el marco de su lucha contra el crimen organizado. El desarrollo de esta Unidad "llega con el objetivo de incrementar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado, para lo cual también se llevará a cabo una adaptación de la estructura organizativa y operativa de las Unidades dedicadas a la investigación de este tipo de criminalidad". Difícilmente cabe una mayor confusión terminológica y conceptual entre una y otra manifestación delictiva[41].

I. LA INFORMACIÓN EMPÍRICA SOBRE DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA INVESTIGACIÓN, LOS HECHOS Y SU SISTEMATIZACIÓN

La carencia empírica ha lastrado, por ejemplo en España, el desarrollo de la investigación criminológica, la cual se ha venido desarrollando a un nivel principalmente teórico y a expensas de la producción científica elaborada en los Estados Unidos y en algunos países europeos como Suecia, Gran Bretaña y Alemania.

Las razones de esta ausencia y de la presencia más que testimonial de trabajos relevantes en esta disciplina pueden achacarse a diferentes causas, entre las que podemos identificar aquellas que son de naturaleza económica, política y académica: falta de recursos, falta de voluntad o interés de los poderes públicos y rigorismos científicos poco proclives a la investigación interdisciplinar, han ayudado por igual a esa situación.

En realidad todos estos motivos están entrelazados y han tenido principalmente que ver con una falta de interés por el delito que durante muchas décadas ha afectado a disciplinas científicas distintas de las jurídicas en nuestro entorno y, en el caso de los investigadores jurídicos, por la implantación preeminente de una metodología de carácter teórico dogmático que ha alejado del interés de las universidades españolas el estudio de las causas y el desarrollo real de la delincuencia, para centrarse en la articulación jurídica de la respuesta a la comisión de infracciones penales y la interpretación de estas[42].

A ello es preciso añadir que la investigación social es muy costosa, y el crimen ha representado una parcela de la vida social con una fuerte tendencia a ser invisible. No en el sentido de carecer de relevancia social, para lo cual no es preciso más que ver la notoriedad que siempre han tenido los crímenes graves contra las personas, sino en el de hacer intangible el hecho de que los delitos los cometen personas concretas, sobre otras no menos reales y que la trayectoria vital y las circunstancias sociales y personales de estos sujetos ha carecido de trascendencia alguna a la hora de orientar las grandes políticas públicas del Estado, probablemente porque una parte relevante de la responsabilidad de la caracterización de la delincuencia en una sociedad determinada le corresponde a esta en su conjunto. Los altos muros de la prisión tienen la función, entre otras, de hacer olvidar a los que están en el exterior que quienes las habitan proceden de fuera y que las condiciones para delinquir se han producido y se mantienen fuera y no intramuros de la cárcel.

El trabajo principal de recopilación de información criminológica la realizan las instituciones públicas en el ejercicio de sus funciones y con el objetivo de planificar la actividad para la que son competentes. Sin embargo, no se trata de investigación criminológica *per se*, ya que su obtención no es realizada con parámetros metodológicos correspondientes a las ciencias sociales ni tienen un tratamiento y explicación acorde con alguna corriente de pensamiento criminológico, sino que tiene por objetor mejorar el conocimiento de la actividad que regulan y son útiles, como mucho, para funciones de política criminal directa o, en el peor de los casos, para imponer decisiones políticas con orientación ideológica predeterminada a la que la información sobre el delito sirve exclusivamente de apoyo. La carencia empírica de que se parte es la propia de la investigación independiente, metodológicamente dirigida y

40 Zipf, H., *Introducción a la Política criminal,* ed. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, pp. 44-46.

41 Igualmente, denuncia esta confusión terminológica Serrano Maillo, A., "El (sesgado) uso de los delitos(...)", op. cit., p. 243.

42 Serrano Maillo, A., *Introducción a la Criminología,* 4ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 135-139.

con vocación de explicar fenómenos complejos que requieren soluciones que implican a numerosos actores de la vida política y social. Como asegura Tiedemann, la información criminológica es fundamental para realizar una determinada política criminal, "pero también para una efectiva política económica y poder derogar leyes que en la praxis no *tocan* la realidad sino que caen en el vacío"[43].

Si la investigación criminológica general ha sido escasa en términos de investigación social, cuando nos aproximamos al terreno de la delincuencia económica, el panorama se convierte en un auténtico desierto. A las razones antes apuntadas respecto de la investigación general, en este segmento de la delincuencia se unen dificultades nuevas que convierten a este sector en prácticamente impenetrable[44]. Dificultades que tienen que ver con la inidoneidad de algunas de las técnicas habituales de investigación en Criminología para el conocimiento del delito. Estadísticas oficiales centradas y confeccionadas para la detección de la delincuencia individual y predatoria; colectivos inaccesibles para poner en marcha informes de autodenuncia; sujetos víctimas de infracciones penales denominadas *sin víctima* a los que resulta imposible someter a encuestas de victimización; jurisprudencia escasa cuando no inexistente sobre tipos penales que pasan décadas sin ser objeto de interpretación en los tribunales; oscurantismo e ineficacia de los organismos administrativos especializados para tratar y ofrecer públicamente los datos relativos a irregularidades en los diferentes mercados, etc.

Se trata, por lo tanto, de un sector hermético[45], cercano a los espacios del poder legal, con dificultades para ser identificado por el ciudadano medio como generador de conflictos sociales, con fuertes implicaciones económicas e ideológicas con medios de comunicación social y cuyos partícipes parten de un reconocimiento social y legal que les coloca normalmente al margen de los instrumentos habituales de control que los poderes públicos establecen para la detección del delito.

Dos son las fuentes principales de conocimiento del delito económico: los organismos públicos o semipúblicos reguladores de los mercados y las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas para defender los intereses de los sectores más desprotegidos ante los grandes operadores de los mercados. Estas fuentes nutren algunas estadísticas oficiales, principalmente las judiciales ya que, por diferentes razones, la actividad policial tiene menores posibilidades de controlar directamente los comportamientos ilícitos cometidos en ámbitos cuya inspección regulada pertenece a otros organismos de las administraciones públicas ordinarias o, incluso, a instituciones privadas como la American Bar Association[46].

Como ocurre con la mayor parte de la delincuencia, la fuente de conocimiento del delito no suele asumir funciones de sistematización de la información, limitándose a suministrar los hechos conocidos a los organismos competentes de su persecución, que sí realizan alguna clase de organización de los datos. Sin embargo, al ser esta una actividad que realizan de manera secundaria, la calidad y su capacidad para ofrecer una imagen correcta de la delincuencia suele ser bastante deficiente. No existen, por ejemplo en España, organismos estadísticos –Instituto Nacional de Estadística, Centro de Investigaciones Sociológicas- que hayan asumido organizar y ofrecer información sobre delincuencia[47], en general, y mucho menos sobre delincuencia económica, en particular. Por lo tanto, la capacidad político criminal de abordar un sector de la delincuencia tan especializado y con mayores dificultades de conocimiento que el resto se encuentra en niveles mínimos[48].

43 Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 250.

44 Las citadas conclusiones del XI Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Justicia Penal de Bangkok insisten en la dificultad de medir esta delincuencia, entre otras razones por las grandes diferencias entre los modos de registrarla en cada país, los disímiles conceptos legales y administrativos de referencia y la tendencia de los grandes operadores económicos a resolver los incidentes de forma privada; Kaiser señala la escasa notoriedad del delito, la difuminación de la calidad de las víctimas y las estructuras anónimas de comunicación, como aquello que llevaría a calificar a un delincuente como de *cuello blanco* (op. cit., p. 356).

45 Conklin, J.E., *Criminology,* Ed. Macmillan Publishing Co., Nueva York, 1981, p. 21.

46 Barnett, C., op. cit., p. 6.

47 Al respecto, Stangeland, P., "Encuestas de victimización", en *Los problemas de la investigación empírica en Criminología: la situación española,* Díez Ripollés/Cerezo Domínguez eds., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 16 y ss.

48 Tiedemann concede un valor fundamental a la elaboración teórica de estos conocimientos para el perfeccionamiento de la legislación y, sobre todo, para el desarrollo de un sistema de conocimiento que también explica la dependencia de la criminalidad económica de los sistemas económicos y políticos existentes y que desarrolla al mismo tiempo las condiciones para la optimización de estos sistemas (op. cit., pp. 250-251).

Intentar aproximarse a los hechos, a su medición, supone enfrentarse a la imponente realidad de una cifra negra de que, en palabras de Tiedemann, supone que "la cuestión de la medida de esta criminalidad sobrepasa la de sus causas"[49].

Son muchas las razones que se apuntan para justificar este horizonte, pero tal vez el dato más frustrante que ofrecen las investigaciones sobre delincuencia económica es la distorsión entre los objetivos de la regulación penal y el efecto práctico de las mismas. Al respecto es interesante el estudio en materia medioambiental de Albrecht/Heine que describe cómo tras la introducción de la legislación penal ambiental en Alemania los procedimientos judiciales se dirigían principalmente contra agricultores, personal naviero, propietarios de camiones o pequeñas industrias automotrices, pero nunca contra los propietarios o directores de las grandes industrias alemanas, si bien Tiedemann matiza que con el paso de los años se ha invertido esta tendencia en contra de los altos directivos de grandes empresas[50].

Los datos oficiales suelen reflejar una incidencia mínima del delito económico en la estadística global de la delincuencia. Por ejemplo, los delitos económicos conocidos por el FBI de los Estados Unidos en el periodo 1997-1999 fueron del 3,8%, siendo la mayoría fraudes patrimoniales y pocos delitos de corporaciones y mercado[51]. Este reflejo mínimo solo puede explicarse a partir de dos consideraciones: el volumen de esta delincuencia es muy bajo, pero representa valores equivalentes al del resto de sectores en cuanto a cifra negra; o bien, esta infrarepresentación se debe a una fuerte desproporción entre la cifra negra de la delincuencia económica y la delincuencia común, cuyas causas habría que analizar.

El problema de la Criminología es que no sido capaz de dar respuesta satisfactoria a este dilema a través del estudio empírico, por lo que se ha impuesto la sospecha de una cifra negra más alta en este sector por la acumulación de condiciones objetivas previas que deberían impedir la persecución de estas infracciones así como por deducciones derivadas del cruce de datos provenientes de distintas investigaciones. Si se comparan las investigaciones de Barnett y Wäcqant[52] se pueden extraer algunas pistas. Según la investigación de Barnett para la delincuencia económica se puede extraer un perfil del autor del delito en el que la mayoría de los mismos son hombres blancos, a la vez que se observa un porcentaje muy elevado de mujeres respecto de otras formas de delincuencia. Wäcqant, por su parte, destaca las razones por las que la población negra de los Estados Unidos está sobre representada en las cárceles: la desocupación y el empleo precario de ese colectivo, el desmantelamiento de las redes de asistencia pública y la crisis del gueto como instrumento para el control y confinamiento de una población estigmatizada, extraña al cuerpo social de la nación y superflua desde un punto de vista tanto económico como social. Del cruce de ambas investigaciones se deduce que el delincuente económico no está representado en la cárcel, el número de mujeres blancas es mínimo y los delitos por los que están ingresadas son delitos "comunes".

Se quiera o no, y a pesar de la evolución del sistema penal, la prisión sigue siendo el referente social del Derecho penal y el delincuente para el conjunto social es el sujeto que cumple privación de libertad en centro penitenciario. Constatar que el autor de infracciones penales de corte económico no está sino excepcionalmente en prisión es un elemento indicativo de la percepción del sistema penal sobre esta clase de autores y sobre los hechos que realizan. Esta percepción se manifiesta en cada fase del control formal del delito y el resultado no puede extrañar que sea el que se denuncia desde los trabajos de Sutherland por parte de la Criminología[53].

49 *Ibidem,* p. 259.

50 *Ibidem*, pp. 268-269.

51 Fuente, Barnett, C, op. cit., pp. 3 y ss.; cifras similares procedentes del Informe UNICRI-CINAF destaca Cervini, R., "Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos", en *Revista de Derecho penal y Criminología,* núm. 14, 2004, pp. 117.118.

52 Barnett, C., op. cit., p. 5; Wäcquant, L. *Simbiosi mortale, neoliberalismo e politica penale*, Ed. Ombre corte, Verona, 2002.

53 Serrano Maillo critica la metodología antiempírica utilizada en los países de tradición jurídica continental para el conocimiento del delito de cuello blanco ("El (sesgado) uso de los delitos(...)", op. cit., pp 244 y ss.). Es perfectamente suscribible la opción que toma por dar validez general a todos los métodos de investigación empírica en este y en otros sectores de la delincuencia, así como su utilización combinada, como respuesta a los críticos que rechazan las estadísticas como método fiable para conocer la delincuencia económica por su sesgo ideológico. Sin embargo, la consecuencia que se puede extraer de ello sí que resulta criticable en cuanto rechaza un concepto criminológico de delito de raíz jurídica y opta por un concepto natural de delito, en general,

II. POSTULADOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO CRIMINALES APLICADOS AL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Ineficacia

Es un lugar común asegurar que los sistemas penales nacionales no están materialmente capacitados para controlar y perseguir la delincuencia económica, especialmente cuando esta sobrepasa esas fronteras y se expande por territorios globales siguiendo el rastro de la propia actividad económica lícita. Esa incapacidad puede explicarse por factores cuyo control escapa a la acción del Estado, o puede partirse de una visión que sitúa precisamente en la voluntad o tolerancia de los poderes públicos el origen de la creciente impunidad con la que los grandes operadores económicos actúan en los mercados globales[54], especialmente en sus zonas de mayor sombra. Así, para De Maillard "los Estados han permitido la creación y la reproducción de un nuevo mercado, el más vasto y rentable a escala mundial, el de la trasgresión de la norma"[55].

Antes de achacar a la globalización la ineficacia de los sistemas penales nacionales sería aconsejable no perder de vista que los ordenamientos estatales no pueden exhibir una brillante trayectoria cuando de controlar los cerrados mercados nacionales de la postguerra mundial se trataba[56]. La globalización tan solo está suponiendo un paso más dentro del fenómeno, probablemente muy importante y de grandes dimensiones, pero no puede considerarse como el inicio y la causa de la impunidad del delito económico.

Factores legales, sociológicos, económicos y políticos concurren por igual contribuyendo a dibujar un panorama de gran ineficacia del sistema público de control en esta materia.

En el momento de plantear soluciones a esta situación las opciones se centran fundamentalmente en dos posibilidades: el impulso de reformas legales e institucionales que mejoren las carencias de los sistemas públicos de supervisión y sanción, y, sobre todo, el fomento de políticas de formación y comunicación que permitan visualizar desde las instituciones y desde la ciudadanía en general los verdaderos efectos negativos de la delincuencia económica, reduciendo el importante grado de relativización con el que los autores y sus hechos se presentan a la colectividad.

Un experimento interesante ha sido el desarrollo institucional que representa el modelo de la Unión Europea[57]. Nacida de la voluntad de aunar intereses económicos y financieros de los países europeos, el aparato público desarrollado para dar satisfacción a aquellos intereses ha tenido el efecto, probablemente por primera vez de forma generalizada, de elevar al primer plano del interés ciudadano la protección de los intereses económicos públicos claramente identificados con el desarrollo de los países que se han sumado a ese proyecto colectivo.

---

y de delito económico, en particular. Parece presumir que toda crítica al sesgo de la información oficial sobre el crimen proviene de una disconformidad con la aplicación legal de los delitos económicos y una extensión de los comportamientos delictivos a todos aquellos que sena éticamente negativos a juicio del propio investigador. Siendo cierto que se pueden cometer esos excesos, lo contrario supondría retirar a la Criminología toda función de crítica y convertirla en una ciencia aséptica que valida como reales los datos que por una o varias vías llegan al investigador sin que pueda ponerse en tela de juicio el modo o el proceso por el que los hechos de la realidad se plasman en datos mensurables.

54 Mantovani apunta como causas de la falta de persecución de esta delincuencia la dificultad de persecución judicial, la levedad de las sanciones legales, la escasa difusión pública del delito y el trato preferente de las autoridades administrativas y policiales a los sujetos implicados, si bien apunta que en Italia se está produciendo un importante cambio de tendencia que puede generar riesgos de excesos en la presunción de culpabilidad por pertenecer al mundo económico (*Il problema Della criminalità*, Ed CEDAM, Padua, 1984, p. 363; Cervini, R., op. cit., p. 130.

55 De Maillard, J., op. cit., p. 40.

56 Silva Sánchez pronostica que el Derecho penal de la globalización acentuará la tendencia de los Estados nacionales de relativización de las garantías político-criminales, sustantivas y procesales, especialmente en materia de delincuencia económica, crimen organizado y corrupción (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 64). Este diagnóstico, contrario a la visión del fenómeno de la que aquí se parte, no se apoya en datos empíricos reales, datos que en cualquier Estado nacional muestran una leve incidencia del Derecho penal precisamente en las materias relativas a la delincuencia económica y a la corrupción con numerosas vías de escape que la delincuencia violenta no está en condiciones de utilizar.

57 Zuñiga Rodríguez destaca la influencia de la unificación europea en los derechos penales nacionales, especialmente a través de la creación de un espacio común de lucha contra la criminalidad, de la unificación de algunos criterios de imputación y la consagración de algunos principios generales del sistema sancionador europeo ("Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas", en *Derecho penal*, en la dirección web http://www.unifr.ch/derechopenal/artículos/html/artzuniga.html (sin paginar)); Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., pp. 85 y ss.

Posteriormente, y una vez asentada la necesidad y la complicidad ciudadana en la protección, incluso penal, de los intereses económicos comunitarios, han sido las propias instituciones europeas las que han impulsado las políticas nacionales de represión de la delincuencia económica por un efecto expansivo y unificador propio de la estructura comunitaria[58]. La sensibilización hacia la relevancia y necesidad de su represión se ha favorecido por la identificación permanente entre delincuencia económica y delincuencia organizada, aunque ha tenido el efecto perverso de focalizar la atención sobre determinada clase de sujetos asociados a la delincuencia tradicional con fuertes connotaciones económicas –tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas o de armas, etc.–[59].

De este modo, se ha producido un doble fenómeno: en primer lugar, se ha asentado, al menos en el plano legal, la voluntad de dar una respuesta penal a los comportamientos más graves producidos en y alrededor de los mercados fundamentales de las sociedades capitalistas contemporáneas –mercados de valores, mercados financieros, de servicios y productos de consumo, etc.–; pero, en segundo lugar, se ha producido una distorsión que vuelve a ensombrecer al delincuente económico por excelencia, al sujeto poderoso e integrado socialmente que describió Sutherland, al dar un valor negativo prioritario al delincuente económico que comete infracciones asociadas a aquellos delitos que se representan como el símbolo de la delincuencia moderna: drogas, blanqueo, tráfico de personas, pornografía infantil y delincuencia informática. De este modo, los delitos corporativos, incorporados a la generalidad de los países europeos mediante la decidida influencia de las instituciones comunitarias, vuelven a quedar relegados a un segundo plano público, y quedan condenados a repetir los esquemas de relativización propios del modelo estatal clásico de comparación entre delincuencia violenta y delincuencia económica.

Las diferentes organizaciones internacionales que han asumido un fuerte protagonismo en la ordenación y la supervisión del comercio internacional y de las políticas económicas de los Estados ha hecho gran hincapié en el control y el castigo, incluso penal, de las conductas que han considerado disfuncionales con las directrices maestras del comercio capitalista a nivel mundial. Han puesto mucho énfasis en impedir conductas atentatorias contra el libre comercio, contra los derechos de propiedad industrial o contra el libre movimiento de capitales, además de atacar los tráficos ilegales de todo tipo, con la excepción del de armas y parcialmente el de personas, y la reversión de los beneficios de estos comportamientos al comercio legal en clave de ilegítima competencia.

En cambio, su contundencia ha sido menor a todos los niveles –legal, político y económico–, cuando los comportamientos a considerar no son perjudiciales de forma directa para la mejor eficiencia de los mercados, sino que son observados como limitaciones a su dinamicidad. En este caso se encontrarían las conductas lesivas para el medio ambiente, los abusos contra los derechos de los trabajadores, las conductas contrarias a los intereses de los consumidores o contra la salud pública en los sistemas de producción industrial de carácter legal.

Resulta evidente que a nivel internacional hay dos posibles modelos de intervención en la economía por parte del Derecho, en particular del sancionador. Uno de alcance limitado y dirigido a favorecer el mantenimiento y desarrollo de las estructuras básicas del sistema económico, que intenta eliminar los obstáculos a la expansión de los diferentes mercados a nivel global. Un segundo modelo se basa en el crecimiento y desarrollo sostenible, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas y contrario a la manipulación de los mercados por parte de quienes ostentan espacios de poder.

Entre estas dos vías, las organizaciones internacionales, públicas, privadas y semipúblicas, vienen optando de forma preferente por el primero de los modelos. Con excepciones puntuales en la Unión Europea o en las organizaciones de naturaleza pública, el referente esencial es el crecimiento económico y la reglamentación es visualizada como su obstáculo directo más inmediato.

Consecuencia parcial de este análisis es que ni el autor de estas infracciones alcanza la consideración de delincuente, ni los tipos penales se configuran

58 Rodríguez Sol, L., "La investigación de la delincuencia económica en el espacio europeo", en *Revista Jurídica Española. La Ley*, vol. 3, 2005, pp. 1.903 y ss.

59 Aunque Cervini intenta establecer un concepto de macrocriminalidad económica en los espacios de legalidad, en algún momento entra en esta confusión entre delincuencia económica y crimen organizado (op. cit., p. 125).

técnicamente de forma acorde con los intereses que pretenden proteger, ni la persecución de los delitos en la vía administrativa, policial y judicial se realiza con los criterios generales que se aplican a la delincuencia contra las personas y el patrimonio o la que es identificada como verdaderos crímenes: drogas, falsificación de moneda, terrorismo, falsedades, etc.[60].

2. Los espacios de impunidad ante la justicia penal

Si bien se han destacado las razones estructurales y los impedimentos materiales e ideológicos que se acumulan para mantener fuera del sistema penal la mayor parte de las infracciones económicas, aun es posible, en el ámbito propio de la justicia penal en sentido estricto, esto es en la aplicación de las normas penales materiales y procesales, encontrar motivos de carácter jurídico que colaboren en dibujar el panorama de la impunidad que afecta a este sector de la delincuencia. Construcciones dogmáticas y redacciones legales de los delitos, articulación de los procesos y configuración de los instrumentos de los que dispone y ejecución de las penas impuestas, contribuyen a esta imagen de una clase de delincuencia que presenta más elementos de construcción teórica que de análisis práctico[61].

2.1. Dogmáticos

Los numerosos problemas detectados para la persecución de la delincuencia económica persisten en el proceso de argumentación jurídica que se articula durante el procesamiento penal.

En la redacción de la sentencia, y en momentos puntuales de la imputación o del archivo de actuaciones, entran en aplicación las construcciones teóricas propias de la ciencia jurídico penal. Elaboradas para facilitar la aplicación de la norma penal, y desarrolladas en su origen para un modelo penal propio de finales del siglo XIX y primera mitad del siguiente siglo, tenían por objeto primordial una clase de delincuencia centrada en la persona individual, tanto en lo relativo al autor como a la víctima del delito. Si bien esta situación presentaba excepciones permanentes, por ejemplo en los delitos contra la seguridad del Estado, la regla general y la construcción teórico-dogmática buscaba respuestas generales y seguras para los homicidios, los robos, las agresiones sexuales y contra la libertad.

La responsabilidad individual y los delitos de resultado material, la construcción del dolo y las causas de justificación, y la teorización sobre el bien jurídico, han basado su evolución en infracciones con bienes jurídicos individuales, cometidas por sujetos autónomos, con resultado material perceptible y con la voluntad y el conocimiento como límites mínimos de la responsabilidad subjetiva[62].

Al ir sumándose al catálogo de infracciones penales nuevas conductas propias de sociedades más complejas que aquellas de los inicios de la dogmática penal, el número de problemas para la aplicación del Derecho penal a las mismas ha ido creciendo en parecida proporción.

Sin embargo, y por razones no estrictamente jurídicas, el cúmulo de dificultades se ha centrado más en una clase de delincuencia que en otras. Cuando se ha querido ejemplificar el terreno de las mayores complejidades que surgen en la denominada delincuencia moderna, el Derecho penal económico ha sido el perfecto receptor de todas ellas. Falta de concreción de los bienes jurídicos en juego, tendencia a tipificar conductas de peligro sin aparente lesividad, extremas dificultades para la imputación de los sujetos que

60 Resultan de interés las reflexiones al respecto de Diez Ripolles cuando afirma que "lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del Derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa de la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida "expansión del derecho penal" no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos" ("La nueva política criminal española", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* núm. 17, 2003, p. 69).

61 Serrano Maillo, A., "El (sesgado) uso de los delitos(...)", op. cit., 265.

62 Zuñiga Rodríguez, L., op cit., (sin paginar); señala la autora que "este es precisamente uno de los síntomas de la tan manida crisis del derecho penal: la imposibilidad de determinar la responsabilidad en sistemas complejos, donde las víctimas son indeterminadas, existe una pluralidad de nexos causales y existen una pluralidad de conductas, algunas dolosas otras culposas, unas activas y otras omisivas".

ostentan el poder real en las organizaciones, etc.[63]. Otras formas delictivas modernas, en cambio, no han recibido las mismas críticas, o, al menos, no han encontrado tantas reticencias en su aplicación por parte de los tribunales penales. Actos de narcotráfico, formas tangentes de colaboración con el terrorismo, algunas formas de blanqueo de capitales, son ejemplos en los que las mismas o mayores dificultades que las mencionadas han podido concurrir al materializarse en disposiciones legales, y, sin embargo, son mínimas las dificultades que han encontrado para generar una abundante jurisprudencia en que la responsabilidad de los sujetos con poder en la organización resulta clara, el simple peligro para el bien jurídico no representa un obstáculo insalvable y la constatación de la intencionalidad delictiva se homologa al del resto de infracciones penales denominadas clásicas.

Entre los ámbitos de mayor discusión pueden destacarse tres particularmente relevantes: el problema de la asignación de responsabilidad a los sujetos, físicos o jurídicos, que intervienen en el delito; la cuestión de la lesividad de la conducta y el interés merecedor de protección; y, por último, las cuestiones relativas a la tipificación de las conductas, tanto en términos objetivos como subjetivos –delitos especiales, delitos de resultado, elementos subjetivos del injusto, etc.–.

En la atribución de responsabilidad penal el problema ha sido doble: por un lado, la facilidad de los verdaderos gestores de las sociedades mercantiles para excluir su responsabilidad y derivar la misma hacia sujetos que material y jurídicamente aparecen como verdaderos ejecutores de las infracciones penales; por otro lado, y ante las numerosas situaciones de impunidad derivadas de la complejidad de las estructuras jurídico económicas que constituyen determinadas formas de empresa, la opción por hacer responder de forma directa a la persona jurídica por el delito asignándole penas propias para estas entidades.

En el primer caso se trata de problemas de imputación de la autoría y de la participación en el delito, especialmente en el caso de sujetos que tomando las decisiones relevantes en el seno de las personas jurídicas, especialmente las de contenido económico, no figuran como ejecutores de las conductas típicas que describen los tipos penales. Desde la dogmática penal se han elaborado diferentes construcciones para dar respuesta a estos espacios de impunidad[64], las cuales han sido asumidas por los aplicadores del derecho con mayor o menor fortuna.

Con la intención de dar una respuesta que palie esta situación se ha venido extendiendo en la doctrina penal a nivel internacional y en un número cada vez mayor de legislaciones nacionales la sanción penal directa a la empresa como respuesta político criminal más eficaz en la lucha contra la delincuencia económica. Entre los muchos argumentos utilizados para justificar este cambio de paradigma respecto de la tradicional limitación de responsabilidad de las personas jurídicas, puede partirse de la posición que al respecto mantiene Baigun cuando afirma que "nadie discute que las sociedades anónimas y las *corporations* pertenecen a la categoría de las organizaciones; responden a categorías comunes que la sociología actual analiza como componentes de un subsistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno. Nosotros recogemos estos enunciados pero ubicamos como variables independientes la regulación normativa y el interés económico, lo cual no significa desconocer la interacción entre las distintas variables y las características exhibidas por cada una de ellas; precisamente, como resultado de esta interactuación, se genera lo que denominamos segundo código, es decir, el conjunto de reglas reales que gobiernan la decisión institucional y en cuya elaboración gravitan predominantemente los llamados fines reales, muchas veces en disonancia con las normas que prescriben los fines estatutarios"[65]. En la construcción del autor se trata de afirmar que este segundo código es el que crea la verdadera resolución, la voluntad social de la organización, justificando la existencia de una responsabilidad penal directa de la persona jurídica que se acota bajo la idea de la "responsabilidad social".

Sin entrar en la discusión dogmática acerca de la conveniencia o no de considerar sujeto penal a la empresa, lo relevante desde el punto de vista criminológico

63 Hassemer, W., op. cit., pp. 277 y ss.

64 Por todos, Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

65 Baigun, D., "El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, vol. I, dir. Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, Ed. Universidad de Castilla La Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 96.

es analizar qué aporta el castigo de la persona jurídica a la evolución de la delincuencia económica. El principal argumento utilizado a favor de su criminalización ha residido en la contrastada ineficacia de un sistema que sanciona a personas físicas, esto es, a sujetos sustituibles en una organización que no modifica su actividad económico-delictiva porque la pena no incide de forma directa en la capacidad lesiva de la estructura empresarial. La responsabilidad civil es considerada como insuficiente por previsible desde el punto de vista económico, tan insuficiente como las medidas administrativas o de naturaleza seudo penal asociadas al delito tales como el cierre de la empresa o la suspensión de actividades acordadas por el juez penal[66].

Esta posición parte de una presunción no suficientemente demostrada, a saber, que la imposición de una pena de cierre o suspensión, incluso de multa, impuesta en un procedimiento penal sí afectaría a la capacidad delictiva de la entidad, mientras que las mismas sanciones impuestas en un procedimiento administrativo o como consecuencias accesorias en un proceso penal (art. 129 del Código penal español), no ejercerían los efectos preventivo generales o especiales propios de las sanciones penales y, por lo tanto, son ineficientes.

Por esa razón los esfuerzos teóricos dirigidos a castigar penalmente a las empresas han centrado sus esfuerzos, como se vio en Baigun, en atribuir una voluntad propia a la persona jurídica, y no solo por la razón dogmática y legal derivada de la necesidad de atribuir alguna clase de voluntad dolosa o conducta imprudente a la misma, sino para justificar la existencia de dos sujetos criminales diferentes, cada uno de los cuales debe afrontar su propia responsabilidad por separado.

Desde la perspectiva criminológica admitir la responsabilidad penal de las empresas supone introducir un cambio radical en el estudio de uno de los clásicos objetos de estudio de la disciplina: el delincuente. Este ya no es solo el sujeto con una trayectoria vital, con una carga genética, con una serie de condicionamientos sociales, familiares y educativos, sino que el delincuente también sería una organización legal, con una trayectoria económico-jurídica, con una capacidad de acción, de poder, en el sector en el que se ubica, que se relaciona con el resto de sujetos individuales y económicos a partir de un marco normativo muy delimitado y menos libre que el de las personas físicas.

Estas evidentes diferencias entre sujetos exigen utilizar métodos de investigación distintos y conlleva realizar planteamientos políticos criminales propios para afrontar los problemas que presenta cada uno de los sujetos.

Sin embargo, el principal problema criminológico que plantea esta duplicidad de sujetos es que parece dejar de lado un aspecto fundamental de la cuestión: que las personas jurídicas no son entes totalmente independientes de las personas físicas que integran sus órganos y que, al máximo nivel de poder, las decisiones las toman aquellas, resultando inasumible afirmar que la estructura jurídico económica se puede terminar por imponer a la capacidad de decisión de las personas que ejercen el poder real en los consejos de administración y en las presidencias de las empresas. Es cierto que organizaciones con trayectoria o modos de actuación delictivas imponen a trabajadores o gestores concretos formas de trabajo criminales que solo pueden evitarse desvinculándose de la empresa. Pero no lo es menos que estos métodos delictivos están diseñados y decididos por sujetos que, individualmente o en grupo, son capaces de orientar la actividad de la entidad en la dirección del delito o en la dirección del respeto a la legislación vigente.

Este planteamiento no puede hace perder a la persona jurídica todo el interés criminológico que presenta, especialmente en cuanto al incremento de la lesividad de las acciones desarrolladas en su seno o hacia fuera, a la capacidad de esconder la responsabilidad de las personas físicas que se ocultan tras ella, a la facilidad para actuar a nivel global, etc. Pero el centro del interés empírico reside más en los modos con los que las personas físicas eluden su responsabilidad penal a través de las personas jurídicas que en la propia forma de ejecución de los delitos desde el seno de las organizaciones. El riesgo lo representan las personas físicas que utilizan las complejas organizaciones societarias para eludir su propia responsabilidad, no la de la organización.

Es cierto que ello no resuelve la polémica inicial acerca de si las personas jurídicas deben responder penalmente, pero no lo es menos que un riesgo real,

66 Ver al respecto una completa aproximación en Cesano, J.D., *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 26 y ss.

aunque no querido, del cambio de modelo pasará por priorizar desde los instrumentos públicos de control la persecución de las sociedades mercantiles, mientras persisten las dificultades para imputar los delitos a las personas físicas que toman las verdaderas decisiones delictivas[67] permitiendo, de este modo, que el castigo de la persona jurídica suponga su abandono por "el hombre de atrás" que quede impune repitiendo la secuencia de forma indefinida[68].

El segundo ámbito problemático se centra alrededor de la identificación del bien jurídico. Construida la teoría del delito en torno a este concepto con la función de servir de garantía tanto para la protección de intereses relevantes para las personas como para impedir excesos desde el poder en el ejercicio del castigo a los sujetos individuales, su principal evolución desde su consolidación a principios del siglo XX ha venido de la mano de la incorporación de nuevos intereses surgidos en las relaciones económicas propias de los crecientes mercados de bienes y servicios.

Si bien los intereses económicos, en un primer momento, tuvieron para el sistema penal un sentido eminentemente patrimonial e individual, el protagonismo del consumidor frente al sujeto contratante y de la competencia frente al negocio jurídico, han terminado por colocar a los intereses de los participantes en los sistemas económicos al mismo nivel de importancia que el patrimonio concreto de cada sujeto individualmente considerado.

Este cambio de modelo ha generado toda clase de discusiones dogmáticas acerca de la función del Derecho penal y de los límites de esta intervención, dividiendo a la doctrina penal en sectores muy definidos y combativos a favor y en contra de la expansión del Derecho penal hacia estos nuevos intereses. En general, la discusión no ha estado centrada en la bondad o no de las conductas que distorsionan elementos fundamentales de los mercados, y el acuerdo es generalizado acerca de la lesividad de las conductas contrarias a la competencia, al medio ambiente, a los derechos o intereses de los consumidores, etc., residiendo la principal divergencia en el modo de afrontar tales conductas negativas. Solo Derecho penal, solo Derecho administrativo, utilización complementaria de ambos ordenamientos o incorporación de vías intermedias de naturaleza mixta para abordar este tipo de conductas son las principales soluciones propuestas.

En el fondo de esta discusión lo que subyace es la determinación de la naturaleza de los bienes jurídicos que la doctrina y jurisprudencia han venido señalando como objeto de protección en la delincuencia económica. Si bien algunos de ellos mantienen una naturaleza patrimonial individual –delitos contra la propiedad industrial–, la mayoría de estas infracciones se han creado legalmente para proteger intereses colectivos de significación económica general. Mientras que los primeros no han encontrado obstáculos para su tipificación penal y aplicación forense, los segundos han sido objeto de toda clase de críticas, tachados, en general, de difusos, vacíos de contenido, formales o con una única vocación de regular las relaciones de los operadores económicos.

Desde el punto de vista criminológico esta discusión ha ido pareja a un grave problema de inaplicación de los delitos económicos a pesar de su aterrizaje en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados desde hace más de cuarenta años. Esta situación puede explicarse por varias razones: escasa proclividad judicial para sancionar penalmente conductas atentatorias contra intereses de difícil concreción; escasa percepción del carácter delictivo de actividades de alcance económico desarrolladas en el seno de empresas con actividad lícita; descoordinación entre la redacción de los tipos penales y los supuestos intereses que subyacen en los mismos; existencia de infracciones paralelas en el orden sancionador administrativo, con mayor nivel de concreción y cuya aplicabilidad exige menores garantías, además de ser menos invasivas con los derechos fundamentales de las personas.

Entre estas causas, es destacable la perplejidad que causan muchos de estos tipos económicos cuando se intenta extraer el bien jurídico protegido en los mismos. Por ejemplo, resulta frecuente que el legislador aborde algunas formas de esta criminalidad con tipos penales de resultado material que no se compadecen ni con la descripción de la propia conducta delictiva ni con el ámbito jurídico económico al que

67 Cesano, J.D., *Estudios sobre(...),* op. cit., p. 150; Cervini, R., op.cit., p. 150.

68 Esta es una de las principales críticas que se hace a la tesis de Hirsch según la cual la acción de las personas físicas en el seno de la persona colectiva es a la vez de la persona física y de la jurídica (en Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, op. cit., p. 239).

se refieren. En la legislación penal española un buen ejemplo lo constituye el delito de utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285 CP). Construida esta infracción en derecho comparado alrededor de la idea de protección de la participación libre e igualitaria de los inversores en el mercado de inversión en valores, pierde todo su sentido al exigirse una cantidad de beneficio o de pérdida a terceros para poder castigar la conducta. Articulado como un delito de lesión contra intereses que no pueden exigir ese resultado para verificar la lesión del bien jurídico, se termina convirtiendo en un tipo penal inútil que desde 1995 no ha podido ser aplicado en ninguna ocasión[69].

En términos generales, se puede afirmar que en los delitos socio económicos que tienen como referentes bienes jurídicos colectivos, estos se han convertido en una rémora que ha lastrado su aplicación ante los tribunales de justicia. Obviamente ello no quiere decir que se deba abandonar la senda de la protección de intereses colectivos de definición económica, sino que la construcción de estos tipos penales ha de ser más esmerada en orden a plasmar en la descripción de las conductas los elementos que realmente reflejan el sentido de la prohibición. Como advierte Kaiser, la tendencia a dejarse llevar en esta materia por "ideas morales rigurosas y ajenas a la economía"[70] puede lastrar la intervención racional del Derecho penal.

Lo cual enlaza con el tercero de los problemas dogmáticos que afectan a la vida aplicativa del Derecho penal económico: la tipificación de los delitos. Este trabajo eminentemente legislativo de criminalización supone un proceso de selección de conductas de cuyo alcance el legislador debe ser consciente. El proceso de creación de la ley penal viene definido por una serie de parámetros de abstracción y concreción que ha de contener tanto los elementos objetivos como subjetivos que sirvan para describir de modo completo la conducta prohibida, amén de la racionalidad que debe ser subyacente a todo el proceso de creación y de aplicación de las leyes[71]. Entre los elementos de los tipos que mayor número de dificultades ha encontrado la legislación penal socioeconómica, la descripción del resultado típico y las referencias a los elementos subjetivos de los tipos son las más relevantes.

La primera de las cuestiones ha sido objeto de los mayores debates, al nivel y en la misma línea en la que se ha desarrollado la polémica sobre los bienes jurídicos objeto de protección. La opción político criminal adoptada de forma mayoritaria para proteger estos intereses de dimensión supraindividual ha sido la utilización de tipos de peligro que alejan la consumación del delito de la efectiva lesión material del interés tutelado. Preñada esta opción tanto de razones prácticas como jurídicas que centran en la imposibilidad e inidoneidad de esperar a la producción de un resultado material difícilmente constatable la consumación de la infracción, ha sido, no obstante, un motivo más para dificultar la aplicabilidad de estos preceptos.

El uso de delitos de peligro se ha visualizado como un riesgo para las garantías penales propias del modelo penal liberal. Pero, en la práctica, la máxima dificultad para su aplicación ha venido de la mano de la dificultad para establecer la prueba del peligro, abstracto o concreto, ya que no basta con realizar la conducta típica para que el riesgo, incluso si ha sido predeterminado por el legislador *ex ante* a la realización de la conducta, se haya materializado[72]. Es evidente que ello no ocurre así en todos los delitos de peligro –véase el exitoso tránsito judicial de los delitos de narcotráfico en los que a cualquier conducta de tráfico se le asigna de forma casi automática una capacidad lesiva para el bien jurídico–, por lo que es necesario relativizar la dificultad aplicativa de los tipos de peligro para bienes jurídicos colectivos y relacionar esos obstáculos con consideraciones valorativas adicionales de carácter no dogmático.

Como consecuencia de la inseguridad del legislador para identificar bienes jurídicos necesitados de protección penal en esta materia, otro de los problemas de tipificación habitual estriba en la fuerte desconexión entre la descripción de la conducta objetiva del interés jurídicamente tutelado. La conversión de tipos de peligro en delitos de resultado, la utilización frecuente de cuantías económicas para dar inicio a la

69 Ruiz Rodríguez, L.R., "El abuso de información privilegiada en Derecho español, con referencias a la normativa bursátil argentina", en *Derecho penal económico*, dir. De la Cuesta Aguado, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 220 y ss.

70 Kaiser, G., op. cit., p. 356.

71 Al respecto, ampliamente, Diez Ripolles, J.L., "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 485 y ss.

72 Ampliamente, Terradillos Basoco, J., *Derecho penal de la empresa,* Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 51 y ss.

intervención penal[73] o la fuerte tendencia a incorporar elementos patrimoniales en los tipos o cláusulas generales de procedibilidad, han terminado por malograr la vida jurídica de algunos delitos económicos. Dos ejemplos interesantes y contradictorios son representativos de estas dificultades en el Código penal español: el delito de blanqueo de capitales y el delito de administración fraudulenta.

El primero de ellos (art. 301 CP) continúa la tendencia punitivista de la regulación del narcotráfico permitiendo con su amplitud considerar como delito de blanqueo cualquier clase de utilización personal de los beneficios de origen ilícito del autor de un delito o de cualquier tercero que participe o se aproveche de esos bienes. Olvidando el legislador adecuar el tipo a la protección del interés colectivo subyacente, se impone una posición ética que permite una subsunción de conductas completamente desmesurada.

Por el contrario, el delito de administración fraudulenta (art. 294 CP), redactado como delito doloso de resultado limita su aplicación con una fundamentación que Terradillos considera endeble "toda vez que contraer obligaciones perjudiciales es conducta de lesividad normalmente neutralizable con mecanismos propios del Derecho mercantil"[74].

Por último, los elementos subjetivos de los tipos vienen jugando un papel importante en la delincuencia económica. Redactados de forma abrumadora como delitos dolosos en respuesta a un rechazo general a castigar las conductas lesivas de intereses socioeconómicos cometidas por imprudencia –con alguna excepción en el blanqueo, el delito ecológico o las infracciones que pongan en riesgo la vida y la salud de los trabajadores[75]–, la tentación de introducir en estos delitos elementos subjetivos especiales relacionados con la intención de perjudicar o elementos característicos de dolos reforzados ha sido habitual[76].

La finalidad de esta técnica legislativa ha sido claramente recortar el espacio de lo punible para llevar al terreno penal solo aquellas conductas que en ningún caso pueden ser identificadas como propias y naturales en mercados muy competitivos donde la buena voluntad en los negocios no es un valor preponderante. La agresividad comercial siempre será admisible, excepto en aquellos supuestos en los que el daño se busque de forma directa y principal, siendo los daños dolosos colaterales, esto es, aquellos provocados por dolo eventual, una consecuencia normal del funcionamiento de los mercados. Estos solo tendrán una dimensión privada a resolverse en la jurisdicción civil o mercantil.

En términos generales la voluntad de lucro no es trascendente para la redacción de los delitos socioeconómicos, a diferencia de lo que ocurre con los delitos patrimoniales. Esta voluntad subyacente de lucro, considerada como causa fundamental de la delincuencia económica[77], sin embargo, no tiene representación en la delincuencia económica porque el lucro no tiene trascendencia por sí mismo, sino respecto del bien jurídico protegido. En los delitos económicos la intención de lucro siempre está presente pero es secundaria respecto de la protección del bien jurídico. Cualquiera de estas conductas realizadas sin aquel ánimo mantiene intacta su lesividad, mientras que en los delitos patrimoniales su ausencia altera de forma fundamental el perjuicio al patrimonio.

Finalmente queda por señalar una cuestión de naturaleza subjetiva de gran relevancia en este sector[78]. La conversión automática de los supuestos de error de tipo vencible en conductas impunes por la vía del no castigo de la imprudencia. (art. 14.1 CP español). Esta respuesta, considerada mayoritariamente por la doctrina como satisfactoria[79], plantea, sin embargo, algunas dudas acerca de cual es el papel que

73 Críticos al respecto Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general,* op. cit., p. 142; Terradillos Basoco, J., *Derecho Penal de la empresa,* op. cit., p. 223.

74 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., p. 300.

75 Martínez-Bujan muestra su acuerdo con esta restricción de tipos imprudentes en esta materias y considera estos delitos concretos como excepciones justificadas por la cercanía a otros bienes jurídicos fundamentales, tal vez con la excepción del blanqueo de capitales ("Imputación subjetiva", en *Derecho penal económico*, ed. CGPJ, núm. 14, 2001, p. 102)

76 Terradillos Basoco, J., *Empresa y Derecho penal*, op. cit., pp. 199-201.

77 Tiedemann, K., op. cit., p. 260.

78 Cesano, J.D., "Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen ilícito", en la página web www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/abril06/ Error_de_tipo.pdf (sin paginar).

79 Muñoz Conde, F., *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 27. En este sentido, el autor señala que hay "una diferencia fundamental entre realizar un hecho imprudentemente por desconocimiento, vencible o evitable, de algún elemento perteneciente al tipo legal del delito en cuestión, y realizarlo dolosamente (con conocimiento de los elementos pertenecientes al tipo legal), pero en la creencia errónea de hallarse autorizado para ello.

juega el error en el tipo subjetivo del delito, y sobre cuáles son las relaciones que se establecen con el dolo y con la imprudencia, en general, y con los específicos elementos subjetivos del tipo, en particular. Esta solución, acertada o no, implica una equiparación absoluta desde el punto de vista valorativo entre imprudencia y error de tipo vencible, en la que este último elemento se convierte en subsidiario de la incriminación imprudente, ya que, mientras que esta se lleva a cabo de forma directa por parte del legislador, el error vencible de tipo y el ámbito de su aplicación han quedado a expensas de aquella decisión legislativa inicial.

En el fondo, el problema que subyace es determinar qué es el error de tipo vencible, cual es su naturaleza, ya que podría *a priori* deducirse que se trata de un supuesto particular de imprudencia, de un modo especial de violar el deber objetivo de cuidado, y al que habría que analizar desde la propia estructura interna del delito imprudente, llevando, entre otros, al problema de tener que calificar la imprudencia con error de tipo vencible como consciente o inconsciente.

La importante presencia de elementos normativos en los tipos penales económicos hace que el error sobre los mismos, aunque pueda discutirse si son errores de tipo o de prohibición, conduzca a la impunidad de las conductas. Los negocios de riesgo, la complejidad de la normativa extrapenal, la intención de favorecer a la sociedad en que el autor se integra, la dificultad de interpretar la dirección de las políticas de empresa, etc., hacen que el error constituya un argumento fundamental de la defensa de sujetos imputados por estas infracciones[80]. El automatismo en la conversión de los errores de tipo en imprudencias y la ausencia de castigo de estas en la delincuencia socioeconómica presentan un nuevo motivo de ineficacia del sistema penal que, en este terreno, requerirá en el futuro una reflexión en mayor profundidad.

2.2. Judiciales

La representación del delincuente económico como sujeto de calidad criminal ha tenido detractores a todos los niveles sociales. Por parte de los operadores del mercado por razones obvias; por parte de los consumidores por la representación de los poderes económicos del éxito social[81]; por parte de la clase política que observa al sujeto situado en la actividad económica como un igual, como un sujeto con el que acordar las propias políticas públicas; finalmente, por parte de los tribunales de justicia que han manejado con cierta facilidad la diferencia sociológica entre infractor y criminal, representando la pena de prisión el instrumento material para simbolizar la diferencia entre la infracción de las reglas económicas y el crimen[82].

La identificación decimonónica del Derecho penal con los ataques a los bienes personales y los patrimoniales más inmediatos cometidos en determinadas condiciones, ha permanecido no solo en el inconsciente colectivo, sino, además, en el de los tribunales de justicia, cuyo trabajo interpretativo y aplicativo de las normas no se ha visto desprovisto de esa imagen hasta tiempos muy recientes.

En cualquier caso, poder aseverar ese trato diferenciado exige analizar la utilización objetiva de algunos de los instrumentos jurídicos básicos de los que pueden disponer los tribunales: prisión provisional, archivo provisional de las actuaciones, medidas cautelares, solicitud y práctica de la prueba y sentencia.

La prisión provisional, por su proximidad con la pena privativa de libertad y por aplicarse sobre sujetos cuya inocencia se presume hasta el dictado de una sentencia condenatoria, tiene, o debería tener, un carácter excepcional cuya aplicación debe responder a verdaderas necesidades de aseguramiento del proceso y no solo a contener a una población considerada peligrosa para la seguridad de los demás ciudadanos.

Los ordenamientos democráticos suelen exigir una combinación de causas para determinan la prisión, poniendo el acento en la gravedad del hecho, los antecedentes del sujeto, la alarma social o la posibilidad de sustraerse a la acción de la justicia, bien no estando a disposición del tribunal o destruyendo pruebas incriminatorias.

80 Martínez-Bujan Pérez, C., "Imputación subjetiva", op. cit., p. 103; el autor se muestra absolutamente conforme con la consecuencia que lleva a la impunidad en todos los supuestos de error de tipo vencible, especialmente porque la mayor parte de los delitos económicos son de peligro y ya supondrían un adelantamiento excesivo de la intervención penal.

81 Como afirma Bauman, la gente que ha crecido entre alarmas anti-robo y mecanismos contra ladrones, tenderá a sentir un entusiasmo natural por las condenas de prisión cuanto más largas mejor (op. cit., p. 40).

82 Serrano Maillo considera esta afirmación dudosa, afirmando que en ocasiones el sesgo es incluso al contrario ("El (sesgado) uso de los delitos(...)", op. cit., p. 266).

Tradicionalmente se ha acusado a los tribunales ordinarios de ser poco propensos a asociar esas causas que justifican la prisión provisional con los delitos económicos. Una relativización de la gravedad de las conductas y de sus consecuencias para ciudadanos individuales, la falta de antecedentes de los sujetos actores de estas infracciones, la escasa alarma social de hechos que son observados por la mayoría de los ciudadanos con cierta indiferencia al no afectar directamente a la mayoría ni sentirse en riesgo de sufrir un daño mensurable, han servido para alejar al delincuente económico del entorno carcelario, al menos, hasta el dictado de sentencias condenatorias a privación de libertad.

Esta situación se viene alterando en los últimos años debido a la enorme trascendencia pública que han tenido algunos grandes escándalos financieros a nivel estatal e internacional, muchos de ellos asociados a la gestión de los asuntos públicos por parte de los responsables políticos. Esta proximidad entre los intereses públicos y privados ha generado un incremento de la conciencia general sobre la trascendencia de estas infracciones y la convicción de que los delincuentes económicos no tienen porqué ser tratados de modo privilegiado respecto de los delincuentes comunes o tradicionalmente ligados a los delitos patrimoniales violentos o contra la salud pública.

Seguramente el fenómeno de la alarma social y el cambio en la percepción del daño, no en el plano individual, sino colectivo para la ciudadanía han contribuido a una modificación de los usos judiciales. En cualquier caso, la asignación de penas privativas de libertad con límites mínimos de cumplimiento de corta duración conlleva en la práctica la inaplicación de la privación provisional de la libertad, salvo en casos muy excepcionales con múltiples afectados o gran alarma social.

El archivo de actuaciones es el principal instrumento de selección de conductas delictivas en manos de los tribunales. Aunque la sentencia judicial supone un ulterior proceso selectivo que guarda un cierto paralelismo con la decisión de archivar o de continuar las actuaciones, el archivo durante la instrucción se encuentra sometido a menos exigencias de fundamentación jurídica, así como se produce durante el periodo de recopilación de pruebas por lo que es perfectamente posible que el tribunal decida sobreseer la causa antes de que se incorporen al procedimiento todas las pruebas solicitadas por las partes.

La gran proximidad entre los delitos socioeconómicos y las infracciones administrativas, con las que en numerosas ocasiones comparten conducta típica y solo se diferencian en la entidad de los daños producidos, facilita la decisión de proceder al archivo de actuaciones por dos razones: la identidad de infracciones que en muchas ocasiones solo se diferencian por un elemento normativo interpretable como es la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico, permite recurrir al principio de subsidiariedad del sistema penal y optar de forma preferente por el sistema sancionador administrativo; la segunda razón, asociada de forma íntima a la anterior, estriba en que el archivo no supone una decisión drástica entre castigo o impunidad, sino que deja una vía intermedia menos agresiva que la sanción penal privativa de libertad. La tendencia a la monetarización de la delincuencia económica facilita que los tribunales den preferencia a esta clase de sanción más propia del Derecho administrativo sancionador que de la justicia penal.

No solo la consideración de los hechos como delictivos, o no, nutre el archivo de actuaciones. Situaciones de prescripción o la imposibilidad de atribuir los hechos a una persona física determinada pueden igualmente finalizar el proceso penal. A ello contribuyen dos elementos fundamentales en esta materia: la capacidad económica de las empresas vinculadas al proceso permite tener un grupo de profesionales del Derecho a tiempo completo en pos de la exención de responsabilidad para sus clientes; por otro lado, la movilidad del personal responsable de empresas multinacionales, en numerosas ocasiones nacionales de Estados distintos de aquellos en los que el delito se comete, hace que ante la iniciación de investigaciones penales se proceda al traslado de los sujetos imputables a jurisdicciones distintas que eviten procesos de extradición o entrega, principalmente refugiándose en su propio país cubierto por el principio de no entrega de nacionales.

La falta de carga probatoria constituye otro factor fundamental para la impunidad. Durante mucho tiempo se ha sostenido que las dificultades para dictar sentencias condenatorias en estos delitos procedía de las dificultades para establecer la conexión causal entre los hechos y los resultados, especialmente cuando los tipos penales exigen resultados materiales, y que, incluso en los tipos de peligro la prueba de este, tanto en concreto como por su potencialidad, resulta muy complejo.

Buena parte de esa convicción está fundada en la proximidad y superposición entre la actividad lícita e ilícita en que se desarrollan estas infracciones. Los hechos se realizan bajo la cobertura de normas legales, se toman en el seno de instituciones normalizadas -consejos de administración de empresas y órganos directivos de organismos públicos-, y se documentan a la luz de procedimientos regulados. Ese abrigo formal se ha considerado como una barrera en la mayor parte de las ocasiones impenetrables para la justicia penal y capaz de mantener en la impunidad actos indudablemente delictivos.

Sin embargo, esa concepción se fundamenta en una cierta falacia, a saber, que en una actividad altamente reglamentada no quedan rastros documentales de las infracciones cometidas. La situación es justamente la contraria debido al elevado nivel de plasmación documental que exige cada acto económico que pretenda tener relevancia jurídica. Cada paso precisa un reflejo documental porque casi siempre de esa forma se reconocen y ejercen los derechos, y la actividad de ocultación o simulación de la verdad constituye el mejor elemento de prueba para conocer el verdadero contenido de las conductas que encubre.

Los problemas, por lo tanto, no son tanto de obtención de elementos probatorios, sino de carácter interpretativo sobre el sentido de las pruebas aportadas en el procedimiento[83]. El hecho de que la mayor parte de estas infracciones solo sea punible en su forma dolosa, junto a la proximidad entre actos legales e ilegales que conforman las conductas dudosas, terminan por fundamentar exenciones de responsabilidad por parte de los tribunales. Si se tiene presente el hecho de que las conductas ilícitas realizadas en el seno de sociedades mercantiles, o, incluso, en los órganos gestores de las administraciones públicas, se ejecutan a menudo con la voluntad única o adicional de favorecer directa o indirectamente a la sociedad y a los accionistas, hasta a los trabajadores de las compañías, la voluntad delictiva dolosa queda envuelta entre un numeroso conjunto de actos lícitos que aparecen como los que definen realmente la voluntad del sujeto, siendo los actos ilícitos casi un accidente producido en el marco una actuación dominada por la voluntad general de mejorar los resultados empresariales y contribuir al desarrollo socioeconómico.

Como la mayor parte de los delitos socioeconómicos están configurados como normas penales en blanco, con remisión a normas administrativas y mercantiles profusas y no siempre sistematizadas o coherentes, el recurso al error de tipo o prohibición, según sea el supuesto, se convierte en instrumento omnipresente en la defensa de los sujetos imputados y en la base de numerosas absoluciones ante los tribunales.

De este modo, la falta de intencionalidad o el desconocimiento, a saber, los aspectos subjetivos de la conducta, se imponen en la valoración jurídica de hechos objetivos y documentados claramente ilícitos que se hacen depender de la actitud de sujetos cuya voluntad está presuntamente dominada por la intención de mejora de las capacidades de la empresa para competir en un mercado hostil que confunde la asunción de riesgos con la falta de seguimiento de las normas que lo regulan.

En el orden interno los problemas detectados son importantes, pero si se entra en la dimensión internacional, esto es, la persecución transnacional de los delitos por jueces nacionales, la cuestión se convierte en inviable. Al respecto las palabras de Cervini sobre la ejecución de exhortos internacionales son suficientemente ilustrativas: "se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Solo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se quiere investigar y de cuales son las formas más idóneas para hacerlo, permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de Cooperación Penal Internacional"[84].

2.3. Penitenciarios

Aunque las condenas a penas privativas de libertad, de obligado cumplimiento cuando supera determinados límites temporales, son realmente escasas en la delincuencia económica, cuando así se determina por los tribunales es preciso detenerse en el hecho de si el cumplimiento de estas penas por parte de los autores de estas infracciones se corresponde con el del resto de los penados por delitos tradicionales, o si, por el contrario cabe establecer diferencias de tratamiento entre ambos colectivos.

83 Advierte Cervini con razón de los riesgos de alterar el método dogmático para conseguir la prueba por constituir un riesgo para los límites del Ius puniendi (op. cit., p. 147), pero es preciso advertir del riesgo contrario, esto es, no aplicar los tipos penales por una exigencia probatoria que ni de lejos es tan exigente con otros delitos, por ejemplo los patrimoniales.

84 *Ibidem*, p. 127.

En principio, y salvo en supuestos aislados de aplicación arbitraria de las normas de ejecución de las penas, lo cual constituiría posibles supuestos de prevaricación de los sujetos que así lo hicieren, no puede afirmarse la existencia en los Estados democráticos de tratamientos privilegiados para algunos colectivos socialmente mejor situados que otros.

Las diferencias de trato en el cumplimiento deben responder a factores individuales relacionados con el sujeto que cumple la condena en virtud del principio de individualización en la ejecución de la pena. Las necesidades individuales en el tratamiento y de recuperación del sujeto han de marcar la ejecución y la aplicación de los instrumentos propios del sistema penitenciario: clasificación de grado, libertad condicional, permisos, etc.

Cualquier aproximación a la cuestión vendrá definida por los fines de la pena y su interpretación y aplicación en el sistema penitenciario. Así, al carácter aflictivo de la privación de libertad asociado a la idea de custodia del condenado por parte de la prisión, hay que añadir la función resocializadora o rehabilitadora de esta pena, función que, en España, se reconoce a nivel constitucional como orientación de todas las sanciones de naturaleza penal (art. 25.2 Const.).

Según se dote de contenido a dicha función o principio, se entenderá que algunos sujetos en el mismo momento de cometer el delito o en el momento de ser condenados están plenamente integrados y no precisan de tratamiento específico y pueden optar con mayor facilidad a las instituciones penitenciarias resocializadoras. Si la integración social se hace depender de una concepción eminentemente sociológica que sitúa la posible integración en las condiciones económicas del sujeto y en sus relaciones con el entorno familiar y social, es evidente que la mayor parte de los delincuentes económicos que actúan a través de sociedades mercantiles no responden a ese perfil y no estarán necesitados de tratamiento rehabilitador. En cambio, si la comisión del delito es el elemento que define una actitud antisocial, sea cual sea el ámbito en el que se produce, también los delincuentes económicos precisarían de un tratamiento específico consistente en fomentar en estos sujetos la participación en los mercados y el resto de relaciones económicas en el marco de la legalidad.

Más allá de la comprobación de que no son frecuentes en las prisiones programas de tratamiento específicos para delincuentes económicos con alto nivel de integración social, resulta de mayor interés observar si los instrumentos rehabilitadores de los que legalmente disponen los centros penitenciarios se aplican de forma singular a estos sujetos en comparación con los delincuentes patrimoniales o los procedentes de los espacios de la marginación, por ejemplo, el colectivo de inmigrantes[85].

En numerosos regímenes penitenciarios el factor clave de la rehabilitación se traduce en el progresivo incremento de los contactos del interno con el exterior de la prisión. Permisos de salida, visitas, libertad condicional o regímenes atenuados de cumplimiento constituyen la materialización de la atenuación de la prisión para conseguir el objetivo mínimo de reducir las probabilidades de infringir de nuevo las normas penales.

El acceso a tales medidas legales se suele asociar a tres condiciones básicas: el aseguramiento del cumplimiento del resto de la condena, la peligrosidad o probabilidad de delinquir durante los contactos con el exterior y la integración en el entorno de procedencia a nivel laboral, familiar y de participación social.

Si bien estos modelos están concebidos para ir incrementando su intensidad a medida que se acerca el final de la condena, lo cierto es que es posible que un sujeto en concreto cumpla con las condiciones apuntadas desde el primer momento de su ingreso en prisión. Y esta es precisamente la situación en la que pueden encontrarse la mayor parte de los delincuentes económicos: sujetos integrados con capacidad patrimonial y relaciones con empresas y personas pertenecientes a grupos económicos con poder para respaldar su reinserción laboral; sujetos con fuerte vinculación familiar y con la comunidad que garantizan la no sustracción a la acción de la justicia; finalmente, individuos que no suelen cometer delitos de forma individual sino en el seno de personas jurídicas y en órganos colegiados de dirección y administración, cuyas posibilidades inmediatas de reincidencia durante el cumplimiento de la condena quedan ciertamente reducidas.

Si se comparan estas condiciones con las que presenta la mayor parte de la población penitenciaria,

85 Al respecto, Ruiz Rodríguez, L.R., "Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada", en *Sistema penal y exclusión de extranjeros,* Ruiz Rodríguez coord., Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 181 y ss.

vinculada con toxicomanías, la marginación y el paro, es evidente que en la puesta en práctica de las instituciones resocializadoras, estas devendrán en una aplicación diferente en colectivos que objetivamente presentan características muy distintas. Lo llamativo es que las condiciones de resocialización que se exigen a todos los internos de las prisiones para acceder al exterior de los centros durante el cumplimiento coinciden en general con las que presentan los delincuentes económicos, lo cual ha fomentado en ocasiones esa idea falaz de que estos sujetos no requieren un tratamiento reinsertador porque nunca han dejado de estar insertados. De este modo, al no precisar tratamiento pueden acceder de forma directa a los mecanismos de reinserción sin apenas tener que demostrar evolución alguna relacionada con las conductas delictivas que le llevaron a la prisión.

Al ser, cuando menos por comparación, menos traumático el paso por la prisión, el efecto preventivo de la pena sobre el sujeto pierde eficacia y mantiene, aunque solo sea en el terreno de lo simbólico, una dualidad visible para los propios internos de los centros penitenciarios entre ambas clases de delincuentes más favorable a los que cometen delitos económicos que al resto de presos. Así, un régimen de cumplimiento menos gravoso termina por influir en una valoración más complaciente con el propio delito.

El error, por lo tanto, reside en considerar que la presencia de determinadas condiciones socioeconómicas favorables en el sujeto condenado a prisión exime de la necesidad de tratamiento y que al mismo se le pueden aplicar los beneficios penitenciarios casi de forma automática a partir de la reducción de los riesgos anteriormente señalados, especialmente el peligro de fuga.

Esta falsa representación se fundamenta en una asociación ideológica entre delincuencia, prisión y marginalidad que impregna todo el sistema penal y termina por orientar el sistema penitenciario hacía el objetivo resocializador centrado en aquellos sujetos que presentan, sobre todo, claros elementos definidores de pertenencia a grupos marginales, asociales, no integrados o peligrosos.

El delincuente económico no suele presentar tales elementos, sino que se coloca en las antípodas del sujeto marginal. Es un sujeto integrado que participa, en numerosos casos, en los principales centros de poder públicos y privados y sobre el cual las instituciones penitenciarias carecen de actividades propias de tratamiento rehabilitador. De este modo se realiza una especie de presunción según la cual el delincuente tradicional, violento o patrimonial, precisa una atención porque de lo contrario tras su paso por la prisión volverá de delinquir con toda probabilidad. En cambio, con el delincuente económico no se precisa acción reeducadora alguna porque cuando cumpla su pena es muy improbable que cometa un delito violento contra las personas, un delito patrimonial de apoderamiento violento o un acto delictivo de narcotráfico, pero no parece preocupar en exceso que vuelva a realizar fraudes contra el consumidor, delitos contra el mercado o infracciones durante su participación en los consejos de administración de sociedades mercantiles. En todo caso, ello no dependería de la realización de programas individualizados, sino de factores externos al sistema penal como es la propia selección de sujetos en los circuitos económicos que podrían ejercer un mayor control sobre los sujetos condenados por estas infracciones.

Siendo ese el punto de partida, no puede extrañar que no existan delincuentes económicos en las prisiones de máxima seguridad, que accedan con cierta facilidad a los grados de ejecución más flexibles, con la excepción de sujetos que hayan alcanzado cierta notoriedad mediática y un fuerte rechazo social, y que disfruten de la libertad condicional con cierto automatismo. La consecuencia final es que aquellos sujetos que en raras ocasiones participan de programas rehabilitadores contra la delincuencia económica, sin embargo, disfrutan plenamente de las instituciones penitenciarias que buscan la flexibilización de la privación de libertad con la finalidad de mejorar la capacidad del interno para su futura vida en libertad. Y los criterios de acceso a tales beneficios serán sorprendentemente los mismos que se utilizan para aplicarlos al resto de delincuentes.

Sería deseable que, como el resto de internos de las prisiones, los delincuentes económicos accediesen a los instrumentos rehabilitadotes en la medida en la que se produzca una progresión en orden a no cometer delitos económicos, o de otro tipo llegado el caso, una vez obtenga la libertad por el cumplimiento total de la condena. De lo contrario, se estaría asistiendo a un tratamiento privilegiado e injustificado sobre sujetos sometidos a las mismas limitaciones de derechos y cuyo trato debe responder a los mismos principios generales que informan el sistema penitenciario.

LOS DELITOS DE PELIGRO EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL*

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ**

SUMARIO: I. Vertiente objetiva: configuración del injusto en relación con la intensidad de ataque al bien jurídico. II. La vertiente subjetiva: El dolo de peligro. III. Bibliografía.

I. VERTIENTE OBJETIVA: CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO EN RELACIÓN CON LA INTENSIDAD DE ATAQUE AL BIEN JURÍDICO

En el sector del Derecho penal económico y empresarial podemos encontrar ejemplos de cada una de las diversas modalidades de tipos que surgen con base en el criterio atinente a la intensidad de ataque al bien jurídico o, si se prefiere, el criterio referente a la manera en que se afecta al bien jurídico.

Así, en algunos casos hallamos supuestos de delitos de **lesión** o de daño, que se caracterizan por comportar un efectivo menoscabo del objeto jurídico tutelado (ej., delito societario de administración fraudulenta del art. 295, entre los delitos económicos en sentido amplio, o delito de defraudación tributaria del art. 305, entre los delitos económicos en sentido estricto).

En cambio, en no pocos casos podemos constatar, la presencia de delitos de **peligro**, que suponen una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión y que, por lo tanto, se consuman con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico, concebido como simple probabilidad de lesión. A su vez, dentro de la categoría de los delitos de peligro encontramos supuestos de peligro concreto y de peligro abstracto.

Los delitos de peligro **concreto** exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión, porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de la acción peligrosa: el ejemplo más característico, unánimemente reconocido, es el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del art. 316, al que cabría añadir otros ejemplos citados en la doctrina –aunque en estos casos su reconocimiento no sea unánime–, como el delito de alzamiento de bienes del art. 257, los delitos de violación de secretos empresariales de los arts. 278-2 y 279, el delito de facturación ilícita del art. 283, el delito societario de imposición de acuerdos abusivos del art. 292 y el delito de contaminación del art. 325-1.

Los delitos de peligro **abstracto** se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro[1].

---

* Este trabajo fue redactado como contribución al Libro Homenaje del Profesor Gerardo Landrove Díaz, no solo por los innumerables méritos académicos (objetivamente comprobables) que atesora, sino por el afecto que nos une desde hace muchos (demasiados ya) años y porque fue él quien verdaderamente despertó mi vocación por el Derecho penal en el curso académico 1973-74 en la Universidad de Santiago de Compostela.

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad de A Coruña, España.

1 Aunque los delitos de peligro abstracto se configuren mayoritariamente delitos de mera actividad (en el sentido de que no requieren resultado material alguno), no siempre tiene por qué suceder así, toda vez que resulta perfectamente imaginable (y relativamente frecuente en el ámbito de los delitos económicos) que, con arreglo a su estructura típica, se construyan como tipos de resultado material. Y ello, en efecto, porque una cosa es la lesión efectiva de un bien jurídico (en cuanto que destrucción del valor

Ahora bien, situados dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, conviene recordar que –como es sabido– ni es esta una categoría uniforme ni está exenta de problematismo, en atención a lo cual se impone efectuar una serie de **matizaciones**, que, por lo demás, devienen imprescindibles en el Derecho penal económico y empresarial, habida cuenta de que en este ámbito específico de la Parte especial del Derecho penal nos vamos a encontrar con ejemplos de las diversas modalidades de peligro abstracto delineadas en la doctrina y, consecuentemente, tendremos que abordar todos los problemas dogmáticos y político-criminales que plantea esta clase de infracciones.

Por una parte, cabe apuntar que el Derecho penal económico y empresarial es uno de los sectores donde podemos verificar la existencia de tipos de peligro abstracto puramente formales o delitos de peligro abstracto "**puro**", carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos "de pura desobediencia" (Jakobs) o delitos "con función puramente organizativa formal" (Schünemann), caracterizados por el hecho de que el sedicente "interés abstracto" resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica material alguna. Se trata, en puridad de principios, de auténticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción penal es criticable[2].

Por otra parte, hay que añadir que el sector de los delitos económicos contiene también una muestra elocuente de la presencia de **genuinos** tipos de peligro abstracto, que, a diferencia de los acabados de citar, no son delitos puramente formales sino delitos de peligro **real** (por abstracto o genérico que sea) para bienes jurídicos penales, con un contenido material de injusto que rebasa la mera ilicitud extrapenal. En suma, son delitos que no se consuman con la simple concordancia formal de la conducta humana con los presupuestos típicos correspondientes, esto es, con la mera infracción de la prohibición, sino que requieren la efectiva comprobación en la conducta de un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico.

Ahora bien, en el seno de la categoría de los delitos de peligro abstracto hay que incluir, según la opinión dominante, una clase en cierto modo intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Me refiero a los denominados "**delitos de aptitud**" para la producción de un daño, llamados también delitos de "peligro abstracto-concreto" (Schröder), delitos de "peligro potencial" (Keller) o (como ha hecho en nuestra doctrina Torío) delitos "de peligro hipotético", delitos cuya utilización es cada vez más frecuente en el Derecho penal económico y empresarial

Aunque algunos autores han pretendido otorgar autonomía a esta categoría de los delitos de aptitud para la producción de un daño como un auténtico género intermedio entre los delitos de peligro concreto

ideal) y otra diferente es la verificación de un resultado material, separable espacial y temporalmente de la actividad del agente (vid. por todos LUZÓN, P.G., p. 314; GIMBERNAT, 1992, p. 113, en referencia precisamente a los delitos relativos a la propiedad intelectual del art. 270). Aparte del caso del art. 270, en el sector de los delitos económicos podremos hallar otros ejemplos de tipos de peligro abstracto que incorporan un resultado material: así sucede –según la opinión mayoritaria, que personalmente considero correcta- con los delitos de violación de secretos empresariales de los art. 278-2, 279 y 280, el delito de facturación ilícita del art. 283 (de *lege ferenda*, desde luego), el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 285 (si se considera como un delito de peligro abstracto para la libertad de disposición económica), los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311, 312 y 313 o el delito de contaminación del art. 325-1.

2 En la doctrina española vid. por todos R. MONTAÑÉS, 1994, pp.324 y s., MENDOZA, 2001, pp. 478 ss., quien menciona como uno de los ejemplos más genuinos el delito societario de obstaculización a la actuación supervisora de la Administración (art. 294), en el que se tutela el simple cumplimiento de funciones de control o vigilancia por parte de ciertos órganos administrativos, o sea, el mero mantenimiento del sistema de organización impuesto, de tal modo que el delito consiste en la pura infracción u obstaculización de tales funciones de control y vigilancia (la mera infracción de un deber), desconectada de cualquier afectación efectiva a auténticos bienes jurídico-penales "finales" (como podrían ser, v. gr., el patrimonio de la sociedad, los derechos de accionistas o socios o los intereses de los acreedores). Además de este cabría citar también otros claros ejemplos de esta primera clase de tipos de peligro abstracto en el ámbito socioeconómico: así, el delito tributario contable en su modalidad de incumplimiento de la obligación de llevar libros o registros fiscales (art. 310, apdo. a) o el delito urbanístico del art. 319. A esta clase de infracciones hay que reconducir asimismo aquellos tipos penales cuyo contenido de injusto no rebasa la órbita de la ilicitud civil, con clara violación del principio de intervención mínima; un ejemplo bien ilustrativo de ello se puede encontrar también en el nuevo CP español en el delito societario de obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios (art. 293).

y peligro abstracto, es mayoritario el entendimiento que los incardina bajo la categoría general del peligro abstracto porque, si bien es cierto que se exige al juez que constate la concurrencia del peligro, se trata de delitos en los que el juez no debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto ni verificar la peligrosidad en ese caso, sino que en principio debe calificar la acción como peligrosa al margen de dichas circunstancias. En otras palabras, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno para los bienes jurídicos de sujetos individuales, dado que tal peligro es simplemente un "motivo" ponderado por el legislador a la hora de decidir la criminalización del comportamiento[3].

Por lo demás, conviene aclarar que, de acuerdo con la caracterización dogmática de tales delitos propuesta por Torío para lo que él denomina delitos de "**peligro hipotético**", la tipicidad dependerá en realidad de la formulación de dos juicios por parte del intérprete: de un lado, un juicio impersonal de pronóstico en el que desde una perspectiva *ex ante* se determina si la acción del agente, además de poder ser subsumida formalmente en el tipo, es apta generalmente para producir un peligro para el bien jurídico; de otro lado, el intérprete ha de llevar a cabo un segundo juicio (*ex post*) sobre "la posibilidad del resultado de peligro", o sea, ha de verificar si en la situación concreta habría sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual habría podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico. De esta suerte, la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto que debe poder ser imputado objetivamente a la acción del autor, en virtud de lo cual hay que entender que, si este adoptó previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que se produjese un efectivo peligro para dicho bien jurídico, quedaría excluida la tipicidad[4].

Lo verdaderamente identificador de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos "de aptitud", o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Si se repasa el catálogo de delitos socioeconómicos en el nuevo CP español, se puede comprobar que este recurso técnico –frecuente también tradicionalmente en otros sectores delictivos como, sobre todo, en el ámbito de la salud pública– ha sido bastante utilizado por el legislador de 1995. De esta manera el legislador español ha atendido en este punto las sugerencias de la doctrina especializada, que había preconizado el empleo de semejante técnica restrictiva de tipificación por razones de diversa índole, estimando desde luego que resultaba preferible a la opción de efectuar limitaciones en el tipo subjetivo. Sirvan como ejemplo en materia de delitos socioeconómicos los elementos de aptitud contenidos en los arts. 282 ("de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores"), 290 ("de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma") y 325-1 ("que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales").

3 De ahí que, la doctrina mayoritaria adscriba esta modalidad a la categoría del peligro abstracto, aunque es evidente que pueda hablarse aquí ya de un "desvalor potencial de resultado" o (como escribe WOLTER) de un "desvalor de resultado primario" que, concebido como un desvalor de la peligrosidad, indudablemente caracteriza a estos "delitos de lesión o puesta en peligro potencial general". Vid. por todos R. MONTAÑÉS, 1994, pp. 19 y s. Vid. además CEREZO, 2002, pp. 48 ss., quien subraya que en los delitos de aptitud la gravedad del desvalor de la acción es mucho mayor, puesto que en ellos *la peligrosidad de la acción* desde un punto de vista *ex ante* aparece como un elemento del tipo, en atención a lo cual el dolo deberá abarcar consecuentemente no solo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también de su peligrosidad (p. 63). Esta posición puede considerarse mayoritaria en la doctrina española: vid., además de los citados, por ejemplo, SILVA, 1993, pp. 25 s.; MAQUEDA, 1994, pp. 485 ss.; ALCACER, 2003, p. 26; MENDOZA, 2001, pp. 322 ss., 456 ss. y *passim*. Con todo, en el seno de la opinión mayoritaria se discute si basta con que el resultado aparezca *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable (así, cfr. SILVA, CEREZO) o si, por contra, se requiere la creación de un riesgo típicamente relevante análogo al que existe en los delitos de resultado (vid. en este sentido MENDOZA, 2001, pp. 456 ss., especialmente p. 460, quien traslada a los delitos de peligro abstracto la dogmática de los delitos de resultado lesivo con el fin de ofrecer una interpretación limitadora de aquellos delitos, que permita restringir su alcance; sin embargo, como ha objetado FEIJOO, 2005, pp. 333 s., n. 58, esta equiparación de tratamiento entre ambas clases de delitos conduce a consecuencias dogmáticas insatisfactorias, señaladamente la de tener que entender el delito doloso de peligro abstracto como equivalente a una tentativa idónea del delito de resultado lesivo).

4 Vid. TORÍO, 1981, pp. 838 y ss., y 1986, pp. 43 y s. Interesa insistir en la importancia que posee una comprensión de los delitos de "aptitud" o de "peligro hipotético" en el sentido que se acaba de exponer, dado que de ella se derivarán consecuencias dogmáticas de diversa índole. Eso sí, a la vista de las precisiones realizadas por el propio TORÍO, parece que la terminología por él empleada no resulta, sin embargo, totalmente adecuada, toda vez que en puridad de principios tales delitos entrañan un peligro (*ex ante*) real y no meramente hipotético, al que se asociaría entonces en todo caso un "desvalor potencial de resultado" (cfr. SILVA, 1993 p.158, n.37).

Una importante cuestión particular, que no es desde luego privativa del Derecho penal socioeconómico y que se ha suscitado sobre todo al hilo de la regulación de los delitos contra la salud pública, se plantea a la hora de establecer si la construcción del denominado delito de aptitud o de peligro hipotético requiere inexcusablemente la **presencia explícita** en el tipo de elementos normativos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta o puede recurrirse a dicha construcción aunque esa potencialidad lesiva no se refleje expresamente. Un autorizado sector doctrinal ha aceptado esta segunda posibilidad, sosteniendo que, merced a una labor de interpretación de la figura delictiva de peligro abstracto de que se trate, se puede llegar a inferir que la antecitada potencialidad lesiva se halla implícita en la formulación típica. Esta cuestión ha venido siendo debatida ya en relación con delitos contra la seguridad del tráfico y salud pública, señaladamente en lo que atañe al delito de tráfico de drogas[5].

En mi opinión, hay que acoger una posición en cierto modo intermedia o matizada: no puede llegarse hasta el extremo de restringir los tipos de peligro hipotético a aquellas figuras que incorporan *explícitamente* una cláusula expresiva de la idoneidad para producir una lesión, pero tampoco puede sostenerse que todos los tipos de peligro abstracto deban ser interpretados *de lege lata* como tipos de peligro hipotético. En otras palabras, hay que admitir la posibilidad de que en algunos delitos su caracterización como tipos de peligro hipotético pueda ser tácitamente deducida merced a una labor de interpretación, pero se trata de un problema exegético que no se puede resolver de forma genérica, sino que será preciso llevar a cabo un análisis de la concreta figura delictiva en cuestión con el fin de averiguar si existen razones normativas para sostener dicha caracterización[6].

En todo caso, conviene añadir que el aludido requisito denotativo de la "aptitud" para la producción de un daño ha sido calificado en la doctrina como elemento normativo típico de carácter *relativo*, en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Y, consiguientemente, al igual que ocurre con todos los elementos del tipo, los términos de aptitud (reveladores de la idoneidad lesiva) habrán de ser abarcados por el dolo del autor, cuando menos a título de dolo eventual[7].

Llegados a este punto, interesa efectuar una recapitulación y llamar la atención ahora con carácter general acerca de la **importancia** del recurso técnico de los delitos de **peligro abstracto** en la tarea de tipificación de los delitos socioeconómicos[8]. En efecto, de lo que se ha expuesto cabe colegir ya, en síntesis, que la técnica del peligro abstracto se toma en consideración desde un doble punto de vista en el campo de los delitos económicos y empresariales.

Por una parte, la técnica del peligro abstracto se emplea en la construcción de aquellos delitos socioeconómicos de carácter supraindividual o colectivo que son **divisibles en intereses individuales**. Como es sabido, este grupo de delitos se caracteriza por el dato de que en ellos se puede fijar una conexión más o menos inmediata con bienes jurídicos individuales o individualizables esenciales[9]. Pues bien, según indiqué anteriormente, esto es lo que sucede –a mi juicio– con los denominados delitos socioeconómicos de consumo y con los delitos contra los derechos de los trabajadores[10] y –aunque aquí el tema sea opinable– sucede también con el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, al menos *de lege ferenda*[11]. Cabe recordar que en ellos el interés supraindividual inmaterial en cada caso afectado no

5 Vid. por todos MUÑOZ SÁNCHEZ, 1995, p. 79 y ss., quien se inclina por la segunda posibilidad; de otra opinión CEREZO, en el Prólogo a este libro de MUÑOZ, p. 9 y s., y 2002, p. 70 s. A favor de exigir en todos los delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, vid. además entre otros: MENDOZA, 2001, pp. 388 ss. y *passim*; ROMEO, 2002, p. 951 y n. 29; TERRADILLOS, 2001, p. 801 s.

6 Cfr. en este sentido FEIJOO, 2005, p. 315 s.

7 Eso sí, no hay que exigirle al autor en su caso un conocimiento de la peligrosidad de la conducta en su exacta dimensión técnica, sino que será suficiente la fórmula general de la valoración paralela del autor en la esfera del profano, lo cual no es obstáculo por supuesto, por otra parte, para que pueda apreciarse un error -vencible por regla general- sobre el elemento de la aptitud lesiva (cfr. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 311 y ss.).

8 Vid. en la doctrina española por todos ya ARROYO, 1997, p. 7 y ss.

9 Vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 304, y 1997, p. 710.

10 De acuerdo también ARROYO, 1997, p.8.

11 De acuerdo CORCOY, 1999, p., 235 s.; ARROYO, prefiere, en cambio, englobar este delito en el primer grupo, o sea, el de los delitos que tutelan bienes jurídicos institucionalizados no reconducibles a bienes jurídicos individuales.

se tutela como un bien jurídico autónomo o propio, sino que se preserva en tanto en cuanto va ineludiblemente referido a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son fundamentalmente el patrimonio o la libertad de disposición o decisión económicas. Así configurado y como una "mera abstracción conceptual" que es, dicho interés colectivo resultará lesionado al ponerse en peligro abstracto los bienes jurídicos de los individuos concretos.

Y de ahí que dogmáticamente, desde el prisma de los bienes jurídicos individuales, estos delitos puedan ser concebidos –según subraya un importante sector doctrinal[12]– como *hechos imprudentes no seguidos de resultado lesivo* o peligroso alguno (lo cual ha permitido a algunos autores hablar de "tentativas imprudentes de lesión"), que, por eso mismo, comportan una anticipación de las barreras de intervención penal, o, dicho de otro modo, se trata de supuestos en los que la peligrosidad de la acción debe ser entendida como exigencia de una auténtica infracción del deber objetivo de cuidado con respecto a la potencial lesión de los bienes jurídicos individuales, que son los que constituyen el motivo de la criminalización, una peligrosidad que, consecuentemente, pertenece (como fundamento del injusto además) al tipo y que, como tal, ha de ser abarcada por el dolo del autor[13].

Por otra parte, la idea del peligro abstracto está presente asimismo a la hora de la tipificación de aquellos delitos socioeconómicos que tutelan bienes jurídicos colectivos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, **no divisibles en intereses individuales**, que afectan a estructuras básicas del sistema económico. A mi juicio, en tal supuesto el referido bien jurídico colectivo general no es susceptible de lesión ni siquiera de puesta en concreto peligro por cada conducta individual.

De ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo inmaterial, la técnica de construcción de esta clase de delitos sea la de los tipos de peligro abstracto, con la importante particularidad de que en los delitos económicos en sentido estricto la concreta tipicidad se vincula a la lesión (o, en su caso, a la puesta en concreto peligro) de un bien jurídico representante, que pasa a ser el bien jurídico inmediatamente protegido.

En cambio, en los restantes delitos en los que no es posible identificar un bien jurídico representante que sea susceptible de ser lesionado (v. gr., delitos contra la libre competencia o contra el medio ambiente ecocéntrico), la ofensividad debe verse directamente en el peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial.

Con respecto a este grupo de delitos, hay que reiterar que un importante sector doctrinal considera que en todos los casos de delitos socioeconómicos que tutelan bienes jurídicos colectivos inmateriales no divisibles en intereses individuales estamos ante estructuras típicas de lesión. En efecto, guiados precisamente por el fin de justificar la intervención del Derecho penal en este ámbito, así como la de satisfacer las exigencias básicas que comporta la necesaria materialidad del bien jurídico, algunos penalistas parten de la base de rechazar la comprensión de los bienes jurídicos colectivos como entes ideales, carentes de materialidad, y, por ende, como entes no susceptibles de lesión por acciones individuales. Frente a esta comprensión dichos penalistas asumen una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, concepción en la que el núcleo del contenido de los diversos bienes jurídicos reside en las concretas realidades sociales que son objeto de valoración positiva y no en el juicio de valor en sí mismo considerado. De este modo, se adopta una perspectiva dinámica

12 Vid. en nuestra doctrina, p. ej., SILVA, 1993, p. 150, R. MONTAÑÉS, 1994, p. 281 y ss. y p. 307)

13 Con todo, a esta equiparación entre los delitos de peligro abstracto y los delitos imprudentes sin resultado se ha objetado que ello "no se compagina muy bien con la intención técnica de los delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo es estandarizar al máximo ciertas conductas" y que, además, se topa de *lege lata* con el obstáculo que supone la existencia en nuestro CP de delitos de peligro abstracto que admiten la versión imprudente (p. ej. art. 331), lo cual requeriría explicar dogmáticamente la realización imprudente de una "tentativa imprudente". Vid. FEIJOO, 2005, p. 324 ss. y 334, n. 60, quien, si bien reconoce que normalmente la realización de delitos de peligro abstracto coincide con la infracción de la norma de cuidado –"tentativa imprudente"–, de ello no puede deducirse una equivalencia material de ambas estructuras típicas, dado que en dichos delitos la conducta se realiza ya cuando el autor abarca con su dolo los elementos típicos, sin que exista una requisito normativo adicional de cuidado con respecto a una eventual lesión del que dependa la responsabilidad penal; en suma, la relación entre el delito de peligro abstracto y el imprudente de resultado no sería *normativa*, desde el punto de vista dogmático, sino meramente *funcional*, desde un punto de vista político-criminal, en atención a lo cual sería metodológicamente erróneo reconstruir el injusto de los tipos de peligro a partir de la tradicional dogmática de los delitos de lesión. Con todo, el mencionado penalista reconoce que el fundamento teleológico que inspira la referida concepción del delito de peligro abstracto como tipificación autónoma de una infracción del deber de cuidado sin resultado aporta criterios que deben ser tenidos en cuenta en todo caso: así, permite justificar la impunidad cuando el agente adopta medidas de cuidado o seguridad idóneas para evitar situaciones de peligro en el caso concreto.

que –en su opinión– cobra especial relieve en el ámbito de los bienes colectivos generales, tanto para delimitar su contenido, como para configurar su lesión a través de conductas individuales: el bien jurídico se sitúa entonces en la función social misma, y su lesión consistirá en la *perturbación o afectación* (también se habla de *impedimento u obstaculización)* a dicha función. Con arreglo a esta concepción, sus partidarios entienden que ya no resulta preciso recurrir a otros elementos, distintos del propio bien jurídico colectivo general, para verificar la lesión, señaladamente al sustrato material, como elemento intermedio con función representativa, a diferencia de lo que sucede en la concepción *ideal* del bien jurídico[14].

Ello no obstante, también partiendo de una concepción *ideal* del bien jurídico (que, eso sí, conciba la materialidad del sustrato en un sentido sociológico y no meramente naturalístico) es factible extraer, a mi juicio, el bien jurídico colectivo general de la realidad social y, en algunos casos, afirmar su carácter *lesionable*, al poder constatarse una afección real de objetos concretos a los que cabe referir el auténtico desvalor de resultado, como sucede en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social[15].

Ahora bien, allí donde esa afección real a objetos concretos, a los que poder referir el desvalor de resultado, no sea posible no podrá afirmarse el carácter lesionable de los bienes, como sucede, a mi modo de ver, con la libre competencia o con el medio ambiente, bienes jurídicos que, por ello, únicamente podrán ser puestos en peligro abstracto por una conducta individual, pero no lesionados (ni puestos en concreto peligro). Eso sí, ni que decir tiene que si en alguna figura delictiva determinada alguno de estos bienes jurídicos es susceptible de ser ulteriormente concretado, entonces la afección habrá de ir referida a esa caracterización más concreta, como sucede, v. gr., con la libre fijación de los precios en el mercado (aunque en el delito del art. 284 CP se configura como un delito de consumación anticipada), que es un aspecto de la libre competencia o, si se prefiere, una de las posibles formas de aparición de este bien jurídico en la realidad social. Sin embargo, esta mayor concreción del bien jurídico no significa que la libre fijación de los precios en el mercado pueda resultar lesionado por una acción individual: lo será si, a partir de una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, se considera que la función social que desempeña la libre formación de los precios en el mercado puede resultar efectivamente *perturbada* o *afectada* por la conducta individual (y siempre que el delito en cuestión se construyese como delito de consumación normal, y no de consumación anticipada); no lo será si, sobre la base de una concepción del bien jurídico como ente ideal (como valor ideal del orden social), se entiende que la conducta individual dirigida a alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (aun cuando surta un efecto susceptible de verificación en la realidad social) es incapaz de destruir el bien jurídico de la libre formación de los precios en el mercado, dado que dicha conducta tan solo posee una *aptitud* abstracta para lesionar tal interés colectivo, que únicamente se vería lesionado realmente en el caso de que las conductas infractoras se generalizasen.

Así las cosas, con respecto a los dos grupos de delitos de peligro abstracto citados cuestión diferente será establecer en qué medida está **legitimada** la intervención del Derecho penal. Con carácter general la respuesta a este interrogante parece clara.

En lo que atañe al ***primer grupo***, la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa[16] en tanto en cuanto se parta de la base de que en rigor se tutelan aquí genuinos bienes jurídicos individuales esenciales, como son fundamentalmente el patrimonio y la libertad de disposición económica de las personas; y obsérvese

14 El enfoque *dinámico* del bien jurídico como objeto de la realidad social posee un antecedente remoto en BINDING y un antecedente próximo en WELZEL (si bien utilizado de cara a una fundamentación del injusto basada en el desvalor de acción), pero la adopción de dicho enfoque para definir la lesión del bien jurídico es una tarea que ha sido emprendida modernamente, merced a la contribución de otros penalistas, como especialmente ya RUDOLPHI (1975, pp. 346 s.), quien ofrece una verdadera *caracterización general* de la ofensa al bien jurídico como perturbación de "aquellas funciones que son constitutivas para la vida social", caracterización que ha servido de base para que después otros autores en la más reciente doctrina hayan desarrollado este concepto en el marco de los diferentes delitos de la Parte especial y, más concretamente, en el ámbito de los delitos destinados a tutelar los bienes colectivos generales (v. gr., TIEDEMANN, MARINUCCI/DOLCINI); en la doctrina española debe ser resaltada la contribución de SOTO, 2003, pp. 296 ss., en la que pueden hallarse amplias referencias a la concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social, así como a la materialidad y al carácter lesionable de los bienes jurídicos colectivos generales.

15 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., pp. 173 ss.

16 De acuerdo, ARROYO, 1997, p. 8; R. MONTAÑÉS, 1997, p. 710.

además que se tutela el patrimonio y la libertad de disposición de un conjunto *a priori* inabarcable de personas, siendo esta indeterminación de la frontera del peligro la que incrementa precisamente el desvalor del injusto y permite justificar la anticipación de la línea del castigo al momento del peligro abstracto, sin necesidad de esperar a que se produzca un peligro concreto para un sujeto individual determinado[17].

Con respecto a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto incardinables en este primer grupo, merece ser destacada, por su proximidad con la explicación aquí mantenida, la original contribución de Kindhäuser[18], quien, a pesar de partir inicialmente de los postulados de la escuela de Frankfurt, ofrece una construcción en la que los delitos de peligro abstracto se conciben como delitos de daño *sui generis*, es decir, daños autónomos –y no simples fases o estadios previos a las lesiones– que vulneran las condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute de los bienes desprovisto de toda perturbación ("condiciones jurídicamente garantizadas de disposición de los bienes sin riesgo"). Ciertamente, en tales delitos no se trata de una vulneración actual del bien jurídico (por eso el peligro se califica de abstracto), sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados o estereotipados, trátese de patrones objetivos o incluso de patrones referidos al sujeto (ej. el premiso de conducir como requisito de la participación activa en el tráfico rodado), cuya eficiencia resulta esencial para el aprovechamiento racional de los bienes. En suma, con arreglo a estas premisas, cabe concluir que la lesividad característica de los delitos de peligro abstracto se deriva del dato de que un bien del que no se puede disponer sin cortapisas no es racionalmente aprovechable en su totalidad[19].

Ahora bien, según aclara este autor, la existencia de delitos de peligro abstracto se vincula además a ulteriores limitaciones. Y, en este sentido, cabe recordar ante todo que los bienes jurídicos dignos de tutela penal en el ámbito socioeconómico a través de la vía del peligro abstracto son aquellos que tienen como misión preservar las condiciones de seguridad para el libre desarrollo del individuo en sociedad siempre que dichas condiciones no dependan solamente del propio individuo (competencia autónoma), sino que se inscriban dentro de las competencias del Estado (competencia heterónoma), el cual viene así a garantizar jurídicamente dicha seguridad (de ahí que Kindhäuser hable de "condiciones de seguridad jurídicamente garantizadas"). Por consiguiente, en el ámbito del Derecho penal económico la tutela de bienes jurídicos a través de la técnica del peligro abstracto será, en esencia, legítima cuando se produzca una vulneración de ámbitos de libertad individual (como puede ser la del patrimonio o la libertad de disposición económica individual), que se hallen además "jurídicamente garantizados", o sea, en el sentido de que la seguridad heterónoma que haya de otorgarse al individuo sea atribuible claramente a la competencia estatal. De ahí que, a tal efecto, resulte imprescindible acreditar, a mi juicio, que la conducta típica puede ser configurada como una auténtica injerencia en la esfera de la libertad ajena jurídicamente garantizada, lo cual comporta, obviamente, la necesidad de incorporar al tipo de injusto los elementos denotativos de semejante configuración; a ello me referiré más abajo.

17 Vid. ya SCHÜNEMANN, 1991, p. 36, y, posteriormente, vid. 1996, p. 197 ss. Como razona este autor, el legislador penal no puede pasar por alto la circunstancia de que en la moderna *sociedad del riesgo* los "contextos de acción individuales" han sido sustituidos por "contextos de acción colectivos", en los que el contacto interpersonal ha sido reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada. Así las cosas, si pretende que el Derecho penal pueda garantizar la protección de bienes jurídicos en tales casos, el tipo de resultado lesivo clásico debe ser sustituido por el moderno tipo de peligro abstracto. En fin, como gráficamente escribe este autor, mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes era a su vez invariable y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los delitos de homicidio o lesiones imprudentes, dado que autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al llevarse a cabo la distribución masiva de alimentos, elaborados por fabricantes anónimos a través de cadenas de almacenes, los eslabones causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas, en atención a lo cual si se pretende mantener la protección de los bienes jurídicos, la intervención del Derecho penal ha de apoyarse en la acción de riesgo intolerable en cuanto tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos que sean idóneos para lesionar la salud (p. 199 s.). Este razonamiento, referido a los delitos de fraudes alimentarios, es íntegramente trasladable a los delitos socioeconómicos que tutelan bienes supraindividuales institucionalizados con referente patrimonial individual. De hecho, el propio SCHÜNEMANN afirma que lo expuesto rige también para las conductas relativas a las inversiones en el mercado financiero (p. 200).

18 Sobre ella vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 194 ss.

19 Con carácter general vid. KINDHÄUSER, 1989, p. 277 ss. y 355 s.; con respecto al Derecho penal económico, vid. 1995, p. 448 ss.

Como queda dicho, entiendo que esta construcción de Kindhäuser se identifica en lo esencial con la que aquí se sustenta con respecto a los bienes jurídicos supraindividuales institucionalizados divisibles en intereses individuales, esto es, con respecto a aquellos que poseen un referente patrimonial individual. Es más, creo que la discrepancia sería puramente terminológica, puesto que el autor alemán considera que en tales delitos existiría un auténtico desvalor de resultado; sin embargo, el daño sui generis al que él alude no se distingue en nada del desvalor de acción característico de los tipos de peligro abstracto, esto es, la realización de una acción que generalmente pone en peligro el bien jurídico protegido[20].

En cualquier caso, lo que sí podría decirse de la caracterización de Kindhäuser es que al no identificar un bien jurídico colectivo propiamente dicho, independiente de los bienes individuales, no aporta en realidad criterios materiales ulteriores *diferentes* a los aquí expuestos, pero no es correcto objetarle que ofrezca un concepto vacío sin referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, del mismo modo que tampoco puede dirigirse una objeción semejante a la caracterización que aquí se acoge. Cuestión distinta es que se critique (con razón) al citado penalista alemán que acuda a la idea de "la garantía de una tranquila disposición de los bienes" para legitimar delitos de peligro abstracto puro o meramente formales, construidos exclusivamente sobre la base de una desobediencia a un mandato o control de la Administración, sin acreditar una específica lesividad para un bien jurídico *penalmente* protegido; pero esta es una cuestión específica, privativa de *una* de las clases de delitos de peligro abstracto (cuya presencia es marginal en el ámbito socioeconómico), que no afecta a la cuestión general que aquí ahora se aborda, relativa a la caracterización de los delitos socioeconómicos de carácter supraindividual o colectivo divisibles en intereses individuales (que conceptualmente son delitos de peligro *de aptitud*) como delitos de daño *sui generis*[21].

En lo que concierne al **segundo grupo**, o sea al de los delitos que tutelan bienes colectivos inmateriales generales no divisibles en intereses individuales, el recurso al Derecho penal estará en principio justificado siempre que el bien jurídico de que se trate constituya una condición esencial para la supervivencia del sistema socioeconómico. Ello parece claro, en principio, en el caso de los delitos económicos en sentido estricto, que tutelan la intervención del Estado en la economía (el Derecho penal económico administrativo), pero también en el de aquellos delitos que

20 Vid. en este sentido CEREZO, 2002, p. 63 y s., quien subraya acertadamente que no es correcto atribuir al autor alemán la tesis de que en los delitos de peligro abstracto se proteja un bien jurídico diferente, la seguridad -como han interpretado p. ej. SCHÜNEMANN en la doctrina alemana o SOTO, 2003, p. 209 y s., en la española-, puesto que lo que sucede es simplemente que distingue tres formas de menoscabo de los bienes jurídicos: la lesión, el peligro concreto y la perturbación de las "condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes". Vid. también en idéntico sentido CORCOY, 1999, p. 218 y s., quien, tras reconocer que KINDHÄUSER no atribuye realmente un contenido de injusto propio a los delitos de peligro abstracto, señala que precisamente, a diferencia del autor alemán, ella sí propone, empero, un bien jurídico colectivo diferente y autónomo de los bienes individuales.

21 Vid., sin embargo, la interpretación que de la caracterización del citado penalista alemán realiza SOTO, 2003, p. 210 y s. y 229, aunque no le falte razón a esta autora cuando, desde el punto de vista conceptual, afirma que la idea de recurrir a la "defraudación de expectativas sociales" y a su "restablecimiento por medio de la intervención punitiva" evoca –en sus propios términos- una concepción puramente sociológica del Derecho como la propuesta por la teoría sistémica y que, por lo tanto, ofrece conceptos que son solo útiles para describir la *función* de la pena y, por ende, la función del Derecho penal como subsistema de control social. Precisamente, en este último sentido cabe destacar la posición de -con relación en concreto a los delitos contra la seguridad colectiva-, quien, partiendo también de la idea de que el modelo dogmático de KINDHÄUSER encierra, a su entender, el peligro de una insatisfactoria administrativización del injusto penal y de que reduce la teoría de los delitos de peligro abstracto a una cuestión referida al bien jurídico protegido sin una referencia a la estructura normativa (vid. FEIJOO, 2005, pp. 328 ss.), propone una caracterización *material* de tales delitos acorde con su concepción funcional del injusto y de la teoría de la imputación objetiva: en su opinión, la imputación objetiva de los delitos de peligro abstracto exige que, más allá de la constatación de una conducta estadísticamente peligrosa, pueda atribuirse al infractor en el caso concreto "una organización insegura del propio ámbito de organización o, dicho en términos más exactos, una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida", lo cual no significa que haya que constatar la idoneidad de la conducta para lesionar un bien jurídico individual (como sostiene la tesis de la doctrina dominante que aquí se acoge), sino simplemente que desde una perspectiva normativa o jurídica no se ha controlado o dominado suficientemente el propio ámbito de organización; por lo demás, la referencia a la infracción de normas de seguridad extrapenales o las cláusulas de autorización que se contienen en muchos de los delitos de peligro abstracto deben ser concebidas entonces como cláusulas de riesgo permitido que determinan el alcance del tipo objetivo de acuerdo con la configuración normativamente vigente de la sociedad, a diferencia de lo que sucede en la dogmática de la imprudencia, donde el riesgo permitido es un instituto para determinar el deber de cuidado (p. 330 y ss.).

protegen estructuras básicas de la economía de mercado y de la sociedad[22].

Ahora bien, interesa recalcar que el hecho de que algunos de los delitos citados se califiquen como delitos de peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial general no significa obviamente que se trate de delitos carentes de la necesaria ofensividad, porque tales infracciones se construyen sobre la base de un peligro real –no meramente formal– para el bien jurídico, de tal forma que este conserva toda su potencialidad crítica y garantista[23].

En fin, si se aceptan las consideraciones precedentes, no debería haber obstáculo en vía de principio para recurrir a la construcción de los delitos de peligro abstracto en la tipificación de los delitos socioeconómicos. Ello no obstante, hay que reconocer que su utilización ha sido muy controvertida.

El empleo de tipos de peligro abstracto en la definición de los delitos socioeconómicos no es, desde luego, una originalidad del legislador español. Hay que tener en cuenta al respecto que en las modernas reformas del Derecho penal económico alemán se ha utilizado con frecuencia la técnica del peligro abstracto. Así ha sucedido en las dos leyes para la reforma de la criminalidad económica, que han introducido las nuevas figuras delictivas económicas en el StGB, y en algunas tipicidades específicas incardinadas en diversas leyes penales especiales.

Por tal motivo no puede resultar extraño que los Proyectos españoles de nuevo Código penal incluyesen asimismo numerosos tipos de peligro abstracto. De todos modos, si se compara la previsión del nuevo CP de 1995 con relación a la regulación del PLOCP de 1980, se puede comprobar que en el vigente texto punitivo se ha operado una sensible reducción de esta clase de tipos, las más de las veces basada en la renuncia a pergeñar sedicentes "delitos económicos" carentes de todo contenido sustancial. En efecto, en algunos de los delitos proyectados en 1980 se trataba simplemente de infracciones que se caracterizaban por una mera anticipación de la línea de punibilidad de figuras de contenido puramente patrimonial individual, esto es, lo que se ha convenido en denominar "tentativas autónomamente tipificadas". En otros casos, lo que se pretendía era lisa y llanamente resolver los problemas de prueba que surgen con los tipos de lesión o de peligro concreto.

Evidentemente, ambas razones resultan insuficientes por sí mismas para justificar la creación de tipos de peligro abstracto. Sin embargo, conviene no olvidar que la **legitimidad** existiría si se constata que tales razones son simples motivos acompañantes de una fundamentación esencial, a saber, la necesidad de tutelar auténticos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, generales o difusos, cuya protección no resultaría imaginable con otra técnica de tipificación[24].

Ahora bien, según se anticipó más arriba, en la labor de tipificación de conductas hay que exigir que, además de dicha fundamentación esencial atinente a la firme delimitación de un bien jurídico digno de tutela penal, se añada la necesidad de que los tipos de peligro abstracto se vean rodeados de determinadas exigencias, de tal suerte que encierren un contenido de injusto que alcance el grado de lesividad exigible a las genuinas infracciones penales.

Ciertamente, hay ya clásicos delitos de peligro abstracto que cumplen el contenido de injusto de las auténticas infracciones penales sin mayores exigencias

22 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 225 y ss.

23 Algunos partidarios de una concepción del bien jurídico como objeto de la realidad social consideran que el abandono de la técnica del peligro abstracto en favor de estructuras de lesión, concretadas en unidades con valor funcional, permitiría dotar de mayor contenido lesivo a ciertos delitos, v. gr., delitos contra el medio ambiente (vid. SOTO, 2003, pp. 316 ss. y especialmente pp. 325 s.). Ello no obstante, sin negar que el enfoque dinámico sociológico-normativo que proponen dichos partidarios resulte especialmente apto para llevar a cabo una mayor concreción de los bienes jurídicos colectivos generales, que permitan su descomposición en diversos bienes jurídico autónomos, sobre la base de individualizar unidades (subsistemas) con valor funcional, lo cierto es que ello no tiene por qué incidir en la legitimidad de la intervención penal. Y es que, en efecto, a la postre el mayor o menor contenido lesivo no puede depender de la caracterización que el intérprete ofrezca sobre el delito en cuestión como delito de lesión (concebida como perturbación u obstaculización de una concreta función social) o como delito de peligro abstracto para la integridad del bien jurídico colectivo general, sino que dependerá de la concreta descripción típica. En otras palabras, por sí misma, la diversa perspectiva ante la forma de ataque al bien jurídico, derivada de un diferente entendimiento del concepto de lesión, ni quita ni pone ofensividad de cara constatar la legitimidad de la intervención penal, con independencia de que un enfoque sociológico-normativo permita ofrecer una mejor comprensión de cuáles son las conductas que comportan un efecto lesivo (y su diferente graduación) para las diversas funciones sociales concretas en las que puede descomponerse el bien jurídico.

24 Vid. por todos TIEDEMANN, 1985, p. 36; SCHÜNEMANN, 1996, p. 199; GARCÍA CAVERO, P.G., p. 128.

(v. gr., el incendio en casa habitada, delitos contra la Administración de justicia, como el falso testimonio, o delitos contra la Administración pública, como el cohecho), pero en la esfera del Derecho penal socioeconómico la regla general será la necesidad de plasmar en los tipos penales determinados elementos que expresen de modo explícito esa dosis de ofensividad añadida.

Pues bien, desde esta última perspectiva, cabe mencionar señaladamente ante todo la técnica de incorporar al tipo específicos *elementos normativos de aptitud* en el sentido más arriba relatado, en la medida en que se revelan como uno de los medios más característicos de demostración de que la conducta incriminada comporta una injerencia en la esfera de la libertad de disposición ajena. Tal solución resulta especialmente aplicable a los modernos tipos defraudatorios de sujeto pasivo difuso relacionados estructuralmente de forma más o menos próxima con la estafa clásica (v. gr., fraudes de consumidores, fraudes en el mercado de valores, fraudes en la inversión de capital), o sea, los delitos con bienes supraindividuales institucionalizados con referente patrimonial individual o divisibles en intereses patrimoniales individuales[25].

Asimismo, hay que incluir aquí también todas aquellas restricciones típicas que en general permitan colegir que el injusto vulnera las antecitadas condiciones de seguridad que deben ser garantizadas por el Estado y que, por lo tanto, posibiliten una adecuada reducción teleológica de los tipos. Ello impone, como pauta general, el logro de la mayor *taxatividad* posible en la descripción típica y, en concreto, una precisa delimitación del círculo de *sujetos activos* con expresión en su caso de los especiales deberes que les incumben en relación con la protección del bien jurídico (esto es, una precisa configuración de los delitos especiales propios, como, p.ej., se hace en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 285), a lo que cabría agregar un incremento en el desvalor de acción estrictamente considerado, merced a la inclusión de especiales modalidades de conducta que resultan especialmente intolerables (como, p.ej., sucede en el delito de maquinaciones para alterar los precios de las cosas, del art. 284, o en el delito societario de imposición de un acuerdo lesivo del art. 292)[26].

En ocasiones, la previsión en el tipo de un *resultado material* puede contribuir también a delimitar los contornos de lo punible, en la medida en que describe un efecto de la acción típica sobre un determinado objeto, que es acotado usualmente por el propio tipo (objeto de la acción) y que habrá de producirse para la plena realización del delito. Obviamente, en tal caso dicho resultado material no comportará una *lesión* del bien jurídico, pero tampoco tiene por qué implicar ya la constatación del peligro típico para el bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener, o no, una vinculación material con el bien jurídico.

Así, en el delito del art. 283 (ejemplo de delito que tutela un bien jurídico colectivo divisible en intereses individuales), el tipo requiere un resultado material, integrado por la efectiva facturación de productos o servicios, pero la ofensa al bien jurídico exige además la verificación de un peligro *abierto* para el grupo colectivo de consumidores; y otro genuino ejemplo vendría dado por los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311, 312 y 313. Por su parte, en el delito de contaminación del art. 325-1 (ejemplo de delito que tutela un bien jurídico colectivo no divisible en intereses individuales) el tipo requiere la causación de determinados resultados materiales en la realidad naturalística (emisiones, vertidos, etc.), pero la ofensa al bien jurídico exige además el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales.

25 De acuerdo con esta propuesta, vid. CEREZO, 2002, p. 71 y s., quien subraya que la transformación de los tipos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño debe realizarse únicamente en estos delitos que él denomina "contra bienes jurídicos *colectivos"*, en la medida en que carecen frecuentemente de contornos precisos y suponen una anticipación de la protección penal de bienes jurídicos individuales. Por el contrario, no deberían transformarse en tipos de aptitud aquellos delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos supraindividuales (generales), como los delitos contra la Administración de Justicia o contra la Administración Pública.

26 En este sentido vid. ARROYO, 1997, p. 7. Con todo, con respecto al principio de taxatividad, es importante advertir de que los tipos de peligro abstracto plantean muchos menos problemas que los tipos imprudentes de resultado lesivo, habida cuenta de que en estos últimos la norma concreta de conducta no suele estar descrita por la ley y tiene que ser entonces la jurisprudencia la que con posterioridad se encargue de perfilarla (al determinar cuál era el cuidado objetivamente debido), mientras que en el delito de peligro abstracto el legislador puede y debe redactar un tipo dotado de contornos precisos, que permitan cumplir escrupulosamente el mandato de determinación (cfr. SCHÜNEMANN, 1996, p. 201; CEREZO, 2002, p. 62 y s.).

Por otra parte, en la tipificación de los delitos de peligro abstracto cabe citar también otras exigencias, como la eliminación (dejando a salvo supuestos excepcionales) de la versión imprudente e incluso la propia restricción del tipo subjetivo del delito doloso, limitando su posibilidad de ejecución solo al dolo directo e incluso previendo en su caso especiales elementos subjetivos del injusto cuando la fundamentación de la antijuridicidad así lo exija.

Por lo demás, las posibles objeciones que todavía pudiesen esgrimirse desde la óptica del principio de *ultima ratio* inherente al Derecho penal pueden y deben ser refutadas con la previsión de otros recursos dogmáticos, como, especialmente, la inclusión en la figura de delito de específicas causas de levantamiento o de anulación de la pena, basadas en el arrepentimiento activo del autor, que permitan exonerar de pena al sujeto que, pese a haber consumado ya el hecho delictivo, evite (o se esfuerce seriamente en evitar) de forma voluntaria el agotamiento del delito. Esta técnica ha sido utilizada por el legislador alemán en los modernos tipos defraudatorios de peligro introducidos en el StGB (§§ 264-4, 264 a)-3 y 265 b)-2) y también ha sido adoptada recientemente por el legislador penal español en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social[27].

Finalmente, hay que reclamar, desde luego, el respeto escrupuloso al principio de proporcionalidad, esto es, la consecución de una proporcionalidad concreta entre el injusto típico y la pena con la que se conmina. Ahora bien, de nuevo cabe observar que la debida proporcionalidad puede establecerse de forma más sencilla y precisa en los tipos de peligro abstracto que en los tipos de resultado lesivo, puesto que en aquellos el autor va a responder únicamente de la realización de la acción peligrosa y no de un resultado lesivo, que en muchas ocasiones incorpora en buena medida un componente de azar[28].

Por lo demás, desde otra perspectiva vinculada al principio de proporcionalidad en abstracto, conviene salir al paso de una argumentación –a menudo esgrimida– que ve en el empleo de los tipos de peligro abstracto una invasión del terreno propio del Derecho administrativo, que cercenaría la libertad de acción empresarial y que consecuentemente vulneraría el principio de *proporcionalidad.* Frente a este modo de razonar, procede indicar, por de pronto, que en ocasiones lo que sucede es justamente lo contrario, puesto que, mientras que la normativa administrativa puede someter a control toda la actividad del empresario, la regulación penal tiene que circunscribirse tan solo a un sector particularmente intolerable de dicha actividad. En otras palabras, no cabe desconocer que un Derecho penal que se limite a establecer un control de la actividad empresarial a través de la prohibición de los ilícitos más intolerables en la materia puede llegar a ser más permisivo que una legislación administrativa desprovista de toda sanción penal[29]. Y semejante razonamiento fue ya asumido por el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en El Cairo en 1984, sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa". En efecto, en su recomendación 2ª se establece que "El Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas. Normalmente, el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero, en determinados sectores el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la actividad económica. En tales casos, el Derecho penal implica una menor intervención en la vida económica que el Derecho administrativo o el mercantil". Por su parte, merece también ser reflejada aquí la recomendación 9ª, en la que literalmente se dispone que "El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para

27 Convienen resaltar que, en la tarea de restringir el ámbito de los tipos de peligro abstracto, la citada solución dogmática resulta preferible a la de excluir de tales tipos aquellas acciones que respondan al cuidado objetivamente debido, en el sentido de que (al ser concebidos como auténticas tentativas imprudentes) la acción no sería típica cuando el sujeto hubiese adoptado medidas de cuidado o de seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos (vid. FEIJOO, 2000, pp. 165 s.; CEREZO, 2002, p. 68 y s).

Ello sucede claramente en los delitos orientados a la protección de bienes jurídicos inmateriales institucionalizados no divisibles en intereses individuales, pero también puede predicarse de los delitos de peligro abstracto orientados a la tutela de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados, sobre todo si se trata de tipos que se limitan a describir acciones *generalmente* peligrosas y no contienen, pues, referencia a los bienes jurídicos individuales, ni, por lo tanto, a la observancia o inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar su lesión.

28 Cfr. SCHÜNEMANN, 1996, p. 201. En nuestra doctrina sobre la proporcionalidad en los delitos de peligro abstracto vid. AGUADO CORREA, 1999, p. 323 y ss.

29 Cfr. TIEDEMANN, 1985, p. 33 y s.

la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos"[30].

II. LA VERTIENTE SUBJETIVA: EL DOLO DE PELIGRO

Cuando el dolo se proyecta sobre los delitos de peligro, surgen algunas peculiaridades que lo diferencian del dolo de lesión, peculiaridades que varían en función de la concepción del dolo que se acoja.

Entre los partidarios de mantener un elemento volitivo en el dolo hay coincidencia a la hora de entender que en los delitos de peligro dicho elemento posee una relevancia mucho menor que en los delitos de lesión, en virtud de lo cual puede observarse una significativa aproximación sobre el concepto de dolo de peligro entre quienes propugnan dicho enfoque volitivo (como me parece correcto) y quienes, por el contrario, parten de un enfoque puramente cognitivo.

Indudablemente, la menor relevancia del elemento volitivo se explica por la mayor concreción del riesgo típico objetivo que presentan los delitos de peligro frente a los delitos de lesión, esto es, por la descripción exhaustiva y precisa de la norma de cuidado, característica de los delitos de peligro, que se proyecta sobre sectores de actividad altamente reglados (como sucede sobre todo en los delitos económicos más genuinos), en los que la experiencia nos permite pronosticar que se están tipificando conductas potencialmente *lesivas* para bienes jurídico-penales[31].

La mayor concreción del riesgo típico objetivo permite explicar también el rechazo jurisprudencial a conceder relevancia al error en el caso de delitos socioeconómicos llevados a cabo por "profesionales"[32].

Por otra parte, en consonancia con ello, cabe observar que la pérdida de peso del elemento volitivo se predica también de los delitos de mera actividad. De hecho, en el seno del enfoque cognitivo se afirma que la innecesariedad del elemento volitivo referido a la consumación del tipo es aquí mucho más evidente que en los delitos de resultado, dado que a tal efecto bastará el mero conocimiento de los *elementos* típicos, mientras que el error sobre alguno de ellos eliminará siempre el dolo[33].

Asimismo, esta razón es la que permite explicar que en algunas ocasiones en la doctrina (especialmente en el seno de un enfoque puramente cognitivo) se haya aludido a la posible identificación entre dolo de peligro y *dolo eventual de lesión*, por un lado, y entre de dolo de peligro e *imprudencia consciente referida a la lesión*, por otro lado. Veamos ambas cuestiones.

En lo que atañe a la *primera* de ellas, semejante identificación no puede ser compartida puesto que si bien es incuestionable que el dolo (eventual) de lesionar presupone necesariamente el dolo de poner en peligro, no puede formularse empero la hipótesis contraria, o sea, el dolo de peligro no implica un dolo de lesión por muy eventual que sea este[34].

Desde un enfoque que requiera el elemento volitivo en la estructura del dolo, hay que convenir en que la identificación apuntada es imposible, dado que puede perfectamente suceder que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta y no confíe ya en la evitación del peligro en sí mismo considerado, pero no asuma la eventual verificación de la lesión al confiar fundadamente en poder controlar el curso causal peligroso y evitar a la postre la lesión[35]. Y, más concretamente, si se acoge una perspectiva normativa como la que me parece correcta[36], cabría decir en

30 Sobre esto último vid. también SOTO, 2003, pp. 177 s. y n. 24.

31 Vid. por todos R. MONTAÑÉS, 1994, pp. 134 ss. y pp. 165 ss., quien, partiendo de un concepto de dolo que exige un elemento volitivo, ofrece la exposición más paradigmática al respecto, puesto que propone una caracterización del dolo en los delitos de peligro en la que atribuye al elemento volitivo un papel marginal en los delitos de peligro concreto (p. 168) y acaba por prescindir de él en los delitos de peligro abstracto (p. 312).

32 Vid. CORCOY, 1999, p. 316; HORTAL, 2005, p. 218 y 232 ss., en el ejemplo de la seguridad en el trabajo.

33 Vid. por todos FRISCH, 1983, pp. 374 ss.; en la doctrina española vid. SILVA, 1987, p. 651, n. 17, FEIJOO, 1998, p. 327.

34 Hay que aclarar al respecto que, cuando la doctrina alude a esta posible identificación, se está refiriendo exclusivamente al dolo de peligro *concreto* (o dolo de puesta en peligro), dado que solo en este se exige un auténtico dolo de *poner en peligro* (vid. por todos R. MONTAÑÉS, 1994, pp. 41 s., n. 2; de acuerdo, a partir de otro razonamiento, CORCOY, 1999, pp. 115 y 144 ss.).

35 Vid. por todos LUZÓN, P.G., I, p. 431.

36 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., p. 346 y ss., y 2008, p. 326 y ss.

particular que, aunque pueda considerarse común a ambos conceptos la constatación del "dominio de la técnica" en la actividad de que se trate, la calificación en última instancia del dolo como de lesión o de peligro descansará también en una valoración, conforme a la cual se podrá deslindar, a la vista de los conocimientos y representaciones del autor con relación al caso concreto, cuándo el *compromiso* de actuar del autor contrario al bien jurídico iba dirigido a su lesión efectiva o tan solo a su puesta en peligro.

Desde un enfoque puramente cognitivo, tampoco resulta plenamente sostenible dicha identificación puesto que al menos cuando el autor mantiene el peligro dentro de su esfera de dominio (o, en su caso, adopta las medidas necesarias para que sea la propia víctima la que pueda controlarlo), entonces no es factible hablar de un dolo eventual de lesión, sino más bien de una verdadera *imprudencia consciente referida a la lesión*, según aclaro más abajo[37].

Lo que, en cambio, sí cabría sostener –y con ello entro ya en la *segunda* de las identificaciones apuntadas– es la gran aproximación, e incluso equiparación, entre las nociones de dolo de puesta en peligro e *imprudencia consciente referida a la lesión*.

Si se parte de una orientación puramente *cognitiva* para determinar el contenido del dolo, la identificación de los referidos conceptos es una consecuencia obvia, dado que con carácter general dolo e imprudencia consciente compartirían la misma base cognitiva. En concreto, se llega a concluir que existe una completa identidad en la estructura subjetiva de los delitos de peligro y la imprudencia (consciente), en virtud de lo cual cabe afirmar que en los delitos de peligro estamos ante supuestos en los que el sujeto se representa la peligrosidad de la conducta, pero debido a un error en su evaluación la descarta para su caso o, si se prefiere, no llega a "reconocer" en su situación concreta todos aquellos elementos que en conjunto permiten postular la posibilidad inmediata y directa de ocasionar la lesión[38].

Si se asume una orientación *volitiva* para caracterizar el contenido del dolo, como aquí se acepta, es cierto que conceptualmente dolo de peligro e imprudencia consciente siempre serán dos nociones diversas, pero no lo es menos que la estructura de ambas vendría de hecho a equipararse en la práctica, habida cuenta de que usualmente se acaba definiendo el dolo de peligro con base en los mismos criterios que se utilizan para describir la imprudencia consciente: de un lado, la conciencia del riesgo; de otro lado, la confianza mínimamente razonable en que la lesión del bien jurídico no se va a producir, con lo cual un elemento que no forma parte del tipo (el resultado lesivo) se erige en ineludible punto de referencia de la estructura subjetiva de los delitos de peligro.

Es más, en el seno del enfoque volitivo algunos autores llegan a considerar incluso que en los delitos de peligro el elemento volitivo es una consecuencia necesaria del elemento intelectivo, en virtud de lo cual se concluye que el conocimiento del peligro lleva aparejado indisolublemente su aceptación en el caso de que el sujeto se decida a actuar, esto es, que si el agente tiene conciencia del peligro concreto y a pesar de ello decide llevar a cabo la acción, se dará ya el elemento volitivo del dolo[39].

Ello no obstante, frente a esta posición cabría objetar que el agente puede tener conciencia de la peligrosidad de la acción, pero confiar en que ningún bien jurídico pueda llegar a entrar en el radio de peligro de dicha acción, con lo que faltaría el elemento volitivo

37 Vid. CORCOY, 1999, pp. 295 ss. Eso sí, como añade esta autora, cuando el autor no controla el peligro, ambas clases de dolo (dolo de peligro y dolo eventual de lesión) se aproximan mucho, puesto que normalmente (si el riesgo es elevado y existe un conocimiento preciso) en tal hipótesis cabría hablar ya –con arreglo a la perspectiva puramente cognitiva- de una tentativa con dolo eventual (que, de admitirse, prevalecería en el concurso de leyes), cuya punibilidad, por cierto, es controvertida en la doctrina y rechazada por la jurisprudencia, según indiqué más arriba. En el ejemplo del delito laboral del art. 316, vid. HORTAL, 2005, pp. 224 s. y n. 544, y 2004, pp. 550 ss., quien recuerda que no se ha dictado ninguna resolución judicial en la que se haya imputado al empresario una tentativa de homicidio o de lesiones con dolo eventual en los supuestos en que, acreditado el conocimiento concreto del riesgo laboral por parte del empresario, el resultado no se ha producido por puro azar.

38 Vid. por todos LAURENZO, 1999, p. 305, quien añade las consecuencias obvias que en tal caso se infieren de dicha identificación: resultará posible establecer los límites entre una figura de peligro concreto y la tentativa del correspondiente delito de lesión sin abandonar el plano del conocimiento y, por ende, resultará factible –vid. pp. 293 ss.- admitir la coexistencia de delitos de peligro y delitos de lesión protectores de un mismo bien jurídico; asimismo, se renuncia, en fin, a otorgar autonomía a un sedicente *dolo de peligro*, como pretendida figura híbrida entre el dolo de lesión y la imprudencia.

39 Así, vid. R. MONTAÑÉS, 1994, p. 183, quien, si bien admite que en la estructura del dolo de peligro hay conceptualmente un elemento intelectivo y otro volitivo, acaba por reconocer que, en realidad, los delitos de peligro son conductas imprudentes no seguidas de resultado lesivo, esto es, tentativas imprudentes, elevadas a la categoría de delitos autónomos.

del dolo de peligro concreto y solo habría imprudencia consciente[40].

Y, desde luego, si se concibe el elemento volitivo normativamente, como un *compromiso* del autor con la vulneración del bien jurídico que prescinde de la aceptación del resultado en sentido psicológico, podrá mantenerse una nítida separación teórica entre el aspecto intelectual y el volitivo en aquellos casos en que el bien jurídico afectado no hubiese entrado todavía en el radio de la acción peligrosa realizada por el agente: aunque quepa afirmar que en tales casos existe el *dominio de una técnica* por parte del autor, este dato no es suficiente para poder llegar a concluir que el agente se hallaba ya automáticamente *comprometido* con la producción de un resultado de peligro que se verificará en un momento posterior a la realización de la conducta peligrosa.

Cuestión diferente, obviamente, es el caso de los delitos de peligro abstracto, en los que el compromiso con la vulneración del bien jurídico existe ya desde el instante en que el agente lleva a cabo voluntariamente la acción con conocimiento de su peligrosidad estadística: aunque en los *genuinos* delitos de peligro abstracto (esto es, los *delitos de aptitud* para la producción de un daño) se requiera –como creo correcto– la constatación de la *posibilidad* de la producción de un resultado de peligro, ello es algo que conceptualmente tenía que ser conocido por el agente en el instante de realizar la acción como una consecuencia no improbable, en virtud de lo cual el elemento volitivo queda ya embebido en el elemento intelectual y el *compromiso* con la vulneración del bien jurídico debe ser afirmado desde el momento en que se acredita ya el dominio de una técnica por parte del autor.

Otra interesante cuestión que plantean los delitos de peligro y que a veces es pasada por alto en los comentarios doctrinales y en las resoluciones jurisprudenciales es la relativa a la posibilidad de apreciar el *dolo eventual* en tales delitos. Esta cuestión suele resolverse por los comentaristas con escuetas consideraciones que, indebidamente, trasladan aquí los criterios referentes al dolo de lesión para decidir si una determinada figura delictiva de peligro debe ser ejecutada con dolo directo o puede ser realizada con dolo eventual. El problema se ha suscitado con especial relieve en el seno de los delitos socioeconómicos, a la vista de la abundancia de delitos de peligro y sobre todo, particularmente, de delitos de aptitud para la producción de un daño, que pertenecen a la categoría de los delitos de peligro y, más precisamente, a la categoría del peligro abstracto.

Pues bien, frente a esa opinión ampliamente extendida en la doctrina, hay que advertir de que la viabilidad del dolo eventual en los delitos de peligro dependerá de otro tipo de razones, derivadas de la peculiar estructura de esta clase de delitos. En concreto, cabe afirmar que el dolo eventual no será admisible en los casos en que la realización de la acción típica y la puesta en peligro sean simultáneas y el autor sea consciente de ello; en cambio será posible en los casos en que el peligro se produce solo si concurre una circunstancia desconocida para el autor en el momento de ejecutar la acción típica, sea porque se trata de una circunstancia futura con relación al instante de la acción, sea porque, aunque estuviese presente en dicho instante, no era efectivamente conocida por él[41]. Con arreglo a lo expuesto, cabe colegir que el dolo eventual habrá de ser descartado en los tradicionalmente denominados delitos de peligro abstracto (o delitos de peligro abstracto formal), pero puede ser perfectamente imaginable en los de peligro concreto e incluso en los denominados delitos de aptitud, siempre que se conciban en el sentido que le hemos otorgado en el apartado correspondiente, esto es, como figuras en las que el intérprete debe efectuar dos juicios diferentes: uno *ex ante*, acerca de la peligrosidad general de la acción, y otro *ex post*, que versa sobre la posibilidad del resultado de peligro[42].

40 Vid. LUZÓN, P.G.,I, p. 432, CEREZO, P.G., II, p. 145, n. 87, quien añade que solo si el bien jurídico afectado había entrado ya en el radio de acción de la conducta del sujeto, cuando este decidió llevarla a cabo, teniendo conciencia de la peligrosidad de la acción y de que la producción del resultado de peligro era una consecuencia no absolutamente improbable, el elemento volitivo irá necesariamente unido al elemento intelectual del dolo.

41 Vid. R. MONTAÑÉS, 1994, pp. 175 y ss. y pp. 182 y ss.

42 En el ejemplo del delito del art. 282, vid. la proyección de este criterio efectuada por PUENTE ABA, 2002, pp. 371 s., quien afirma correctamente que puede suceder que el autor sea consciente de la peligrosidad de la acción (conozca la falsedad del mensaje publicitario que está difundiendo), pero, debido al desconocimiento de una circunstancia futura, no tenga plena seguridad de la posibilidad de que se llegue a causar un resultado peligroso (el peligro grave y manifiesto de causar perjuicios económicos a los consumidores). Así, ejemplifica esta autora, "podría imaginarse el caso del director de una academia que anuncia falsamente que, al finalizar los cursos allí impartidos, se otorga un título oficial y, aunque hasta ese momento era indiferente a todos los

III. BIBLIOGRAFÍA.

AGUADO CORREA, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Madrid 1999.

ALCÁCER GUIRAO, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, Barcelona 2003.

ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y Constitución, RP, N°1, 1997.

CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Madrid 1998.

CEREZO MIR, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, RDPCr, N° 10, 2002.

CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales, Valencia 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, en CPC, N° 65, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito, en Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais, N° 0, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, en LH R. Mourullo, Madrid 2005.

FRISCH, Vorsatz und Risiko, Köln 1983.

GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico. Parte general, Universidad de Piura, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual, en EPCr, XV, 1992.

HORTAL IBARRA, El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular, ADP, 2004.

HORTAL IBARRA, Protección penal de la seguridad en el trabajo, Barcelona 2005 KINDHÄUSER, Gefährdung als Straftat. Rechtstheorestische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a. M. 1989.

KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, en L.H. Tiedemann, Madrid 1995.

LAURENZO COPELLO, Dolo y conocimiento, Valencia 1999.

MAQUEDA ABREU, La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de CP de 1992, en AP, N° 26, 1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El concepto "*significativo*" de dolo: un concepto volitivo normativo, en el Libro *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología* (F. Muñoz Conde, dir.), Valencia 2008, y en el libro Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal, (en colaboración con P. C. Busato y Mª.M. Díaz Pita), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, 2ª ed., Valencia 2007.

MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid 2001.

MUÑOZ SÁNCHEZ, El agente provocador, Valencia 1995.

PUENTE ABA, Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario, Valencia 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Madrid 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito. A propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto, L.H. Casabó, Valencia 1997.

ROMEO CASABONA, La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente, L.H. Cerezo, Madrid 2002.

RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en NPP, 1975.

SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un

efectos que el título fuese oficial o privado, el anunciante sospecha que puede empezar a ser imprescindible en determinados casos un certificado oficial y a pesar de ello mantiene indiferentemente su publicidad falsa". Vid. en este sentido también la SAP Granada 28-6-2002, en la que concurría realmente un dolo eventual con respecto a la posibilidad del perjuicio para el grupo colectivo de consumidores.

escarmiento?, (trad. T. R. Montañés) en Cuadernos del C.G.P.J., N°8, 1991.

SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, (trad. M. Cancio) ADP, 1996, I.

SILVA SÁNCHEZ, Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad, ADP 1987.

SILVA SÁNCHEZ, Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1 del código penal, en AAVV Derecho de la circulación 1993.

SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Granada, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Peligro abstracto y garantías penales, L.H. Valle, Pamplona 2001.

TIEDEMANN, Poder económico y delito, Barcelona 1985.

TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético, en ADP, 1981.

TORÍO LÓPEZ, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva en ADP, 1986.

EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?

Luís GRECO*

SUMARIO: I. Introdução. II. Conceito de bem jurídico coletivo. III. O ataque generalizado: a teoria pessoal do bem jurídico e o argumento da corrupção. IV. O ataque diferenciado: Bens jurídicos coletivos sob suspeita e bens acima de qualquer suspeita. V. Os argumentos críticos. VI. Aplicação das três regras a certos bens jurídicos coletivos

I. INTRODUÇÃO

1. A chamada "modernização" do direito penal

Uma das discussões que mais tem atraído a atenção dos penalistas, no Brasil e no estrangeiro, diz respeito à chamada "modernização" do direito penal. Esta discussão parte da premissa de que haveria, de um lado, um direito penal "clássico", cujas características seriam, aproximadamente, o individualismo, o liberalismo, a legalidade estrita, o predomínio dos bens jurídicos (ou direitos subjetivos) individuais e do delito de lesão, e, de outro, um contraposto direito penal "moderno" – anti-individualista, social, flexibilizador da legalidade por meio de normas penais em branco e de tipos estruturados segundo o modelo da acessoriedade administrativa, rico em bens jurídicos supraindividuais e crimes de perigo abstrato. Enquanto o direito penal clássico seria o modelo idealizado pelos penalistas do iluminismo, o direito penal moderno representaria o modelo implementado pelas reformas legislativas das últimas décadas. Objeto da controvérsia é a avaliação deste estado de fatos: enquanto uns saúdam a modernização, outros a repudiam[1].

O presente estudo quer contribuir não para esta discussão, e sim para a sua superação. Já há algum tempo vem ganhando espaço a idéia de que a contraposição entre direito penal clássico e moderno é uma simplificação inadequada. Não se pode realizar uma delicada cirurgia com um facão. A distinção entre proibições legítimas e ilegítimas depende de uma série de critérios e considerações, os quais não são refletidos de modo suficientemente diferenciado pela simplista contraposição entre direito penal clássico e moderno[2].

Um grupo dentre estes critérios e considerações diz respeito ao bem jurídico protegido pela incriminação. As várias dificuldades com que o conceito de bem jurídico tem de enfrentar-se são suficientemente conhecidas e não serão objeto do presente estudo[3]. Aqui se cuidará tão-somente de uma delas, para a qual eu já havia apontado anteriormente,[4] qual seja, a dos critérios para a postulação de um bem jurídico coletivo.

Ainda que se pense que a problemática das chamadas "meras imoralidades" e do paternalismo deva ser resolvida por meio de teorias que não a do bem

* Doctor. LL. M. Universidad de Munich, Alemania.

1 Amplas referências em *Greco*, Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, 2011, p. 4 e ss.

2 Por todos *Roxin*, Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal, trad. Greco, in: Estudos de direito penal, 2006, p. 78 e ss. (p. 81); *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, 2000, especialmente p. 281 e ss.; mais referências em *Greco*, Modernização, p. 25 e ss.

3 Para uma síntese *Greco*, Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato, in RBCC 49 (2004), p. 89 e ss.; *idem*, Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, in Zenkner Schmidt (coord.), Livro em Homenagem a Cezar Bitencourt, 2006, p. 401 e ss.

4 *Greco*, Princípio da ofensividade, p. 116, 117; *idem*, Breves reflexões, p. 409; *idem*, Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB), in: RBCC 82 (2010), p. 165 e ss. (p. 182). Apontando para a necessidade de formular critérios também *Hirsch*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, in: Kühne/Miyazawa (coord.), Neue Strafrechtsentwicklung im deutsch-japanischem Vergleich, 1995, p. 11 e ss. (15); *Wohlers*, Deliktstypen, p. 166.

jurídico,[5] uma vez que essa teoria se move no plano das considerações de conveniência ou utilidade em sentido amplo, isso não significa que tais considerações possam ser de todo dispensadas no momento de justificar proibições – doutro modo, voltar-se-ia à idéia do delito como violação de dever, cujo caráter errôneo tem de ser aqui pressuposto. Se se quer justificar proibições também fazendo referências a finalidades, é preciso saber quais dentre essas finalidades são relevantes e quais não. É desse problema que se ocupa o presente trabalho.

2. Bem jurídico coletivo: justificação de proibições mais extensas e sanções mais severas

Os bens jurídicos coletivos facilitam a vida do legislador. Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo.[6]

Vejamos alguns exemplos, dois do direito alemão, dois do direito brasileiro:

a) O § 265b I Strafgesetzbuch (StGB), chamado estelionato de crédito (Kreditbetrug), incrimina a conduta de quem, ao requerer a concessão, a autorização ou a modificação de um empréstimo em favor de uma empresa real ou falsa se vale de documentos (balanços, cálculos de lucros e prejuízos etc.) relevantes incorretos, ou incompletos ou faz declarações escritas relevantes incorretas ou incompletas, ou deixa de comunicar pioras relevantes da situação econômica não constantes dos documentos ou declarações feitas. Noutras palavras, o tipo contém uma fração de estelionato, uma consumação antecipada, vez que se realiza já com a conduta fraudulenta. Compare-se o estelionato (§ 263 I StGB), que pressupõe, além da conduta fraudulenta, a provocação de um erro, uma disposição patrimonial e um dano ao patrimônio. O argumento de que se vale a doutrina dominante para justificar essa assimetria é a postulação de um bem jurídico coletivo: enquanto o tipo do estelionato se dirigiria à proteção do bem jurídico individual patrimônio, o estelionato de crédito afetaria, além do patrimônio individual, um bem coletivo: a capacidade de funcionamento do sistema de crédito[7].

b) § 29 BtMG, tráfico de entorpecentes, cujo bem jurídico, segundo a opinião dominante, é a saúde pública[8]. O tipo se realiza já com qualquer conduta animada por interesse pessoal dirigida a promover ou a possibilitar a venda de drogas (assim, literalmente, a definição do Bundesgerichtshof [BGH] da elementar típica "comercializar", Handeltreiben), a pena é de até 5 anos de prisão ou de multa. O consentimento do destinatário da droga é irrelevante, vez que ele não é o titular do bem afetado. O crime que tutela o correspondente bem jurídico individual, o de lesões corporais (§ 223 StGB, forma simples; §§ 224, 226 StGB, forma qualificada), pressupõe a causação objetivamente imputável de uma lesão ao bem estar físico ou à saúde e prevê para a forma simples uma pena também de até 5 anos ou de multa. O consentimento é relevante, salvo em situações excepcionais objeto do § 228 (cláusula dos bons costumes).

---

5 *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, p. 349 e ss.; *idem,* Tem futuro, p. 174 e ss.; *idem,* Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie, in Hefendehl (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010, p. 63 e ss.; *idem*, A crítica de Stuart Mill ao paternalismo, in: Revista Brasileira de Filosofia Vol. 54 Fasc. 227 (2007), p. 321 e ss.

6 Sobre a utilização legitimista de bens coletivos extensamente *Krüger* Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, p. 57 e ss.; ademais *Volk*, Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, p. 85 e ss. (87 e s.); *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, p. 553 e ss. (557); *idem,* Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, p. 378 e ss. (381); *Seelmann*, Risikostrafrecht, KritV 1992, p. 452 e ss. (453 e s.); *Weigend*, Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?, in: Schmoller (coord.), Festschrift für Triffterer, 1996, p. 695 e ss. (699 e s.).

7 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14; na doutrina Bottke, Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite, wistra 1991, p. 1 e ss. (7 e s.); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26ª ed., 2007, § 265 b nm 1; Lampe, Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB), 1980, p. 37 e ss., apesar de crítico; *idem,* Überindividuelle Rechtsgüter, Institutionen und Interessen, in: Sieber et alii (coord.), Festschrift für Tiedemann, 2008, p. 79 e ss. (101); *Lenckner/Perron* in: Schönke/Schröder StGB 28ª ed. 2010, § 265b nm. 3; LK-Tiedemann, 11ª ed. 1996, § 265b nm. 9; *idem,* Wirtschaftsstrafrecht BT, 2006 nm. 17; MK-*Wohlers*, § 265b nm. 1; da jurisprudência OLG Stuttgart, NStZ 1993, 545; OLG Celle, wistra 1991, 359.

8 Rudolf *Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, in F. C. Schroeder/Zipf (coords.), Festschrift für Maurach, 1972, p. 113 e ss. (125); *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3ª. ed. 2008 cap. 2 nm. 2; *Körner*, BtMG AMG, 6ª. ed. 2007 § 29 BtMG nm. 236 e ss.; *K. Weber*, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, 3ª. ed. 2009, § 1 nm. 3 e ss.

No direito brasileiro, a situação é um tanto mais crítica. Dois exemplos:

c) Art. 15, Lei 10.826/2003. A lei sobre armas de fogo, cuja finalidade é defender o bem "incolumidade pública",[9] define como crime inafiançável a conduta de "disparo de arma de fogo", cominando-lhe pena de dois a quatro anos de reclusão, o que é mais do que o cominado ao delito de lesões corporais simples (art. 129 caput, três meses a um ano de detenção) e em parte mais do que o cominado às lesões graves (art. 129 § 1, um a cinco anos de reclusão).

d) Art. 33, Lei 11.343/2006. A nova lei de tóxicos, voltada à tutela do bem coletivo "saúde pública",[10] comina ao delito de tráfico de drogas ("Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar") a pena de cinco a quinze anos de reclusão e de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Isso também é bastante superior ao delito de lesões corporais, mesmo às graves.

Os exemplos deixam claro o problema: o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam prima facie justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual. Isso tem levado parte da doutrina a lançar um ataque aos bens jurídicos coletivos, que se move em diversos planos. Num *plano mais fundamental* transitam os autores que, partindo dessa verificação, recusam já a própria teoria do bem jurídico[11]. Essa crítica mais fundamental não será objeto das presentes reflexões. Diga-se, apenas, que só pelo fato de se justificar um dispositivo penal fazendo referência aos efeitos de proteção por ele almejados –o que quase todo mundo faz– já se está bem próximo de uma implícita teoria do bem jurídico,[12] e que também a principal concorrente dessa teoria, qual seja, a teoria da lesão a direito subjetivo, vê-se deparada com problemas similares[13]. A crítica que agora nos interessa é, portanto, a que se move num plano mais raso. Ela tem por alvo não a teoria do bem jurídico em si, mas sim apenas os bens jurídicos coletivos, dirigindo-se ou à generalidade desses bens (assim, as chamadas teorias pessoais do bem jurídico, abaixo $), ou a alguns deles, que são pejorativamente qualificados de bens jurídicos aparentes (abaixo $). Parece recomendável realizar, anteriormente, algumas precisões sobre o conceito de bem jurídico coletivo.

II. CONCEITO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

A doutrina pouco se ocupa da conceituação de bem jurídico coletivo, mas em geral já a pressupõe conhecida[14]. No mais das vezes ela se contenta com a afirmativa não errada, mas pouco esclarecedora, de que coletivos são os bens cujo portador não é um indivíduo, e sim a coletividade[15]. Há, porém, alguns poucos autores que procuram ir além, propondo critérios que elucidem o significado dessa referência à coletividade. *Hefendehl*[16] menciona, seguindo *Alexy*,[17] os critérios da *não-exclusividade* de seu gozo, da *não-rivalidade* de seu consumo e da *não-distributividade*. Não-exclusividade do gozo significa que ninguém pode ser excluído do gozo do bem; não-rivalidade do consumo significa que o consumo do bem por um indivíduo não impede, nem dificulta o consumo pelos

9 *Mariano da Silva*, Estatuto do Desarmamento, 3ª ed., 2007, p. 31; *Capez*, Estatuto do Desarmamento, 4ª ed., 2006, p. 42.

10 *Greco Filho/Rassi*, Lei de Drogas Anotada, 2ª ed., 2007, p. 80; *Bizotto*/*Rodrigues*, Nova Lei de Drogas, 2007, p. 56.

11 Por ex. *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (752 e ss.); partindo da teoria da lesão a direito subjetivo *Naucke*, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in: KritV 1993, p. 133 e ss. (137 e s.); *E. A. Wolff*, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht und anderen Unrechtsformen,in: Hassemer (coord.) Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 e ss. (148).

12 Mais detalhes em *Greco*, Lebendiges, p. 309 e ss.

13 Mais detalhes em *Greco*, Lebendiges, p. 333 e ss.

14 Exemplos em MK-*Radtke*, vor § 38 ff. nm. 2; *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (coords.), StGB, 2009, vor § 13 ff. nm. 5.

15 Por ex. NK-*Hassemer*/*Neumann*, vor § 1 nm. 127; *Lenckner*/*Eisele*, in: Schönke/Schröder, vor § 13 nm. 9.

16 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, p. 111 e s.; *idem,* Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (coord.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, p. 119 e ss. (126 e s.) (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

17 *Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: Probleme der Demokratie. Internationales Jahrbuch für Philosophie und Gesetzgebung 1989, p. 49 e ss. (54 e s.)

demais; e não-distributividade significa que o bem não é passível de divisão em parcelas que possam ser atribuídas aos indivíduos.

A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da *não-distributividade ou indivisibilidade*[18]: a não-rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não-consumíveis[19]. Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescrição dela. Entenderemos, portanto, como *bem coletivo* aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável.

III. O ATAQUE GENERALIZADO: A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO E O ARGUMENTO DA CORRUPÇÃO

Pode-se caracterizar a *teoria pessoal ou personalista* do bem jurídico (personale Rechtsgutslehre) como a tese segundo a qual todo bem jurídico legítimo tem de guardar uma referência ao indivíduo. Essa referência ao indivíduo pode ser concebida de duas formas, daí derivando duas versões da teoria pessoal.

Primeiramente, é possível entender que esta referência tem de ser *direta*, isto é, que só serão legítimos bens jurídicos individuais, interesses ou direitos de "pessoas de carne e osso", como diz Ferrajoli.[20] Esta concepção, que poderia ser chamada de *teoria personalista radical*, é sustentada por Zaffaroni e Tavares, talvez também por Ferrajoli.[21] Isso significa que já o próprio bem tutelado tem de ser divisível.

Além disso, é possível sustentar que esta referência pode ser *indireta*, de modo que seriam admissíveis bens jurídicos coletivos, desde que eles indiretamente guardassem algum contato com os indivíduos. Assim, por ex., o meio ambiente não poderia ser penalmente protegido por seu próprio valor, mas sim porque dele depende a própria vida e a saúde dos indivíduos[22]. Esses interesses são divisíveis e portanto individuais. Essa versão da teoria, que poderíamos chamar de *moderada*, é defendida principalmente por Hassemer[23].

Por fim, observe-se que afirmar, no plano mais abstrato da teoria do Estado, que toda atuação estatal tem, de alguma maneira, de tutelar interesses dos indivíduos, porque *o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado*, não pode bastar para transformar uma teoria em pessoal[24]. E isso por duas razões: primeiramente, essa afirmação não é em princípio questionada por ninguém,[25] de modo

18 Assim também *Alexy*, p. 54 e s.; *Koriath*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, p. 561 e ss. (564); *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 123. Já *Kuhlen*, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), p. 697 e ss. (704) baseia-se na não-exclusividade do gozo.

19 Cf. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 113, que dá o exemplo do bem "segurança do dinheiro", a seu ver defendido pelos tipos contra falsificação de moeda.

20 *Ferrajoli*, Diritto e Ragione, 5ª ed. Roma, 1998, p. 481

21 *Tavares*, Teoria do injusto penal, 2ª ed. Belo Horizonte, 2002, p. 216 e ss.; *Zaffaroni*/*Alagia/Slokar*, Derecho penal, Parte General, Buenos Aires, 2ª ed. 2002, p. 489 (Nr. 7). Para o direito penal ambiental *Hohmann*, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA 1992, p. 76 e ss. Se Ferrajoli é ou não tão radical, permanece a meu ver obscuro – cf. a minha crítica em *Greco*, Recht und Vernunft – Zur Straftheorie Luigi Ferrajolis, Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte 10 (2008/2009) p. 192 e ss. (200).

22 *Hassemer*, Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren, in Philipps/Scholler (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, p. 85 e ss. (92) (trad. para o português de Tórtima em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

23 *Hassemer*, Grundlinien, p. 91 e ss.; *idem,* Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Die Rechtsgutstheorie, p. 57 e ss. (57). Mais referências em *Greco*, Lebendiges, p. 314 n. 470.

24 Vide porém *Roxin*, AT § 2 nm. 11; *idem,* Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in Hefendehl (coord.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 ff. (139), que se limita a uma afirmação similar e por isso considera a sua teoria personalista, no que, a meu ver, não lhe assiste razão.

25 Digo "em princípio" por duas razões: primeiramente, por causa da manifestação de *Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten, in: ZStW 98 (1986), p. 44 e ss., 52 e ss., 57, que pode ser entendida no sentido de uma teoria coletivista; segundo, porque os dois contextos em que existem propostas de desvincular a proteção penal de interesses humanos (direito penal ambiental e crueldade com animais), na verdade, nada têm a ver com a questão dos bens coletivos. O valor intrínseco que se atribui ao meio ambiente ou aos animais é entendido como independente não apenas de indivíduos, mas também dos seres humanos enquanto coletividade.

que ela não se refere a nada que a teoria tenha de distintivo, mas sim a algo que ela compartilha com a sua principal concorrente, a teoria dualista[26]. Além disso, um Estado que atua sempre pelos indivíduos e não por si só é, em última análise, algo que beneficia a todos de modo indivisível e, portanto, constitui um verdadeiro bem coletivo. Isso significa que essa afirmação torna a referência ao indivíduo ainda mais tênue, porque essa referência vem mediatizada por um segundo bem coletivo, genérico, que está por trás do bem mais específico objeto de tutela do tipo penal em questão. A referência ao indivíduo acaba sendo, assim, duplamente indireta, o que não pode bastar para uma teoria que pretende dizer algo diferente do que diz a concorrência.

Uma tomada de posição sobre a teoria personalista terá, assim, por objeto apenas a tese radical ou a moderada, com a conveniência de que, se for rejeitada a tese moderada, será automaticamente de afastar-se também a tese radical, que a tem como premissa. E de fato nem mesmo a versão moderada da teoria é convincente. Pense-se nos delitos de corrupção: qualquer que seja o bem jurídico que a eles se atribua –, a lisura do serviço público,[27] a confiança da população nessa lisura,[28] o correto funcionamento da administração pública[29] etc.[30] – será muito difícil reconduzir esse bem paradigmaticamente coletivo, porque indivisível, aos indivíduos[31]. Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem os demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP). Os demais particulares que também estão aguardando a prática do ato pelo funcionário não foram passados para trás e portanto não sofreram qualquer dano. A única possível referência a indivíduos aqui ocorre no plano genérico do interesse indivisível e portanto coletivo de todos os cidadãos numa administração pública que não venda favores. E esta referência duplamente indireta ao indivíduo, como vimos, não é suficiente para uma perspectiva personalista que queira dizer algo que a diferencie de sua concorrente dualista. A única saída para o personalista seria reconhecer que, na situação que imaginamos, não há afetação ao indivíduo e, portanto, a conduta é impunível, devendo interpretar-se restritivamente o tipo penal[32]. Esse resultado parece, entretanto, inaceitável, operando como reductio ad absurdum da teoria.

Pode-se denominar essa tese de que o delito de corrupção tutela um bem irredutivelmente coletivo o *argumento da corrupção*. O argumento da corrupção comprova, portanto, que a teoria pessoal mesmo em sua forma moderada é insustentável[33]. Com isso, fica prejudicada também a versão radical da teoria.

En passant: Tampouco a *tese histórica* avançada por alguns defensores da teoria pessoal ou de posições próximas é verdadeira. Segundo essa tese, o direito penal "clássico", isto é, o direito penal iluminista, teria como uma de suas características proteger predominante ou quase que exclusivamente bens ou direitos individuais. Quem se der o trabalho de ir às fontes observará o quão pouco essa afirmativa procede. Bens (ou direitos subjetivos) do Estado eram considerados hierarquicamente superiores pela unânime doutrina do séc. XVIII. O argumento geralmente utilizado era o de que direitos do Estado constituiriam condições dos direitos do indivíduo, de modo que aqueles seriam "muito mais sagrados e a sua lesão muito mais punível" que os últimos[34]. Além disso,

26 No mesmo sentido *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 73, 82 ("obviedade"), com referências de antigos defensores da posição contrária à p. 67 e ss.

27 Bundestag-Drucksachen. 6/3250 p. 258.

28 *Kargl*, Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme, JZ 2005, p. 503 e ss. (512); *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 321 (além do aspecto mencionado à nota anterior).

29 *Heine* in Schönke/Schröder StGB § 331 nm. 3: "capacidade de funcionamento do aparato estatal".

30 *Lackner/Kühl*, StGB § 331 nm. 1 falam num "bem jurídico complexo".

31 Assim também *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), p. 704; de acordo *Anastosopolou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, p. 43.

32 Ao que parece, nesse sentido, *Kargl*, Vertrauen als Rechtsgutsbestandsteil, in: Neumann/Prittwitz (coord.), Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht, 2007, p. 41 e ss. (77 e ss.).

33 Mesma conclusão em *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), p. 703 e s.; *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, p. 201 e ss. (208 e ss.); *Krüger*, p. 74 e ss., 80 e s.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 61 e ss.

34 *Feuerbach*, Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths, 1798, p. 14 (citação). Vide ademais *Beccaria*, Dei Delitti e delle Pene, in: Firpo (coord.), Opere di Cesare Beccaria, vol. I, Milão, 1984, § VIII; *Globig/Huster*,

o delito de alta traição era tido de modo inconteste como o mais grave de todos[35].

IV. O ATAQUE DIFERENCIADO: BENS JURÍDICOS COLETIVOS SOB SUSPEITA E BENS ACIMA DE QUALQUER SUSPEITA

Como a estratégia de ataque geral não se mostra sustentável, parece indicado tentar um ataque mais diferenciado, que seja ao menos capaz de dar conta do argumento da corrupção. É nesse sentido que vêm manifestando-se vários doutrinadores, que, mesmo partindo de argumentos um tanto diversos, chegam a conclusões similares. Estas conclusões traçam uma linha divisória entre os bens coletivos, lançando sobre alguns uma séria suspeita e qualificando outros como bens acima de qualquer suspeita. Em geral, diz-se que o primeiro grupo de bens jurídicos coletivos seria de falsos bens coletivos ou de bens coletivos aparentes (Scheinrechtsgüter). Os *bens sob suspeita* seriam, além da saúde pública e da capacidade de funcionamento do sistema de crédito a paz pública, a segurança pública, a incolumidade pública (nos chamados crimes de perigo comum), a segurança no trânsito (nos crimes de trânsito)[36].

Mas o *argumento da corrupção* não demonstra apenas que as teorias personalistas, radical e moderada, são insuficientes. Dele se pode extrair uma segunda conclusão: a de que existe pelo menos um bem jurídico coletivo legítimo, o tutelado pelo tipo da corrupção[37]. E se existe já um bem coletivo, parece um tanto improvável que ele seja o único. Entre os bens que não costumam ser questionados estão, além daqueles por trás dos delitos de corrupção, os por trás dos delitos de proteção do Estado, dos delitos de falsificação de moeda e dos delitos contra a administração da justiça.

A pergunta agora é com base em que critérios se procede a esta distinção. É disso que em seguida nos ocuparemos.

V. OS ARGUMENTOS CRÍTICOS

1. Navalha de Ockham (Schünemann)

Um dos maiorers críticos dos chamados bens jurídicos coletivos aparentes, Schünemann, propôs contra eles, além do argumento que abaixo veremos, o princípio metodológico da navalha de Ockham. Entia non sunt multiplicanda. Não seria permitido postular um bem jurídico coletivo lá onde "é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual"[38]. Dever-se-ia partir da "máxima pragmática" segundo a qual um tipo penal "em caso de dúvida, deve ser entendido como um delito de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos individuais"[39]. Assim, no caso do estelionato de crédito acima mencionado, bastaria dizer que o bem tutelado é o patrimônio, bem individual; a menção ao bem coletivo da capacidade de funcionamento do sistema de crédito seria desnecessária e portanto errônea.

A objeção apresenta, contudo, um problema. Permanece obscuro quando "é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual", noutras palavras, permanece obscuro em que plano o argumento opera, se no ontológico ou no normativo. Se a navalha de Ockham for entendida como uma tese ontológica, que diz respeito àquilo que existe no mundo, ela diria que não se deve supor o mundo povoado de mais objetos (no caso: de mais entidades coletivas)

Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, p. 39; *Grolman*, Ueber die Begründung des Strafrchts und der Strafgesetzgebung, 1799, p. 162 e s.; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, vol. I, 2ª ed., 1799, p. 33; e também *Wieland*, Geist der peinlichen Gesetze, vol. I, 1783, § 236, para o qual delitos contra o indivíduo eram "injúrias indiretas da sociedade civil"; *W. v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, ed. Reclam, 1967 (escrito em 1792, publicado 1851), Cap. XIII (p. 162); similar *Gros*, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 2ª ed. 1805, § 366.

35 *Feuerbach*, Hochverrath, p. 10; *idem*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14ª ed. 1847, § 162 nota. 2; ademais *Beccaria*, Delitti, § VIII; *Bergk*, Die Philosophie des peinlichen Rechts, 1802, p. 120; *Globig*/*Huster*, Abhandlung, p. 168; *Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, § 506; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung, vol. II, p. 34; *Stelzer*, Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, 1793, § 101; substancialmente também *Wieland*, Geist vol. I, § 258; vol. II, § 343, que ainda fala imprecisamente em crime de lesa-majestade.

36 Referências abaixo $.

37 Similar *Hefendehl*, Rechtsgutstheorie, p. 121, que não parte porém só do argumento da corrupção, mas se refere ademais a delitos contra a administração da justiça e de falsificação de moeda.

38 *Schünemann*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, in: Kühne/Miyazawa, p. 15 e ss. (27).

39 *Schünemann*, p. 25 e s.

do que o necessário para fazer sentido dele (e dos tipos penais). Isso é estranho – pois a questão não pode ser a da existência ou não, por ex., do sistema de crédito. Se a tese é entendida como algo normativo, isto é, como a afirmativa de que o bem coletivo é, em certos contextos, irrelevante, então se teria de fornecer critérios de relevância – questão a que logo retornarei (abaixo c).

A intuição por trás desse argumento é, contudo, correta. Recorde-se: o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas. A opinião dominante argumenta que o tipo do estelionato de crédito tem proteger um bem coletivo, alegando que, doutro modo, não se poderia legitimar a antecipação da tutela por meio de um delito de perigo abstrato[40]. Por trás do argumento de Schünemann está a recusa a uma tal multiplicação de entes feita com o único sentido de dar razão ao legislador. Se isso for possível, terão razão os que recusam a idéia de bem jurídico: estar-se-á privando o conceito de bem jurídico de qualquer função de controle da racionalidade da decisão legislativa de incriminar, reduzindo-o a um artifício ideológico, a um coringa útil para fazer parecer racional qualquer decisão do legislador, por mais arbitrária que ela de fato seja. Daí já se pode derivar algo inquestionavelmente correto: dar razão ao legislador, noutras palavras, justificar um dispositivo penal, não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico. Um bem jurídico capaz de exercer uma tal função de controle, e que não se esgote numa mera reafirmação circular de que o legislador está sempre certo, tem de ser algo valioso por razões independentes do mero fato de que há uma proibição em sua defesa. O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido.

Pode-se, assim, formular uma primeira conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra N°. 1*, que também poderia ser chamada de *teste da circularidade*: *o fato de que um dispositivo penal não seria legitimável sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem.*

2. Bens aparentes como mera soma de bens individuais

Alguns autores, como Roxin[41], Schünemann[42], Hefendehl[43], Hörnle,[44] e Anastosopoulou[45] vêm questionando o próprio status ontológico dos bens sob suspeita, alegando, principalmente, que esses bens não seriam mais do que nomes, do que palavras cujo significado real não é outra coisa que a soma de certos bens individuais. Essa soma não é uma outra entidade, coletiva e diversa das partes individuais que a compõem. Por ex., a saúde pública não seria um bem coletivo, porque inexistiria um corpo coletivo, que possa der saudável ou enfermo. A saúde pública não passaria de um nome que agrega a soma de todas as saúdes individuais[46]. O mesmo se poderia dizer da capacidade de funcionamento do sistema de crédito: ela é constituída da soma de bens individuais, a saber, dos patrimônios das instituições de crédito[47].

Também esse argumento se funda em *algo correto*, a saber, na definição de bem jurídico coletivo acima explicitada. Bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis, e não bens de um número indeterminado de indivíduos. A afetação de um número indeterminado de

40 Por ex. *Lenckner/Perron*, Schönke-Schröder § 265b nm. 3; MK-*Wohlers* § 265b nm. 2.

41 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, p. 143; *idem,* AT § 2 nm. 46 e ss., 75 e ss.; *idem,* Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in Herzog/Neumann (coords.), Festschrift für Hassemer, 2010, S. 561 (568). (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

42 *Schünemann*, Oberschichtsstrafrecht, p. 26, 28; *idem,* Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch, p. 133 e ss. (149 e ss.) (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).; *idem,* Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (coords.), Mediating principles, 2006, p. 18 e ss. (26).

43 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 82.

44 *Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten, 2005, p. 88.

45 *Anastosopoulou*, Deliktstypen, p. 43 e ss., 237 e ss., 296 e ss.

46 Nesse sentido *Roxin*, AT § 2 nm. 46; ademais *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper/Welp (coords.), Festschrift für Stree/Wessels, 1993, p. 69 e ss. (94); *Köhler*, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, in: ZStW 104 (1992), p. 3 e ss. (27 e s.); *Wohlers*, Deliktstypen, p. 191; *Hefendehl,* Kollektive Rechtsgüter, p. 142 e ss.; *Schünemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, p. 146 e s.; *Anastosopoulou*, Deliktstypen, p. 270; NK-*Puppe* vor § 13 nm. 189.

47 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 118, 260 e ss.

indivíduos não significa que o bem em questão seja coletivo[48].

A grande insuficiência desse argumento é a sua roupagem ontologicista. O argumento se propõe, abertamente, a distinguir bens coletivos verdadeiros e falsos. Ele formula assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e o que é mera aparência. Ao contrário do que pensam os normativistas,[49] esse modo de proceder não é problemático per se; mas não se pode desconhecer as limitações a ele inerentes. Em primeiro lugar, o argumento ontológico é bastante pretensioso. Se existe ou não uma saúde "pública", isto é, se existem dimensões da saúde irredutíveis às saúdes individuais, é, em última análise, uma difícil questão de ontologia social, isto é, da teoria que enumera as entidades existentes no mundo que chamamos de sociedade. Uma descrição individualista ou atomista da sociedade, que considera somente existirem entidades individuais, e nunca agregados, teria mais facilidade em aceitar esse argumento do que uma descrição coletivista ou organicista, que considera os indivíduos meros acidentes daquilo que é essencial, algo como a nação, o Estado, as instituições ou sistemas sociais. A abordagem mais correta e mais condizente com o moderno liberalismo político, é, isso sim, tornar as questões de justificação política e normativa independentes de outros problemas filosófico-gerais, entre os quais estão os de ontologia social[50].

Essa fraqueza não é meramente teórica, mas faz-se sentir no debate jurídico mais concreto. O deslocamento da discussão para o plano ontológico torna o crítico vulnerável a réplicas também ontológicas. O argumento perde boa parte da sua força tão logo o defensor do bem coletivo posto sob suspeita deixe de se referir ao número indeterminado de afetados e passe a apontar para algo indivisível, principalmente para uma instituição social. Tome-se, em concreto, o bem saúde pública. O defensor da opinião dominante pode, por um lado, fixar-se na idéia de que existe algo como um corpo coletivo;[51] ele pode, também, valer-se de uma abordagem menos filosófica e alegar que se trata do "interesse do Estado na manutenção de cidadãos saudáveis e de uma ordem social vital"[52]. Ele pode lembrar que há uma diferença entre uma situação em que várias pessoas estão doentes e uma epidemia; que ruas limpas, hospitais eficientes e disponíveis, ar puro, um bom sistema de saneamento, vacinação, todos são elementos que fazem parte disso que ele está chamando de saúde pública. Ele pode apontar para o direito constitucional e administrativo,[53] que não têm qualquer problema com a idéia, o que para o defensor do argumento ora examinado é um tanto estranho, porque significa que, a seu ver, ou a inexistência da saúde pública opera efeitos só para o direito penal, sendo difícil entender essa noção de inexistência setorial, ou os outros ramos do direito trabalham com um fantasma, sem o saber. Algo similar se poderia dizer da econômica de créditos. Ao invés de apontar para os investidores e seus interesses, pode o defensor de bem coletivo falar de quão melhor é uma sociedade em que existe o crédito, uma vez que ainda mal teríamos saído das cavernas se novas ideias e empreendimentos sempre dependessem de capital próprio para poderem ser realizados[54].

48 Cf. *Krüger*, Entmaterialisierungstendenz, p. 120 e s., fazendo referência ao homicídio qualificado por meio que causa perigo comum; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, p. 141.

49 Principalmente *Jakobs*, Strafrecht AT 2ª ed. 1991 p. VII e s.

50 Em especial *Rawls*, Reply to Habermas, in: Political Liberalism, Expanded Edition, 2005, p. 372 e ss. (374 e ss.); *Larmore*, The Moral Basis of Political Liberalism, in: The Autonomy of Morality, 2008, p. 139 e ss. (144 e ss.). Argumentação similar já em *Greco*, Sobre a legitimidade da proibição penal do doping nos esportes profissionais, in Roxin/Greco, Doping e Direito Penal, trad. Alaor Leite, 2011 (no prelo).

51 Nesse sentido, ao que parece, a exposição de motivos da lei alemã de tóxicos, Bundestags-Drucksache VI/1877, p. 5.

52 *Beulke/Schröder*, Abgabe von Rauschgift und bewusste Selbstgefährdung, NStZ 1991, p. 392 e ss. (394).

53 Cf. com muitas ulteriores referências *Steiner*, Das BVerfG und die Volksgesundheit, MedR 2003, p. 1 e ss.; *Frenzel*, Die Volksgesundheit in der Grundrechtsdogmatik, DÖV 2007, p. 243 e ss. (cujas críticas se dirigem predominante a aspectos terminológicos).

54 Nesse sentido especialmente *Lampe*, Kreditbetrug, p. 38 e ss., que descreve com cuidado os aspectos supra-individuais do bem protegido pelo § 265b StGB, considerando-os impassíveis de ser lesionados; *Bottke*, wistra 1991, p. 7, que resolve o problema da possibilidade de lesionar com a idéia de cumulação Essa estrutura argumentativa, isso é, a menção de dimensões não-distributivas e por isso indiscutivelmente coletivas do bem protegido, aparece principalmente em *Tiedemann*, também no que se refere ao direito penal econômico em geral: Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung, in Tiedemann (coord.), Die Verbrechen in der Wirtschaft, 2ª. ed., 1972, p. 9 e ss. (10 e ss.); *idem*, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, 1972, C 19 e ss.; *idem,* Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht, JuS 1989, 689 e ss. (691); *idem,* Wirtschaftsbetrug, 1999, p. XII; *idem*, Wirtschaftsrecht AT 3ª. ed. 2010, nm. 45.

Ainda assim, pode-se formular uma segunda conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra N° 2*, que poderíamos batizar de *teste da divisibilidade*: *O fato de que um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo*.

3. Falta de um objeto "por trás" da norma de conduta (Amelung)

Para Amelung, o caráter liberalizante da teoria do bem jurídico, mesmo enquanto conceito meramente dogmático, está em que ela serve de baluarte contra o moralista e déspota no direito penal. Tanto o moralista quanto o déspota seriam aqueles que entendem que uma norma se justifica por ela mesma, sem necessidade de um objeto "por trás" dela, passível de afetação negativa em caso de desobediência[55]. Muitos dos bens que Amelung considera aparentes se refeririam, porém, a fenômenos que não se encontram "por trás" das correspondentes normas de conduta, mas não seriam mais do que uma redescrição de uma sociedade em que há uma obediência generalizada a estas normas[56]. Por ex., a segurança pública não seria um bem afetado em decorrência de comportamentos delituosos, mas a própria situação de não-cometimento de comportamentos delituosos[57]. O mesmo se poderia dizer quando alguém considera que um sentimento[58] ou a confiança em algo[59] é o objeto tutelado por um tipo penal.

Há uma *insuficiência* no argumento: ele é meramente conceitual, de modo que ele convida a uma réplica que se mova igualmente nesse plano conceitual. O argumento é conceitual, porque ele identifica a segurança, a confiança e certos sentimentos com o respeito à norma. A isso se pode, contudo, replicar que não se está falando do próprio respeito à norma, mas sim de algumas de suas conseqüências fáticas positivas: no caso da segurança, por ex., o fato de que se possa passear na rua também à noite, de que ninguém precise se preocupar se os filhos demoram para chegar em casa etc. Se Amelung quer reservar o termo segurança para designar o próprio atendimento à norma, o crítico pode ceder e falar não mais em segurança, e sim em segurança$_2$, e com ela designar essas conseqüências fáticas positivas. O argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo diga que o que lhe importa é a segurança$_2$, um bem coletivo – porque pertencente a todos os indivíduos de modo não-distributivo – e que, de fato, não se confunde com o atendimento à norma de conduta.

As considerações de Amelung partem, contudo, de uma *intuição correta*, que cumpre agora explicitar. Como no nosso argumento da corrupção, o mais recomendável será partir de algo seguro. Aqui dispomos da inquestionável proposição de que o tipo penal do furto tutela um bem jurídico individual (*argumento do furto*)[60]. A intuição por trás do argumento de Amelung é a de que a menção de consequências que se situam no mesmo plano que as compõem a segurança$_2$ de que se falou acima leva, em última análise, a que todo tipo penal seja entendido como protetor de bens coletivos. Até no tipo penal do furto, por trás do bem jurídico lesionado por uma dada violação da norma, a saber, a propriedade sobre a coisa concreta, é possível encontrar a instituição social da propriedade (e, evidentemente, também a segurança$_2$), que, como instituição, é algo indivisível e portanto coletivo. Ou seja, não se trata de que os bens jurídicos criticados inexistem (o que é, novamente, uma questão de ontologia social), mas apenas de que a sua afetação *não apresenta qualquer conteúdo de desvalor adicional* ao da afetação do bem individual.

Pode-se perguntar por quê. Parece que, no direito penal, os bens jurídicos coletivos se manifestam de duas maneiras. O primeiro grupo, ao qual pertencem os bens jurídicos dos delitos de corrupção e também os dos delitos contra a administração da justiça, de falsificação de moeda, de proteção do Estado e

55 *Amelung*, Der Begriff des Rechtguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch, S. 155 ff. (171 ff.) (trad. para o português de Greco em Greco/Tórtima [coords.], O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar, no prelo).

56 *Amelung*, Begriff des Rechtsguts, p. 169 e ss.

57 *Amelung*, Begriff des Rechtsguts, p. 172 e s.

58 *Amelung*, Begriff des Rechtsguts, p. 171 e s.

59 *Amelung*, Begriff des Rechtsguts, p. 172.

60 Pouco importando se esse bem é a propriedade (nesse sentido, por ex., *Eser/Bosch* in: Schönke/Schröder StGB § 242 nm. 1/2) ou a propriedade e a guarda (nesse sentido, por ex., *Lackner/Kühl* StGB § 242 nm. 1). Por considerações de estilo falarei apenas na propriedade, mas o argumento que desenvolvo não sofreria qualquer alteração de conteúdo se se mudasse o ponto de referência para esses dois bens.

contra o meio ambiente, se manifesta, por assim dizer, de modo *direto*. A agressão a esses bens só pode ser imaginada como uma agressão direta, a afetação colateral de um ulterior bem individual pelo mesmo comportamento proibido é algo meramente contingente. Um falso testemunho pode ter por consequência uma lesão à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, mas isso não tem necessariamente de ocorrer.

Os bens coletivos do segundo grupo, por sua vez, não se manifestam jamais de maneira direta, mas sempre *mediados* por outro bem jurídico mais preciso, (em regra) individual. A agressão a esses bens, contrariamente ao que ocorre no primeiro grupo, só pode ser imaginada como agressão indireta, porque seu objeto mediato é sempre o bem individual mais concreto. A afetação do bem coletivo se esgota num reflexo dessa afetação ao bem individual. Tal é o caso em bens como a propriedade enquanto instituição social, na saúde pública e também na segurança em suas várias formas. Esses bens parecem não poder ser diretamente atacados de modo penalmente relevante. A agressão penalizável à instituição da propriedade ou à segurança do trânsito tem sempre que simultaneamente dirigir-se a bens dos indivíduos. A agressão isolada e direta ao bem coletivo sequer parece concebível como injusto penal. Uma agressão direta, não-mediatazada, à instituição da propriedade foi por exemplo a consolidação da chamada função social da propriedade nas constituições modernas,[61] a saúde pública seria atacada diretamente se se fecham hospitais, a segurança do trânsito se se suspender o controle eletrônico de velocidade nas estradas. Nenhum desses comportamentos, porém, pode constituir um ilícito penal. É justamente o fato de que a agressão direta (não mediada por um bem individual) a esses bens coletivos sequer é imaginável como algo punível, que prova que esses bens não têm qualquer relevância para o direito penal e que, portanto, eles não podem fundamentar qualquer dispositivo. Ao contrário do que diz a teoria dos bens jurídicos aparentes, o problema desses bens não é que eles inexistem, e sim que *eles, mesmo se existentes, carecem de específica relevância para o direito penal*. Pode-se encontrar por trás de todo bem jurídico individual um similar bem coletivo, o que prova que a afetação desse bem coletivo não é algo de conteúdo de desvalor autônomo em face da afetação do bem individual correspondente. E a vantagem da abordagem aqui proposta em comparação com as teses dos bens jurídicos aparentes de que estamos cuidando e acabamos de cuidar é que ela se move no plano normativo, e não mais no plano semântico ou ontológico. Réplicas semânticas ou ontológicas perdem, assim, sua força.

E com isso se pode formular uma *regra N° 3*, que se pode chamar de *teste da não-especificidade*: *não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual*.

VI. APLICAÇÃO DAS TRÊS REGRAS A CERTOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

É evidente que as três regras propostas – o teste da circularidade, o teste da distributividade e o teste da não-especificidade – têm caráter apenas negativo, isto é, que eles fixam condições necessárias, mas não suficientes para a postulação de um bem coletivo. Eles precisam ser complementadas por um argumento positivo, que fundamente porque o objeto que se quer proteger tem valor. Deixarei em aberto se é possível formular regras gerais a esse respeito. Por ora interessa aplicar os critérios propostos aos quatro tipos penais inicialmente mencionados:[62]

O *estelionato de crédito* (§ 265b StGB) não protege qualquer bem jurídico coletivo, e sim o *patrimônio de quem faz o empréstimo*.[63] Os perigos para o patrimônio de quem faz o empréstimo, para o patrimônio de seus credores e para o patrimônio dos credores de quem toma o empréstimo, apesar de mencionados a exposição de motivos,[64] não passam no teste da divisibilidade. A referência a dimensões da economia de créditos que passam nesse teste é reprovada, por sua vez, no teste da não-especificidade, uma vez que é impossível atacar diretamente a economia de créditos

61 O que, observe-se, é uma observação e não uma crítica.

62 Deve estar claro que os bens dos tipos do primeiro grupo acima, item 5., mencionado superam os três testes, o que não precisa ser explicitamente demonstrado. Tenho dúvidas quanto ao caráter coletivo dos bens tutelados pelos tipos de falsidade documental e dos delitos contra a concorrência, uma vez que, ao menos à primeira vista, esses bens não parecem superar o teste da não-especificidade mas essa questão teria de ser objeto de reflexão mais detida.

63 No mesmo sentido *Heinz*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht 2ª. ed. 2008 T3 § 265b nm. 2; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, p. 262 e s.

64 Bundestag-Drucksache 7/5291, p. 14.

de modo jurídico-penalmente relevante sem ao menos criar perigo abstrato para o patrimônio de pessoas individuais.

Tampouco a saúde pública, dos delitos de tóxico do direito alemão e brasileiro, passa no teste da não-especificidade. A afirmação de que, sem a saúde pública, ter-se-ia um paternalismo injustificável, é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.

E a incolumidade pública, suposto bem jurídico da lei de armas de fogo (Lei 10.826/2003) e de seu mencionado art. 15, tampouco é passível de um ataque direto e isolado, que não consubstancie pelo menos um perigo abstrato para os bens individuais vida, integridade física ou propriedade. O fato de esses bens pertencerem a todos os indivíduos não transforma esses bens em coletivos, porque não está superado o teste da divisibilidade.

Ter-se-á de reservar a outra oportunidade a aplicação dos testes aqui propostos a outros dos bens jurídicos coletivos comumente postulados. Na presente sede, limito-me a exteriorizar minhas dúvidas quanto a se os delitos de falsidade documental[65] e os delitos contra a concorrência (por ex., os §§ 16 e ss. da lei alemã contra a concorrência desleal, UWG)[66] realmente se fundam na proteção de um bem coletivo. Ao menos à primeira vista me parece que os postulados bens coletivos não passam no teste da especificidade.

65 Em favor de um bem coletivo "de confiança", apesar de dúvidas iniciais, Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, p. 244 e ss.

66 Defendendo que se trata de proteção do bem individual patrimônio Lüderssen, Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwillinge, BB 51 (1996), p. 2525 e ss. (2527 e ss.); Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 309 e s.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/2 9. ed. 2005, § 68/2.

PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SU DIRECTIVOS Y EMPLEADOS

Jean Pierre MATUS*

SUMARIO: Introducción. I. El contexto global de la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas. II. Antecedentes y fundamentos de la propuesta contenida en el Mensaje N° 018-357, que establece la "responsabilidad legal" (penal) de las personas jurídicas para ciertos delitos: nuestras obligaciones en el plano del Derecho internacional. III. La cuestión "dogmática": ¿cómo pueden las personas jurídicas ser responsables de hechos constitutivos de delitos, independientemente de las personas naturales que actúan por ella o en su beneficio?. IV. El carácter innovador de las formas actuales de sanción penal de las personas jurídicas en los modelos mixtos: de la simple represión penal al diseño de programas de colaboración pública y privada en la prevención del delito.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, existen en Chile y en la mayor parte de los ordenamientos de origen románico, formas de hacer responsable a las personas jurídicas de los hechos *ilícitos* cometidos por sus directivos y empleados, en su nombre o provecho. Estas formas de hacer *responsable* al patrimonio de la persona jurídica por los hechos ilícitos de quienes actúan a su nombre o en su provecho, en el Derecho civil de origen románico y francés postrevolucionario, se estudian y analizan desde el punto de vista de la teoría de la *responsabilidad civil extracontractual,* regulada entre nosotros por las disposiciones decimonónicas del Código de Bello y, ahora procesalmente, en los artículos 59 a 68 del Código Procesal Penal de 2000. También, desde el punto de vista del Derecho administrativo, como se ha ido configurando a partir de la segunda década del siglo XX, existen varias formas de hacer *responder* al patrimonio de las personas jurídicas por los hechos *ilícitos* de sus administradores y empleados, particularmente en sectores de la economía altamente regulados, donde operan diversas Superintendecias y otras instituciones con facultades normativas y sancionadoras (como el Tribunal de la Libre Competencia).

¿Son estas sanciones civiles y administrativas suficientemente disuasivas, eficaces y proporcionales para estimular a quienes invierten su capital y trabajo en el desarrollo de las organizaciones actuales a adoptar medidas de prevención de delitos cuya oportunidad de comisión y encubrimiento ("riesgo") puede verse favorecida por la complejidad de las estructuras organizacionales modernas y las metas de productividad propias de la economía de mercado?

La respuesta es, para el Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, que las actuales sanciones civiles y administrativas disponibles en nuestro país para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por ciertos hechos constitutivos de delito no son lo suficientemente eficaces, proporcionales ni disuasivas, al menos respecto del ámbito de su incumbencia, a saber: la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por

* Abogado, Doctor. en Derecho, Profesor Titular y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Chile.

este Congreso Nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 18 de junio de 2001, y cuyo documento de ratificación fue depositado por el Gobierno de Chile el 18 de abril de ese año.

Y esta es la razón por la cual se encuentra actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional el Proyecto de Ley contenido en el Mensaje N° 018-357, que establece la "responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de dinero de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica". El Proyecto ha sido aprobado por la H. Cámara de Diputados, y se encuentra en discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado de la República. Según los antecedentes disponibles, esta discusión podría dar originen a un articulado diferente al del aprobado por la Cámara de Diputados, por lo cual resulta en este lugar inútil un examen pormenorizado del mismo.

Es por ello que en este texto me limitaré a abordar algunas cuestiones fundamentales para entender cómo hemos llegado a esta situación en la cual ciertas organizaciones internacionales estiman nuestra legislación actual, *insuficiente* para ser aceptados como partes plenas de las mismas y nos vemos compelidos repentinamente a aceptar principios jurídicos aparentemente "novedosos" (al menos para nosotros) y a modificar nuestro sistema normativo con más prisa y menos calma de la que quisiéramos.

Estas cuestiones, que he tenido la oportunidad de plantear personalmente a las respectivas Comisiones tanto de la Cámara de Diputados como del Senado, son las siguientes: 1) El contexto global en que se ha desarrollado e impulsado en el derecho internacional y comparado la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2) Los fundamentos del proyecto de ley actualmente en discusión y nuestras obligaciones en materia de Derecho internacional en relación con el mismo; 3) Los presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos existentes al efecto; y 4) El carácter innovador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad: el favorecimiento de la implantación de mecanismos de prevención de los delitos antes que su mero castigo.

I. EL CONTEXTO GLOBAL DE LA NECESIDAD DE ESTABLECER SANCIONES *EFICACES, PROPORCIONALES Y DISUASIVAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS*

William Clifford, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón) entre el 17 y el 26 de agosto de 1970, describía así, en los trabajos preparatorios de dicho Congreso, el interés de la ONU en el delito:

> "El problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que media una gran distancia entre los crímenes cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales (...)"[1].

Naturalmente, en una época donde no se hablaba de la "globalización", las palabras recién transcritas podrían haberse considerado como un simple discurso interesado. Sin embargo, ellas parecen también describir sucesos tan recientes como los atentados del 11-S, la piratería en los mares de Somalia, la proliferación del narcotráfico, la corrupción en las licitaciones internacionales y, en general, todos los hechos delictivos que, por su propia dinámica, traspasan las fronteras y adoptan un carácter "transnacional". En este contexto, es claro que el Derecho penal internacional como un todo (y no solo el denominado "derecho penal de la emergencia")[2] no se encuentra

1 ONU. *Chronique mensuelle.* Vol. VII, N° 5, 1970, p. 73. Citado por Martí De Veses, Ma. Del Carmen, "El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes", en: Autores Varios, *Delitos contra la Salud Pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes,* Valencia: Universidad de Valencia, 1977, p. 257-295, p. 258.

2 Críticamente, ver al respecto Brandariz G. José Ángel, "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en: Faraldo C., Patricia (Directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la*

únicamente legitimado por su función en el ordenamiento estatal interno, cualquiera que sea la que se le asigne, sino por su eventual utilidad como instrumento para la conservación de "la paz y seguridad mundial",[3] por medio no solo del mantenimiento de los derechos humanos básicos, como acontece con las reglas del derecho internacional penal,[4] sino también de las más pedestres reglas comunes para la prevención y control de los delitos comunes que pueden tener trascendencia internacional.

Es por ello que, más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas,[5] burocracias internacionales dependientes (p. ej., la OCDE, la UNODC y las múltiples ONG de protección de "víctimas"), y "emprendedores morales atípicos" interesados;[6] las Convenciones que regulan los delitos de trascendencia internacional (sujetas al procedimiento de ratificación y, por lo tanto, ajenas a la crítica de la falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea)[7] parecen comprender un conjunto de hechos que, según cada uno de los Estados Parte, son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno, con independencia de si son o no cometidos por particulares, "las empresas" o "los poderosos": tanto corrompe las normales relaciones económicas y el Estado de Derecho el sistema de soborno en las licitaciones internacionales que estableció a fines del siglo XX la empresa alemana Siemens,[8] como el funcionario que exige una prestación miserable por un servicio esencial; del mismo modo que, ya superlativamente, tanto contribuye a la difusión incontrolada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas el *dealer* que las distribuye a los alumnos de un colegio, como la empresa de servicios que se beneficia del lavado de dineros que de allí proviene[9].

Lo anterior se refuerza por el hecho de que buena parte de estos "delitos de trascendencia internacional"

globalización, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 15-64, especialmente p. 54-60. También críticamente contra este concepto, aplicado precisamente a los delitos terroristas, Villegas, Myrna, "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", en: *Política Criminal,* N° 2, A3, 2006, p. 1-31, p. 3.

3 Las dificultades de dotar de contenido a esta expresión pueden verse en Combacau / Sur, *Droit International*, p. 619 y siguientes.

4 Ambos, *Völkerstrafrecht,* p. 66 y siguiente, siguiendo a Höffe y a Habermas, ve en la protección de estos derechos la función de la "República mundial" en formación.

5 Como pone énfasis, respecto a las relativas a la corrupción, Abanto, Manuel, "La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en Losano / Muñoz Conde, *Globalización,* p. 273-327, p. 313-322.

6 Silva Sánchez, *Expansión,* p. 66-69, 81-102.

7 A modo de referencia reciente, ver al respecto, entre otros, en España: Estrada C. Albert, "Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005", en *InDret.* 2/2006, N° 341; y Blanco Lozano, Isidoro, "El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 06-05, 2004. En Alemania, la encendida discusión iniciada por Hefendelf, Roland, "Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 4/2006, p. 161-167; "Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 6/2006, p. 229-236; Pohl, Tobias, "Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinsschaft im Umweltstrafrecht", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 5/2006. p 213-221. Para una visión general y menos apasionada del estado de la cuestión, véase Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht,* München: C.H. Beck, 2006, 491 p., p.375-403. Sobre la evolución del Derecho europeo en la materia antes del fallo comentado, véase el pionero trabajo de Carnevali, Raúl, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea,* Granada: Comares, 2001, 472 p., donde, conforme al estado de la discusión en ese momento, se afirmaba la inconveniencia de un derecho penal supranacional, decantándose por favorecer un proceso acelerado de armonización y un empleo intensivo del derecho administrativo sancionador (p. 415-424).

8 Un panorama periodístico de la corrupción en las grandes empresas alemanas a principios de este siglo, puede verse en un reportaje del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 20 de abril de 2007, disponible en http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~E62354979C73C4AFBBE28AA71930F03AF~ATpl~Ecommon~Scontent.html [visitado el 27.05.2009]. La reacción posterior, incluyendo la elaboración de programas anticorrupción internos, puede verse en la actual página web de Siemens, que ha adoptado, producto de la presión internacional, un modelo estándar de *compliance* en la "lucha contra la corrupción" [ver: http://w1.siemens.com/responsibility/de/compliance/korruption.htm, visitado el 27.05.2009]

9 Por eso no resulta de recibo, a este respecto, la tesis de Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 190, en el sentido de que, si este derecho penal internacional integrase el que denomina "Derecho penal moderno", tendría como finalidad la "criminalización formal (...) del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases socialmente poderosas". Esta idea, que supondría una asimilación del Derecho penal internacional a una suerte de movimiento socialdemocrático propio de la Europa continental, carece de base empírica en este ámbito, donde confluyen los más diversos sistemas económicos y sociales. Al respecto, ver las lúcidas críticas de Paredes Castañón, José M., "Recensión: Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia", en Polít. crim.* N° 2, R7, p. 1-27, especialmente p. 20-24.

no son novedosos en modo alguno, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte: el asesinato de personas por motivos políticos o económicos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica, particularmente el lavado de dinero y el aprovechamiento de los efectos de los delitos son todos hechos sancionados de una forma u otra en todos los códigos decimonónicos y aún, entre nosotros, desde las Partidas[10].

Por lo tanto, si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal, se dirige al hecho de que, de todas maneras, generaría un "Derecho penal más autoritario de lo normal (...) legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho";[11] hay que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto al "cómo" cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la política criminal y las garantías personales,[12] pero no al "si" los hechos en ellas comprendidas son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme, que incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el concierto de las naciones.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA CONTENIDA EN EL MENSAJE N° 018-357, QUE ESTABLECE LA "RESPONSABILIDAD LEGAL" (*PENAL)* DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA CIERTOS DELITOS: NUESTRAS OBLIGACIONES EN EL PLANO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el Mensaje que establece la "responsabilidad legal" de las personas jurídicas, se mencionan entre sus antecedentes y como sus fundamentos, la concreción en el plano normativo de lo expuesto en el apartado anterior, esto es, la "tendencia" tanto en el derecho comparado como en los tratados internacionales y la doctrina, de favorecer el establecimiento de sanciones "eficaces, proporcionadas y disuasivas", y el "cumplimiento" de ciertos "objetivos", a saber:

10 Para justificar este aserto, invito al lector a revisar desprejuiciadamente la primera edición de la obra de Pacheco, Joaquín F., *El Código penal concordado y anotado,* 3 t. Madrid: Imprenta Saunaque, 1848 (t. I, 551 p. y II, 532 p.) y 1949 (t. III, 503 p.), donde encontrará comentarios del autor y referencias de las Partidas y otros códigos de la época para los siguientes temas "modernos": el asesinato de personas por motivos políticos (p. 108-109 y 125-139, t. II), la corrupción funcionaria (p. 395-530, t. II), las organizaciones criminales (p. 253-265, t. II), el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud (p. 362-371, t. II), la piratería (p. 112-117 t. II), las falsificaciones (p. 266-331, t. II), la corrupción de menores (p. 134-147, t. III), el secuestro de personas (p. 243-255, t. III). Allí podrá observarse que el castigo de las formas preparatorias de comisión del delito y aún de la no denuncia de estos, así como la asimilación de la consumación a la tentativa eran propias de los delitos que afectaban a la seguridad del Estado, particularmente cuando se trataba de atentados al soberano; los comentarios de Pacheco sobre la estructura general de los delitos de corrupción funcionaria: "su materia es sumamente extensa; sus preceptos, que deben abarcarla toda, no pueden menos que correr una inmensa escala, desde lo más sencillo a lo más grave" (p. 395, t. II); sobre la necesidad de castigar la falsificación de monedas extranjeras, que "no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin" (p. 290, t. II); y sobre cómo respecto de la piratería "todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen" (p. 115, t. II). Además, respecto del tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio (p. 367, t. II), que hoy en día cabe dentro de las prohibiciones del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la regulación vigente en 1848 castigaba, de manera similar a la actual, no solo la venta sin la competente autorización de esas sustancias, sino también su "elaboración", "despacho" y "comercio"; así como el despacho y "suministro" autorizados, pero realizados "sin cumplir con las formalidades prescritas en los respectivos reglamentos" (arts. 246 y 247 del Código penal español de 1848).

Finalmente, en cuanto a la criminalidad económica, baste esta cita de Pacheco para demostrar lo poco "moderna" que, en cierto sentido, es su represión: "Una carta falsa leída en la Bolsa, un posta simulado que se haga entrar ostensiblemente para divulgar cierta noticia, un anuncio hábil inserto en un periódico, pueden en determinadas circunstancias causar un trastorno en los precios, que enriquezca y arruine á mil personas. En esto hay delito real y verdadero. Por mas que pocas veces pueda alcanzarse á su autor" (p. 387, t. III). El comentario se refiere al art. 451 del Código español de 1848, que castigaba a "los que esparciendo falsos rumores, ó usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación".

11 Muñoz Conde, Francisco, *El nuevo Derecho penal autoritario,* en Losano / Muñoz Conde, *Globalización,* p. 161-183, p. 162.

12 Una exposición crítica, denunciando el estado de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en Hassemer, Winfried. "Viejo y nuevo derecho penal", en *Persona,* p. 15-37, especialmente p.19-29.

i) "la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile"; ii) "el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarnos al nivel de los países desarrollados"; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que "adopten medidas de autorregulación".

Al respecto, el Mensaje efectivamente recoge las actuales tendencias del Derecho comparado e internacional y se plantea objetivos que son en sí mismos valiosos en una política criminal orientada principalmente a la *prevención* de la comisión de delitos más que al mero castigo de quienes, como personas naturales, los cometen.

Por otra parte, estableciendo una efectiva responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cumpliría no solo con las condiciones que la OCDE estima necesarias para que un país se incorpore a ella como miembro pleno, sino también se posibilitaría el cumplimiento efectivo de las medidas de control de la criminalidad comprendidas en diversos tratados internacionales que Chile ha suscrito y se encuentran vigentes.

En efecto, si solo tomamos en consideración los "crímenes de derecho internacional" a que hace mención la actual "Estrategia" de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen las Naciones Unidas, que tienen alguna relevancia para Chile (por ser suscriptor de los tratados concernidos),[13] a saber, los relativos a drogas, crimen organizado, tráfico de personas, lavado de dinero, corrupción y terrorismo,[14] veremos que en los tratados respectivos, aparte de las definiciones y los aspectos técnicos relativos a ratificación y vigencia, se establecen alguna o varias de las siguientes obligaciones internacionales en materia penal:

- Que los Estados Parte tipifiquen determinados delitos, más o menos detalladamente descritos en el tratado, los cuales, siendo de carácter común, pueden tener efectos transnacionales imponiéndoles penas privativas de libertad más o menos graves;[15]
- Que los Estados Parte impongan, además, el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan;[16]
- Que los Estados Parte establezcan medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en dichos delitos,[17] con sanciones "eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias";[18] y
- Que los Estados Parte adopten reglas que favorezcan la delación compensada como eximente ("inmunidad judicial") o atenuante[19].

Sin embargo, una característica del conjunto de estas convenciones y tratados es que, en general sus

13 Naturalmente, Chile también es suscriptor de diversos tratados que se refieren a temas similares, celebrados en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyo contenido y alcance no puedo analizar en este lugar, salvo para afirmar que, en lo esencial, las obligaciones que ellos contienen no difieren sustancialmente de las comprendidas en la regulación de las Naciones Unidas, aunque su intensidad es menor. Los principales tratados celebrados en este ámbito regional son: Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando estos Tengan Trascendencia Internacional, 1971 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana Sobre Extradición de 1981 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (ratificada por Chile en 1988); Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y su Protocolo de 1995 (ratificados por Chile en 2004); Convención Interamericana Sobre Desaparición de Personas de 1994 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para" de 1994 (ratificada por Chile en 1994); Convención Interamericana Sobre Trafico Internacional de Menores de 1994 (no suscrita por Chile); Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (ratificada por Chile en 1998); Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de 1997 (ratificada por Chile en 2003); y Convención Interamericana Contra el Terrorismo (ratificada por Chile en 2004).

14 Véase la página Web de esta oficina: http://www.unodc.org/unodc/index.html [visitada el 26.05.2009]. La "Estrategia" en cuestión comprende actualmente también otros tópicos, como la reforma a los sistemas penitenciarios y de justicia juvenil, como puede verse en el documento alojado en http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/806/75/PDF/V0780675.pdf?OpenElement [visitado el 26.05.2009]

15 Art. 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

16 Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

17 Art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

18 Art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

19 Art. 3.6. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

normas no son "autoejecutables" (*self executing*),[20] sino obligaciones internacionales de diferente intensidad,[21] que en todo caso se encuentran necesitadas de implementación por parte de los Estados suscriptores,[22] conforme a su propio sistema jurídico,[23] lo que podría llevar a creer que, dentro de ese marco jurídico, cada Estado podría adoptar, de buena fe, las medidas que estime convenientes para adecuar su legislación a los compromisos contraídos.

Pero, conforme al actual Derecho internacional –al contrario de lo ocurrido en el Derecho internacional de buena parte del siglo XX–, los modernos convenios multilaterales contemplan mecanismos institucionales o "técnicas organizadas"[24] para garantizar, "monitorear" o hacer un "seguimiento efectivo" de la forma que los Estados Parte implementan sus disposiciones, lo que se espera que se haga no de cualquier manera, sino de la manera que la comunidad internacional estima adecuada. Estos mecanismos permiten, así, controlar la efectiva implementación de los respectivos convenios por cada Estado, superponiéndose así a los mecanismos tradicionales de la vigilancia informal del conjunto de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, existen tanto "técnicas convencionales", que obligan a que los Estados Parte informen periódicamente de los avances en la materia a alguna autoridad designada en el Tratado respectivo para controlar su implementación (Secretaría General, Conferencia o Asamblea de las Partes, etc.);[25] como la "técnica institucional" de encomendar a un organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado, con base en sus facultades generales, como sucede típicamente con la labor de la UNODC para proveer de asistencia legal (incluyendo la elaboración de legislaciones modelos y guías para su implementación), entrenamiento a legisladores, jueces y fiscales, y asesoría técnica para facilitar la colaboración judicial (traducciones, intermediación, etc.), con el propósito de hacer efectivos

20 La necesaria distinción entre las normas de un tratado que serían "autoejecutables" y aquellas que por el lenguaje empleado en el tratado o la naturaleza de las obligaciones contraídas, requieren de un acto del poder legislativo de cada Estado parte para tener aplicación directa en los tribunales internos ha sido desarrollada principalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en interpretación del art. 6, inc. 2 de su Constitución, según el cual la "Constitución y las leyes de los estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos". Al respecto, los fallos donde se sientan las bases de esta doctrina que se ha mantenido inalterada hasta hoy día son *Foster v. Neilson.* 27 U.S. 253 (1829), y *U.S. v. Percheman.* 32 U.S. 51 (1833). Una aplicación reciente de la misma, puede verse en el controvertido caso *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.* 29.06.2006.

21 Según la clasificación de Virally: "invitaciones a observar comportamientos", "obligaciones de desarrollo discrecional", "obligaciones generales no concretadas", y "obligaciones concretas". La determinación del contenido preciso de una norma de derecho internacional queda, por lo tanto, entregada a la interpretación del lenguaje empleado. Ver al respecto: Matus A., Jean Pierre; Orellana C., Marcos, "Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia.* t. XCVIII, N° 4, 2001, p. 93-113, p. 98-100, donde se encuentran las referencias a los tratadistas de derecho internacional pertinentes.

22 Sobre la necesidad de "implementar" legislativamente las normas del Derecho internacional penal en general (y en particular, las del Estatuto de Roma), junto con una descripción de los para hacerlo, puede verse los textos de Cárdenas, Claudia, "Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación", en *Política Criminal,* N° 2, A1, 2006, p. 1-17, y Navarro D., Roberto, "Los efectos en el sistema chileno de fuentes del Derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización", en *Ius et Praxis.* Año 10, N° 1, 2004, p. 77-111.

23 Para ilustrar este aspecto, tomemos como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo de 2000, vigente desde el 29 de septiembre de 2003). Según las "Guías Legislativas" preparadas por la UNODC, primero hay que distinguir cuándo el tratado obliga determinadamente, entrega alternativas de acción o simplemente faculta (insta) a adoptar alguna medida; y en segundo término, si es necesario y cómo sería posible, de acuerdo a las regulaciones internas, modificar la legislación para cumplir con los mínimos y, si se quiere, recoger las invitaciones que hace la comunidad internacional (N° 8).

24 En general, sobre los procedimientos jurídicos para hacer cumplir las disposiciones de los tratados, véase Cambacau, Jean; SUR, Serge, *Droit international public,* Paris: Montchrestien, 1993, 821 p., p.165-216, y sobre las "técnicas organizadas" de implementación, particularmente, las p. 204-207.

25 Pionera, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que estableció como órganos internacionales de fiscalización de su implementación a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que existían anteriormente. En los tratados más modernos se utiliza el expediente de la "Conferencia de Partes" como autoridad encargada de supervigilar su implementación, bajo el control indirecto de la Secretaría General (así, los Convenios CITES y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

los objetivos de las principales convenciones sobre crímenes de trascendencia internacional[26].

Así, por ejemplo, desde el punto de vista del Derecho internacional público, si bien es cierto que los artículos 2 y 3 de la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales establecen que los Estados Parte tomarán "las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero" y que, "si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta parte deberá asegurar que estas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo las sanciones pecuniarias"; no lo es menos que las recomendaciones del respectivo Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE estiman que Chile, según se señala en el Mensaje del proyecto legal que se discute actualmente, "aún no ha adoptado medidas" suficientes para hacer efectiva esta responsabilidad, entendiéndose implícitamente que las sanciones civiles y administrativas actualmente disponibles son insuficientes siquiera para cumplir con las recomendaciones generales de la "Primera Fase" de implementación de dicha convención.

Es decir, para la *comunidad internacional,* al menos en estas materias, es más o menos claro que en nuestro ordenamiento esas características de "eficacia", "proporcionalidad" y capacidad "disuasiva" no son predicables de las sanciones civiles, cuya finalidad es preeminentemente reparatoria o compensatoria, ni de las administrativas, que por quedar reservadas a organismos cuyas resoluciones no producen el efecto comunicacional de la justicia criminal, difícilmente pueden considerarse suficientemente proporcionales y disuasivas ante los graves hechos de que se trata.

Luego, el problema político criminal de fondo, esto es, la decisión de establecer un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas que vaya más allá del que actualmente disponemos en materia civil y administrativa, ya ha sido resuelto, y de la manera más democrática posible: nuestro Congreso Nacional ha dado su aprobación a la ratificación de los numerosos tratados internacionales que así lo exigen, directa o indirectamente, de manera expresa o a través de los informes que emiten los organismos técnicos encargados de monitorear la implementación de tales tratados.

La cuestión que queda pendiente, por lo tanto, no es el *si* se debiera establecer tal sistema, sino el *cómo* hacerlo, aprovechando tanto nuestra tradición jurídica como lo mejor de la experiencia en el Derecho comparado.

III. LA CUESTIÓN "DOGMÁTICA": ¿*CÓMO* PUEDEN LAS PERSONAS JURÍDICAS SER RESPONSABLES DE HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS PERSONAS NATURALES QUE ACTÚAN POR ELLA O EN SU BENEFICIO?

1. La superada discusión acerca de si pueden las personas jurídicas responder con sanciones que no tengan carácter puramente civil o vayan más allá del mero ejercicio de la potestad sancionadora administrativa

No es posible ni necesario en este lugar entrar a analizar y resumir los ríos de tinta que a este respecto se han derramado,[27] limitándome a constatar algunas cuestiones fundamentales, a partir de las cuales desarrollaré mis argumentos al respecto:

a) Es indudable que, entre nosotros, nadie sostiene "que los entes colectivos son incapaces de infringir leyes u otras disposiciones", al menos en el ámbito civil y administrativo, e incluso se afirma que gozan de ciertos derechos de rango constitucional, como el de "desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional";[28]

26 Véase el *brouchure* United Nations Office on Drugs and Crime. *Global programmes. Update november 2003.* En http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/cicp_global_programmes.pdf [visitado el 14.12.2006].

27 Para la discusión en nuestro ámbito cultural, véase la recopilación de trabajos de Jakobs, Silva Sánchez, Seelman, S. Bacigalupo, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara, Mazuelos y García Cavero, contenidas en el volumen de García Cavero, Percy (coordinador), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes,* Lima: Ara 2002, 502 p.

28 Szczaranski, Clara, "Las personas jurídicas como nuevos sujetos criminógenos", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado,* N° 17 (2007), N° 1, pp. 31-165, pp. 84-87.

b) Como bien se señala en la mayor parte de las obras modernas en la materia, la *responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho, empíricamente comprobable,* en buena parte de la legislación europea continental y anglosajona del *Common law,* sin que contra ello se hayan levantado obstáculos normativos o constitucionales insalvables; [29]

c) Entre nosotros, sanciones de carácter penal para las personas jurídicas han existido legalmente (antiguo Decreto Ley N° 211) y han sido propuestas desde antiguo (Proyecto Labatut-Silva de 1937), sin que, de nuevo, contra ello exista algún impedimento normativo sólido;

d) De hecho, nuestra regulación general no asume que las personas jurídicas sean incapaces de infringir leyes y normas mediante hechos que puedan calificarse de delitos, sino que ellas no pueden *responder penalmente,* esto es, que a ellas no se les pueden *imponer sanciones penales por tales infracciones,* trasladando a los administradores o representantes la imposición de dichas sanciones;

e) Tratándose de sanciones *corporales* y *privativas de libertad,* la imposibilidad de imponérselas a las personas jurídicas es un *hecho,* no una imposición jurídica o de principios absolutos, pero tal imposibilidad *no existe* tratándose de sanciones pecuniarias o privativas de derechos; y

f) Al igual que las sanciones civiles y administrativas, sanciones calificadas como penales de carácter pecuniario o que supongan la privación de ciertos derechos, afectarán el patrimonio o la organización social, e indirectamente repercutirán en el patrimonio de quienes poseen participaciones sociales (en la medida de su participación), sin haber tomado las decisiones ni ejecutado los hechos delictivos; pero ello sucede del mismo modo como *les repercuten las ganancias y las pérdidas proporcionalmente a su participación,* cuando tales decisiones y actividades las producen.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina alemana y española, sin desconocer lo anterior, sigue sosteniendo que, por "*razones dogmáticas*", sería imposible establecer una "responsabilidad penal de las personas jurídicas", admitiendo únicamente la administrativa o civil.

Así, a contrapelo de la reforma legislativa en curso en España que pretende establecer un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas similar al que actualmente se discute en Chile, puede verse el reciente artículo de Robles, quien plantea que "la persona jurídica no posee 'libertad'" y, por lo tanto, carece de "voluntad" y, en definitiva, de capacidad de "culpabilidad" en el "sentido penal", pues ese sería el "sistema de reglas de inculpación y exculpación *vigente* para afirmar o negar la responsabilidad"[30].

Sin embargo, lo que está *vigente* es sencillamente *contingente* a las valoraciones sociales del momento y no es un argumento para impedir su modificación, cuanto más si para ello se recurre a la autoridad de quienes, como Jakobs, haciendo caso omiso de su propuesta de reconstrucción puramente "normativa" de la responsabilidad penal y del propio concepto de "persona" (entendido únicamente como "centro de imputación" penal, diferenciable del "sistema psicobiológico" o "ser humano"), de pronto se ven constreñidos por conceptos y "estructuras" *ontológicas* o *prelegislativas* y "resucitan", por así decirlo, la *psicología* de la "*voluntad*" y la "*autocomprensión"* únicamente para defender el prejuicio arraigado en la dogmática alemana de que solo las "personas físicas" son capaces de culpabilidad; lo que evidentemente no explica cómo es que la Unión Europea compele a sus miembros a establecer "normativamente" la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual, además, se encuentra plenamente *vigente* apenas cruzando las fronteras germanas, en Francia, Italia, e Inglaterra, por solo poner un par de ejemplos.

Tampoco es de recibo el argumento de que para "compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones" se emplee únicamente el derecho civil o administrativo como algo dado por la naturaleza: todo el derecho penal económico, ambiental, y el viejo penal liberal de las infracciones al comercio, las alteraciones de precios, la revelación de secretos de fábrica, las falsedades y las estafas está ahí, entre otras cosas, para "compensar, prevenir y ordenar las relaciones

29 Véase a título ilustrativo el documentado trabajo de Onfray, Arturo Felipe, "Reflexiones en tormo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado,* Año 2 (2001), N° 1, pp. 153-165.

30 Robles Planas, Ricardo, "Comentario. El "hecho propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", en *InDret 2/2009,* pp. 1-12, p. 6.

económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones" (otra cosa es que *se crea* que el derecho penal es únicamente *retributivo,* con lo cual entraríamos a preguntarnos por qué se han de destinar recursos escasos *únicamente* para satisfacer la ya denunciada por Platón como "irracional venganza").

Con todo, al final del día, parece que la discusión no pasara en muchos momentos de ser puramente semántica, pues los autores que rechazan la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por "razones dogmáticas", no rechazan la de que las personas jurídicas "respondan" jurídicamente ni la clase de sanciones establecidas para ello, sino, únicamente, parece que se quiere que no se denomine "responsabilidad penal"[31].

2. Cómo *imputar, atribuir* o *hacer responsable* a una persona jurídica por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados

Con independencia de la *etiqueta* o *denominación* que le demos a esta clase de responsabilidad, si se decide *normativamente* imponer sanciones a las personas jurídicas de carácter penal o más severas que las tradicionales consecuencias civiles del delito o las sanciones administrativas que ya se les imponen, queda de todas maneras pendiente el problema de cómo fundamentar que estas sanciones se impongan a las personas jurídicas con independencia de la que se imponen a las personas naturales que actúan por ella.

Para responder a esta cuestión debemos volver de nuevo a los *hechos*: en nuestro sistema penal se atribuye la responsabilidad penal de las personas naturales con la constatación de la *objetividad del hecho punible* (la realización del resultado constitutivo de delito o la no realización del deber esperado) y de la *vinculación subjetiva entre este y la persona natural a que se le imputa* (dolo y culpa, a más de las restantes exigencias de la *culpabilidad*).

Respecto de una *persona jurídica* que *objetivamente carece de psiquis y, por lo tanto, de alguna vinculación subjetiva con la realidad,* no es posible fundamentar una responsabilidad penal *en los mismos términos que los de la responsabilidad penal de las personas naturales.*

Por lo mismo, en el ámbito comparado se han desarrollado tres modelos o presupuestos de imputación básicos, que asumen esta imposibilidad de hecho de hacer responsables a las personas jurídicas *como si fueran* personas naturales: [32]

a) Un modelo *vicarial,* en el que al condenarse a un administrador o empleado por un delito que aprovecha a la persona jurídica, se la condena sin más a ella a la sanción especial que se trate, y en donde en realidad la responsabilidad penal de la persona jurídica no es *independiente,* sino que sencillamente se le atribuye por los hechos imputables a sus representantes y administradores;

b) Un sistema *plenamente autónomo* o de *culpabilidad de la empresa,* donde se estima que deben existen *requisitos propios,* analogables a la subjetividad del ser humano, para la imputación a la persona jurídica, además de la constatación de la *objetividad de la infracción* por parte de un directivo o empleado*;* y

c) Un modelo de *determinación de pena o mixto,* que, sobre la base de la responsabilidad meramente *vicarial,* la *limite,* estableciendo *requisitos de imputación* para la persona jurídica *adicionales* a la simple realización de un delito por uno de sus representantes o administradores (típicamente, la falta de implementación efectivas de sistemas de prevención de delitos), permitiendo, en ciertos casos, hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no exista ninguna persona natural que también lo sea.

La mejor experiencia comparada en la materia, esto es, la anglosajona y la italiana, recomiendan alternativas *mixtas*: una persona jurídica que realiza las labores efectivas de prevención de delitos no responde de ellos, aunque sus representantes y administradores los cometan dolosamente. Pero si no realiza efectivamente tales labores, responde, aunque por cualquier

31 Así, antes, antes, en sentido similar: Mir Puig, Santiago, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 06-01, 2004, quien afirma, refiriéndose a las "consecuencias accesorias" del art. 129 del Código Penal español de 1995 : "no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano" (p. 3).

32 Para una visión general de los diferentes modelos legislativos arriba resumidos, véase Nieto, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Madrid: *Iustel*, 2008, pp. 85-214.

razón no sea posible hacer efectiva la responsabilidad de una persona natural determinada, *si se encuentran debidamente acreditados los hechos constitutivos del delito, esto es, la infracción del deber exigido o la realización del resultado prohibido.*

Dentro de este modelo se insertan tanto el Proyecto de ley chileno como el español en trámite, y es probable que, con independencia de los naturales cambios de redacción y de contenidos, propios de la discusión parlamentaria, sea el que, en definitiva, se adopte, dadas sus ventajas *prácticas:* es un sistema de imputación penal a las personas jurídicas que no les atribuye directamente responsabilidad penal por los delitos cometidos por personas naturales a su servicio ("sistema *vicarial*"); ni asume la creencia de que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que tomas decisiones y las ejecutan ("sistema de *culpabilidad de la empresa*"); sino que establece las condiciones en las cuales, de cometerse un delito, la persona jurídica interesada en su realización ha de responder penalmente, esto es, con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. Y esas condiciones son, básicamente, la inobservancia de las explícitas obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas que se le imponen y, por lo tanto, de implementación de modelos o programas de prevención, cuya ausencia o defectuosa implementación permite la imposición de sanciones de carácter penal a las personas jurídicas.

IV. EL CARÁCTER INNOVADOR DE LAS FORMAS ACTUALES DE SANCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS *MODELOS MIXTOS*: DE LA SIMPLE REPRESIÓN PENAL AL DISEÑO DE PROGRAMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN LA *PREVENCIÓN* DEL DELITO

Como hemos señalado en el apartado anterior, el *modelo mixto* de responsabilidad penal de las personas jurídicas responde principalmente a las actuales tendencias del derecho norteamericano y europeo, particularmente, del italiano, cuya novedad es presentarse como un modelo centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de "programas de prevención de delitos", cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal.

Luego, el aspecto principal de esta forma de abordar el problema es la extensión de los conocidos programas de *responsabilidad social de la empresa*[33] a la prevención de los delitos que pueden favorecer las formas de organización actuales –muchas veces organizadas en función únicamente de la obtención de resultados, sin atención a los medios empleados –,[34] pero que no son necesarias ni propias de la actividad empresarial, ni mucho menos un "mal" que se deba "tolerar" para obtener buenos resultados. Estos programas de *responsabilidad social* ya existen en muchas empresas nacionales y, en lo que respecta a los *programas éticos de prevención de delitos,* son impuestos por la regulación norteamericana a todos los empleados de las más importantes empresas multinacionales que operan en nuestro país, como, por citar un caso muy conocido, *The Coca-Cola Company*[35].

Al respecto, el proyecto de ley que actualmente se discute en Chile establece no solo la *imposibilidad* de perseguir criminalmente a una empresa que haya "adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos" (artículo 3, inciso final, del texto aprobado por la Cámara); sino que, además, *describe detalladamente* los elementos mínimos que han de contener "modelos", facilitando así su implementación (artículo 4 del texto aprobado por la Cámara).

Naturalmente, la redacción de los textos puede variar todavía en la discusión parlamentaria, pero sea cual

33 Véase al respecto las informaciones disponibles en Baltera, Pablo y Díaz, Estrella, "Responsabilidad social empresarial: Alcances y Potencialidades en Materia Laboral*",* en *Cuaderno de Investigación N° 25 (División de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile)*, 2005.

34 El carácter "estructural" del delito de empresa, favorecido directa e indirectamente por determinadas prácticas y formas de organización (división del trabajo, compartamentabilización de la información, subordinación y jerarquía, etc.) cuando se omite todo control ético o legal del actuar de los miembros de la empresa, se encuentra suficientemente documentado en la experiencia internacional, como puede verse en Nieto, *La responsabilidad penal,* cit. en nota N° 33, pp. 38 a 42, con numerosas referencias bibliográficas a autores alemanes, españoles y norteamericanos.

35 El Programa en español de *The Coca Cola Company* puede verse en http://www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC_Spanish.pdf [visitado el 27.05.2009].

sea su redacción definitiva, no parece razonable esperar que en ella se sustituya completamente el modelo de imputación propuesto, por diversas razones: a) ello no sucedió en el primer trámite constitucional a pesar de que la redacción de los textos que lo consagran fue intensamente debatida y profundamente modificada; y b) el requisito de imputación consistente en la implementación de programas de prevención de delitos se presenta a todas luces como una *garantía* adicional para los inversores, frente al sistema "vicarial" puro.

Luego, debe considerarse este sistema de atribución de responsabilidad, que permite eximirse de la misma mediante la adopción e implementación efectiva de "modelos de prevención de delitos", el núcleo del proyecto de ley actualmente discutido y su mayor fortaleza. En efecto, de este modo se permite al mismo tiempo, por una parte, responsabilizar a las organizaciones empresariales en la prevención del delito; y por otra, reservar las medidas penales como auténtica *ultima ratio,* solo para aquellas organizaciones que no están dispuestas a colaborar en esta tarea común, o que solo "aparentan" colaborar con ella, mediante la adopción formal de documentos escritos, sin su implementación efectiva. Y aún cuando, en definitiva, se elimine el carácter autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se volverá a un sistema vicarial puro, pues con ello se perdería una *garantía* ya ganada: el patrimonio de la persona jurídica será responsable penalmente solo si no se adoptan efectivamente en su organización programas de prevención de delitos.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS GENERALES Y DE APLICACIÓN PRÁCTICA*

María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ**

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos Generales. III. Análisis de los delitos más relevantes en el ámbito empresarial.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación del Código penal de 1995 en el ordenamiento jurídico-penal español se ha instaurado una tendencia hacia la penalización de determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos, individuales o colectivos, que se llevan a cabo en el ámbito de las sociedades mercantiles. El mundo de los negocios, que anteriormente era ajeno al Derecho penal, se convirtió desde entonces en el centro de atención del moderno Derecho penal.

Ya desde finales de la década de los años 70 algunos pronunciamientos judiciales exigían una modificación de los preceptos del Código penal que ampliara o revisara los tradicionales delitos patrimoniales (estafa, apropiación indebida, etc.) para abarcar conductas lesivas de otros bienes jurídicos, como el orden socio-económico, que no encontraban sanción con la regulación anterior.

El Código penal de 1995 vino así a tipificar *ex novo* los delitos societarios (arts. 290 a 295), que sancionan determinadas conductas que se llevan a cabo en el seno de sociedades, que resultan lesivas para el patrimonio de sus integrantes o para el de terceras personas que se relacionan con ellas. Entre estos delitos destaca el delito de administración desleal del patrimonio social (art. 295), que amplía el ámbito punible a supuestos que no encajaban en el clásico delito de apropiación indebida. También se incluyeron por primera vez en el Código penal de 1995 otras figuras delictivas, como el espionaje empresarial (art. 278); el delito publicitario (art. 282); la facturación ilícita (art. 283); el abuso de información privilegiada en el mercado de valores (art. 285 CP); la discriminación laboral (art. 314), etc.

La tendencia mencionada se ha visto reforzada mediante la reforma operada en el Código penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, que también incrementa el castigo de prácticas empresariales que se consideran delictivas mediante la creación, por ejemplo, de un nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis), que incluye una mención a la corrupción en el deporte, o la incorporación de la denominada "estafa de inversores" (art. 282 bis).

En este trabajo se abordan algunas cuestiones generales que afectan a la responsabilidad penal del empresario o administrador de sociedades mercantiles y se exponen, sin ánimo de exhaustividad, aquellos delitos que presentan una mayor relación con su ámbito de actuación, destacando además de la descripción típica los aspectos principales de relevancia práctica con indicación de la normativa extra-penal aplicable y de las referencias jurisprudenciales más importantes. Así planteada, esta contribución pretende ser una guía que acerque al lector interesado en cuestiones de Derecho penal económico a la regulación española en esta materia.

II. CONCEPTOS GENERALES

1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tras la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, el ordenamiento jurídico-penal español

* El contenido de esta publicación coincide en parte, aunque con modificaciones, con el trabajo incluido bajo el título "La responsabilidad penal del empresario" en el libro *La Empresa: Información Jurídica, Económica y Financiera. Organización y Gestión de Personal*, 3ª ed., 2012, publicado en España por la editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

** Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

abandonó el denominado principio "societas delinquere non potest" y, en respuesta a las exigencias contenidas en diversos instrumentos internacionales, incorporó el principio "societas delinquere potest" en relación con determinados delitos. La reforma penal ha venido, por lo tanto, a reconocer de forma expresa la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas y su posible concurrencia con la de la persona física que actúa en el seno de la jurídica en el novedoso art. 31 bis CP.

Ahora bien, según las previsiones del CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá declararse solo en los siguientes delitos (sistema de *numerus clausus*): tráfico de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art. 177 bis); prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3); estafa (art. 251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264.4); delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial y al mercado y los consumidores y delito de corrupción entre particulares (art. 288); receptación y blanqueo de capitales (art. 302.2); delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros (art. 318 bis 4); delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.4); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); vertido de radiaciones ionizantes (art. 343.3); tráfico de explosivos (art. 348.3); tráfico de drogas (art. 369 bis); falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis); cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430); corrupción de funcionario público extranjero o de organización internacional (art. 455.2); organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater), y financiación del terrorismo (art. 576 bis 3). Tras la modificación de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, mediante la LO 6/2011, de 6 de junio, también se contempla la posible responsabilidad de personas jurídicas respecto a las infracciones penales de contrabando.

El fundamento de esta responsabilidad se asienta, según el apartado 1 del art. 31 bis, en una doble vía: i) la imputación a la persona jurídica de los delitos cometidos por personas con capacidad de representación (representantes legales y administradores de hecho y de derecho) en su nombre o por su cuenta y en su provecho; ii) la responsabilidad de la persona jurídica por las infracciones penales cometidas, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por personas subordinadas a los representantes de la persona jurídica y propiciadas por no haberse ejercido sobre los autores el debido control en atención a las circunstancias del caso concreto. Se trata, por lo tanto, de castigar a la entidad por los delitos que se cometen por su cuenta o en su provecho tanto por parte de los directivos que actúan en su nombre como por los empleados porque la empresa (o sus representantes) no ha implementado medidas adecuadas de control. En todo caso, se exige, según se desprende del tenor literal del precepto, que la conducta delictiva haya podido suponer un beneficio para la persona jurídica.

No se trata, sin embargo, según se anuncia en el Preámbulo de la LO 5/2010, de la instauración de una responsabilidad objetiva. La responsabilidad penal de la persona jurídica debería, en consecuencia, fundamentarse en la denominada "culpabilidad de organización", de modo que pueda verse excluida en los supuestos en los que no exista ningún defecto en su organización en cuanto al establecimiento de un sistema interno de control de las actuaciones de sus directivos y demás empleados para la prevención de conductas delictivas (los denominados protocolos de actuación o programas de cumplimiento). No obstante, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011, no parece compartir esta opinión, al considerar que las dos vías de imputación mencionadas comportan un sistema de responsabilidad vicarial o de transferencia (hetero-responsabilidad) que residencia en la persona física los elementos constitutivos de la infracción cometida (tipicidad objetiva y subjetiva y antijuridicidad de la conducta) y que respecto de la persona jurídica tan solo exige que concurran las circunstancias señaladas en el art. 31 bis (que las personas físicas hayan actuado en nombre y en provecho de la corporación y que tratándose de los subordinados los gestores hubieran omitido el debido control). Para la Fiscalía la elaboración y cumplimiento de los denominados programas de prevención de conductas penales, en definitiva de normas auto-reguladoras de las propias empresas, nada aportan a su eventual responsabilidad penal y solo serán relevantes "en la medida en que traduzcan una conducta". Ante la falta de pronunciamientos judiciales al respecto, se desconoce por el momento el alcance de esta exigencia.

La nueva regulación también aclara que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la de la persona física y podrá declararse aunque no pueda individualizarse a la persona física y ser perseguida penalmente, así como tampoco se verá afectada por la concurrencia de circunstancias que afecten a la responsabilidad del acusado.

Se contemplan como únicas circunstancias atenuantes que resultan de aplicación a las personas jurídicas, referidas todas a comportamientos posteriores a la comisión delictiva, las siguientes: i) confesión antes de conocer la existencia del procedimiento judicial; ii) colaboración en la investigación aportando pruebas decisivas para esclarecer la responsabilidad durante el procedimiento; iii) reparación o disminución del daño causado antes del inicio del juicio oral; iv) instauración también antes del inicio del juicio oral de medidas eficaces de prevención y descubrimiento de delitos en el futuro.

Por último, el precepto excluye del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los entes estatales, autonómicos y locales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público y a quienes ejerzan potestades públicas de soberanía, refiriéndose incluso a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general. Lo anterior rige salvo que la forma jurídica en cuestión haya sido creada con el fin exclusivo de eludir una eventual responsabilidad penal.

Se regulan además las penas, todas de carácter grave, que resultarán de aplicación a las personas jurídicas, según se prevea en cada uno de los delitos en cuestión: a) multa (por cuotas o proporcional); b) disolución de la persona jurídica; c) suspensión de las actividades por un periodo de hasta 5 años; d) clausura de sus locales por un periodo de hasta 5 años; e) prohibición temporal (de hasta 5 años) o definitiva de llevar a cabo determinadas actividades relacionadas con la comisión del delito; f) inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas o contratos públicos por plazo de hasta 15 años; g) intervención judicial durante un plazo de hasta 5 años. La clausura de los locales, la suspensión de las actividades la intervención judicial pueden ser acordadas por el Juez o Tribunal como medidas cautelares durante la fase de instrucción. El nuevo artículo 66 bis se remite a las normas genéricas de determinación de la pena y además recoge algunas específicas que afectan a la aplicación de las penas a las personas jurídicas (atención a las necesidades de prevención del delito; consecuencias económicas y sociales, en especial para los trabajadores; puesto jerárquico de la persona que incumplió el deber de control; limitación de las penas de duración limitada al tiempo máximo la pena de prisión prevista para la persona física; necesaria concurrencia de reincidencia e instrumentalización de la persona jurídica para la imposición de penas superiores a 2 años; necesaria concurrencia de reincidencia agravada e instrumentalización de la persona jurídica para la imposición de sanciones permanentes).

Además, en otros preceptos del CP (en la regulación concreta de algunos delitos) se contienen otras penas de aplicación a las personas jurídicas, como en los delitos de defraudación fiscal y fraude de subvenciones (arts. 305 y 308 CP), que prevén la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social por un periodo de 3 a 6 años; también en el delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos (art. 262 CP) se contempla la imposibilidad de contratar con la Administración por parte de la empresa en cuyo nombre se actuó por un periodo de 3 a 5 años.

El texto legal ha previsto también que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extinga como consecuencia de las modificaciones que pueda sufrir (transformación, fusión, absorción o escisión), pues la responsabilidad se trasladará a la sociedad resultante de la operación, pudiendo el Juez moderar la pena en función de la magnitud que represente esta sociedad en la nueva; la disolución encubierta (continuación de la actividad social con otra entidad) tampoco extingue la responsabilidad penal (art. 130 CP).

Por último, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha introducido en su artículo primero reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar las previsiones procesales aplicables cuando una persona jurídica deba ser imputada en un procedimiento penal.

2. Administrador de hecho o de derecho

En el art. 31 CP, que regula la denominada actuación en nombre de otro, en el art. 31 bis referido a la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como en algunos tipos delictivos, como por ejemplo los delitos societarios, encontramos referencias al "administrador de hecho o de derecho" de la sociedad.

A efectos penales, dentro del concepto administrador "de derecho" se incluyen aquellas personas que administran la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido perteneciendo al órgano de administración de la entidad y estando debidamente inscritos en el Registro Mercantil. Este concepto coincide con el del Derecho mercantil.

El concepto de administrador "de hecho" es, sin embargo, más amplio en Derecho penal que en Derecho mercantil, pues no solo engloba a aquellos que hayan

sido nombrados como tales aunque exista alguna irregularidad en su nombramiento, sino a toda persona, que por sí sola o conjuntamente con otras, ejerza el control sobre la gestión de la sociedad, tomando decisiones e imponiéndolas, incluyendo por lo tanto a quien en efecto gobierna la entidad, aunque sea desde la sombra.

Al Derecho penal no le interesan tanto las categorías formales como profundizar en el sustrato material para determinar qué personas han intervenido de hecho en la realización de la conducta delictiva, a fin de determinar su grado de participación, bien como autores o como partícipes (arts. 27 a 30 CP), huyendo además de la atribución de responsabilidad objetiva a los intervinientes por el simple hecho de ostentar un cargo determinado, lo que conculcaría los principios más elementales del moderno Derecho penal en un Estado de Derecho (principios de presunción de inocencia, responsabilidad por el hecho, culpabilidad, personalidad de las penas, etc.).

3. Actuación en nombre de otro

El art. 31 CP contempla la cláusula de "actuación en nombre de otro", que debe ser aplicada para poder condenar a quien actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en representación de una persona física, cuando habiendo cometido una conducta delictiva no concurran en él las circunstancias especiales que se exigen por el tipo, que sí concurren en la entidad o persona por cuya cuenta actúa (p. ej., en el delito fiscal la defraudación debe ser cometida por el obligado tributario, que en el Impuesto de Sociedades es la sociedad, de modo que este precepto permite suplir esta laguna, ya que el requisito especial no concurre en la persona física actuante).

El precepto resulta, por lo tanto, de aplicación exclusiva a los denominados "delitos especiales propios", que son aquellos que exigen la concurrencia de determinadas características en el sujeto activo y que no cuentan con un correlativo tipo común (delito fiscal: obligado tributario; alzamiento de bienes: deudor; delito concursal: concursado, etc.). Ahora bien, tal y como han reconocido el TS (SS N° 2179/2002, de 30 de diciembre y N° 305/2008, de 29 de mayo) y el TC (S 253/1993, de 20 de julio), el precepto no introduce una regla de responsabilidad objetiva que deba aplicarse de forma automática, a fin de salvar problemas de prueba sobre la atribución de los hechos en el seno de la persona jurídica a una concreta persona física, sino que es necesario constatar previamente que una determinada persona ha llevado a cabo la acción típica en cuestión, de forma mediata o inmediata, para poder aplicar este precepto, que solo sirve para dar cobertura legal a la falta de concurrencia de los elementos especiales exigidos por el tipo.

4. Consecuencias accesorias

La LO 5/2010, de 22 de junio, dio una nueva redacción al art. 129 CP, en el que se contempla respecto de entidades que no gocen de personalidad jurídica, y que por lo tanto no pueden estar sujetas al régimen de responsabilidad previsto en el art. 31 bis CP, la posibilidad de imponerles, como consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, alguna de las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP, con excepción de la multa y la disolución.

En concreto, se faculta al Juez o Tribunal para que, de forma motivada, recurra a las siguientes medidas: i) suspensión de las actividades por un periodo de hasta 5 años; ii) clausura de sus locales por un periodo de hasta 5 años; iii) prohibición temporal (de hasta 5 años) o definitiva de llevar a cabo determinadas actividades relacionadas con la comisión del delito; iv) inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas o contratos públicos por plazo de hasta 15 años; v) intervención judicial durante un plazo de hasta 5 años. Se excluyen, por lo tanto, en comparación con las penas previstas para las personas jurídicas, la multa y la disolución.

La imposición de estas medidas se reserva a aquellos delitos o faltas en los que se establezca esta posibilidad expresamente o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas en los que se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos del art. 31 bis CP (art. 129.2 CP). Al igual que sucede con las penas previstas para la persona jurídica, la clausura de los locales, la suspensión de las actividades la intervención judicial pueden ser acordadas por el Juez o Tribunal como medidas cautelares durante la fase de instrucción (art. 129.3 CP).

Al contrario de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica no nos encontramos ante una responsabilidad directa. El carácter accesorio de estas consecuencias proviene de la necesidad de que se condene a la persona física que ha actuado en el seno de la entidad, que debería tratarse de una persona dependiente de la misma. Para su aplicación es precisa la solicitud durante el

procedimiento penal por las acusaciones, que se dé audiencia al titular o representante legal de la persona jurídica y que el órgano judicial lo acuerde de forma motivada en la sentencia.

5. Responsabilidad civil *ex delicto* y personas jurídicas

La LO 5/2010, de 22 de junio, añadió un nuevo apartado al art. 116 CP, el tercero, en el que se señala que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 CP (la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o falta comprende la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales). Esta responsabilidad civil será directa y solidaria junto con las personas físicas que hayan sido condenadas por la infracción penal.

La regulación antes de la reforma de 2010 era sustancialmente diversa, pues dejando a salvo los supuestos en los que la persona jurídica fuera una compañía de seguros que tuviera asegurado el riesgo, en cuyo caso la responsabilidad civil respecto de los daños y perjuicios causados con ocasión del delito es de naturaleza solidaria, tal y como se señala en el art. 117 CP (siempre hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o pactada entre las partes y sin perjuicio de su derecho de repetición), solo se contemplaban otros dos casos de responsabilidad civil de naturaleza subsidiaria, esto es, en defecto o cubriendo la insolvencia de la persona declarada responsable penal, que es quien viene civilmente obligada de forma directa. Estos dos casos se encuentran regulados en los N° 2 y 3 del art. 120 CP, que siguen vigentes en la actualidad, al no haber sido derogados ni modificados por la LO 5/2010. Ahora bien, estas reglas entrarán en juego solo en los supuestos en los que no sea posible acudir a lo dispuesto en el art. 116.3 CP, porque no se haya podido declarar la responsabilidad de la persona jurídica en el caso en cuestión (por no estar expresamente prevista esa posibilidad en el delito en concreto o por no concurrir los requisitos necesarios para declarar esa responsabilidad). La jurisprudencia reciente alude para la interpretación de estos supuestos del art. 120 CP a los principios de creación de riesgo y de obtención de beneficios, de modo que esta responsabilidad adopta cada vez más un carácter dominante de responsabilidad objetiva.

Así, según el N° 3 del art. 120 CP responden civilmente de forma subsidiaria las personas naturales o jurídicas dueñas de los establecimientos mercantiles en los que se haya cometido el delito o falta por una tercera persona cuando por parte de sus directores, administradores, dependientes o empleados se hayan infringido reglamentos de policía (violación de deberes impuestos por normas jurídicas), sin cuya infracción el delito no se hubiera cometido. No es preciso para aplicar este precepto que se encuentre imputada en el procedimiento penal ninguna persona de la entidad, simplemente que se constate la infracción de esas normas y el favorecimiento del delito. Suele aplicarse este precepto en los casos de cobros en ventanilla de cheques falsos, con apoyo además en el art. 156 LCC, que establece la responsabilidad del librado respecto al daño resultante de abonar un cheque falso, salvo que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario o hubiera procedido con culpa. Resultan de interés las SSTS N° 615/2001, de 12 de abril; N° 599/2005, de 10 de mayo; N° 1225/2005, de 21 de octubre; N° 1192/2006, de 28 de noviembre, y 229/2007, de 22 de marzo.

En el N° 4 de art. 120 se contempla la responsabilidad civil subsidiaria de las personas dedicadas a cualquier actividad comercial por los delitos o faltas cometidos por sus representantes, gestores, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Se exige la existencia de una dependencia entre el infractor y el responsable civil subsidiario y que la infracción penal no se encuentre desconectada del ejercicio normal o anormal de sus funciones, esto es, que el sujeto actúe y se desenvuelva como empleado de la entidad; se interpreta como una suerte de culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Este precepto se ha venido aplicando, en especial, en los casos de "banca paralela", en los que se cometen estafas o apropiaciones indebidas por los empleados de la entidad bancaria, y también en relación con las infracciones penales cometidas por guardias de seguridad. Al respecto, pueden consultarse las SSTS N° 211/2002, de 15 de febrero; N° 1727/2002, de 22 de octubre; N° 753/2003, de 23 de mayo; N° 525/2005, de 27 de abril, y 544/2008, de 15 de septiembre.

Además, el art. 122 CP contempla la figura del "partícipe a título lucrativo", que puede ser una persona física o jurídica, y recoge la obligación de quienes se hayan lucrado de los efectos del delito de restituir la cosa o de resarcir los daños hasta el límite de su participación. No se refiere a los partícipes en el delito, pues estos son responsables civiles directos, sino a terceros que si bien no han intervenido en el delito se han visto beneficiados.

III. ANÁLISIS DE LOS DELITOS MÁS RELEVANTES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

1. Delitos patrimoniales

1.1. Delitos de estafa

El delito de estafa (art. 248.1 CP) se comete cuando mediante una conducta engañosa –afirmación de hechos falsos o desfiguración de los verdaderos– un sujeto induce a error a otro, de tal forma que este realice una disposición patrimonial –entrega de una cosa o prestación de un servicio– que redunda en beneficio de aquel y en su propio perjuicio o en el de un tercero. La distinción entre el delito y la falta (art. 623.4 CP) depende de si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros.

El delito se consuma cuando se lleva a cabo la disposición patrimonial por el sujeto pasivo. A efectos de determinar la competencia territorial, que generalmente viene atribuida al lugar de comisión del delito, que no es otro que el de su consumación, los tribunales, sin embargo, tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 3 de febrero de 2005, suelen aplicar la denominada "teoría de la ubicuidad", que considera competente a cualquiera de los Tribunales de los lugares en los que ha tenido lugar alguno de los elementos típicos, ya sea el que realiza el sujeto activo (engaño), ya sea el que lleva a cabo el sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial), correspondiendo el conocimiento del asunto a aquel que haya iniciado la investigación con anterioridad.

Entre el engaño y el error debe existir una relación, de forma que aquel pueda ser considerado "bastante" para provocar el error en el sujeto pasivo que motiva el desplazamiento patrimonial. La suficiencia del engaño se valora atendiendo a criterios objetivos y subjetivos: se considera bastante cuando el sujeto pasivo no debiera haber evitado el error mediante una conducta diligente, exigible socialmente en el marco del hecho concreto ejecutado. Así, la jurisprudencia más reciente, en aplicación del principio de autoprotección de la víctima, suele excluir la estafa en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo, especialmente si se trata de empresas, no lleva a cabo las verificaciones precisas para determinar la solvencia de la contraparte o no comprueba datos que constan en registros públicos.

El concepto de engaño es decisivo para delimitar la estafa de ilícitos civiles ("contratos civiles criminalizados"), que se distinguen del delito, porque en este existe desde el inicio una intención de incumplir el contrato ("dolo antecedente"): STS N° 563/2008, 24 de septiembre.

Por lo que se refiere al perjuicio económico, no es posible incluir en este concepto las meras expectativas de lucro que no se encuentran reconocidas jurídicamente.

El delito exige dolo y ánimo de lucro, como elemento subjetivo adicional, sin que pueda, por lo tanto, ser cometido de forma imprudente.

Como circunstancias agravantes específicas del delito de estafa, que también se vieron afectadas por la reforma, se establecen las siguientes (art. 250 CP): prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses: i) cosas de primera necesidad, viviendas u otro bien de reconocida utilidad social; ii) abuso de firma de otro o alteración documental; iii) bien del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico; iv) especial gravedad por la cuantía y situación en la que se deja a la víctima o su familia; v) cuantía superior a 50.000 euros; vi) abuso de relaciones personales o credibilidad empresarial; vii) estafa procesal. Si concurre la circunstancia i) con la iv), v) o vi) la pena será de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses.

Como estafas específicas el Código penal contempla: i) estafa informática (art. 248.2 a) y b) CP); ii) estafa mediante tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje (art. 248.2 c) CP); iii) estafa inmobiliaria (art. 251.1 y 2 CP); iv) otorgamiento de contrato simulado (art. 251.3 CP).

La LO 5/2010, de 22 de junio, a fin de luchar contra los fraudes informáticos, introdujo una modificación en el art. 248.2 CP, en el que además de considerar supuestos de estafa la utilización de manipulaciones informáticas o artificios semejantes para conseguir la transferencia no autorizada de activos, y la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas, incorpora en su apartado c) la utilización de tarjetas de crédito o débito o de cheques de viaje o sus datos en operaciones que perjudiquen al titular o a un tercero.

Además, se reconoce tras la reforma de 2010 la posible responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de estafa. A tal efecto, se añadió un art. 251 bis que contempla las penas aplicables a la persona jurídica: multa del triple al quíntuplo de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de

cinco años, o multa del doble al cuádruplo de la cantidad defraudada en los demás casos. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

1.2. Delitos de apropiación indebida

El delito de apropiación indebida (art. 252 CP) se comete por quien tiene en su poder (posesión) una cosa mueble ajena (la propiedad es del sujeto pasivo) en virtud de un título que le obliga a devolverla (el precepto cita, a título de ejemplo, el depósito, la comisión y la administración). Debe tratarse de un título por el que se traslada la posesión al sujeto activo. La distinción entre el delito y la falta (art. 623.4 CP) depende de si la cuantía de lo apropiado excede de 400 euros.

La conducta típica consiste en disponer de las cosas ajenas que se poseen como si fueran propias, de tal forma que la inicial posesión legítima se convierte, tras los actos de apropiación, en una propiedad ilegítima. Se trata de un delito especial, pues solo quien ha recibido las cosas muebles ajenas en los términos mencionados puede cometer el delito como autor. Si la cosa se entrega por error derivado de un engaño previo, será aplicable el delito de estafa (art. 248 CP). La apropiación indebida suele llevarse a cabo mediante la realización de actos de disposición que implican el ejercicio de facultades dominicales sobre la cosa o mediante la negación de haberla recibido. No resultan punibles las "apropiaciones indebidas de uso". El delito se consuma cuando el sujeto activo lleva a cabo la utilización ilegítima del bien o activo patrimonial.

El objeto material puede ser una cosa mueble (pudiendo tratarse de dinero, efectos, valores) o un inmueble ("cualquier activo patrimonial"). En este sentido, vid. STS N° 1210/2005, de 28 de mayo.

El administrador social que utiliza fondos propios de la entidad que administra para fines privados comete delito de apropiación indebida, debiendo aplicarse el delito societario de administración desleal (art. 295 CP) en aquellos supuestos en los que la apropiación no sea definitiva. La distinción entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal ha dado lugar a una jurisprudencia abundante y compleja, por contradictoria, desde la STS N° 224/1998, de 26 de febrero –Caso Argentia Trust–, en la que se señaló que en el art. 252 junto con el clásico delito de apropiación indebida se contempla una modalidad de gestión desleal referida al dinero u otros bienes fungibles, a los que se refiere el verbo típico "distraer" (dar un uso distinto del pactado). Esta interpretación obligó a considerar que ambos delitos se solapaban parcialmente (teoría de los círculos secantes) y que la relación concursal entre ambos debía solucionarse con arreglo al principio de alternatividad, aplicando el delito de apropiación indebida por llevar aparejada mayor pena (art. 8.4 CP). Posteriormente, el TS dictó otros pronunciamientos de signo contrario, por ejemplo en la STS N° 867/2002, de 29 de julio –Caso Banesto–, donde consideró que ambos delitos recogían supuestos diferentes (teoría de los círculos tangentes), porque la apropiación indebida exige siempre la adjudicación definitiva de los bienes, sin que exista entre ellos ninguna relación de concurso. La jurisprudencia posterior ha sido vacilante entre una y otra postura y las sentencias más recientes aluden a la deslealtad y a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo como criterio diferenciador (SSTS N° 841/2006, de 17 de julio; N° 1114/2006, de 14 de noviembre; N° 462/ 2009, de 12 de mayo), al que se aludirá en el análisis del delito de administración desleal.

En los casos de copropiedad o condominio se comete el delito cuando un condueño se queda con la parte del otro (STS N° 457/2011, de 20 de mayo, con cita de otras anteriores). El "derecho de retención", siempre que se ejercite dentro de los límites previstos en la legislación civil y mercantil (p. ej., arts. 1600 y 1780 CC), será causa justificante de la apropiación cometida (STS N° 537/2010, de 31 de mayo)

Las penas del tipo básico se aplicarán en su mitad superior en casos de depósito miserable o necesario.

El delito exige dolo en el sujeto activo y ánimo de lucro como elemento subjetivo adicional, sin que pueda, por lo tanto, ser cometido de forma imprudente.

Se contemplan las mismas circunstancias agravantes mencionadas en el apartado anterior relativo a los delitos de estafa (art. 250 CP). Y como apropiaciones indebidas específicas el Código penal recoge: i) apropiación de bien perdido (art. 253 CP); ii) apropiación de cosa recibida por error (art. 254 CP).

No se ha previsto en los delitos de apropiación indebida la responsabilidad penal de la persona jurídica.

1.3. Insolvencias punibles: alzamientos de bienes y delitos concursales

El delito de alzamiento de bienes genérico (art. 257.1.1 CP) se comete por el deudor que para frustrar

los derechos de crédito de sus acreedores extrae de su patrimonio bienes o valores colocándose en una situación de insolvencia que le impide atender el cumplimiento de sus obligaciones. La extracción de los bienes se lleva a cabo, por lo general, mediante ocultación si se trata de bienes muebles o mediante negocios jurídicos simulados en el caso de los inmuebles. La insolvencia es un presupuesto fáctico, que no precisa, por lo tanto, de declaración judicial, y puede ser total o parcial, real o aparente, pero debe ser definitiva, de tal forma que tras la realización de las conductas de ocultación o distracción de los bienes el pasivo supere al activo. No se trata de un mero incumplimiento de pagos (art. 2.2 Ley Concursal define la insolvencia a efectos mercantiles como cesación de pagos), sino de una conducta fraudulenta del deudor, sin que sean típicas las insolvencias fortuitas ni las debidas a una gestión arriesgada o incluso imprudente del patrimonio. Se trata de un delito especial, solo puede ser cometido por quien sea deudor, sin perjuicio de que los no deudores puedan ser castigados como partícipes (inductor, cooperador necesario o cómplice). Presupone la existencia de una relación obligacional entre el sujeto activo y el pasivo, aunque la deuda no tiene necesariamente que ser líquida, vencida y exigible en el momento de la comisión del delito. Sobre la conducta típica vid., por ejemplo, SSTS N° 1717/2002, de 18 de octubre, y N° 2170/2002, de 30 de diciembre.

El alzamiento se consuma cuando se llevan a cabo las extracciones de bienes, siempre que se constate la situación de insolvencia descrita. La existencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor para atender sus obligaciones de pago excluye la existencia de este delito. No se incluyen dentro del tipo los supuestos de favorecimiento de acreedores, salvo que exista una connivencia defraudatoria entre el deudor y el supuesto acreedor o, aunque resulta más dudoso, que el pago no sea adecuado, por atender deudas no vencidas con posposición de otras ya vencidas. Tras la admisión a trámite del concurso el favorecimiento de acreedores es típico si concurren los elementos del art. 259 CP.

La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no puede, por regla general, asimilarse al pago de la deuda cuyo abono se pretendía evitar, sino que consiste en la declaración de nulidad de los actos realizados para extraer los bienes del patrimonio del deudor, salvo en los supuestos en los que esta restitución sea imposible, en cuyo caso el valor de esos bienes actuará como límite de esta responsabilidad (vid., SSTS N° 1101/2002, de 13 de junio, y N° 1943/2002, de 15 de noviembre).

Como alzamientos específicos el Código penal contempla: i) alzamiento para impedir o dificultar un procedimiento ejecutivo en marcha o de previsible iniciación (art. 257.1.1 CP); ii) alzamiento para evitar el abono de la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 258 CP). Se encuentran castigados con la misma pena.

La LO 5/2010, de 22 de junio, incluyó una agravación de las penas (prisión de 1 a 6 años y multa de 12 a 24 meses) en los supuestos en los que la deuda u obligación que se trata de eludir sea de derecho público y la acreedora sea una persona jurídico-pública, así como cuando concurran las siguientes circunstancias: i) cosas de primera necesidad, viviendas u otro bien de reconocida utilidad social; ii) especial gravedad por la cuantía y situación en la que se deja a la víctima o su familia; iii) valor del alzamiento superior a 50.000 euros (art. 257.3 y 4 CP).

También con el fin de proteger los derechos de créditos de los acreedores y garantizar el cumplimiento de la mencionada regulación, se encuentran tipificados los denominados "delitos concursales", que castigan determinadas conductas fraudulentas del deudor, bien en el momento de la solicitud del concurso, bien una vez que esta ha sido admitida a trámite o cuando ya se ha declarado su existencia. Una vez detectada la crisis económica o la insolvencia del deudor, la legislación concursal regula los trámites que deben seguirse para resolver estas situaciones (Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal). Se contemplan 3 figuras delictivas:

El art. 259 CP castiga el "favorecimiento de acreedores", cuando el deudor, tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso, sin autorización judicial ni de los administradores concursales y fuera de los casos permitidos por la ley, realiza un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores con posposición del resto, sean aquellos privilegiados o no. El dictado del Auto de admisión a trámite del concurso (o del de declaración cuando aquel no sea preciso) constituye una condición objetiva de penalidad. La pena prevista es de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.

El art. 260 CP recoge el delito de "insolvencia o concurso punible", que sanciona al deudor que sea declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia haya sido causada o agravada de forma intencionada por él mismo o por

persona que actúe en su nombre. La declaración del concurso mediante Auto judicial es aquí una condición objetiva de penalidad, al contrario de lo que sucede en el delito de alzamiento de bienes, cuyas conductas típicas no son muy diferentes en el fondo. La legislación penal señala expresamente que la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal y reconoce la inexistencia de prejudicialidad, al permitir que ambos procedimientos puedan seguir su curso de forma independiente. La pena prevista para este delito es de prisión de 2 a 6 años y multa de 8 a 24 meses. El importe de la responsabilidad civil derivada de este delito se debe reintegrar en la masa.

El art. 261 CP castiga a quien presente, a sabiendas, en el procedimiento concursal datos falsos sobre su estado contable con el fin de lograr de forma indebida la declaración del concurso. Este delito de "presentación de datos falsos" se encuentra sancionado con penas de prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses.

Además, se reconoce tras la reforma de 2010 la responsabilidad penal de la persona jurídica en estos delitos. A tal efecto, se añadió el art. 261 bis, que señala las penas que pudieran ser de aplicación a la persona jurídica: multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años; multa de 1 a 3 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 y hasta 5 años, o multa de 6 meses a 2 años en los demás casos. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

2. Delitos socioeconómicos

2.1. Delitos relativos a la propiedad intelectual

En el análisis de estos delitos resulta de especial trascendencia la regulación extrapenal en esta materia, contenida en la Ley de Propiedad Intelectual (RD Legislativo 1/1996, 12 de abril). El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual (art. 270 CP) castiga la conducta de quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, plagie, reproduzca, distribuya o comunique públicamente, en todo o parte, una obra literaria, artística, científica o su transformación, interpretación o ejecución artística sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Por consiguiente, la autorización del sujeto pasivo excluye la tipicidad de la conducta. Los arts. 18 a 20 LPI definen estos conceptos. Resultan atípicos los supuestos de copia para uso privado del copista aunque no se abone el canon compensatorio, que deben resolverse en la vía civil (art. 31.2 LPI).

La pena del tipo básico es de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses. La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo una mención específica, mediante la adición de un párrafo segundo al art. 270.1 CP relativa a los casos de distribución al por menor (denominados popularmente como "top manta"), en los que atendidas las circunstancias del culpable y el escaso beneficio económico, siempre que no concurra alguna de las circunstancias del art. 271 CP (tipos cualificados), la pena se reduce sensiblemente (multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 70 días). Además, cuando el beneficio no exceda de 400 euros el hecho deberá ser castigado como falta del art. 623.5 CP.

También se castigan penalmente las exportaciones o almacenamiento de las citadas obras sin la necesaria autorización y las denominadas importaciones paralelas, siempre que las copias provengan de un Estado no perteneciente a la Unión Europea, tanto en los supuestos en los que las obras tengan un origen lícito como ilícito, protegiéndose así los derechos de distribución en exclusiva.

Y, por último, se adelantan las barreras de intervención penal para castigar con la misma pena a quienes fabriquen, importen, pongan en circulación o posean cualquier medio destinado a facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos utilizados para proteger programas de ordenador o cualquier otra obra.

En relación con el elemento subjetivo que exige ánimo de lucro, la Circular de la FGE 1/2006, 5 de mayo, señala que debe tratarse de un lucro "comercial", de tal forma que, en principio, resultan excluidas del ámbito del delito las descargas desde páginas P2P.

Se contemplan como tipos cualificados (art. 271 CP) con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses los siguientes: i) beneficio económico de gran trascendencia; ii) especial gravedad de los hechos atendiendo al valor de los objetos ilícitos o a los perjuicios causados; iii) organización o asociación, incluso transitoria; iv) utilización de menores de 18 años.

Existen otras consecuencias jurídicas que deben destacarse: la sentencia condenatoria puede ser

publicada a costa del infractor en un periódico oficial (arts. 272.2 y 288 CP). Para el cálculo de la responsabilidad civil derivada del delito el CP remite a la LPI (art. 272.1 CP), que en sus arts. 139 y 140 regulan el cese de la actividad ilícita y la indemnización, respectivamente.

Se establece, tras la reforma de 2010, la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos del art. 31 bis CP (art. 288 CP). En los supuestos en los que una persona jurídica sea responsable de la comisión del delito, la pena de multa puede oscilar entre el doble y el cuádruplo del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene pena de más de 2 años de prisión, o entre el doble y el triple en el resto de casos. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

2.2. Delitos relativos a la propiedad industrial

También aquí resulta de especial trascendencia la regulación extrapenal contenida en el Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929, parcialmente en vigor; la Ley 20/2003, 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial; la Ley 11/1986, 20 de marzo, de Patentes, y la Ley 17/2001, 7 de diciembre, de Marcas. Los tipos básicos de los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 a 275 CP) castigan a quien con fines industriales o comerciales y sin consentimiento del titular lleve a cabo conductas que afectan a determinados objetos protegidos por derechos de propiedad industrial, que deben encontrarse válidamente inscritos en la Oficina Española de Patentes y Marcas o en otro Registro extranjero y cuya inscripción debe ser conocida por el infractor.

El art. 273 CP se refiere en su primer apartado a las patentes y modelos de utilidad y contempla las conductas de fabricación, importación, posesión, utilización, ofrecimiento o introducción en el comercio; en su segundo apartado se amplía la protección al propio procedimiento patentado y al objeto obtenido por ese procedimiento; y en el tercero se castigan las mismas conductas respecto a los modelos o dibujos industriales o artísticos y a las topografías de productos semiconductores.

El art. 274 CP sanciona la reproducción, imitación, modificación o utilización de un signo distintivo idéntico o confundible (riesgo de confusión) con otro registrado para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos, así como las importaciones de estos productos, tanto si son ilícitos como lícitos, salvo en este último caso cuando proceden de otros países a la Unión Europea, y la posesión para su comercialización de productos o servicios con signos distintivos que infrinjan los derechos exclusivos de su titular cuando se trate de productos importados. Las marcas notorias o renombradas, pese a gozar de protección en el ámbito mercantil, no son equiparables a las marcas registradas a efectos penales. Este mismo precepto castiga supuestos de defraudación de obtenciones vegetales en sus apartados 3 y 4.

La LO 5/2010, de 22 de junio, modificó los dos primeros párrafos del art. 274 CP, sustituyendo el verbo "utilizar", referido al signo distintivo, por el de "usurpar" y suprimiendo la mención que se realizaba al origen lícito o ilícito de los productos importados y al supuesto en el que procedieran de un Estado de la Unión Europea. En este sentido, la nueva regulación ha despenalizado las denominadas importaciones paralelas en el marco de la propiedad industrial (no en los delitos contra la propiedad intelectual), es decir, la importación de productos originales fuera de los circuitos legales de distribución. Además, al igual que en los delitos contra la propiedad intelectual se ha establecido una pena atenuada para los supuestos de distribución al por menor, si no concurre ninguno de los tipos agravados, en función de las características del culpable y a la escasa cuantía del beneficio económico y se remiten a falta (art. 623.5 CP) los casos en los que este no supere la suma de 400 euros.

El art. 275 CP se refiere a la utilización fraudulenta en el tráfico económico de una denominación de origen o indicación geográfica, de forma intencionada y sin estar autorizado. Con las mismas penas se castiga en el art. 277 CP la divulgación intencional de una invención objeto de una solicitud de patente secreta, contraviniendo la legislación de patentes si se perjudica la defensa nacional.

Como tipos cualificados (art. 276 CP) con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses se contemplan los siguientes supuestos: i) beneficio económico de gran trascendencia; ii) especial gravedad de los hechos atendiendo al valor de los objetos ilícitos o a los perjuicios causados; iii) organización o asociación, incluso transitoria; iv) utilización de menores de 18 años.

Se establece, tras la reforma de 2010, la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos del art. 31 bis CP (art. 288 CP). En los supuestos en los que una persona jurídica sea responsable de la comisión del delito, la pena de multa puede oscilar entre el

doble y el cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene pena de más de 2 años de prisión, o entre el doble y el triple en el resto de casos. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

2.3. Delitos relativos al mercado y a los consumidores

Los delitos contenidos en los arts. 281 a 284 CP protegen al consumidor mediante el castigo de determinadas conductas de empresarios que atentan contra sus intereses patrimoniales y que afectan además a la libre competencia y a la transparencia del mercado.

A) Publicidad engañosa y facturación fraudulenta

En concreto, los arts. 282 y 283 CP tipifican conductas de fraude, bien en el anuncio de los productos o servicios, bien en su facturación. El Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 de noviembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 34/1988, 11 de noviembre, General de Publicidad, resultan de interés en esta materia al describir infracciones administrativas.

El delito de publicidad engañosa (art. 282 CP) sanciona a los fabricantes o comerciantes (delito especial) por la realización de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas sobre sus productos o servicios, siempre que esta conducta tenga la suficiente entidad para poder causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (delito de peligro hipotético). Se trata, por lo tanto, de una especie de acto preparatorio o tentativa de estafa, que tutela el derecho de los consumidores a obtener una información veraz sobre los servicios o productos ofertados. Debido a su ubicación sistemática se interpreta que el perjuicio debe ir referido a elementos patrimoniales, siendo preciso acudir a otros tipos cuando el peligro afecte a otros bienes jurídicos (p. ej. salud pública). La acción debe recaer sobre algún extremo esencial del objeto material "productos o servicios" (origen, naturaleza, composición, calidad, cantidad, categoría, etc.). No se sancionan penalmente otras formas de publicidad prohibidas por la normativa administrativa (p. ej. publicidad subliminal). Tampoco abarca el tipo penal los casos de exageraciones toleradas socialmente en la actividad publicitaria dirigidas a motivar al consumidor, ni puede exigirse que la información del anuncio sea exhaustiva, así como tampoco se consideran relevantes penalmente las características anunciadas que devienen imposibles o distintas por razones sobrevenidas ajenas a la voluntad o control del anunciante (STS N° 27/2009, de 26 de enero). La pena de prisión es alternativa a la de multa de 12 a 24 meses, sin que exista diferenciación en atención a la clase de producto o servicio publicitados (sobre medicamentos y alimentos cfr. arts. 362.3 y 363.1 CP).

La facturación, en perjuicio del consumidor, de cantidades superiores a las que correspondan por productos o servicios mediante la manipulación de aparatos automáticos medidores de su coste o precio se castiga con idéntica pena de prisión y con multa de 6 a 18 meses (art. 283 CP).

Cuando tras la realización de las anteriores conductas fraudulentas se llegue a producir un perjuicio material concreto como resultado, estos delitos entrarán en concurso con el delito de estafa (arts. 249-250 CP), a solucionar mediante las reglas del concurso de normas (art. 8 CP) a favor del delito de estafa para no vulnerar el principio *non bis in ídem* (STS N° 357/2004, de 19 de marzo: si el engaño viene conformado por la publicidad engañosa, esta queda absorbida por el delito de estafa).

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 cabría declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos previstos en los arts. 282 y 283, según se desprende del nuevo art. 288 CP. Ahora bien, la previsión de penas varía en cuanto a la multa, pues el art. 282 acoge el sistema de días/multa y prevé una multa de 1 a 3 años, mientras que el art. 283 recurre a la multa proporcional del doble al triple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas contenidas en el art. 66 bis también pueden imponerse alguna otra de las penas establecidas en el art. 33.7 CP.

B) La denominada estafa de inversiones

Mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, fue introducido el art. 282 bis CP, que tipifica la denominada "estafa de inversiones", modalidad más bien de publicidad engañosa en el ámbito del mercado de inversión asimismo como acto preparatorio o tentativa de estafa. Se protege mediante este delito la transparencia (integridad) en los mercados financieros para que los inversores tengan acceso a información veraz sobre los productos de inversión en los que puedan estar interesados.

En este precepto se sanciona a los administradores de hecho o de derecho (delito especial) de una sociedad emisora de valores negociados en mercados de valores que falseen, en los folletos de emisión o en otras informaciones que legalmente deban publicar, datos

sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros con el propósito de vender sus productos o captar financiación. La falsedad en la información puede llevarse a cabo de forma activa u omisiva (p. ej. no incluir datos relevantes).

Los criterios de interpretación utilizados respecto del art. 282 CP también deberían ser aplicables, *mutatis mutandi*, a este nuevo delito, de modo que se exija que la información falsa sea relevante para la valoración de los riesgos por parte de quien contrata o concede la financiación.

El nuevo precepto se configura, además, como una norma penal en blanco, pues se remite a la normativa administrativa reguladora del mercado de valores para determinar la información que deba ser objeto de publicación o la que deba contenerse en los folletos de emisión. En esta materia resulta relevante la regulación administrativa contenida en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla la anterior en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, y el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, que desarrolla los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.

El delito se configura como un delito doloso en el que además el sujeto activo debe obrar con una intención específica, la de vender sus productos o captar financiación. No se sanciona la comisión imprudente.

La pena asignada al delito es la de prisión de 1 a 4 años. La pena será impuesta en su mitad superior si se consigue colocar el producto u obtener la financiación, pudiendo llegar hasta 6 años de prisión junto con multa de 6 a 12 meses cuando el perjuicio causado sea de notoria importancia.

Tras la reforma de 2010 es posible declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica por este delito, según se desprende del nuevo art. 288 CP, que prevé una pena de multa de 1 a 3 años.

C) Competencia desleal: manipulación de precios en el mercado

Los arts. 281 y 284 CP sancionan conductas que se llevan a cabo para forzar una alteración de precios y así afectar a las reglas de competencia en el mercado. Resulta de interés la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que contempla las infracciones administrativas en esta materia.

El art. 281 CP sanciona el acaparamiento o detracción de materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mercado, de forzar una alteración de precios o de perjudicar gravemente a los consumidores, con pena de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 24 meses, imponiéndose las penas en su mitad superior cuando el delito se comete en situación de grave necesidad o catastrófica. Se trata de un delito de mera actividad, pues solo requiere la realización de la conducta consistente en detraer del mercado las materias primas o productos de primera necesidad, con cualquiera de las intenciones mencionadas, sin que sea necesario que efectivamente se llegue a producir el desabastecimiento, la alteración o el perjuicio grave a los consumidores.

El art. 284 CP recoge el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que castiga con pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses a quien mediante la difusión de noticias falsas, el empleo de violencia, amenaza o engaño o el uso de información privilegiada intente alterar los precios de todo tipo de bienes, sean muebles o inmuebles o de servicios que deban resultar de la libre concurrencia. Tan solo son penalmente sancionadas las conductas contrarias a la libre competencia que se llevan a cabo por alguna de las modalidades comisivas que se mencionan de forma taxativa en el citado precepto. También aquí la mera actividad encaminada a alterar los precios es suficiente para cometer el delito, sin que sea precisa la obtención de resultados económicos.

Este último precepto fue objeto de modificación mediante la LO 5/2010, que dejó el primer párrafo prácticamente invariable, a salvo de la supresión de la difusión de noticias falsas como modalidad comisiva, que se trasladó al segundo apartado. En este se castiga la difusión de noticias o rumores con datos económicos total o parcialmente falsos sobre personas o empresas, con la finalidad de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, siempre que el autor obtenga para sí o para un tercero un beneficio económico o cause un perjuicio económico, en ambos casos superior a 300.000 euros.

También fue incorporado, en el apartado tercero de este mismo artículo, un delito de maquinación para alterar el precio de valores o instrumentos financieros en el que se castiga a quien, utilizado información privilegiada: i) realice transacciones u ordene

operaciones capaces de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros; ii) se asegure, solo o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con el fin de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales. Se trata de un supuesto de utilización indebida de información privilegiada relacionada con la fijación de precios solo de valores o instrumentos financieros.

Además de las penas previstas en el art. 284 CP, se ordena la imposición de la pena de inhabilitación de 1 a 2 años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador. El art. 287 CP señala que este delito es perseguible de oficio, sin que sea necesario, como sucede en otros delitos previstos en la misma Sección, la presentación de denuncia por parte del perjudicado.

La LO 5/2010 estableció en el art. 288 CP la responsabilidad penal de la persona jurídica por el delito contenido en el art. 281 CP, no así para el delito del art. 284 CP, quizás por olvido, pues no parecen existir razones para excluir este cuando se reconoce esta posibilidad en todos los delitos que integran el Capítulo dedicado a los delitos contra la propiedad intelectual, propiedad industrial y defensa de los consumidores. La pena prevista es la multa de 1 a 3 años. Atendidas las reglas contenidas en el art. 66 bis también pueden imponerse alguna otra de las penas del art. 33.7 CP.

D) Uso de información privilegiada en el mercado de valores

El art. 285 CP contempla el delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, conocido en otros ordenamientos jurídicos como "insider trading" o "délit d'initié". Por regla general, la información de las empresas que afecta a la cotización de sus acciones debe ser pública; sin embargo, legalmente se establecen algunas excepciones y hasta que la información se transmite al mercado es posible que solo algunas personas, por la relación que mantienen con la entidad, la conozcan. Debe atenderse a lo dispuesto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

Este delito sanciona dos conductas: por una parte, la utilización, de forma directa o por medio de una persona interpuesta, de información privilegiada sobre la cotización de cualquier valor o instrumento negociado; y, por otra, el suministro a terceros de dicha información. Para que la información sea privilegiada debe ser precisa y concreta, no encontrarse disponible en el mercado para el público inversor y ser idónea para incidir de manera apreciable sobre la cotización de uno o varios valores o títulos negociables en mercados oficiales (art. 81 LMV). Como resultado de estas conductas el sujeto debe obtener para sí o para un tercero un beneficio superior a 600.000 euros. Resulta complejo determinar el momento comisivo de la infracción, aquel en el que debe obtenerse este beneficio. El TS, en la única Sentencia dictada al respecto (STS N° 1136/2010, de 21 de diciembre –Caso Tabacalera–), se decanta por la "teoría de la revalorización latente" que sitúa el momento comisivo cuando se produce la mayor revalorización de los valores como consecuencia de la información obtenida de forma privilegiada.

El círculo de sujetos activos del delito se encuentra limitado por la redacción típica, que exige que la información secreta haya sido conocida con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Se incluyen, por lo tanto, sujetos internos (empleados, socios, directores, etc.) y externos (auditores, asesores, etc.) a la compañía, siempre que su actividad profesional o su situación empresarial le otorgue un cierto control sobre esa información. Existen dudas sobre si el precepto abarca también a los terceros a los que el "iniciado" comunica la información para que la utilicen ("iniciados secundarios" o "tippees"); su punición como autores queda excluida puesto que no la obtienen con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Si el sujeto activo es un funcionario público hay que tener en consideración lo dispuesto en el art. 442 CP, que no se encuentra limitado al mercado de valores.

La pena del tipo básico es la de prisión de 1 a 4 años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial de 2 a 5 años. En el art. 285.2 CP se contemplan las siguientes circunstancias agravantes que permiten sancionar con pena de prisión de 4 a 6 años y las mismas penas de multa y de inhabilitación especial previstas en el tipo básico: i) habitualidad de estas prácticas abusivas; ii) beneficio de notoria importancia; iii) grave daño a los intereses generales.

Como otra posible consecuencia jurídica se contempla en el art. 288 CP la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales y, previa solicitud del perjudicado, en otro medio informativo, a costa del condenado.

Por lo que se refiere a las condiciones para poder perseguir este delito, el art. 287 CP, señalaba antes de la reforma de 2010 que era precisa la denuncia de

la persona agraviada o de sus representantes legales, salvo en los supuestos en los que el delito afectase a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Sin embargo, la situación cambia radicalmente tras la reforma, pues desde entonces este delito es perseguible de oficio en todo caso, de modo que no se requiere ya la denuncia del perjudicado.

Tras la LO 5/2010 el art. 288 CP también prevé la posibilidad de que la persona jurídica sea penalmente responsable por la comisión de este delito. Se recurre para sancionar a la persona jurídica al sistema de multa proporcional, del doble al cuádruple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas contenidas en el art. 66 bis también pueden imponerse alguna otra de las penas del art. 33.7 CP.

2.4. Corrupción entre particulares

El novedoso artículo 286 bis CP, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, supone una transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, cuya finalidad radica en la protección de la competencia justa y honesta y el respeto de las reglas de buen funcionamiento del mercado. Se pretende combatir la "corrupción" en el ámbito privado mediante el castigo de conductas de soborno en las relaciones comerciales entre dos partes contratantes. También se prevé un tipo específico referido a la corrupción en el deporte (art. 286 bis 4 CP).

La conducta típica resulta similar a la del delito de cohecho, pudiendo ser doble y consistir tanto en (corrupción activa): i) prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de carácter injustificado a quienes tienen capacidad para tomar decisiones en la compraventa de mercancías o en la contratación de servicios dentro de una empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización con el fin de que, incumpliendo sus obligaciones, le favorezca a él o a un tercero frente a otros; como en (corrupción pasiva): ii) recibir, solicitar o aceptar ese beneficio o ventaja económica por parte de determinadas personas vinculadas a la empresa con el fin de favorecer en esa contratación de bienes o servicios a quien le concede el beneficio frente a otros.

La primera de las conductas típicas puede llevarse a cabo por cualquier persona, bien de forma directa o a través de otra (delito común); la segunda, sin embargo, solo puede ser cometida por determinados sujetos activos (delito especial): directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización, igualmente de forma directa o a través de otro. En este precepto el legislador parece haber olvidado referirse a la clásica distinción entre administrador de hecho y de derecho. Por otra parte, la inclusión de los colaboradores amplía el círculo de sujetos activos a personas que no pertenecen propiamente a la empresa u organización.

Finalmente, el precepto dedica un apartado al castigo de la denominada "corrupción en el deporte" que sanciona las mismas conductas anteriores cuando sean realizadas por directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, así como por deportistas, árbitros o jueces, siempre que se realicen con la finalidad de manipular el resultado de pruebas o competiciones deportivas profesionales.

La pena en ambos delitos es la misma: prisión de 6 meses a 4 años, inhabilitación especial por tiempo de 1 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. El delito no exige que se alcance un determinado beneficio. Sin embargo, en su apartado 3 el precepto faculta al Juez o Tribunal a imponer la pena inferior en grado y reducir la multa atendiendo a la cuantía del beneficio o ventaja y a la importancia de las funciones que desempeñe el culpable en la organización o empresa. En cualquier caso, deberían quedar fuera del alcance del tipo los pequeños obsequios o regalos promocionales, invitaciones a comidas y, en definitiva, todo lo que en el sector en cuestión se encuentre dentro de lo socialmente permitido, pues este tipo de ventajas o beneficios no tienen la suficiente entidad como contraprestación del favorecimiento buscado. También deberían considerarse atípicos los supuestos en los que el beneficio o ventaja no se recibe por las personas físicas mencionadas en el tipo, sino por la propia sociedad (p. ej. mejores condiciones contractuales en el suministro de determinados bienes por mantener una relación en exclusiva o de una duración determinada).

Además, el art. 288 CP admite la responsabilidad penal de la persona jurídica por los hechos castigados en el art. 286 bis, estableciendo como pena la multa de 1 a 3 años. No se entiende el motivo por el que la pena no sea de naturaleza proporcional como en el caso de la sanción prevista para la persona física. Además, atendidas las reglas contenidas en el art. 66 bis también puede imponerse alguna otra de las penas del art. 33.7 CP.

2.5. Delitos societarios

Los arts. 290 a 295 CP tipifican los "delitos societarios", que castigan algunas conductas que se llevan a

cabo en el seno de las sociedades que se definen en el art. 297 CP de forma amplia, incluyendo diversas formas asociativas que se caracterizan porque participan de forma permanente en el mercado. No se contempla la responsabilidad de la persona jurídica en ninguno de los delitos societarios.

De todos estos delitos el más importante en la práctica es el de "administración desleal" que se contiene en el art. 295 CP y que castiga a los administradores de hecho o de derecho o a los socios que, con abuso de las funciones de su cargo y en beneficio propio o de tercero, disponen fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraen obligaciones en su contra. Se trata de realizar actos de administración de la entidad no destinados al beneficio de esta, sino del propio sujeto activo o de un tercero. Además, debe constatarse un resultado lesivo consistente en la causación directa de un perjuicio económico a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administre el sujeto activo del delito.

En los supuestos en los que el administrador incorpora los bienes de forma definitiva a su patrimonio, resulta de aplicación preferente el delito de apropiación indebida que tiene asignada una mayor pena (art. 252 CP), debiendo quedar reservado el delito de administración desleal para aquellos casos en los que se producen usos temporales ilícitos de los bienes de la sociedad u otras conductas no subsumibles en el delito patrimonial clásico (concesión de créditos a los administradores en condiciones excesivamente ventajosas, abusos de autocartera, gravamen sobre bienes sociales para garantizar deudas personales, etc.), siempre que concurran el resto de requisitos típicos (en especial, el perjuicio económicamente evaluable).

El TS ha señalado (desde la STS N° 224/1998, de 26 de febrero –Caso Argentia Trust–) que en el delito de apropiación indebida se contempla un tipo de apoderamiento (incorporación al patrimonio del sujeto activo) y otro de distracción (dar a lo recibido un uso diferente del pactado), siendo este segundo un tipo de administración desleal, aplicable a las apropiaciones de dinero debido a su fungibilidad. En pronunciamientos posteriores (STS N° 867/2002, de 29 de julio –Caso Banesto–), sin embargo, diferenció ambos tipos delictivos en función del destino dado a los bienes, considerando, de forma correcta, que solo los casos de incorporación definitiva de los bienes al patrimonio propio (o ajeno) debían incluirse en el delito de apropiación indebida. En sus sentencias más recientes, sin embargo, el TS sitúa el elemento distintivo entre ambas infracciones en el hecho de que el administrador actúe dentro (administración desleal) o fuera (apropiación indebida) de sus funciones, aunque defraudando la confianza en él depositada (SSTS N° 841/2006, de 17 de julio; N° 1114/2006, de 14 de noviembre; N° 462/2009, de 12 de mayo): mientras que en la apropiación indebida el exceso es extensivo, porque el sujeto activo se excede de sus funciones, en el delito de administración desleal el exceso es intensivo, porque su actuación se mantiene dentro de sus facultades aunque las ejercita indebidamente. Así si el administrador supera sus facultades cometerá apropiación indebida y si actúa dentro de ellas, pero perjudicando a la sociedad, administración desleal; este criterio, sin embargo, no resulta convincente.

Además del delito de "administración desleal" (art. 295 CP), se contemplan otras 4 figuras delictivas entre los delitos societarios:

El art. 290 CP castiga el "falseamiento de documentos sociales" por parte de los administradores de hecho o de derecho, siempre que se trate de las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria) o de otros documentos que deban reflejar la situación económica o jurídica de la entidad (informe de gestión, propuesta de aplicación de resultado, etc.). Cuando se falsean datos en documentos que se presentan en un procedimiento concursal se debe aplicar el art. 261 CP por su especialidad. La falsedad debe ser idónea (delito de peligro) para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero. La pena es de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses. Si el perjuicio llega a producirse las penas se imponen en su mitad superior.

Los arts. 291 y 292 CP contemplan la "imposición de acuerdos abusivos o lesivos" y castigan con pena de prisión de 6 meses a 3 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido a los accionistas mayoritarios que impongan acuerdos abusivos o a aquellos que impongan acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (abuso de firma en blanco, atribución de derecho de voto a quien no lo tiene o negación a quien sí lo tenga). Es preciso que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro propio o ajeno y que los acuerdos perjudiquen a los demás socios y no reporten beneficios a la sociedad.

La "obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios" se sanciona con multa de 6 a 12 meses en el art. 293 CP que castiga a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad que sin causa legal

nieguen o impidan a un socio el ejercicio de sus derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o de suscripción preferente. No se exige en este caso la actuación con ánimo de lucro ni la causación de un perjuicio patrimonial. Estos derechos deben ejercitarse de acuerdo con los cauces legales previstos al efecto.

Por último, la "obstaculización de las labores de inspección o supervisión" por parte de los administradores de hecho o de derecho o los socios se castiga en el art. 294 CP en relación con las entidades que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa (p. ej. mercado de valores, seguros privados, entidades de crédito). Es necesario que se produzca una desobediencia a los requerimientos administrativos que impida de forma absoluta la actividad inspectora o supervisora de la Administración.

El art. 296 CP exige como condición de perseguibilidad en estos delitos la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales, salvo en los supuestos en los que el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En los casos en los que la perjudicada es una persona jurídica, no existen múltiples perjudicados aunque indirectamente afecte a los socios (STS N° 843/2006, de 24 de julio).

3. Delito de blanqueo de capitales

El art. 301 CP contempla, con una redacción excesivamente amplia, una serie de conductas que implican una colaboración en la ocultación de las ganancias que proceden de un delito con el objetivo de transformarlas en dinero o bienes de apariencia legal.

Existe una abundante legalidad supranacional que pone de relieve la gran preocupación de los Estados por este fenómeno delictivo, conocido como "blanqueo de capitales" o "lavado de dinero". En el orden administrativo la transposición de este derecho externo se produjo mediante la Ley 19/1993, 28 de diciembre (vigente hasta el 30 de abril de 2010), y el Reglamento aprobado por RD 925/1995, 9 de junio, de Prevención del Blanqueo de Capitales, ambos objeto de importantes reformas posteriores. Esta normativa contempla obligaciones para los "sujetos obligados", que como consecuencia del ejercicio de determinadas actividades o profesiones (bancos, seguros, casinos, joyerías, inmobiliarias, abogados, notarios, registradores, etc.) deben colaborar en la prevención y denuncia de operaciones de blanqueo. Según los casos, además de aplicar una política interna de conocimiento del cliente y de formación del personal en materia de blanqueo de capitales, así como someterse a auditorias internas y externas, las empresas obligadas deben comunicar periódicamente al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales del Banco de España (SEPBLAC) la existencia de "operaciones sospechosas" (manejo de cantidades de dinero en efectivo, operativa no usual en ese cliente, paraísos fiscales, etc.). Se recogen sanciones administrativas en caso de incumplimiento de dichas obligaciones. Posteriormente, mediante Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo (vigente desde el 1 de mayo de 2010), se ha incrementado el círculo de sujetos obligados y las propias obligaciones de control y custodia de documentación.

Por su parte, el CP sanciona todas las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes a sabiendas de su procedencia delictiva o la realización de cualquier otro acto para encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que ha intervenido en el delito a eludir las consecuencias de sus actos. Así, como requisito previo los bienes deben proceder de un delito (ya no se exige que se trate de un delito grave). No existe ninguna limitación en función de la cuantía o valoración de los bienes objeto del blanqueo. La conducta típica consiste en realizar cualquier acto sobre esos bienes con las finalidades enunciadas. La LO 5/2010, de 22 de junio, reformó este precepto, para dotarle incluso de una mayor extensión, al incluir desde entonces como conducta típica tanto la mera posesión como la utilización de los bienes de procedencia delictiva, cambió el término delito por actividad delictiva y precisó que es factible que la actividad delictiva haya sido cometida tanto por la misma persona que lleva a cabo el acto de blanqueo (auto-blanqueo) como por un tercero. Esta ampliación resulta criticable, pues no nos encontramos propiamente ante actos de blanqueo, que implica ocultar su origen ilícito y aflorar los beneficios de las actividades delictivas al circuito económico legal, dotándolos así de apariencia lícita. Además, castigar a quien delinque no solo por el delito cometido, sino también por un delito de blanqueo por el mero hecho de poseer los bienes obtenidos, podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

La interpretación jurisprudencial hasta el momento también había llevado a cabo una interpretación muy amplia del ámbito de aplicación de este delito, pues algunos pronunciamientos judiciales han señalado que no es preciso que exista condena por el

delito previo para poder afirmar que se ha producido el blanqueo, siendo suficiente con que el Tribunal concluya que proceden de hechos susceptibles de ser considerados como delictivos (STS N° 313/2010, de 8 de abril); en todo caso, el Tribunal debe justificar su existencia al tratarse de un elemento normativo del delito. Además el propio precepto (art. 301.4 CP) señala que el delito previo ha podido ser cometido en el extranjero (principio de extraterritorialidad).

Respecto al conocimiento por parte del sujeto activo de la procedencia de los bienes, la jurisprudencia tiene establecido que hace falta algo más que la mera sospecha, aunque no es necesario conocer la infracción previa de forma detallada, de modo que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de la procedencia delictiva (STS N° 587/2009, de 22 de mayo), admitiendo incluso la denominada "ignorancia deliberada" (STS N° 28/2010, de 28 de enero) y, además, recurre con frecuencia a la prueba de indicios para afirmar este conocimiento (incrementos inusuales de patrimonio, inexistencia de negocios lícitos, vínculos con actividades delictivas, etc.).

Se contempla un tipo agravado cuando los bienes tienen origen en un delito de tráfico de drogas (pena en su mitad superior). Además la LO 5/2010, de 22 de junio, a fin de luchar contra la corrupción, incorporó una nueva agravación cuando los bienes tengan su origen en algunos delitos contra la Administración pública o en delitos urbanísticos.

Junto a la modalidad dolosa, se sanciona también la comisión del delito por imprudencia grave (art. 301.3 CP). El delito no exige la actuación con ánimo de lucro.

Además de las penas señaladas en el delito, está prevista la inhabilitación profesional de 3 a 10 años si el delito es cometido por empresario, intermediario del sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (art. 303 CP).

También se castigan la provocación, conspiración y proposición para cometer este delito (art. 304 CP).

Las ganancias obtenidas pueden ser decomisadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 127 CP.

Por último, la LO 5/2010 ha previsto la responsabilidad de la persona jurídica por este delito con una pena de multa que puede oscilar entre 2 y 5 años. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

4. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social

4.1. Delito fiscal

El art. 305 CP tipifica el delito fiscal, que castiga conductas de defraudación a la Hacienda pública, por parte del obligado tributario (delito especial), bien mediante la elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, bien mediante el disfrute indebido de beneficios o devoluciones fiscales, siempre que el importe de la cuota que se haya dejado de ingresar sea superior a 120.000 euros (SSTS N° 1505/2005, de 25 de noviembre, y N° 160/2009, de 12 de febrero). Se trata de una condición objetiva de penalidad, de modo que si no se llega a esta cuantía el hecho no puede ser considerado delictivo. A fin de determinar si se supera esta cuantía el propio precepto señala que en los tributos con declaración periódica (p. ej., IRPF, IS), debe estarse a lo defraudado en cada periodo impositivo y si este es inferior a 12 meses (p. ej., IVA), el importe de lo defraudado hay que computarlo en cada año natural; en otro caso, irá referido a cada uno de los conceptos susceptibles de liquidación. Cuando la defraudación fiscal sea contra la Hacienda de la UE el importe de la cuantía defraudada para ser delito debe exceder de 50.000 euros y para ser falta de 4.000 euros (art. 627 CP).

Un sector doctrinal cada vez más amplio y una reciente corriente jurisprudencial interpretan que este delito se fundamenta en la existencia de una defraudación, que exige un elemento de mendacidad, de modo que el sujeto activo debe ocultar su situación tributaria a la Hacienda pública. La responsabilidad penal no surge del mero impago, sino de la ocultación de las bases imponibles o de la ficción de los gastos. Así, existe una línea jurisprudencial, aunque no la única, que señala que no deben considerarse delito fiscal los supuestos antes denominados de "fraude de ley tributaria" (ahora "conflicto en la aplicación de la norma") regulados en el art. 24 LGT, en los que el sujeto actúa de forma transparente, reservando a la vía penal los supuestos de simulación en los que sí existe engaño u ocultación. En este sentido se han pronunciado las Sentencias del TS de 28 de noviembre de 2003 y N° 737/2006, de 20 de junio, así como la del TC 120/2005, de 10 de mayo. Sin embargo, el TC alcanzó otra conclusión en la Sentencia 129/2008, de

27 de octubre, que respecto a unos hechos idénticos a los analizados en la sentencia anterior considera que existe simulación (por falta de racionalidad económica de la operación) y que, por lo tanto, la condena por delito fiscal es correcta. Resulta, por lo tanto, controvertida la interpretación del elemento típico defraudación.

Existe también una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la tributación de rentas ilícitas y la posible comisión de un delito fiscal cuando los ingresos de la actividad delictiva son ocultados a la Hacienda pública, decantándose la posición más amplia por la negación de este delito, sin perjuicio de aplicar la figura del comiso a esas ganancias (art. 127 CP). Sobre esta problemática, vid. STS N° 1113/2005, de 15 de septiembre.

El delito exige la concurrencia de dolo, de modo que un error sobre los elementos del tipo, excluirá la punición de la conducta (art. 14.1 CP).

Antes de la reforma introducida por LO 5/2010, el límite máximo de la pena de prisión llegaba a 4 años; mediante la reforma se ha elevado a 5 años. Se prevé ahora también que los Jueces y Tribunales recaben el auxilio de los órganos de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil.

Como cualificaciones se contemplan en el art. 305.1, 2 pfo. CP que permiten aplicar la pena en su mitad superior las siguientes circunstancias: i) se utilicen personas interpuestas para ocultar la verdadera identidad del obligado tributario; ii) especial trascendencia y gravedad de la defraudación (cuantía elevada o estructura organizativa que afecta a una pluralidad de obligados tributarios).

De gran relevancia práctica resulta el instituto de la regularización previsto en el art. 305.4 CP: se excluye la pena si el obligado tributario regulariza su situación tributaria antes de que la Administración le comunique el inicio de actuaciones de comprobación o antes de que el Ministerio Fiscal o el Abogado de la Administración interpongan querella o denuncia o lleven a cabo actuaciones que puedan ser conocidas por aquel. La regularización por parte del obligado tributario no afecta a terceras personas que hayan podido intervenir en el delito y comprende asimismo la responsabilidad por los delitos de falsedad que se hayan cometido en relación con la deuda objeto de regularización. El pago en un momento posterior, y siempre antes del momento del juicio, no eximiría de pena, pero podría dar lugar a la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

Pese a que la infracción administrativa prescribe a los 4 años desde la fecha de su comisión, el plazo de prescripción del delito fiscal es de 5 años (art. 131 CP), pudiendo ser exigida la deuda en vía penal (STS N° 1604/2005, de 21 de noviembre).

Aunque existen algunos pronunciamientos judiciales que admiten la posibilidad de delito continuado (art. 74 CP) en estas infracciones, la línea jurisprudencial mayoritaria se muestra contraria a su admisión.

Cuando haya recaído una previa sanción administrativa por los mismos hechos, a fin de no vulnerar el principio *non bis in idem*, que impide la doble sanción a una misma persona por los mismos hechos con idéntico fundamento, será preciso que el importe de la multa ya abonado se descuente en ejecución de sentencia (STC 2/2003, de 16 de febrero y STS N° 141/2008, de 8 de abril).

Por último, se establece, tras la reforma de 2010, la responsabilidad penal de la persona jurídica con pena de multa que podrá oscilar entre el doble y el cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida (art. 310 bis CP). Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

4.2. Fraudes de subvenciones y contra la Seguridad Social

En los arts. 306 a 309 CP se castigan otras conductas de fraude a los presupuestos de la UE o a la Seguridad Social. Tras la aprobación del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1995, los fraudes a los presupuestos de la UE se regulan en los arts. 306 y 309 CP, que sancionan la obtención indebida de fondos mediante falseamiento de las condiciones requeridas u ocultación de las impeditivas y el destino de fondos a fines diferentes de aquellos para los que se concedieron, siempre que la cuantía defraudada sea superior a 50.000 euros. En el art. 628 CP se recoge una falta de defraudación de fondos comunitarios cuando en los mismos supuestos anteriores la cuantía sea superior a 4.000 euros.

El art. 308 CP contiene el delito de "fraude de subvenciones" que castiga con las mismas penas, a las que se añade la pérdida del derecho a obtener subvenciones o beneficios fiscales o de la Seguridad Social,

a quien obtenga una subvención, desgravación o ayuda públicas (delito de resultado), y lleve a cabo alguna de estas conductas: i) falsear las condiciones requeridas para su concesión u ocultar las que la hubieran impedido o ii) incumplir las condiciones requeridas mediante alteración sustancial de los fines para los que fue concedida. El hecho solo constituye delito si el importe de la subvención, desgravación o ayuda supera los 80.000 euros. Al igual que en el delito fiscal (art. 305 CP), este precepto prevé también como causa que exime de la responsabilidad penal el reintegro de las cantidades recibidas antes de tener conocimiento de la existencia de actuaciones inspectoras o de control o de la interposición de la querella o denuncia.

El art. 307 CP contempla el delito de "defraudación a la Seguridad Social" con una estructura similar a la del delito fiscal, que castiga con idénticas penas la elusión del pago de cuotas o la obtención indebida de devoluciones en cuantía superior a 120.000 euros. La defraudación de la "cuota obrera" por parte del empresario se venía considerando por la jurisprudencia delito de apropiación indebida; ahora se incluyen en este precepto, de modo que solo será delictiva la conducta si en la liquidación de las cuotas (incluyendo la obrera y la empresarial) se supera la cuantía señalada. Se establecen, además, las mismas agravaciones y se prevé igual exención de pena por regularización en tiempo.

Antes de la reforma llevada a cabo mediante LO 5/2010, de 22 de junio, la pena de prisión prevista para estos delitos tenía un marco abstracto de 1 a 4 años, habiéndose ampliado tras la reforma el límite máximo a 5 años, al igual que en el delito fiscal.

La reforma de 2010 también estableció la posible responsabilidad penal de la persona jurídica en estos delitos en los mismos términos que en el delito fiscal (art. 310 bis CP).

4.3. Delito contable tributario

En el art. 310 CP se contiene el denominado "delito contable tributario", también denominado "delito de obstruccionismo fiscal" y en él se castigan, como delito autónomo, una serie de conductas preparatorias de una eventual infracción fiscal. Se adelanta de esta forma la barrera de protección penal.

Los comportamientos sancionados implican una falta de cooperación por parte del contribuyente con la Administración tributaria que se caracterizan por el incumplimiento de obligaciones legales de llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales. Se sanciona (a) el incumplimiento absoluto de esta obligación por quien se encuentre en régimen de estimación directa de bases tributarias y (b) la llevanza de diversas contabilidades que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa. Por otro lado, se castiga también (c) la no anotación de operaciones en los libros o su anotación con cifras diferentes a las verdaderas y (d) la realización de anotaciones contables ficticias. En estos dos últimos supuestos es necesario que además se haya omitido la presentación de las declaraciones tributarias o que las presentadas sean reflejo de la falsa contabilidad, siempre que la cuantía, en más o en menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados, sin compensación económica entre ellos, exceda de 240.000 euros por cada ejercicio económico. Por lo tanto, en los supuestos c) y d) no es suficiente con que se falsee la contabilidad, sino además debe presentarse ante la Administración tributaria o dejar que transcurra el plazo en que debió presentarse y siempre que se cumpla el citado requisito cuantitativo.

La relación entre el delito fiscal (art. 305 CP) y este delito es de normas (art. 8 CP), de tal forma que este solo resulta aplicable cuando no se haya producido la defraudación a la Hacienda pública constitutiva de delito.

La excusa absolutoria de regularización prevista en el art. 305.4 CP también alcanza a este delito.

Se establece, tras la reforma de 2010, la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos del art. 31 bis CP (art. 288 CP). En los supuestos en los que una persona jurídica sea responsable de la comisión del delito, la pena de multa puede oscilar entre los 6 meses y 1 año. Se prevé la posibilidad de aplicar alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, siempre que se cumplan los requisitos del art. 66 bis CP.

5. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Los "delitos contra los derechos de los trabajadores" (arts. 311 y ss.) castigan una serie de conductas con el fin de que se respeten las condiciones mínimas de trabajo. Dentro de los principios rectores de la política social y económica, el art. 40 CE obliga a los poderes públicos a fomentar una política que vele por estos derechos.

El art. 311 CP reprime con penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses la imposición, mediante engaño o abuso de una situación de

necesidad, o el mantenimiento, en caso de transmisión de empresas, de condiciones ilegales de trabajo o de seguridad social; las penas se agravan si se utiliza violencia o intimidación.

El art. 312 CP sanciona con penas de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses el tráfico ilegal de mano de obra o el reclutamiento o contratación de personas mediante ofertas falsas de trabajo, así como el empleo de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen sus derechos laborales.

Con idénticas penas a las anteriores se contempla en el art. 313 CP la provocación o promoción de la inmigración clandestina de trabajadores a España o su determinación o favorecimiento mediante engaño. Tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, la redacción del precepto alude a la necesidad de simular un contrato o colocación o a la utilización de un engaño semejante.

El art. 314 CP castiga, con pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses, las formas más graves de discriminación en el trabajo, que ya resultan prohibidas mediante la Ley 5/2000, 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), exigiendo que haya existido un previo requerimiento o sanción administrativa y que, a pesar de ello, no se haya restablecido la situación y reparado los daños económicos causados.

El art. 315 CP protege penalmente el ejercicio de la libertad sindical y el derecho de huelga, mediante el castigo con penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, a quien impida o limite estos derechos de los trabajadores mediante el empleo de engaño o abuso de una situación de necesidad. La pena se agrava si media el uso de fuerza, violencia o intimidación; por otro lado, en el apartado 2 se sanciona con idénticas penas la coacción a la huelga.

Con el fin de intentar reducir la siniestralidad laboral, dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, los arts. 316 y 317 CP recogen el "delito contra la seguridad e higiene en el trabajo", mediante la descripción de conductas que infringen normas de prevención de riesgos laborales y ponen en grave peligro la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. La norma penal debe ser completada con lo dispuesto en la Ley 31/1995, 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en sus disposiciones de desarrollo (norma penal en blanco).

La conducta típica es omisiva y consiste en la no facilitación, por quienes están legalmente obligados, de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Según el art. 318 CP cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica los "sujetos obligados" son los administradores o encargados del servicio que sean responsables y quienes conociendo los hechos no adoptaron ninguna medida para evitarlos. En principio, la persona obligada es el empresario, quien ha podido además delegar esta labor en determinadas personas, que también deberán ser consideradas sujetos obligados. El concepto "medios necesarios" incluye tanto los medios materiales (equipos de protección) como los de carácter intelectual (información, cursos de formación, adecuación de las tareas a la experiencia, etc.) y organizativo (turnos de trabajo, horarios, procedimientos de emergencia, etc.). Además, el empresario mantiene un deber de vigilancia sobre el uso de esos medios (art. 15.4 LPRL), de modo que responderá de aquellos resultados lesivos que sean imputables a la omisión de sus deberes de control. Ahora bien, este deber no incluye aquellos supuestos en los que el trabajador ha actuado con imprudencia temeraria, que escapan de lo previsible desde un punto de vista objetivo. La aceptación por parte del trabajador de condiciones de trabajo peligrosas no supone un consentimiento válido respecto a los posibles riesgos que de ello se deriven, pues nos encontramos ante una materia indisponible para el trabajador. La imprudencia derivada de la falta de supervisión por parte del empresario puede ser considerada leve cuando concurra con una imprudencia no temeraria, pero sí de especial relevancia, del trabajador.

Además, la infracción de la normativa administrativa de prevención de riesgos laborales debe poner en peligro grave los bienes individuales que se mencionan en el precepto. Si no concurre este peligro grave, la infracción permanecerá en el ámbito administrativo. Si el peligro se realiza en un resultado lesivo, deberán aplicarse las reglas del concurso de normas (art. 8 CP: solo se castigaría el delito de resultado lesivo) o las del concurso ideal (art. 77 CP: se aplicaría la pena del delito más grave en su mitad superior), según si el peligro ha afectado a las mismas o a más personas de las finalmente lesionadas. Parece preferible aplicar siempre el concurso ideal cuando la lesión sea constitutiva de falta.

Este delito se castiga tanto en su forma dolosa como imprudente grave (art. 317 CP).

Por último, se encuentra prevista la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP

(art. 318 CP). La reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, no contempló para los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV, la posibilidad de que la persona jurídica responda penalmente, pues la referencia que se contiene en el modificado artículo 318 bis tan solo hace alusión a los delitos recogidos en su propio Título (XV Bis), dedicado a la tutela de los derechos de los trabajadores extranjeros; lo que no se entiende, especialmente teniendo en cuenta que en este ámbito de prevención de riesgos laborales existe una abundante regulación que debe ser cumplida por las empresas en orden a evitar los accidentes laborales.

6. Delitos contra la ordenación del territorio

El art. 319 CP tipifica el denominado "delito urbanístico", que antes de la reforma de 2010 venía a sancionar a los promotores, constructores o técnicos directores (delito especial) que llevan a cabo una: i) construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural o de especial protección (penas de prisión de 6 meses a 3 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación profesional de 6 meses a 3 años); ii) edificación no autorizable en suelo no urbanizable (penas de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación profesional de 6 meses a 3 años). La primera de las conductas descrita era más grave y hacía referencia a cualquier construcción, siendo suficiente con que no dispusiera de licencia, en atención al nivel de protección de los suelos afectados. La segunda de las conductas era más restringida, tanto por lo que se refiere al uso del término edificación como a la exigencia de que no sea autorizable, que exige no solo que la obra no tenga licencia, sino que además no sea posible obtenerla ni legalizarla.

Con la reforma de 2010 el tipo penal sufrió una importante modificación. En primer lugar, se ampliaron las conductas típicas para incluir junto a la construcción y a la edificación, las obras de urbanización, que por lo general suelen preceder a aquellas otras. Además en su nueva redacción el precepto iguala las tres conductas típicas, esto es, urbanizar, edificar y construir, y las castiga tanto si se llevan a cabo en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural o de especial protección (pena de prisión de 1 año y 6 meses a 4 años, multa de 1 a 24 meses, salvo que el beneficio sea mayor, en cuyo caso se recurre a la multa proporcional del tanto al triplo, e inhabilitación especial de 1 a 4 años) como en suelos no urbanizables (con idénticas penas salvo la de prisión de 1 a 3 años). En todos los supuestos la obra debe ser "no autorizable", es decir, no basta con no tener licencia, sino que además su obtención debe ser imposible.

El concepto "promotor" incluye, según la línea jurisprudencial predominante (SSTS N° 1250/2001, de 26 de junio, y N° 690/2003, de 14 de mayo), a cualquier persona física o jurídica que impulsa, programa o financia una construcción para sí o para su posterior enajenación a terceros (de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 28/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación); no es necesario, por lo tanto, que se trate de un promotor profesional. Cuando la condición de promotor recaiga en una persona jurídica, a fin de poder castigar al administrador, de hecho o de derecho, que materialmente haya realizado la conducta típica, será preciso acudir a la regla de actuación en nombre de otro prevista en el art. 31 CP.

Estas conductas solo se castigan en su versión dolosa, de modo que un error sobre los elementos del tipo conlleva su impunidad (art. 14.1 CP).

El precepto también prevé que el Juez o Tribunal pueda ordenar, de forma motivada, la demolición de la obra, a cargo del autor del hecho, sin perjuicio de las indemnizaciones que deban abonarse a terceros de buena fe (art. 319.3 CP). Y tras la reforma de 2010 se concreta que debe procederse al comiso de las ganancias obtenidas, con independencia de las transformaciones sufridas. La pena se impondrá, además, en un grado superior si las conductas afectan a un espacio natural protegido (art. 338 CP) y judicialmente se pueden adoptar medidas encaminadas a la restauración del equilibrio ecológico perturbado o proteger los bienes afectados (art. 339 CP).

La reforma de 2010 también contempló la responsabilidad penal de la persona jurídica, señalando el art. 319.4 CP que se le impondrá la pena de multa de 1 a 3 años, salvo que el beneficio obtenido sea mayor, en cuyo caso será del doble al cuádruple de dicho beneficio. Además, es posible imponer otras de las penas contempladas en el art. 33.7 CP, si se dan los requisitos establecidos en el art. 66 bis CP.

La reparación voluntaria del daño por parte del culpable conlleva la aplicación de la pena inferior en grado (art. 340 CP).

Cuando haya recaído una previa sanción administrativa por los mismos hechos, a fin de no vulnerar el principio *non bis in idem*, que impide la doble sanción a una misma persona por los mismos hechos con idéntico fundamento, será preciso que el importe de la multa ya abonado se descuente en ejecución de sentencia (STC 2/2003, de 16 de febrero y STS N° 141/2008, de 8 de abril).

7. Delitos relativos al medio ambiente

El art. 325.1 CP recoge el tipo básico del denominado "delito ambiental" o "delito de contaminación atmosférica", en el que se incluyen determinadas acciones que serán consideradas delictivas siempre que pueden perjudicar de forma grave al medio ambiente (delito de peligro) y cuando, además, supongan una infracción de la normativa administrativa que regula el ámbito en el que se realiza la acción.

Las acciones consisten en provocar o realizar, de forma directa o indirecta, emisiones, vertidos, radiaciones, vibraciones, inyecciones o depósitos y captaciones de agua. Resulta decisiva la normativa administrativa sectorial, tanto legal como reglamentaria, cuyo incumplimiento se exige como presupuesto del delito (norma penal en blanco). No existe en la actualidad una Ley General del Medioambiente y la existencia de competencias adicionales de protección y legislativas de desarrollo por las Comunidades Autónomas hacen que la normativa extra-penal se encuentre dispersa y pueda incluso diferir de un territorio a otro.

La conducta debe, además, ser idónea para perjudicar de forma grave el equilibrio de los sistemas naturales, lo que debe quedar acreditado en el procedimiento penal mediante la correspondiente prueba pericial, que debe reproducirse en el acto del juicio para surtir efectos probatorios.

Las penas previstas para este delito fueron incrementadas mediante la reforma del CP de 2010. La pena de prisión se elevó tanto en su límite inferior como en el superior (pasó de prisión de 6 meses a 4 años a prisión de 2 a 5 años). La multa y la inhabilitación se mantuvieron igual (multa de 8 a 24 meses e inhabilitación profesional de 1 a 3 años). En el art. 325 *in fine* se contempla una agravación de la pena cuando el riesgo de grave perjuicio vaya dirigido a la salud de las personas. Cuando se produzcan daños o lesiones se sancionarán también estos delitos acudiendo al concurso ideal, que supone aplicar la pena del delito más grave en su mitad superior (art. 77 CP).

En el art. 326 CP se recogen las siguientes cualificaciones, que permiten imponer la pena superior en grado: i) empresa clandestina (carencia de la autorización o la licencia exigidas para desarrollar una actividad: STS N° 1112/2009, de 16 de noviembre, salvo que exista un conocimiento público de la actividad industrial: STS N° 916/2008, de 30 de diciembre); ii) desobediencia de las órdenes administrativa de suspensión o corrección de la actividad (las órdenes deben ser expresas, proceder de la Administración competente y ser conocidas por el sujeto); iii) falseamiento de información ambiental (tanto en el momento de iniciar la actividad como con posterioridad, por ejemplo, durante una auditoria ambiental); iv) obstaculización de la actividad inspectora de la Administración; v) riesgo de deterioro irreversible o catastrófico (la naturaleza no puede reponerse o el daño afecta a una gran extensión), y vi) extracciones ilegales de agua en periodo de restricciones (sequía).

Antes de la reforma de 2010 en el art. 327 CP se contemplaba la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias de clausura temporal o definitiva y la intervención judicial por tiempo no superior a 5 años, previstas en el art. 129 CP. Tras la reforma se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pueden ser sancionadas con una multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años, o con multa de 1 a 3 años, en los demás casos. Además, será posible imponer alguna otra de las penas previstas en el art. 33.7 CP, si concurren las circunstancias del art. 66 bis.

La pena se impondrá en un grado superior si las conductas afectan a un espacio natural protegido (art. 338 CP) y los Jueces y Tribunales pueden adoptar, a cargo del autor del hecho, medidas encaminadas a la restauración del equilibrio ecológico perturbado o a proteger los bienes afectados u otras medidas cautelares necesarias (art. 339 CP).

La reparación voluntaria del daño por parte del culpable conlleva la aplicación de la pena inferior en grado (art. 340 CP).

Junto al delito doloso, está prevista la punición de los supuestos en los que la conducta típica se haya cometido mediante imprudencia grave (art. 331 CP), es decir, desatendiendo las más elementales normas de cautela.

Además, el CP sanciona, entre otras conductas que atentan contra el medio ambiente, las siguientes:

establecer depósitos o vertederos de deshechos o residuos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas (art. 328.1 CP); (tras la reforma de 2010) explotar instalaciones en las que se lleven a cabo actividades peligrosas o se almacenen o utilicen sustancias peligrosas, contraviniendo las leyes o disposiciones generales que puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas o daños sustanciales al aire, suelo, agua, animales o plantas (art. 328.2 CP); (tras la reforma de 2010) gestión ilegal de residuos: creación de los peligros mencionados en el procedimiento de destrucción o aprovechamiento de residuos, incluyendo su recogida y transporte (art. 328.3 CP); (tras la reforma de 2010) traslado de cantidades importantes de residuos contraviniendo leyes o disposiciones generales en la materia (art. 328.4 CP). La reforma de 2010 suprimió el anterior delito de emisión de radiaciones ionizantes o sustancias similares del art. 325.2 CP. El art. 343 CP, entre los delitos de riesgo catastrófico, sanciona la exposición a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, salud o bienes. Tras la reforma de 2010 se prevé que de todas estas conductas puedan responder penalmente las personas jurídicas (art. 328.6 CP).

Cuando haya recaído una previa sanción administrativa por los mismos hechos, a fin de no vulnerar el principio *non bis in idem*, que impide la doble sanción a una misma persona por los mismos hechos con idéntico fundamento, será preciso que el importe de la multa ya abonado se descuente en ejecución de sentencia (STC 2/2003, de 16 de febrero y STS N° 141/2008, de 8 de abril).

8. Delitos de falsedad documental por particular

El art. 392 CP sanciona la falsedad en documento público, oficial o mercantil cometida por particular, mediante remisión a las 3 primeras conductas falsarias que se contemplan en el art. 390 CP para el delito cometido por funcionario público; a saber: i) alteración de un documento en alguno de sus requisitos o elementos esenciales; ii) simulación en todo o en parte de un documento, de modo que induzca a error sobre su autenticidad; iii) suposición en un acto de personas que no han intervenido o atribución a las que han intervenido de manifestaciones que no hayan realizado. Se afirma que se ha alterado algún elemento o requisito esencial cuando la acción falsaria recae sobre algunas de las funciones que cumple el documento como son las de prueba, perpetuación y garantía. La denominada falsedad ideológica, que se comete cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos, es impune salvo que se castigue en otros tipos delictivos (p. ej., falsedades en documentos sociales del art. 390 CP), solo es delictiva si se comete por funcionario público. La falsedad debe afectar a elementos esenciales del documento, sin que tenga relevancia penal cuando se refiere a extremos tangenciales e intrascendentes.

Por "documento" a efectos penales se entiende "cualquier soporte material que exprese o incorpore datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (art. 26 CP) y la jurisprudencia incluye junto al soporte escrito, los vídeos, grabaciones, disquetes, etc. Los documentos "públicos" son los que se enumeran en el art. 317 LEC; los "oficiales" los que proceden de la Administración o de organismos públicos, aunque en ocasiones también se consideran públicos aquellos que con independencia de su procedencia se incorporan a un expediente público; documentos "mercantiles" son los que recogen una operación de comercio o actividades propias del ámbito de la empresa. La creación *ex novo* de un documento resulta subsumible, según la jurisprudencia, en la segunda de las modalidades típicas señaladas (p. ej., creación de facturas falsas que no se corresponden con ningún negocio jurídico real), pues cuando la mendacidad afecta a todo el documento no puede considerarse falsedad ideológica atípica.

Tras la reforma de 2010 se sanciona expresamente el tráfico, aun sin intervención en la falsificación, de documentos nacionales de identidad (art. 392.2 CP), la utilización y tráfico de certificaciones falsas (art. 399 CP), así como la alteración, reproducción o falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, pudiendo responder de este último delito las personas jurídicas, y su utilización por quien no ha intervenido en la falsificación (art. 399 bis CP).

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO: BASES PARA UNA TEORÍA GENERAL*

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. El notario como funcionario público a efectos penales. II. Las repercusiones jurídico-penales de la vinculación institucional del notario con el Notariado. III. Los delitos contra el Notariado. IV. La intervención del notario en delitos patrimoniales y económicos: matizaciones a la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008. V. Propuestas de reformas legales.

I. EL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

1. Introducción: la condición de notario ante el Derecho penal

1. En el Derecho penal español, al igual que en el de otros países de nuestro entorno, no existen dudas especiales acerca de que el notario debe ser considerado funcionario público[1]. Para constatarlo, basta con partir de la definición legal del art. 24.2 CP:

"2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

Ciertamente, parece claro que el notario "*participa en el ejercicio de funciones públicas*" tras su nombramiento como tal por la autoridad competente y en los términos establecidos por la legislación notarial. También parece bastante claro que el notario debe ser considerado autoridad, a los efectos de dicha definición legal, que asocia tal condición al ejercicio de "*mando*" o "*jurisdicción propia*". Así, según el art. 24.1 CP:

"1. A efectos penales se reputará al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal o órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, el Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal".

En efecto, la interpretación más común asocia el término "*mando*" al poder coactivo, a la potestad de reclamar obediencia, así como al poder de decisión. En cuanto al término "*jurisdicción*", este es entendido, en la concepción más lata, como "*capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos*".

2. Es cierto que el notario no resuelve ni en asuntos judiciales ni administrativos. Pero también lo es que sí goza de capacidad decisoria: fundamentalmente en lo que se refiere a la denegación o no su ministerio. Como, asimismo, que dicha capacidad de decisión tiene naturaleza pública (desde luego no es privada). Si, por lo demás, entendemos por "resolución" –como es usual– aquel acto de contenido decisorio que afecta al ámbito de los derechos y deberes de los ciudadanos, puede concluirse que el notario dicta resoluciones. Dichas resoluciones son equiparables, en lo que aquí interesa (esto es, en lo relativo a la conformación de situaciones jurídicamente relevantes), a las judiciales o administrativas. El hecho de que la interpretación doctrinal referida haya pensado solo en asuntos judiciales o administrativos se debe entonces, probablemente, a la visión simplista que asocia lo público al ámbito administrativo o judicial, exclusivamente. Es esta visión, entre otras, la que dificulta en ocasiones la adecuada percepción del carácter público de la función notarial. Pues lo que resulta claro es

* Las referencias a disposiciones legales tienen por objeto el Derecho español.

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), España.

1 Cfr., sin embargo, el Auto de la AP Cáceres (secc. 2ª) de 13 de marzo de 2003, que rechaza dicha condición.

que el notario no se integra en la estructura jerárquica de las administraciones públicas, como tampoco forma parte del poder judicial.

3. La afirmación de que el notario es funcionario público (y autoridad) para el Derecho penal implica una vinculación de sus funciones con el Estado: su encuadre en una institución pública. Ahora bien, dicho encuadramiento no tiene lugar, como se ha indicado, a través de las instituciones que conocemos como "Administración pública" o "Administración de Justicia". Más bien, la condición de funcionario público del notario deriva de su integración en una institución pública distinta de las anteriores -el "Notariado"-, que se vincula al Estado como institución de garantía de la seguridad jurídica preventiva[2].

4. Por lo tanto: el notario es funcionario público y autoridad porque se integra en una institución -el Notariado- en la que el Estado ha depositado el ejercicio de la función pública de garantizar la seguridad jurídica preventiva[3]. El hecho de que ello haya sido la consecuencia de una evolución histórica en cuyo origen el Notariado se mostraba básicamente como una institución social, no cambia la conclusión. La juridificación de expectativas originariamente solo sociales constituye una dinámica común en los Estados modernos, orientada al reforzamiento de aquellas[4]. Lo que resulta peculiar del caso del Notariado es que el proceso de juridificación y estatalización no ha alterado, en lo esencial, la institución social preexistente, burocratizándola y generando "distancia"[5]. Al contrario –y seguramente por la dimensión profesional de la actividad notarial– se ha mantenido una proximidad al caso y a las partes otorgantes ajena a toda suerte de burocracia.

5. El encuadramiento del Notario entre las "autoridades" a efectos penales le garantiza la protección que el Código penal dispensa a aquellas. Por eso, es correcto el tenor del art. 61 RN:

"El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. Esta tendrá legitimación para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querella en nombre propio y en el del notario[6].

De igual modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 634 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al notario[7]. Además, el notario podrá reclamar

2 Ello, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia. Por debajo de la DGRN, el Notariado muestra un significativo nivel de autoorganización: Consejo General del Notariado, Colegios Notariales autonómicos y notarios en particular.

3 *F.X. Kaufmann*, Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit; die Sicht der Soziologie, en AA.VV., Gesellschaft und Unsicherheit, München 1987, pp. 37 y ss..

4 Sobre ello, *Silva Sánchez*, La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, Persona y Derecho 56, 2007, pp. 35 y ss. . *Versión portuguesa para Brasil*: A ingerência das leis: problemas da juridificação das relações sociais (trad. B. Costa Teixeira/J. Pinheiro Faro Homem de Siqueira), Panóptica, Ano 2, número 12, Março-Junho 2008, pp. 16 y ss.(www.panoptica.org/marcojunho08.htm).

5 *Silva Sánchez*, Ibídem.

6 Este inciso muestra una cierta singularidad. Una forma de darle la cobertura legal que precisa (en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es sostener que los hechos en cuestión se consideran lesivos no solo del notario en particular, sino del Notariado en general. De ahí que se sostenga la legitimación de la Junta Directiva del Colegio Notarial para ejercitar acciones penales "en nombre propio", además de en nombre del "notario" directamente afectado. Pues el ejercicio de la acción penal como "acusación particular" requiere la ostentación de la condición de sujeto pasivo del delito. Claro es que existe otra forma de ejercicio de la acción penal –la acusación popular–, que requiere una "relación de interés legítimo" con el objeto del proceso mucho más laxa y sin duda permitiría su ejercicio por el Colegio Notarial, aun cuando no se considerara que este es también sujeto pasivo del delito. En cuanto al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delito, el problema es menor, pues no cabe duda de que no solo el notario afectado, sino también el propio Notariado en su conjunto, sufre un daño moral, además del material que pueda darse.

7 El art. 634 CP fue aplicado por la SAP León (secc. 2ª) de 27 de marzo de 2002 a quien "de malos modos" condujo a una notario "por la fuerza hasta la escalera del inmueble (...) impidiéndole el cumplimiento de su específica función de practicar un requerimiento notarial".

directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos".

A pesar de que la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008 ponga en cuestión su legalidad, y rechace su anulación solo por razones de falta de legitimación de los recurrentes, lo cierto es que dicho precepto, entendido como se ha indicado más arriba, se limitaría a remitir explícita o implícitamente a disposiciones legales ya existentes (la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que darían cobertura plena a todo su contenido.

2. La relación entre el notario y el Notariado

1. La entrada en un contexto institucional hace surgir en los sujetos que lo hacen la condición de destinatarios de un haz de expectativas[8]. Estas expectativas configuran su posición institucional. En el caso de las instituciones jurídicas, tal posición hace del sujeto un centro de imputación de específicos deberes (y derechos). Ahora bien, en las instituciones jurídicas positivas –como es el caso del Notariado–, en concreto, el deber fundamental –del que derivan todos los demás– es el de lealtad o fidelidad a la institución. Por lo tanto, el deber de lealtad define la relación del *intraneus* con la institución en la que se integra. Así como los funcionarios de la Administración pública deben lealtad a esta y los miembros del Poder Judicial a este, los funcionarios públicos notariales están vinculados por deberes de lealtad a la institución (jurídico-pública) notarial. La existencia de deberes de lealtad (y la sanción de su infracción) constituyen el presupuesto de la vigencia contrafáctica de la institución. Ahora bien, solo el efectivo cumplimiento de dichos deberes garantiza la real permanencia de la institución, frenando eventuales procesos de desinstitucionalización o, al menos, de deterioro institucional.

2. La forma a través de la que se manifiestan los deberes de lealtad institucional es diversa en cada institución. En el caso del Notariado, un elemento esencial de la posición de deber es la simultánea ostentación por el notario del rol de funcionario público y de profesional del Derecho. Por lo tanto, el cumplimiento de sus deberes institucionales exige del notario esa peculiar actuación "como funcionario público y profesional a la vez"[9]. Ahora bien, cabe preguntarse qué añade la consideración de profesional a la de funcionario público en lo relativo a los deberes institucionales del notario. No se trata aquí de los aspectos organizativos de la actividad notarial, en los que dicha dimensión profesional es evidente. En mi opinión, la organización de la actividad notarial como profesión (independencia, libre elección, competencia) se explica bastante bien en términos de contribución al mejor cumplimiento de la función pública notarial. Lo que aquí interesa es, sin embargo, precisar la incidencia de lo "profesional" en el concreto ejercicio de la función notarial. Pues bien, cuando ya nos encontramos ante esto último, la dimensión pública absorbe el ejercicio profesional del Derecho: lo "publifica". Ello, ya desde el momento de la intervención del notario como asesor que proporciona información y consejo. Solo en la medida en que cada notario personifica (y personifique) al Notariado como institución pública puede explicarse (y podrá proseguir) la confianza de quienes entran en relación con la actividad notarial, dentro o fuera de la notaría, sin ostentar la condición de clientes del concreto notario de que se trate.

3. La permanencia de un sustrato profesional en el ejercicio de la función pública notarial no es, sin embargo, irrelevante. Básicamente, propicia una escasa estandarización (o administrativización) de tal función (con sus secuelas de formalismo y burocratización). En otras palabras, determina que en el ejercicio

8 Sobre el particular, con más detalle, *Silva Sánchez*, La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro, en AA.VV., Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal, Pamplona 2007, pp. 261 y ss.

9 *Rodríguez Adrados*, El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, Revista de Derecho Notarial (107), 1980. También SSTS de 23 de enero de 1990 y de 10 de junio de 2003.

A mi juicio, dicha inescindibilidad no aparece bien formulada en el art. 1 RN: "Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar".

Ello, en particular, en la medida en que parece excluir de la dimensión de funcionario público el acto de asesoramiento imparcial y compensador, al tiempo que no contempla de modo específico el control de legalidad.

de la función notarial tenga lugar un significativo acercamiento del Derecho al negocio jurídico concreto y a las necesidades de las partes otorgantes de este. Es por esta dimensión profesional por lo que los conocimientos especiales del notario adquieren, a mi juicio, relevancia institucional.

Los conocimientos especiales son, en efecto, la base del ejercicio competitivo de la función notarial. Pero también tienen una incidencia en el régimen de responsabilidad (penal). En este punto la cuestión se refiere tanto a los conocimientos de hecho como de Derecho. El problema general que aquí se manifiesta tiene por objeto la relación existente entre posiciones institucionales y conocimientos especiales. La relevancia de los conocimientos especiales a los efectos de atribución de responsabilidad penal en el marco de una institución depende, en puridad, de si el recurso a ellos se corresponde con la lógica de la institución en la que el sujeto se halla integrado o, por el contrario, la violenta. En el caso del Notariado el factor profesional subyacente a la función pública debería conllevar la obligación de aplicación de los conocimientos especiales.

II. LAS REPERCUSIONES JURÍDICO-PENALES DE LA VINCULACIÓN INSTITUCIONAL DEL NOTARIO CON EL NOTARIADO

1. Introducción

1. Dado que cada notario personifica, en el momento de ejercer sus funciones, a la propia institución notarial, la comisión de cualquier delito por parte de aquel en tanto que notario conlleva una lesión adicional de la propia institución. El delito cometido en tales circunstancias, en efecto, no solo lesiona los correspondientes bienes jurídicos de terceros, sino la propia confianza general en el Notariado como institución sometida al Derecho y al servicio de los intereses generales.

2. Al margen de lo anterior, existen conductas que, independientemente de su eventual trascendencia *ad extra* –que siempre acabará teniendo lugar, al tratarse en el Notariado de una institución pública– , lesionan de entrada la relación institucional entre el notario y el Notariado. Ello no configura sino una situación paralela a la de los delitos que lesionan la relación interna entre el juez y la Administración de Justicia o la existente entre el funcionario público administrativo y la Administración Pública. Como veremos, sin embargo, el Código penal no tipifica "Delitos contra el Notariado", frente a lo que sucede con los "Delitos contra la Administración de Justicia" o con los "Delitos contra la Administración Pública". Pues bien, la inexistencia de unos específicos delitos contra el Notariado desdibuja la condición jurídico-pública del notario. En efecto, el Derecho penal, en la medida en que protege el núcleo de la identidad normativa de la sociedad, también contribuye a la percepción de cuál es esa identidad normativa nuclear. El núcleo de la identidad normativa de una sociedad aparece integrado por aquellas normas e instituciones sin las cuales una sociedad no se comprende a sí misma. Si se considera que el Notariado se encuentra entre tales normas e instituciones, entonces debe ser objeto de específica protección penal. La densidad de esa protección penal, por lo demás, depende del perfil institucional del Notariado. Expresado de otro modo, de los efectos de la actividad notarial sobre el tráfico jurídico: más en concreto, de los efectos jurídicos y sociales del documento público. No es lo mismo sostener que dichos efectos se ciñen –o deben ceñirse– a los derivados de la dación de fe pública (testimonio cualificado) que afirmar que, además, alcanzan a una presunción de validez intrínseca en cuanto a su contenido (Res. DGRN de 14 de febrero de 2007[10]). Es

10 "El documento público notarial goza de tres presunciones previstas en una norma con rango de Ley como son las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al notario de la obligación de velar por la regularidad, no solo formal, sino material del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública.

Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) prevé un tipo de falsedad específico (artículos 390 y siguientes).

obvio que, en este último caso, la intervención del Derecho penal sobre la actividad notarial ha de ser más intensa[11].

2. La agravación de delitos comunes por la ostentación de carácter público

1. La ostentación de la condición de notario-funcionario público conlleva una agravación de la responsabilidad penal en la que este pueda incurrir por la comisión de delitos comunes contra bienes jurídicos de terceros en el ejercicio de sus funciones. Ello se halla previsto con carácter general en el Código penal español, que en su catálogo de circunstancias agravantes contiene la de "*prevalerse del carácter público que tenga el culpable*" (art. 22, 7ª CP). Sin embargo, además, en un número no irrelevante de preceptos del Código penal se establecen de modo específico tipos cualificados para el caso de que el delito (de entrada, común) se cometa por funcionarios públicos o autoridades. Un ejemplo significativo, que puede tener alguna repercusión en el ámbito notarial, se halla en el ámbito de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución. Así, por ejemplo, si el notario deniega su intervención, por motivos discriminatorios, a quien se la solicita, no le es aplicable lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 511 CP:

"1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía", ni mucho menos lo dispuesto en el art. 512 CP:

"Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tuviera derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años",

sino precisamente lo que establece el art. 511.3 CP por relación a los números 1 y 2 ,antes mencionados:

"3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior (*scil. prisión de un año y tres meses a dos años y multa de dieciocho a veinticuatro meses*)y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años"[12].

2. Otro tanto ocurre en el caso del descubrimiento y revelación de secretos. Ciertamente, al notario le es aplicable el art. 198 CP en relación con los apartados 4. y, eventualmente, 5, del art. 197, y no el conjunto de disposiciones generales de este último.

Art. 198: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el

Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara esta a rango de totalidad de lo ocurrido.

La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquel, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales".

11 En todo caso, la intervención del notario en un hecho penalmente relevante no conlleva solo la responsabilidad penal de aquel, sino también la responsabilidad civil derivada de delito. esta, en la medida en que se genere en un delito doloso (aun doloso-eventual), no es asegurable.

12 Es posible que, en algún caso, la intervención del notario genere en este algún conflicto de conciencia. No cabe, pues, descartar la objeción de conciencia por parte del funcionario notarial, que debería contemplarse, atendiendo a sus peculiaridades, en términos análogos a la regulación que se establezca para los funcionarios judiciales o administrativos.

artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años"[13].

Igualmente, tampoco le es aplicable el art. 199 CP, relativo a la revelación de secretos profesionales, sino el art. 417 CP (aunque esto último, con las matizaciones que se realizarán más adelante).

Art. 417:

1. La autoridad o funcionario público que revele secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

En cualquier caso, no cabe desconocer las dificultades que se producen cuando se trata de articular el específico supuesto de hecho de aplicación de cada uno de los tipos delictivos, habida cuenta de la diferencia entre las penas que conlleva cada uno de ellos.

3. En cuanto al blanqueo de capitales, el notario que interviene en él no recibe la pena del tipo básico del art. 301, en sus respectivas modalidades dolosa (art. 301.1 y 2)[14] y culposa (art. 301.3[15]) sino la del art. 303 CP. Dado que, según hemos indicado al inicio, el notario no solo es funcionario público, sino autoridad, su intervención en hechos constitutivos de blanqueo de capitales daría lugar, además de a la pena privativa de libertad y de la pena pecuniaria, a la adicional imposición de la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años.

4. En cambio, y sorprendentemente, la intervención en un delito contra la Hacienda pública o contra la Seguridad social no conlleva tal incremento de pena (sino solo, en su caso, la genérica del art. 22,7ª CP). La ausencia de una previsión específica al respecto sorprende, sobre todo, habida cuenta de las modificaciones que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de prevención del fraude fiscal, ha introducido en la Ley del Notariado. Dichas modificaciones determinan la configuración del notario como sujeto que se encuentra en posición de garante con respecto al cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte del obligado tributario. Así, en particular, en virtud del texto del vigente art. 24 LN, cuyos párrafos segundo y tercero señalan:

13 Art. 197:

"4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior". El apartado 6. añade una agravación adicional para los casos en que la conducta responda a fines lucrativos.

14 Art. 301:

"1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritas en los artículos 368 a 372 de este Código.

En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos".

15 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

"Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades".

3. Aparentes divergencias entre los deberes jurídico-penales y las obligaciones administrativas

1. En el caso de los hechos ilícitos que se acaban de comentar, debe ponerse de relieve la existencia de alguna contradicción (al menos, *prima facie*) entre las obligaciones administrativas que la legislación de prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal imponen a los notarios y el contenido de los deberes jurídico-penales que recaen sobre ellos en estos casos. En efecto, si se atiende a lo dispuesto en la legislación sectorial, parece que sobre el notario pesa un deber de comunicación tras la autorización del documento, cuya vulneración conllevará sanciones disciplinarias. La propia legislación notarial parece hacerse eco de esta perspectiva. Así, el art. 24 LN en sus párrafos cuarto y siguientes:

"En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados".

O bien el art. 17.2 LN:

"A los efectos de la debida colaboración del Notario y de su organización corporativa con las Administraciones públicas, los notarios estarán obligados a llevar índices informatizados y, en su caso, en soporte papel de los documentos protocolizados e intervenidos. El Notario deberá velar por la más estricta veracidad de dichos índices, así como por su correspondencia con los documentos públicos autorizados e intervenidos, y será responsable de cualquier discrepancia que exista entre aquellos y estos, así como del incumplimiento de sus plazos de remisión. Reglamentariamente se determinará el contenido de tales índices, pudiéndose delegar en el Consejo General del Notariado la adición de nuevos datos, así como la concreción de sus características técnicas de elaboración, remisión y conservación.

El Consejo General del Notariado formará un índice único informatizado con la agregación de los índices informatizados que los notarios deben remitir a los Colegios Notariales. A estos efectos, con la periodicidad y en los plazos reglamentariamente establecidos, los notarios remitirán los índices telemáticamente a través de su red corporativa y con las garantías debidas de confidencialidad a los Colegios Notariales, que los remitirán, por idéntico medio, al Consejo General del Notariado.

3. Corresponderá al Consejo General del Notariado proporcionar información estadística en el ámbito de su competencia, así como suministrar cuanta información del índice sea precisa a las Administraciones públicas que, conforme a la Ley, puedan acceder a su contenido, a cuyo efecto podrá crear una unidad especializada.

En particular, y sin perjuicio de otras formas de colaboración que puedan resultar procedentes, el Consejo General del Notariado suministrará a las

Administraciones tributarias la información contenida en el índice único informatizado con trascendencia tributaria que precisen para el cumplimiento de sus funciones estando a lo dispuesto en el artículo 94.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, permitirá el acceso telemático directo de las Administraciones tributarias al índice y recabará del Notario para su posterior remisión la copia del instrumento público a que se refiera la solicitud de información cuando esta se efectúe a través de dicho Consejo".

2. En cambio, si se atiende a la estructura de imputación de responsabilidad jurídico-penal, en los casos en los que la operación en la que se solicita su intervención autorizadora ofrece sospechas de delito (en lo que aquí interesa, de blanqueo de capitales o defraudación tributaria), el deber notarial sería el de denegar su intervención[16].

3. Tal aparente diversidad de regímenes podría conducir a la conclusión de que el contenido del deber notarial es "o bien no autorizar, o bien autorizar comunicándolo luego". Sin embargo, tal conclusión sería errónea. Si el notario llega a conocer –aunque no sea de modo seguro, sino solo en términos de dolo eventual– el carácter de defraudación tributaria punible del negocio jurídico con respecto al cual se solicita su intervención autorizadora, entonces el deber jurídico-penal del notario es denegar su autorización. Dicho deber no es susceptible de cumplimiento alternativo por la vía de la "autorización seguida de comunicación"[17]. De modo que una autorización notarial –aun seguida de comunicación– implicaría una posible participación dolosa en el delito de que se trate. Ahora bien, si el notario se mueve en el ámbito de las meras sospechas o conjeturas, o en la constatación objetiva del mero incumplimiento de obligaciones formales, no existiendo base para que tenga por segura ni siquiera por probable la comisión de un delito fiscal en el negocio en cuestión, entonces se halla exclusivamente en el ámbito de los deberes administrativos de colaboración mediante la comunicación.

A mi juicio, si el notario conoce de modo seguro o probable que se halla ante un negocio jurídico ordenado a (o encuadrado en) un plan de comisión de una infracción administrativa tributaria, también procede que deniegue su autorización.

4. Las cosas son algo más complejas en el caso del blanqueo de capitales. En efecto, según se ha indicado, el delito de blanqueo de capitales, y en consecuencia también la intervención en él, es punible en Derecho español tanto en la modalidad dolosa como en la culposa. Esto significa que el Derecho penal impone al notario la obligación de abstenerse de una intervención autorizadora en relación con negocios jurídicos respecto de los cuales, aunque no sepa seguro ni tenga por probable su naturaleza de de blanqueo de capitales, sí sea previsible que puedan serlo. Ello, a los ojos de cualquier sujeto medianamente diligente en su posición. Pues, en tal caso, el deber de cuidado del notario conlleva que no pueda autorizar el correspondiente documento público.

5. En el supuesto del blanqueo, parece que el cumplimiento del deber administrativo de comunicación sería suficiente solo en aquellos casos cuya inserción en el ámbito del blanqueo de capitales ni siquiera fuera previsible para un sujeto medianamente diligente. En efecto, la realización de actos de blanqueo o de favorecimiento de este por imprudencia leve no es punible. Así, en situaciones de hecho en las que solo un sujeto extraordinariamente diligente advertiría la existencia de blanqueo de capitales, no es penalmente exigible la abstención del notario. Ante la más leve sospecha no pesa sobre este una deber de abstención, pero sí de comunicación.

4. Las colisiones de deberes en el ámbito notarial

1. A la vista de todo lo anterior, parece claro que no puede excluirse la aparición de una colisión de deberes en el marco de la actividad notarial. En particular, entre los deberes de secreto y los deberes de comunicación. Este conflicto muestra una especial característica, a saber, que el deber de secreto es de naturaleza jurídico-penal, mientras que los deberes de comunicación tienen naturaleza jurídico-administrativa.

2. Ahora bien, la regulación jurídico-penal del deber de secreto de los funcionarios públicos contiene cláusulas de salvaguarda que excluyen la tipicidad (o, en todo caso conllevan la justificación) de la conducta reveladora del secreto en los casos permitidos por la Ley (arts. 198, 417 CP). Ello debe conducir a la prevalencia de los deberes jurídico-públicos de comunicación sobre el deber de secreto.

16 Cfr. sobre ello *Silva Sánchez*, La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos, en AA.VV., Judicatura y notariado ante los delitos económicos, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial 73, 2005, pp. 165 y ss.

17 Ello no obsta a que, una vez denegada la autorización, el notario tenga el deber de denunciar los hechos. En mi opinión, esta obligación sigue existiendo.

3. En efecto, en puridad debería hablarse de la existencia de una colisión de deberes solo *prima facie*. Pues, aunque parezca que tal colisión se da, dicha colisión se resuelve por los propios tipos relativos al deber de secreto, que ya legalmente conceden su subordinación a los eventuales deberes de comunicación.

Así, el art. 198 CP tipifica la realización de actos de descubrimiento o revelación de secretos por parte de autoridades o funcionarios públicos solo cuando aquella tenga lugar "fuera de los casos permitidos por la ley". Por su parte, el art. 417 CP solo califica de delictivas las revelaciones de secretos o informaciones que las autoridades o funcionarios públicos conozcan por razón de su oficio o cargo y que "que no deban ser divulgados". Lo que pone de relieve que, en los casos en que la Ley lo permite, más aún, en los casos en que existe un deber de divulgación, no puede considerarse cometido el delito de descubrimiento o revelación de secretos.

III. LOS DELITOS CONTRA EL NOTARIADO

1 Introducción

1. Por "delitos contra el Notariado" debe entenderse aquellas conductas que atentan contra el perfil institucional de aquel y, en consecuencia, contra su específica forma de servir a los intereses generales. Así sentado, y de modo paralelo a lo que sucede con los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de justicia, aquellos delitos pueden ser cometidos tanto por integrantes de la institución notarial (*intranei*) como por sujetos externos a esta (*extranei*).

2. Aunque las falsedades en documento público son de entrada un delito común[18], su comisión por un notario constituye realmente un delito contra el Notariado. Ellas, en efecto, afectan directamente a la *veracidad* del documento –y, consiguientemente, del notario-, lo que conforma la dimensión probablemente más conocida del Notariado, concebido a su vez como institución portadora en esencia de la fe pública extrajudicial. Sin embargo, como ya se ha indicado, el perfil institucional del notario no se reduce a la condición de "sujeto veraz" propia de su condición de fedatario público. Por lo tanto, las falsedades, aunque se muestren como el delito imputable por antonomasia a un notario, no agotan el elenco de conductas anti-institucionales de este. La infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413 y ss. CP); la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 y ss. CP); el cohecho (arts. 419 y ss. CP); las exacciones ilegales (436 y ss. CP); y las negociaciones prohibidas (arts. 439 y ss. CP) son otros posibles ejemplos de tales conductas lesivas de la institución notarial que pueden ser llevadas a cabo por un notario. Con todo, es preciso realizar alguna matización en torno al modo en que el Derecho español vigente regula delitos como los mencionados, que podría dificultar en cierta medida su aplicación a la actividad notarial.

2. Panorámica

1. En particular, por su significado central en el marco del Notariado, conviene considerar también los posibles atentados delictivos contra las actividades institucionales de asesoramiento, de imparcialidad compensadora y de control de la legalidad. La afectación lesiva de estas vertientes de la institución notarial puede dar lugar, ciertamente, también a la comisión de delitos que afecten a bienes jurídicos individuales de terceros sujetos. Pero ello no agota su dimensión de lesividad. Pues ya antes –o al tiempo– atentan contra el modo específico en que el Notariado sirve, desde el Estado, a la sociedad. Con ello, cuestionan a la propia institución.

2. Pese a lo que se acaba de señalar, no existe en el Código penal un Título o Capítulo relativo a los delitos contra la Institución Notarial, a diferencia de lo que ocurre en los casos de otras instituciones públicas como la Administración de Justicia o la Administración Pública. Es cierto que la literalidad de algunos de los tipos delictivos integrados en el Título de los delitos contra la Administración pública sería aplicable a la actividad notarial. De hecho, *supra* se ha hecho referencia a algunos de ellos. Sin embargo, una interpretación que integre conductas realizadas por notarios en dicho título puede chocar con algún argumento teleológico. Siendo la Administración pública y su funcionamiento el objeto de protección, está bastante claro que el notario no pertenece a la estructura jerárquica de aquella ni, por lo tanto, la puede lesionar con su actuación contraria a la institución notarial. Por lo demás, en otros casos de delitos contra la Administración pública ni siquiera la literalidad del

18 Título XVIII CP (De las Falsedades), Capítulo II (De las falsedades documentales): arts. 390 y 391 CP, que describen la falsedad dolosa y la imprudente, respectivamente.

tipo admite la subsunción de conductas notariales. Este es, muy en particular, el caso de la prevaricación (art. 404 CP) que requiere que se dicte, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo[19]. Aunque aceptemos que el notario puede dictar resoluciones (actos de contenido decisorio), parece bastante claro que estas no tienen lugar "en asunto administrativo".

3. Una dimensión esencial de la institución notarial que, sin embargo, no goza de específica protección penal es la de imparcialidad. Se trata aquí de una característica, por lo demás, sustancialmente pública. De ahí que también se predique de la Administración pública, cuya misión es servir, con objetividad, a los intereses generales (art. 103 CE) mediante, entre otros instrumentos, la imparcialidad de sus funcionarios. La peculiar forma que adopta la imparcialidad notarial –como imparcialidad compensadora– y los riesgos a que esta se ve sometida por el peculiar modo de organizar (independencia, carácter profesional, libre elección, competencia) la prestación de la función pública notarial determinan la necesidad de arbitrar un instrumento orientado a su protección represiva.

4. La figura delictiva a través de la cual se protege la imparcialidad del funcionario público administrativo es el delito de cohecho (arts. 419 y ss. CP). Resulta, sin embargo, dudoso que este delito, muy centrado en la venalidad del funcionario público, se adapte plenamente, en su propia literalidad, a las necesidades del ámbito notarial[20]. Ello, dejando al margen la observación realizada antes sobre la dificultad de integrar conductas lesivas de la institución notarial en un Título del Código penal que se refiere a los delitos contra la Administración pública. Con todo, no debe excluirse radicalmente la posibilidad de aplicar el delito de cohecho, tal como se halla definido, a las conductas notariales en que –por dádiva, ofrecimiento o promesa– se omite dolosamente la información compensadora (art. 421 CP[21]), así como a casos en que se comete una falsedad en documento público por móviles económicos (art. 419 CP[22]) o se asesora de forma defectuosa por idénticos móviles (art. 420 CP[23]).

5. El ejercicio de la función de control de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que tiene ante sí da pie a la manifestación esencial de la actividad resolutoria del notario: la que constata la conformidad a Derecho o no de dicho negocio y decide su intervención autorizadora o la denegación de esta[24]. Dado lo esencial de esta actuación –su trascendencia pública– parece que, al margen del sistema de recursos e incluso de sanciones disciplinarias, los casos más graves de autorización indebida o de indebida denegación deberían generar la correspondiente responsabilidad penal. Ello es lo que sucede en el ámbito de la Administración pública o de la Administración de justicia. Actualmente, sin embargo, no es posible aplicar al ámbito del Notariado la regulación del delito de prevaricación prevista en los delitos contra la Administración pública, ya en su propia literalidad. En efecto, como se ha señalado más arriba, el notario no puede dictar resoluciones arbitrarias "en asunto administrativo". La necesidad de una regulación legal en cuya virtud se sancionen penalmente las manifestaciones más graves de arbitrariedad en el ejercicio de esta función notarial se hace, pues, evidente. También aquí, por lo demás, se pone de manifiesto en qué medida la lesión institucional es independiente de la afectación de bienes jurídicos

19 En el caso de la prevaricación judicial no solo se sanciona el dictado a sabiendas de una resolución injusta (art. 446 CP), sino también el caso de la resolución manifiestamente injusta que es consecuencia de imprudencia grave o ignorancia inexcusable (art. 447 CP).

20 Por ejemplo, en cuanto a la concepción que subyace a los arts. 419 y ss. en lo relativo a los incentivos económicos (dádiva, ofrecimientos o promesa) de la lesión de la imparcialidad.

21 Abstenciones de actos de oficio por dádivas solicitadas, recibidas o prometidas.

22 Comisión de delitos por dádiva, ofrecimiento o promesa.

23 Realización de acto injustos no delictivos por los mismos móviles.

24 Cfr., de nuevo, la Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2007: "el notario debe denegar su ministerio, esto es, debe negarse a autorizar o intervenir el acto o negocio jurídico cuando el mismo sea contrario a la legalidad vigente tal y como disponía el artículo 145 del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) en la redacción precedente y preceptúa en la actual. Así, se sostiene de modo taxativo en el número primero del párrafo tercero del artículo 145, según la redacción derivada del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (RCL 2007, 148) , cuando establece que "Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1 La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos". Conviene indicar, con todo, que el art. 145 RN, en su redacción de 2007, ha sido anulado por la STS (3ª, secc. 6ª) de 20 de mayo de 2008.

individuales. En concreto, la autorización indebida de un determinado negocio jurídico puede dar lugar a una intervención del notario en hechos delictivos contra el patrimonio privado o público. Sin embargo, la sanción penal de esta dimensión de la conducta no excluye que tenga lugar asimismo una sanción por la lesión de la dimensión pública de daño (institucional) que se deriva de ella. En suma, tanto la autorización como la denegación de esta, en la medida en que sean arbitrarias (en los términos en que dicho adjetivo es entendido por la doctrina y la jurisprudencia), deberían estimarse constitutivas de un delito regulado en un tipo específico.

6. Por lo demás, la posibilidad de que el notario dicte una resolución arbitraria al autorizar un documento en determinadas condiciones o, por el contrario, al denegar su intervención, no se ciñe, obviamente, a los casos en que el documento autorizado refleje un hecho constitutivo de delito. Otro tanto debería afirmarse para las autorizaciones de negocios que manifiesten un ilícito administrativo o civil. En el otro extremo, la denegación de la autorización en supuestos de negocios lícitos podría ser constitutiva asimismo de prevaricación. Respecto a todas estas cuestiones es importante subrayar que, dado que el delito de prevaricación administrativa es consustancialmente doloso (por tratarse en todo caso de manifestaciones graves de arbitrariedad), la existencia de un error del notario en cuanto a la procedencia de la autorización del documento o de su denegación habría de excluir necesariamente el delito[25].

7. El art. 1 LN atribuye al notario "la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar". La cuestión es el tratamiento que debe recibir el asesoramiento defectuoso que causa perjuicio a quienes han solicitado la intervención del notario en un determinado acto. Ciertamente, nada obsta a la apreciación en estos casos de un supuesto de responsabilidad civil. Sin embargo, es lo cierto que, en el caso de los abogados, la producción (por acción u omisión) de perjuicio manifiesto a sus clientes, incluso por imprudencia (grave), conlleva la imposición de una sanción penal (art. 467.2 CP). Doctrina y jurisprudencia –con alguna discrepancia– sostienen que dicho perjuicio producido por asesoramiento defectuoso debe tener lugar en el ámbito procesal. Ahora bien, ello no debería obstar a que el tratamiento del consejo notarial defectuoso o perjudicial para uno de los otorgantes se asimilara a tal regulación. Pues no en vano, dicho consejo defectuoso puede dar lugar a situaciones incluso irreparables en el ámbito judicial.

8. Como anunciábamos al inicio de este apartado, la institución notarial debe ser protegida no solo frente a conductas lesivas de los propios notarios (*intranei*), sino asimismo frente a actos de naturaleza instrumentalizadora llevados a cabo por terceros (*extranei*). Estos actos (de engaño, violencia o intimidación) pueden afectar, por un lado, a extremos con respecto a los cuales el notario da fe pública: determinando que se dé fe de hechos no correspondientes con la realidad[26]. Por otro lado, es posible que afecten a cuestiones (juicios sobre la capacidad de las partes, sobre los conocimientos de estas, sobre el contenido del negocio, etc.) a los que no alcanza la dación de fe pública, sino que tienen que ver con otras funciones notariales, muy en particular las de imparcialidad y control de legalidad. En el momento actual, dichas conductas no se hallan previstas en el Código penal y son de muy difícil subsunción típica, salvo como conductas de participación en delitos de otros terceros y, eventualmente, como coacciones o amenazas (art. 169 y ss.,172 CP). Pero resulta patente, por lo demás, que en ninguna de estas opciones se contempla la dimensión de lesión institucional que conllevan tales conductas.

IV. LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN DELITOS PATRIMONIALES Y ECONÓMICOS: MATIZACIONES A LA STS (3ª, SECC. 6ª) DE 20 DE MAYO DE 2008

1. Introducción

1. Si se le privara de la función de control de legalidad de los negocios jurídicos que se reflejan en los documentos que autoriza, el notario seguiría siendo ciertamente un funcionario público: concretamente,

25 Naturalmente, puede y debe discutirse si, además de la forma dolosa de comisión, que se caracteriza por el dictado de la resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia (modelo de la prevaricación administrativa), debería regularse también como delito la actuación resolutoria injusta por negligencia o ignorancia inexcusable del notario (modelo de la prevaricación judicial). La diversa exigencia –no fácilmente explicable– del Código penal vigente con respecto a jueces y funcionarios de la administración permite abrir un debate al respecto en el caso de los notarios, que sin embargo debe quedar aquí al margen.

26 Cfr. de modo extenso sobre este conjunto de problemas, *Silva Sánchez*, La protección penal, pp. 272 y ss., 276 y ss.

un fedatario. Pero, con ello, su perfil institucional actual se desfiguraría hasta tal punto que cabría hablar con propiedad de una deconstrucción de la institución notarial. Ello no obsta, desde luego, a que pueda y deba discutirse cuáles son (y cuáles deben ser) los efectos del documento público, lo que a su vez determinará el alcance del control de legalidad atribuido al notario –y viceversa–.

2. Un punto de vista extremadamente crítico sobre el alcance del control de legalidad notarial y sobre los efectos del documento público es el del catedrático de Derecho civil *Carrasco Perera*[27]. este ha afirmado con rotundidad que "(...)la práctica notarial corriente en España no permite fundar una presunción de validez del título material. No se trata de un juicio de valor, ni de una crítica; más aún, afirmo que probablemente las cosas no puedan ni deban ocurrir de otra manera, y que los sacrificios que por ello paga la fe pública están suficientemente contrarrestados por otras ventajas de las que el tráfico jurídico no puede prescindir. Digo lo que todo el mundo sabe: que los notarios no controlan la validez, la propiedad jurídica, la legitimidad de los títulos materiales que autorizan. Y aquí no vale rasgarse las vestiduras ni negar lo evidente. Todos sabemos cómo se otorga una escritura de hipoteca concedida por un banco, cómo se otorga una escritura de división horizontal, cómo se omite toda depuración de cláusulas societarias contenidas en escrituras de constitución de sociedades, qué intervención sustantiva tiene el notario en una escritura de leasing inmobiliario, en un crédito sindicado, en un renting, en una póliza de crédito con fianza prestada por un consumidor, etc. Todos los días se firman a millares en las notarías españolas ventas u opciones de compras fiduciarias incursas en la prohibición de pacto comisorio, contratos de crédito al consumo con intereses abusivos, divisiones de gananciales donde la mujer se lleva los inmuebles y el marido unas miserables participaciones sociales que se dicen valer lo mismo que las fincas, sociedades fantasmas con las que se persigue apartar los bienes propios del embargo de los acreedores, espurios reconocimientos de filiación. Esto no significa una crítica al notariado. En la mayoría de las ocasiones los fedatarios nada pueden hacer para evitarlo. Y es por eso–aunque desgraciadamente no casi siempre solo por eso– por lo que el documento público no puede presumirse válido, y no porque el notario sea descuidado en el cumplimiento de su oficio. Si el título notarial tuviera que reunir las condiciones para ser presumido válido, el tráfico jurídico se detendría y el caos se apoderaría de las transacciones jurídicas.

La realidad del otorgamiento de documentos notariales en España no es tal como para sobre ella fundar una presunción de validez del título material. Una ley que lo hiciera sería desproporcionada y acabaría inaplicándose. Y no es juego limpio derivar esta presunción de lo que debería haber sido o debería ocurrir en el mejor de los mundos posibles. Que no es el mundo de los notarios españoles de hoy".

3. Ahora bien, por mucho que pueda debatirse desde una perspectiva civilista acerca del sometimiento de los negocios jurídicos al control de legalidad del notario (con la consiguiente decisión de autorizar el documento o denegar su intervención), lo cierto es que en este punto existe un núcleo indiscutible. Dicho núcleo tiene que ver con el deber del notario de abstenerse de cometer delitos. Expresado con brevedad, una dimensión de control de legalidad de los negocios jurídicos cuya documentación se le solicita es consustancial a la labor del notario –en tanto en cuanto subsista la institución notarial– pues, en la medida en que no lleve a cabo dicho control, puede incurrir en responsabilidad incluso penal.

4. Con respecto a la existencia de este deber del notario de controlar la legalidad de los negocios jurídicos para -así- abstenerse de cometer delitos en el ejercicio de sus funciones, nada puede objetarse, por lo demás, desde la perspectiva formal. Se trata, en efecto, de un deber establecido por una Ley Orgánica y de forma taxativa: contenido en los tipos penales y en la regulación de las formas de intervención en estos que se contiene en el Código y en otras leyes penales.

2. El control de legalidad y la denegación de autorización en casos de hechos delictivos

1. Está fuera de toda duda –al menos, para un penalista– que el notario debe controlar que los negocios jurídicos cuya documentación autoriza no sean constitutivos de delito; en otras palabras, debe denegar su intervención en tales actos. Pues la documentación de negocios que se enmarcan en planes delictivos constituye un acto de favorecimiento de los fines

27 *Carrasco Perera*, El título notarial se presume válido: ¿tiene esta afirmación algún sentido?, Aranzadi Civil 3/ 2007, pp. 1891-1905.

perseguidos: un favorecimiento que, dados todos los demás elementos, podrá ser calificado de participación punible. Para el cumplimiento del deber primario de denegación de su ministerio en los supuestos de referencia, el notario debe cumplir otros deberes secundarios: a saber, los deberes de obtención de información y de adecuada valoración de esta. El exacto contenido e intensidad de estos deberes debería venir dado por estándares mínimos –hoy inexistentes– de actuación comunes a toda la institución. Sin embargo, el establecimiento de estos no obstaría a la relevancia de los conocimientos especiales (que, como se indicara en su momento, es reflejo de la dimensión "profesional" de la actividad notarial).

2. El notario que no deniega su intervención ante la pretendida documentación de un hecho que, con dolo directo o eventual, puede reputar constitutivo de delito, se convierte en partícipe de este. Lo mismo vale para los casos en que, al menos con dolo eventual, incumple los deberes secundarios de información y examen[28].

3. El control de legalidad y la denegación de autorización en casos de hechos no delictivos, pero ilícitos

1. La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales, no solo constituye una infracción disciplinaria muy grave siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración (art. 43.Dos.A.c de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y 348 c) RN). Dados todos los demás requisitos, debería hablarse aquí de la concurrencia de los elementos de un delito de prevaricación notarial (que precisaría de una regulación específica, según se ha indicado en páginas precedentes).

4. El control de legalidad y la denegación indebida de autorización

1. El art. 2 LN dispone que "el notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negara sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar según las leyes".

2. En todo caso, la denegación arbitraria de la intervención notarial, siendo esta legalmente obligada, daría lugar, asimismo, a la indicada figura *de lege ferenda* de prevaricación notarial[29]. En el ámbito de la *lex lata*, solo con bastantes dificultades interpretativas podría intentarse su subsunción en el art. 412.3, último inciso, que se refiere al caso del funcionario público o autoridad que desatiende el requerimiento de un particular para prestar algún auxilio al que venga obligado por razón de su cargo, ordenado a evitar un "mal".

5. El control de legalidad por parte el Notariado-institución

1. En ocasiones, el notario concreto, a la vista del negocio de que se trate, no puede concluir su ilicitud ni, por lo tanto, denegar su ministerio. Sin embargo, cabe que ese negocio, contemplado desde una perspectiva más amplia, esto es, relacionado con otros hechos documentados por otros notarios, sí manifieste el carácter ilícito –singularmente, delictivo– de su contenido.

2. En relación con estos casos surge la cuestión relativa al control de legalidad *a posteriori*, que correspondería a la institución notarial en su conjunto. Dicho control, sin embargo, se hace imposible si cada notario en particular omite la imperativa remisión de información al Índice General o lo hace de modo defectuoso. En tales casos, en efecto, se hace imposible cruzar datos y denunciar conductas solo perceptibles mediante la labor de integración de datos dispersos. A cada notario le incumbe, por lo tanto, cumplir con su deber de colaboración con la institución notarial, a fin de que esta, a su vez, pueda cumplir con su misión de contribuir a la prevención y sanción de delitos (que forma parte de su servicio a los intereses generales).

3. Ciertamente, no existe una tipificación delictiva de las conductas de omisión de remisión de información. Pero conviene subrayar el deterioro institucional que conllevan. Un deterioro institucional que quizá debería llevar a considerar la posibilidad de que tales conductas sean también incriminadas como delitos contra el Notariado[30].

28 Para más detalles, *Silva Sánchez*, La intervención, pp. 181 y ss.

29 El hecho de que tal denegación suela manifestarse de forma verbal, y solo excepcionalmente, a requerimiento del solicitante, se formule por escrito, no obsta a la mencionada calificación. Una resolución puede adoptar perfectamente la forma verbal. Cuestión distinta es la relativa a la prueba, naturalmente.

30 De forma relativamente paralela a la denegación de auxilio en los delitos contra la Administración pública.

V. PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES

1. En un plano de máximos, debería tenderse a la tipificación de unos "Delitos contra el Notariado", paralelos a los "Delitos contra la Administración de Justicia" y a los "Delitos contra la Administración de Justicia". Solo ello daría exacta cuenta de la posición jurídica del Notariado, cuyas actividades constituyen equivalentes funcionales de determinados actos judiciales, en lo que llega a denominarse administración de justicia preventiva o sistema de la seguridad jurídica preventiva.

2. Sin embargo, en la medida en que no se considerara posible llegar a ese punto, al menos -y ello con cierta urgencia- deberían introducirse en el Código penal dos artículos que paliaran el déficit de regulación existente en el ámbito de los delitos que hemos denominado "Delitos contra el Notariado".

3. En este sentido, se propone la presentación de dos propuestas de reforma del vigente Código penal:

Primera: Adición de un párrafo segundo al artículo 392 del Código penal

Art. 392, párrafo segundo: "*El particular que mediante violencia, intimidación o engaño diere lugar a que una autoridad o funcionario público cometiere, en el ejercicio de sus funciones, la falsedad descrita en el número cuarto del apartado 1 del artículo 390 será castigado con la pena del apartado anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código*".

Motivación: Tipificar conductas cometidas por particulares (*extranei*) que afectan de modo grave a la fe pública, uno de los elementos constitutivos de la institución pública notarial, y que no resultan previstas en el texto vigente.

Segunda: Adición de un artículo 467 bis al Código penal

Art. 467 bis: **"***El notario que, infringiendo sus deberes de examen, imparcialidad, consejo y control de legalidad, perjudique de forma manifiesta los intereses cuya protección tiene encomendada, será castigado con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código.*

Si el hecho fuera realizado por imprudencia grave, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses y suspensión del cargo por un tiempo de seis meses a dos años

El que mediante violencia, intimidación o engaño determine la producción de las referidas infracciones de deberes notariales será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle en virtud de otros preceptos de este Código".

Motivación: Tipificar conductas de vulneración grave de deberes institucionales por parte de *intranei* que, por su repercusión lesiva sobre la institución notarial y, por ende, en el tráfico jurídico-económico, resultan merecedoras de pena. Asimismo, tipificar conductas cometidas por particulares (*extranei*) que den lugar a instrumentalizaciones de la función del notario en perjuicio de la propia institución pública notarial y, en consecuencia, de terceros.

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN DE LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS*

Eduardo DEMETRIO CRESPO**

Sumario: I. Introducción. II. ¿Posición de garante como consecuencia de deberes jurídicos extra-penales? III. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de protección? IV. ¿Posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia?: V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas del moderno Derecho penal empresarial radica en conocer cómo se articula la *responsabilidad penal por omisión del empresario*[1]. Tanto es así que esta dimensión del problema de la imputación de responsabilidad penal en la empresa es calificada por la doctrina especializada como "la verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática"[2].

Pues bien, este artículo tiene por objeto profundizar únicamente en los distintos puntos de vista en torno al *fundamento de la posición de garante* de los directivos de la empresa que está detrás de la eventual atribución de responsabilidad penal en comisión por omisión a los mismos por la no evitación de determinados delitos "cometidos" por terceros a su cargo plenamente responsables.

Hay que tener en cuenta que una solución contrastada (en cualquier ordenamiento jurídico) a este difícil problema pasa necesariamente por el análisis de la dogmática de la comisión por omisión a la luz de la regulación vigente[3]–así como la correspondiente a la autoría y participación-, y en segundo término, por la estructuración jurídica de la respuesta. Esta última no puede eludir arduas cuestiones como son, entre otras, el principio de responsabilidad por el hecho propio, la conformidad o disconformidad a derecho de las acciones precedentes peligrosas, la naturaleza del riesgo permitido y relación entre el deber de cuidado y el deber de garantía en la empresa, o la delegación de competencias[4].

II. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE LA EXISTENCIA DE DEBERES JURÍDICOS EXTRA-PENALES?

Una posibilidad manejada por la doctrina para fundamentar la posición de garante del empresario, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto, ha sido la existencia de específicas obligaciones jurídicas existentes en la normativa extrapenal, a las cuales debe atender este en su actividad.

Sin embargo, como advierte *Roxin*, la posición de garante no deriva sin más de la existencia de dichas

* Publicado en Serrano-Piedecasas / Demetrio Crespo (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid: Colex, 2010, pp. 11-37.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

1 Trato de aproximarme desde una perspectiva más global en Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, *passim*; ID.: Serrano Piedecasas / Demetrio Crespo (ed.), 2008, p. 61 y ss.

2 Martínez-Buján Pérez: *DPE. PG*, 2007, p. 493.

3 Nos remitimos a la bibliografía citada en Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, pp. 65 y ss. Para un balance de la discusión en Alemania, por todos, Weigend: *LK* (2006), p. 815 y ss; y la crítica de Schünemann: *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss, esp. p. 306, en la que el autor alcanza la desalentadora conclusión de que mientras que en otros países como Inglaterra o Francia la dogmática sobre la comisión por omisión no ha alcanzado resultados dignos de mención, en Alemania se han elaborado un conjunto de teorías contradictorias que permiten hablar de un "caos dogmático".

4 Sobre todo ello, Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, p. 91 y ss.

prescripciones, lo que resulta ya del rechazo de la teoría formal del deber jurídico[5]. De la misma manera que no es posible fundamentar una infracción objetiva del deber de la mera causalidad, tampoco es posible hacerlo de una previa infracción legal[6].

III. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE UN DEBER DE PROTECCIÓN?

La figura del garante-protector (*Beschützergarant*) se discute en la biliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, puesto que estos son responsables precisamente en razón de su puesto de la protección de determinados bienes jurídicos. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa relativo a la dirección de grandes empresas este principio parece no encajar bien, porque con carácter general no se da el elemento fundamentador de la posición de garante relativo al monopolio del dominio y de la decisión sobre los bienes jurídicos[7]. Por este motivo advierte *Rotsch* que el ordenamiento jurídico no sitúa al empresario en una situación parecida en orden a evitar la plasmación de los peligros, sino que su marco de actuación se ve delimitado previamente por numerosas disposiciones estatales dirigidas a preservar la seguridad. Más allá no habría posibilidad, en su opinión, de fundamentar un deber de protección genérico[8].

Otra posibilidad que se maneja, y que se presenta en cierto modo como correctivo a la incapacidad de acción de las personas jurídicas es el recurso al *puesto orgánico* (*Organstellung*), en el sentido de que los órganos de las personas jurídicas están obligados según el derecho privado a velar por los bienes jurídicos de la persona jurídica frente a posibles perjuicios. El problema aquí es que esta posición de garante, aun admitiendo su existencia, no comprende los casos que nos planteamos en la presente investigación, sino que todo lo más se encuentra en relación únicamente con los intereses económicos de la empresa[9].

IV. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE UN DEBER DE VIGILANCIA?

1. Basado en el comportamiento anterior

A) *Por razón del actuar precedente (injerencia)*

Constituye una opinión ampliamente aceptada que la posición de garante puede resultar de un comportamiento anterior contrario al deber que pone en peligro un bien jurídico. La dificultad estriba, sin embargo, en la fundamentación de la infracción del deber (*Pflichtwidrigkeit*)[10]. Es evidente, de acuerdo a los parámetros dogmáticos hoy dominantes, que no es suficiente con la mera desaprobación jurídica del resultado de puesta en peligro, sino que se precisa un injusto de comportamiento (*Verhaltensunrecht*). Como sostiene *Roxin*, no es posible asumir una "infracción objetiva del deber" que no implique "lesión del deber de cuidado" (*Sorgfaltspflichtverletzung*) [11]. Esto significa que la posición de garante por injerencia no se puede hacer derivar en ningún caso de la mera causalidad, sino en todo caso de la imputación objetiva del actuar previo[12]. En otros términos, el autor debe haber creado un *riesgo no permitido*[13].

Este planteamiento aparece como decisivo en los supuestos de *responsabilidad penal por el producto*, y en particular, cobra especial relevancia en la controvertida Sentencia del BGH en el caso del *spray* para el cuero, ya que no se puede decir que concurra un riesgo no permitido cuando la producción y distribución de las mercancías tiene lugar sin falta de cuidado alguna[14]. Que la causalidad no es un criterio decisivo se demuestra también cuando la persona sobre la que recae el deber de evitación del resultado ha comenzado a desempeñar ese puesto de trabajo después de la entrega de las mercancías.

Precisamente ha advertido con razón *Roxin*, en el segundo volumen de su Manual, que uno de los problemas de la moderna dogmática jurídico-penal menos aclarados

5 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, § 32/10, p. 714 y ss.

6 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, § 32/207, p.781; en el mismo sentido, Gallego Soler: *EDJ* 72 (2006), p. 74.

7 Heine: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 115.

8 Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 189

9 Heine: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 116; Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 190.

10 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, § 32/195 y ss, p. 778 y ss.

11 Ibídem, p. 779.

12 Ver, por todos, Gómez Benítez: *Causalidad*, 1988, *passim*.

13 Meini: *Responsabilidad*, 2003, p. 321, 323.

hasta el momento es el de la responsabilidad por productos peligrosos[15]. Si dichos productos se introducen en el mercado, pese a tener conocimiento de su peligrosidad, entra en consideración un *delito imprudente* a través de un comportamiento activo. Sin embargo, si tras tener conocimiento de las consecuencias dañosas, no se adoptan medidas para evitar el resultado, como p.e la retirada de las mercancías o la alerta a los compradores, puede concurrir en su caso un *delito doloso de comisión por omisión*. En estos casos la posición de garante derivaría de la actuación precedente. Pero en cualquier caso resultará especialmente controvertido fundamentar la posición de garante en aquellos casos en los cuales la peligrosidad de las mercancías no se conocía en el momento de la producción e introducción en el mercado de los productos, sino que se manifiesta posteriormente[16]. Esto fue lo sucedido en el ya famoso caso del *Lederspray*, en el que la firma introdujo en el mercado un *spray* para el cuidado del cuero, que produjo en una serie de consumidores edemas pulmonares.

Las críticas vertidas por la doctrina especialmente frente al camino argumentativo emprendido por el *BGH* en la sentencia del *spray* para el cuero han sido numerosas y contundentes[17]. Advierte *Hilgendorf* que el BGH en esta sentencia, a primera vista, parece haber querido seguir la opinión según la cual no se precisa un comportamiento previo peligroso contrario al deber para fundamentar una posición de garante por injerencia[18]. El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la injerencia desarrolladas por la doctrina: a) el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); b) se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; c) finalmente el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante[19]. El problema reside, sin embargo, en que el Tribunal cree poder afirmar la infracción objetiva del deber ya por el hecho de que el ordenamiento jurídico prohibe en principio generar peligros cuyo curso libre conduzca a lesiones corporales de terceras personas, sin que la misma decaiga bajo el punto de vista del riesgo permitido[20].

La crítica de *Kuhlen* a dicha sentencia se basa en que de la condición de un comportamiento previo contrario al deber no resulta sin más el requisito de un comportamiento previo culpable. Por otro lado el propio Tribunal habría hecho decaer el requisito de un comportamiento previo contrario al deber toda vez que se basa en el "resultado de peligro jurídicamente desaprobado" al tiempo que pretende derivar la infracción objetiva del deber -relativa al hecho de introducir los productos en el mercado- desde una pespectiva *ex post*[21]. Sin embargo, en la discusión sobre la injerencia se exige un comportamiento previo contrario al deber que conlleve una creación de riesgo desaprobado desde la perspectiva *ex ante*, la misma que según la doctrina dominante es capaz de generar un injusto de comportamiento[22/23]. Es claro, por consiguiente, que la introducción en el mercado del *spray* para el cuero solo podía considerarse contraria al deber si se podía reconocer su peligrosidad en ese momento, cosa que no sucedió en este caso. Otra cosa es que, con todo, se admita que la posición de garante por injerencia puede surgir, no obstante, sin necesidad de un comportamiento previo contrario al deber, criterio que parece ir ganando terreno en la doctrina[24].

14 Sobre el problema, entre otras referencias, Vid.: Juanatey Dorado: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, pp. 133 y ss; Rodríguez Montañés: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, p. 115 y ss.

15 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, pp. 778 y ss.

16 Ibídem

17 Vid, entre otras referencias, Kuhlen: *NStZ* 12 (1990), pp. 566 y ss; Hilgendorf: *Produktenhaftung*, 1993, pp. 134 y ss; Hassemer: *Produktverantwortung*, 2.ed, 1996, pp. 50 y ss.

18 Sobre este punto Vid.: Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, p. 100 y ss.

19 Hilgendorf: *Produktenhaftung*, 1993, pp. 135-136.

20 Ibídem, p. 136.

21 Kuhlen: *NStZ* 12 (1990), p. 568.

22 Ibídem

23 Sobre la discusión en el ámbito de la tentativa en orden a la formulación del juicio de peligro mi opinión en este sentido ya en Demetrio Crespo: *La tentativa*, 2003, pp. 1 y ss.

24 Véase Tiedemann: *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., § 4/7/a, 2007, donde el autor señala que no resulta claro si en los *casos de puesta en circulación de productos peligrosos* la posición de garante deriva de la injerencia o bien es una consecuencia del deber de garantizar un tráfico seguro.

Con todo, la STS de 23 de abril de 1992 (caso colza) fue más respetuosa que la del BGH respecto al criterio limitativo de que el actuar precedente que fundamenta el deber de garantía supere, al menos, el nivel de riesgo permitido. Señala *Peñaranda Ramos* a este respecto que hay un acuerdo generalizado en la doctrina acerca de que los deberes de aseguramiento del tráfico establecidos en el ámbito jurídico-civil no son trasladables sin más al Derecho penal, sin que tampoco se considere en general oportuna una renuncia completa al criterio de la contrariedad a Derecho en el pensamiento de la injerencia[25]. En su opinión, la cuestión estriba en examinar si en los supuestos de responsabilidad por productos, más allá de la simple puesta en peligro objetiva, existe algún factor diferencial que contribuya a justificar la admisión del deber de garantía. La labor tendría que centrarse pues en encontrar algún criterio con consenso suficiente, concluyendo que el avance de una más intensa responsabilidad penal por el producto parece en todo caso imparable[26].

De todos modos en el supuesto de la *responsabilidad por omisión del empresario por hechos cometidos por sus subordinados* hay que observar que en un principio esta no puede derivar en todo caso de la mera apertura del establecimiento y la consiguiente contratación de trabajadores, puesto que ambas cosas son en cuanto tales hechos conformes al Derecho, que nada dicen sobre las relaciones de dominio con respecto al comportamiento posterior de los empleados en el establecimiento[27].

Sin embargo, el problema no se reduce solo a este último extremo, sino que es más amplio. En palabras de *Jakobs* cabe formularlo del siguiente modo: "¿existe un deber de actuar positivamente, para poner a salvo una organización ajena por haber creado previamente el riesgo para esta organización y, por lo tanto, la necesidad de su salvamento?"[28]. Para este autor, la cuestión fundamental es si para fundamentar deberes de salvamento se precisa un acto expreso o concluyente de asunción, como en el caso del contrato, o si, por el contrario, el Derecho puede suplirlo por una conducta precedente de características aun por determinar. Su conclusión es afirmativa: en el marco de la competencia por la configuración del propio ámbito de organización la pérdida de seguridad se produce igualmente en los casos de injerencia sin asunción, y por consiguiente, en ambos casos la organización peligrosa daría lugar a un deber de salvamento[29].

B) ***Por razón del comportamiento previo ("permitido") que incrementa el riesgo***

Una posición que ha sido objeto de especial controversia es aquella que extrae la posición de garante del empresario del comportamiento previo, pero sin exigir una infracción del deber, sino que se contenta con que dicho comportamiento ("permitido") aumente o cualifique el riesgo[30]. Así por ejemplo *Freund* advierte lo siguiente: "Quien ejerce actividades cualificadamente riesgosas, que, por decirlo así, se ejercen con la más o menos expresa o tácita reserva de en caso de necesidad actuar para evitar un peligro, debe hacerlo –si quiere practicar dicha actividad– en virtud de una responsabilidad especial"[31]. También *Jakobs* habla de que "dado que en los riesgos especiales no se trata especialmente de riesgos de acciones, sino de la imputación de esferas de riesgo, es posible el deber de salvación también como consecuencia de la mera responsabilidad por cosas o actividades, es decir, como deber de relación "prolongado"[32]. El ejemplo utilizado por este autor es el del dueño de una empresa química, que en caso de accidente (escape de una nube de gas venenosa), "está obligado a salvar, debido al peligro especial de la actividad, y ello sin tener en cuenta su comportamiento previo en relación con este suceso en especial"[33].

Por otra parte *Brammsen* ha desarrollado la tesis –formulada en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto– según la cual la posición de garante

25 Peñaranda Ramos: *Liber amicorum*, 2006, p. 427.

26 Ibídem, pp. 427-428.

27 Bottke: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, p. 134.

28 Jakobs: *Estudios*, 1997, p. 353.

29 Ibídem, p. 354.

30 Freund: *Strafrecht. AT*, § 6/69 y ss; Jakobs: *Strafrecht. AT*, 29/42; Kuhlen*: NStZ* 1990, 568; Lackner/Kühl: § 13/13; Otto: *WiB* 1995, 933; ID., *Strafrecht. AT*, 2004, § 9 III 1 a; Rengier: *JuS* 1989, p. 807; NK-Seelmann: § 13/117.

31 Freund: *Strafrecht. AT*, § 6/69, p. 200.

32 Jakobs: *Derecho Penal. PG,* § 29/42, p. 985.

33 Ibídem

derivada del deber de vigilancia del productor de mercancías dañinas para la salud le obliga a una retirada de las mismas, con independencia de si los productos se hallan todavía en el ámbito de la empresa, o ya han sido comercializados[34]. Esta solución, como advierte *Roxin*, despierta algunas reservas. En primer lugar choca con la idea básica de la injerencia, según la cual la acción previa, en la medida en que se trate de la imputación típica, tiene que haber creado una fuente de peligro de un modo *ex ante* contrario al deber. En segundo lugar, la diferenciación entre riesgo permitido "normal" e "incrementado", en su opinión, es inútil debido a su indeterminación. En este sentido, advierte, todo incremento del riesgo se mueve en una escala continuada sin cesura alguna en la que poder determinar un incremento relevante desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas[35].

La fabricación de productos, junto con la conducción de automóviles, son vistos como ejemplos de conductas que implican un riesgo incrementado. A este respecto se pregunta *Roxin*, dónde radica el riesgo incrementado cuando se han observado todos los estándares de seguridad. Incluso desde el punto de vista estadístico rara vez se conocen efectos lesivos de productos fabricados de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el posible criterio del elevado número de potenciales afectados tampoco convence, dado que si se quiere asumir la posición de garante del productor, esta debería concurrir razonablemente cuando los daños aparecen justo después de la primera entrega, aunque el número de afectados sea todavía pequeño. Finalmente a esta posición le sería igualmente aplicable la crítica de que la posición de garante de quien ha ingresado en la empresa posteriormente no se puede deducir de su comportamiento anterior[36].

Por su parte *Otto* indica, con razón, que aunque la idea de que la fundación de un riesgo especial legitima también la asignación de una responsabilidad especial convence absolutamente, sin embargo existen dudas razonables acerca de una posición de garante específicamente referida al productor. Entre ellas menciona que el concepto de "comportamiento que incrementa el riesgo" es demasiado indeterminado como para poder ser utilizado como criterio idóneo para la delimitación de una posición de garante, si se renuncia a la cognoscibilidad del peligro en el momento de la entrega[37]. También en relación a la tesis de *Brammsen* cabe aducir, como hace *Roxin*, que aun cuando se creyera correcto el resultado al que llega, este se alcanza con gran dificultad si se le desvincula de cualquier base real. Si las mercancías han abandonado el ámbito de dominio real del productor y se hallan en posesión de comerciantes desconocidos o de los consumidores, no es posible hablar sin más de una vigilancia para la que no se dan las posibilidades reales de acceso[38].

C) *Por razón de la desestabilización de un foco de peligro preexistente*

Gimbernat ha tratado de fundamentar la tesis según la cual "solo existe un delito impropio de omisión cuando quien está obligado a vigilar un foco de peligro preexistente prescinde de adoptar medidas de precaución que, o bien habrían mantenido al foco de peligro posteriormente causante de un resultado típico dentro del riesgo permitido, o bien –para el caso de que el foco de peligro hubiera superado ya los límites de lo jurídicamente tolerado– lo habrían reconducido otra vez al nivel conforme a Derecho"[39].

El autor parte del caso de la STS de 04 de septiembre de 1991, en el que se castiga por homicidio imprudente tanto al anestesista obligado a la vigilancia permanente de la fuente de peligro (en este caso, un paciente sometido a una operación), como también al cirujano jefe director de la operación, y al director del establecimiento hospitalario en el que se produjo la muerte. Puesto que no se trataba de un mero error médico dentro del exclusivo campo de competencia del anestesista, sino de una imprudencia directamente percibida por el cirujano que dirigía la operación, como consecuencia de una pauta generalizada –conocida por el director del hospital– que impedía la presencia permanente del anestesista durante la operación, estos deben ser considerados *garantes secundarios*. Estos garantes secundarios están obligados, según este punto de vista, a mantener dentro

34 Bramsen, *GA* 1993, pp. 97 y ss.

35 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, § 32/202.

36 Ibídem, § 32/203-204.

37 Otto: *FS-Hirsch*, 1999, p. 308.

38 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, p. 782.

39 Gimbernat Ordeig: *ADPCP* Vol. LIV (2001), p. 12.

del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión, "de tal manera que debían evitar cualquier desestabilización del foco que lo convirtiera en uno no permitido, independientemente de si esa desestabilización era reconducible a un accidente o a un delito imprudente o, incluso, doloso"[40].

En el caso de la STS de 17 de junio de 1995 (Alcalá 20) se manejaba por la defensa efectivamente la hipótesis de que el incendio hubiera podido ser provocado dolosamente por un tercero, lo que, aun siendo cierto, no hubiera impedido el hecho de que los resultados de muertes, lesiones, y daños producidos, también tenían que ser reconducidos a la no instalación imprudente por los directores de la empresa de las medidas prescristas por la normativa administrativa en materia de prevención de incendios, cuyo objetivo es mantener lo más bajo posible el peligro para las personas y cosas en caso de que se declare un incendio[41].

El mismo razonamiento lleva a *Gimbernat* a sostener, en el caso de la STS de 23 de marzo de 1992 (caso de la colza), que el TS debió condenar a Fernado B. (responsable de los almacenes y de la factoría) por la no evitación imprudente en comisión por omisión de los homicidios y lesiones imputados doloso-eventualmente al otro titular de la empresa, en lugar de limitarse a condenarlo por un delito imprudente contra la salud pública. Dado que Fernando B tenía que vigilar que los productos vendidos a los consumidores llegaran a estos en buen estado, "entonces infringió su deber de garante en el momento en que permitió imprudentemente la comercialización constitutiva de delito de aceite adulterado, pues *el aceite está igual de adulterado cuando estas deficiencias son reconducibles a una causa material (por ejemplo, a un accidente no imputable a nadie y sobrevenido durante el almacenamiento) o a un comportamiento humano defectuoso (por ejemplo: a un hecho punible doloso-eventual)*, por lo que también aquí es perfectamente compatible –sin que por ello sea aplicable ninguna prohibición de regreso– condenar a Fernando B. como autor imprudente en comisión por omisión por la no evitación de la actuación dolosa de otro (de Juan Miguel B.) sobre el foco de peligro "aceite", cuya ingestión fue la que causó, en definitiva, las numerosas muertes y lesiones sobrevenidas entre los consumidores"[42].

Esta tesis le lleva a *Gimbernat* a sostener en primer plano, como ya ha quedado dicho, que el dueño del negocio debe vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa. En segundo término, a la consecuencia, de que *solo* se le puede hacer responder en comisión por omisión "*si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido* –e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa- *consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente menoscabos de bienes jurídicos*". De ahí que, para él, haya que rechazar por este motivo la fundamentación de la posición de garante del empresario en todos aquellos casos en los que los hechos punibles no tienen que ver directamente con los auténticos focos de peligro de cuyo control es responsable (hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones del crupier del casino, acciones violentas del portero de la discoteca, etc.), y en los que, por otra parte, no se puede considerar al sujeto que actúa (un trabajador) como una "fuente de peligro" por resultar incompatible con el uso normal del lenguaje[43].

Este último argumento plantea, a su vez, un problema de mayor alcance cual es la presunta imposibilidad de una equiparación al mismo nivel de cualquier peligro en el interior de la empresa, en particular de aquellos que provienen de las cosas y aquellos que provienen de las personas. Se trata de una conclusión que no resulta evidente, y que ha sido discutida por la doctrina. Así p.e *Roxin* ha señalado que en la práctica difícilmente se puede distinguir la procedencia personal o no de los peligros dentro del potencial de la empresa[44]. En conexión con este argumento aduce *Schall* que no se entiende por qué lo que vale para el caso de hechos penales en relación con objetos de la empresa (como p.e la entrega de productos), no puede valer para aquellos en relación con el acometimiento de actividades típicamente empresariales aunque no ligadas a cosas (como p.e en los casos del portero de la discoteca que se extralimita en su función, o el crupier que manipula la ruleta en el casino). De tal manera que no tendría que suponer problema alguno para el uso normal del lenguaje calificar como fuentes de

40 Ibídem, p. 14.

41 Ibídem, p. 15.

42 Ibídem, p. 17 (la cursiva es mía).

43 Ibídem, p. 19.

peligro a aquellos empleados que a través de su intervención delictiva lesionan o dañan a clientes potenciales o reales del establecimiento, y con ello, al establecimiento mismo[45].

¿Significa esto que ya por ello necesariamente la empresa en si misma se considera *in totum* la fuente de peligro que debe ser vigilada? A esto responde *Schall* en principio negativamente con el argumento de que la constitución de un deber de vigilancia de un peligro que resulta únicamente del hecho delictivo cometido por un tercero contradiría el principio de responsabilidad por el hecho propio[46]. Sin embargo, finalmente, sí sostiene que efectivamente la empresa en si misma puede considerarse una fuente de peligro que ha de ser vigilada por el empresario, dado que las empresas son por regla general ámbitos de dominio organizado de modo complejo, de los cuales pueden resultar según indica la experiencia peligros para terceros, no solo a través de los múltiples dispositivos, maquinarias, o materiales peligrosos, sino también a través de las diversas actividades empresariales de los correspondientes encargados en la misma. Que los peligros que amenazan a terceras personas provengan de un objeto de la empresa en particular, de un dispositivo peligroso, o de un comportamiento incorrecto contrario al deber de cuidado o doloso de los empleados de la empresa no implicaría diferencia alguna[47]. Concluye por lo tanto que es correcta la consideración de la empresa como una fuente de peligro que debe ser vigilada por el dueño del negocio, que se diferencia de otros focos de peligro complejos -a los que quepa considerar como susceptibles de fundamentar una posición de garante- en que aquí los peligros no suelen resultar de situaciones estáticas, sino más bien de acciones en el ámbito de organización del propietario, dentro una organización regulada de forma jurídicamente compleja. El fundamento para dicho deber de garantía del dueño del negocio no sería la responsabilidad por el hecho ajeno, sino el dominio sobre una fuente de peligro[48].

2. Basado en la responsabilidad sobre las fuentes de peligro propias de la empresa

1. En su magnífico y extenso escrito de habilitación sobre la responsabilidad penal de la empresa *Heine* se ocupa de la cuestión central que es objeto de la presente investigación, la posición de garante del empresario por la no evitación de hechos penales cometidos por sus empleados. Tras el oportuno repaso a la trayectoria seguida por la más alta Jurisprudencia de Suiza y Alemania en este asunto, hace hincapié en la enorme dificultad que conlleva, y en lo delicado que resulta en una comunidad de seres libres atribuir responsabilidad por omisión por el comportamiento responsable de otras personas[49]. Este punto de partida le lleva a excluir de entrada dos puntos de vista insostenibles: por un lado, aquel que equipara la mera existencia de una prohibición jurídico-civil o jurídico-administrativa con la posición de garante, y por otro, aquel que argumenta de un modo global con una (ficticia) posibilidad ilimitada de actuar[50]. Respecto a lo primero es claro que dichas normas extra-penales únicamente desencadenan responsabilidad respecto a aquel que actúa de forma inmediata, pero no pueden al mismo tiempo ampliar el círculo de los sujetos responsables. Su función radica más bien en concretar la medida del deber de cuidado. Respecto a lo segundo, más allá de que es imposible afirmar con una base real una capacidad ilimitada de actuar, aun suponiendo que existiera, la mera existencia de los tipos penales de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP; § 323 c StGB) demuestra que la mera posibilidad de salvación no fundamenta por si misma una posición de garante[51].

Por otro lado, tratando de aplicar las categorías y conceptos generalmente admitidos en la dogmática de la omisión, y teniendo en cuenta que una posición de garante como consecuencia de un deber de protección está prácticamente excluida en este ámbito, se pregunta el autor por la posibilidad de aplicarla como

44 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, § 32/139.

45 Schall: *FS-Rudolphi*, 2004, p. 276. Véase asimismo Quintero Olivares, *CGPJ* (2009), Punto 6.1, quien se muestra de acuerdo en un principio con la delimitación efectuada por Gimbernat, pero matiza que en realidad el planteamiento no resulta convincente "si se analiza despacio el origen de la "obligación" de controlar el peligro, y, en segundo lugar, la previsibilidad del peligro especialmente *cuando ese peligro procede solo de un factor humano* indominable "a priori"".

46 Sobre este punto Vid.: Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, p. 95 y ss.

47 Ibídem, p. 278.

48 Ibídem

49 Heine: *Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 109 y ss, p. 113.

50 Göhler: *FS-Dreher,* 1977, pp. 620 y ss.

51 Heine: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 114.

consecuencia de un deber de vigilancia sobre singulares fuentes de peligro, en virtud de un dominio sobre las personas y/o sobre las cosas. Respecto al *dominio sobre las personas* conforme al principio de responsabilidad por el hecho propio estaría excluido en principio imputar responsabilidad penal a alguien por un hecho cometido por un tercero responsable. Solo excepcionalmente, en casos prototípicos, como los de los educadores respecto a sus hijos, o de autoridades estatales de carácter funcionarial respecto a sus subordinados, se podría tomar en consideración algo así. Frente a los intentos de afirmación de una posición de garante del propietario de la empresa por hechos penales cometidos por sus subordinados sobre la base de conceptos como la "visión completa", el "poder jurídico de dar órdenes", o la "parcial dependencia de los miembros de la empresa", cabe interponer sin embargo serias objeciones[52]. En primer lugar, alega *Heine*, ya el solo hecho de la dificultad que radica en el hecho de afirmar una autoría mediata (en el comportamiento activo) a través del dominio de la organización o de las órdenes, debería ser suficiente para desistir de la idea cuando se trata de fundamentar una posición de garante, que exige una responsabilidad intensificada. El recurso global al derecho de dirección de la empresa hace temer un regreso a la teoría formal del deber jurídico, con la consiguiente pérdida de cualquier orientación material. Tampoco convence la dependencia parcial de los empleados porque la estructura de dominio empresarial conoce unos límites que solo permite un ejercicio determinado de poder sobre los empleados, y que no justifica por si una especial obligación de intervenir[53]. El "dominio personal" en las grandes empresas se encamina cada vez más hacia un poder organizativo despersonalizado, de modo que los desarrollos dogmáticos recientes contemplan como autores de un delito comisivo también a aquellos que intervienen en el hecho en virtud de un aparato ilegal de poder organizativo. Criterios que, por un lado, no se pueden trasladar sin más al delito omisivo, y que por otra parte, han de permanecer limitados a las organizaciones desvinculadas del derecho[54].

Solo restaría entonces una argumentación basada en una *posición de garante como consecuencia de un deber de vigilancia por razón de la existencia de fuentes de peligro específicamente empresariales en virtud de un dominio fáctico* (sobre las cosas). El punto de vista desarrollado por *Heine* coincide parcialmente con algunas de las teorías expuestas anteriormente. Se trata fundamentalmente de poner de relieve que la creación de una empresa conlleva determinados riesgos que desencadenan a su vez una responsabilidad acentuada. La cuestión sería, por lo tanto, explicar adecuadamente el fundamento apropiado de la misma. Dependiendo de que se adopte el punto de vista según el cual se trataría bien de contemplar a la empresa como foco de peligro en si mismo, en tanto de institución puesta en marcha para la obtención de rendimiento económico, o más bien, de mantener bajo control específicos riesgos (potenciales amenazas) que derivan particularmente de esa clase de empresa, se obtendrían diferentes resultados en cuanto al contenido de los deberes[55].

Si se adopta el primer punto de vista es evidente que la determinación del círculo de destinatarios y del deber de garantía misma se hace muy difícil. Dado que la persecución de beneficios económicos pertenece a la naturaleza misma de la empresa, buscar una fundamentación de la responsabilidad penal por omisión en el seno de la misma basada en el carácter preponderante de estos últimos implicaría un giro hacia el Derecho Civil difícilmente compatible con los principios tradicionales de la dogmática del Derecho penal. Por ello, en opinión de *Heine*, una *posición de garante del empresario por hechos cometidos en el seno de la empresa solo puede derivarse del deber de mantener bajo control determinadas fuentes de peligro típicamente empresariales que resultan particularmente de determinadas empresas y procesos productivos*.

Si se considera que el director de la empresa es garante de que los especiales peligros que potencialmente derivan de la misma no acaben menoscabando intereses jurídicamente protegidos de terceras personas, entonces podría predicarse la existencia de un deber de garantía cuyo contenido general se basa en organizar el manejo con tales instalaciones y procesos productivos de tal modo que no surjan lesiones de bienes jurídicos. Este deber comprendería el *control*

52 Ibídem, pp. 116-117.

53 Ibídem, p. 117.

54 Ibídem, p. 118.

55 Ibídem, p. 119.

continuado y en su caso la *adopción de medidas de seguridad*[56].

2. Frente a esta construcción ha advertido *Rotsch* que la fundamentación de una posición de garante del empresario por razón de la potencial amenaza para bienes jurídicos que proviene de los procesos productivos y peculiaridades de la empresa, es equivocada. Para fundamentar esta crítica se basa en el reconocimiento general de que para la afirmación de un deber de garantía dirigido al encauzamiento de una fuente de peligro se precisa el *dominio fáctico* del que omite, que justamente no se da en el caso de grandes empresas[57].

Por otro lado, *Rotsch*[58] reprocha a *Heine* dejar abierta la cuestión de cómo es posible aislar decisiones previsibles y evitables de los órganos de dirección cuando reconoce la posibilidad de delegar la responsabilidad y con ella la transmisión de los correlativos deberes de garantía[59]. De tal manera que en la medida en que *Heine* afirma que la responsabilidad permanece tanto más próxima a la dirección del consorcio cuanto menos localizable y más amenazante es la fuente de peligro, y más amplias son las decisiones a adoptar, este está obligado a explicar cómo pueden los órganos de dirección (alejados del hecho) actuar de modo que controlen el suceso. Justamente porque en las grandes empresas de complejidad creciente los riesgos –muchas veces gestados a lo largo de los años– se combaten con medidas a largo plazo, estos no pueden ser dominados a través de la delegación, control, y organización, y por ello, dice *Rotsch*, tampoco sería posible argumentar la correspondiente responsabilidad por omisión[60].

3. Basado en la idea de la competencia organizativa

1. Nos dice *Jakobs* que en la vida cotidiana es completamente habitual que una expectativa pueda ser defraudada por acción u omisión y que, sin una expectativa normativa, hacer y omitir resulten igualmente indiferentes[61]. El autor explica que en una sociedad moderna se pueden identificar dos fundamentos de la responsabilidad penal que abarcan tanto la acción como la omisión: la lesión de los límites *generales* de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo, y en segundo lugar, la inobservancia de los límites (particulares) trazados por el *status especial* que cada uno ostenta en la sociedad[62].

Dentro de este esquema es claro que la responsabilidad por comisión activa es un sector de responsabilidad por competencia de organización, incluso desde un punto de vista naturalista, entendido como "control voluntario del propio cuerpo". Por omisiones habría que entender, por su parte, la evitación de un *output* nocivo de la propia organización. Pero la clave en orden al tema que nos interesa la ofrece *Jakobs* al advertir lo siguiente: "A cada uno compete, en virtud de su *status* general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido"[63].

Hasta aquí podría decirse que la conclusión a la que llega el catedrático emérito de la Universidad de Bonn no se aparta en lo esencial de lo ya apuntado por otros autores citados más arriba. Con todo su base argumentativa le confiere un gran poder descriptivo: "Qué significa este deber de aseguramiento en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización. Si este estado es inocuo, el aseguramiento se produce sencillamente por el hecho de no modificarlo en sentido nocivo, es decir, por la omisión de una conducta arriesgada. Si ese estado es, por el contrario, peligroso, el aseguramiento se produce por una reorganización activa, esto es, por medio de una acción"[64]. Mientras que la lesión del deber de aseguramiento se produce en el primer caso mediante

56 Ibídem, pp. 120-121. Véase asimismo sobre el *contenido y límites* de la posición de garante, Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, pp. 159 y ss.

57 Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 203.

58 Ibídem, p. 204

59 Heine: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 122 ["Soweit aber Kompetenzen zulässigerweise übertragen werden, entstehen korrespondierende Garantenpflichten bei den in den Unterabteilungen zuständigen Überwachungsgaranten"].

60 Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 204.

61 Jakobs: *Estudios,* 1997, p. 346.

62 Ibídem, pp. 347-348.

63 Ibídem, p. 349.

64 Ibídem, pp. 349-350.

una acción, en el segundo acaece por omisión. Pero *Jakobs* no confiere a esto último relevancia alguna, produciéndose por esta vía una disolución de las diferencias a efectos dogmáticos, pues todo sujeto tiene en el plano del *status* general la obligación de evitar una configuración de la propia organización que exceda del riesgo permitido. Lo decisivo, nos dice este autor, no es la clase de conducta que se realiza, sino la atribución o no atribución del curso del daño al ámbito de organización.

Junto a ello, *Jakobs* distingue un grupo de casos referente a la *asunción del dominio del riesgo*, que reflejarían el tránsito de los deberes de aseguramiento a los deberes de salvamento. En esta constelación no se trataría ya solo de evitar un *out-put* peligroso "externo a la organización", sino de algo más: del salvamento de una organización ajena respecto de riesgos generados con el *out-put* peligroso del que se ha dispuesto con reserva de su segura revocación antes de que se produzca el daño[65]. Esto significaría, a su vez, que quien asume el dominio de ese riesgo está obligado a renunciar a una configuración interna que es en sí misma socialmente adecuada.

Finalmente, junto a los deberes en virtud de competencia de organización, distingue este autor los "*deberes en virtud de competencia institucional*". Estos se caracterizan por no ser deberes que resulten del *status* general de todo ciudadano, sino que afectan tan solo a personas con un *status* especial, como los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos[66]. La consecuencia más relevante a efectos dogmáticos es que, según *Jakobs*, se trata del reverso de los delitos de infracción de un deber y siguen sus mismas reglas, de modo que "por falta de relevancia del *quantum* organizativo decae la diferenciación entre autoría y participación basada en este *quantum*; más aún, todo sujeto especialmente obligado está inmediatamente, esto es, sin accesoriedad, sometido al deber y es por ello autor si no le falta alguna otra cualificación para la autoría"[67]. La conclusión última es de nuevo que no hay diferencia entre acción y omisión: "la diferencia entre comisión y omisión es también en el ámbito de un *status* especial una diferencia *natural*, a la que falta una relevancia genuinamente *jurídica*"[68].

La construcción de *Günther Jakobs* es, como sucede en otros ámbitos, muy sugestiva y posee un enorme poder descriptivo y plástico. Sin embargo, conduce a una disolución en el plano normativo de las diferencias que vienen dadas por el –sin lugar a dudas– diferente acontecer típico respecto al desencadenamiento activo. Una visión garantista de la dogmática de la autoría pasa, en mi opinión, por la idea del dominio, también para los delitos omisivos. Aquí habrá que buscar pues la solución al fundamento de la posición de garante del empresario. Otra cosa bien distinta es que *no se den los elementos para imputar (objetivamente) el hecho a su autor*, lo que no convierte en decisivo el criterio de la asignación material de competencias ni ningún otro. De ahí que decaiga el argumento esgrimido por *Feijoo Sánchez* en el sentido de que el criterio del dominio sería insuficientemente normativo dado que "el dominio puede ser puramente casual o, incluso, en supuestos de omisión simple, puede haber un fuerte dominio de la situación de desamparo sin que ello legitime la imputación del hecho"[69]. El argumento previo según el cual "cuando nos enfrentamos a la criminalidad de empresa, la imputación objetiva a los integrantes de la empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial"[70] no afecta a "*esferas de competencia*", sino a cómo se relacionan las "*esferas de responsabilidad*" colectiva e individual, y puede contribuir a no extralimitar esta última[71].

2. Para *García Cavero*, en cambio, es preciso distinguir entre la determinación de la posición de garante por un lado, que con carácter general requeriría "*haber entrado a dominar o controlar el desarrollo de la actividad empresarial*", y la imputación al garante de un resultado en comisión por omisión. Para esto último sería preciso poder afirmar que el garante ha sido competente por el riesgo que se realiza en el resultado. A su vez, sin embargo, estima que "para determinar las competencias penalmente relevantes del

65 Ibídem, p. 351.
66 Ibídem, pp. 362-363.
67 Ibídem, p. 363.
68 Ibídem, p. 363.
69 Feijoo Sánchez: *Cuestiones*, 2009, p. 268.
70 Ibídem.
71 Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, pp. 50 y ss.

directivo de una empresa, *a efectos de fundamentar la equivalencia normativa de la omisión del garante con la realización activa*, debemos diferenciar las competencias por organización (delitos de dominio) de las competencias institucionales (delitos de infracción de un deber)"[72]. Llama la atención la "circularidad" de este tipo de argumentación en la que se es garante en virtud del "dominio", pero luego hay que recurrir a la "competencia organizativa" para fundamentar la equivalencia normativa.

En rigor la imputación al directivo en comisión por omisión se hace posible solo si podemos afirmar que es garante de la evitación del resultado –en nuestro caso el delito cometido por el subordinado– y se es garante si se domina la fuente de peligro de la que se es competente. En definitiva, la competencia organizativa aparece todo lo más como un presupuesto más del efectivo dominio sobre el fundamento del resultado, que no es otro que una concreta fuente de peligro representada por el comportamiento del subordinado.

Por lo demás este autor también admite que "una competencia penalmente relevante por la gestión de asuntos específicos solamente podría admitirse si el directivo asume efectivamente esta gestión"[73]. De todos modos tomar como punto de partida el criterio de la competencia lleva a *García Cavero* a un difícil camino en el que debe argumentar de un modo un tanto forzado que "la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado solo ejecute la orden impartida por el directivo", porque en este caso, "la prestación del dependiente forma parte de la esfera de organización del directivo, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por el dependiente, la autoría le corresponderá al directivo. En este sentido cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo"[74]. Sin embargo, en este caso, cuando el directivo da una orden directa al subordinado –la de cometer una acción constitutiva de delito– cabe preguntarse *en qué consiste la omisión*, pues más bien aparece como una *conducta activa*.

Sin embargo, la constelación que nos ocupa es también y en primera línea la que *García Cavero* menciona en segundo término, limitándola a aquellos supuestos en los que "el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la organización dispuesta por el directivo", en los que en su opinión, "solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si este no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes"[75]. Es aquí cuando el autor estima que en estos casos, el incumplimiento de labores de control o vigilancia no permite fundamentar una equivalencia normativa con la realización activa, por lo que considera que debe atenuarse la sanción penal con base a la posibilidad que otorga en este sentido el art. 13 del Código Penal peruano. También aquí cabe discrepar ante una argumentación que permite imputar el hecho en comisión por omisión pero, si se me permite la expresión, "no del todo". Se trata lógicamente de un problema de mayor alcance que afecta a cualquier regulación de cláusulas de equivalencia que incluyen atenuaciones facultativas, como también sucede en el § 13 StGB. Sin embargo las cláusulas de equivalencia sirven justamente para fundamentar en términos normativos la "equivalencia" entre la omisión y la acción en presencia de determinados elementos que convierten al sujeto activo en garante. Otro problema diferente es que, establecida esta premisa, el sujeto deba responder necesariamente como autor, o más bien, su intervención en el hecho deba ser considerada materialmente a título de partícipe, o que entren en juego reglas de determinación de la pena que atenúen su responsabilidad por otros motivos.

4. Basado en la idea del "dominio" o "control del dominio"

A. Clases de dominio

Schünemann expusó ya en 1979 que la posición de garante de los órganos de la empresa podía entrar en consideración bajo dos puntos de vista: el dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento ("*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*"), y el poder de mando sobre los trabajadores ("*rechtliche Befehlsgewalt über*

72 García Cavero: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 393.

73 Ibídem, p. 394.

74 Ibídem.

75 Ibídem, p. 395.

die Arbeitnehmer")[76]. El alcance del deber de garantía del empresario se conforma de modo diferente en uno y otro caso, porque el "dominio material" (sobre cosas y procedimientos) es permanente ante el exceso, pero no ante la descentralización, mientras que el "dominio personal" (a través del poder jurídico de mando sobre los trabajadores) no es permanente ante el exceso, pero sí ante la descentralización[77]. Para *Meini* es claro, no obstante, que el devenir de la actividad empresarial hará posible interrelacionar ambas formas de dominio, cuando por ejemplo el subordinado, en provecho propio, se vale de un descuido de sus superiores encargados del control de la calidad para introducir en el producto –que debe ingresar en el mercado– una sustancia tóxica. De aquí extrae la conclusión de que "el deber de garante con base en el dominio personal sobre el subordinado podrá ser invocado como argumento para la imputación de los resultados lesivos al superior jerárquico", al inscribirse dicho comportamiento en el proceso de producción empresarial[78]. También *Arroyo Zapatero* parte de que lo que hay que comprobar es en qué medida las lesiones de los bienes jurídicos que son obra directa del subordinado pueden ser considerados como "obra" de quien no las produjo materialmente. O lo que es lo mismo, en qué condiciones la omisión de quien no impide la producción de los resultados típicos por otro es equivalente a la conducta activa de este último. La respuesta del autor gira de forma acertada en torno a la idea del dominio[79].

B. El dominio sobre el fundamento del resultado

Señala *Schünemann* que "mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del "dominio sobre la causa del resultado" (...) puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercida con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación"[80]. En su opinión, de esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio (atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen) "se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos () se limitan al ámbito dirigido por él y por eso solo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa"[81].

A partir de ahí, estima este autor pese a lo sostenido en trabajos anteriores[82], que la decisión del Tribunal Supremo federal alemán (BGH) en el caso del *spray* para el cuero, considerando la existencia de un deber de garantía de la empresa productora de evitar los peligros para la salud conocidos posteriormente, no contradice la teoría del dominio. Aduce, sin embargo, que el BGH hizo mal al fundamentar su decisión en la injerencia, solución que aparecía como tentadoramente fácil al disponer de la acción precedente de puesta en circulación del spray, pero al precio de borrar las limitaciones introducidas a la misma en decisiones anteriores, determinando de forma extensiva el alcance de los deberes de evitación del resultado, e imposibilitando tener en cuenta la estructura de división del trabajo de la empresa económica moderna[83]. Para *Schünemann* la "solución correcta" pasaría por el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción[84]. Como en el caso del *spray* para el cuero se trataba de un producto de marca, la decisión del BGH habría sido correcta porque ello implica una especie de "compromiso" explícito o implícito a una precaución de este tipo y los consumidores por regla general cuentan con ello[85].

76 Schünemann: *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 95.

77 Meini: *Responabilidad*, 2003, pp. 308-309; Schünemann: *ADPCP* (1988), pp. 540-541.

78 Meini: *Responabilidad*, 2003, p. 309.

79 Arroyo Zapatero: *Seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 160-161.

80 Schünemann: *ADPCP* Vol. LV (2002), p. 30 (@ Schünemann: *Festgabe BGH*, 2000, pp. 634 y ss).

81 Ibídem, p. 31.

82 Schünemann: *Spanisch-deutsches Symposium*, 1995, pp. 66 y ss.

83 Schünemann: *ADPCP* Vol. LV (2002), p. 31.

84 Ibídem, p. 33.

85 Ibídem, pp. 33-34.

En un trabajo más reciente, *Schünemann* habla ahora del "dominio sobre el fundamento del resultado" como base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría, incluyendo el actuar en lugar de otro[86]. Ya en 1971, en su obra acerca de los delitos de omisión impropia, tomando como ejemplo los casos en que actúan niñeras, y partiendo de la crítica a la teoría formal del deber jurídico, llegaba el autor a la conclusión de que la razón decisiva que justifica la equiparación de la omisión con el hacer activo no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de la custodia. Esta asunción implica una *relación de dominio sobre el suceso consistente en el* dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico[87]. De la misma manera, en los casos de posición de garante por injerencia, tampoco se trataría de una responsabilidad penal por mera causalidad, sino de una *forma de dominio sobre el suceso consistente en el* dominio sobre una fuente de peligro[88].

Este razonamiento le permite concluir, por lo tanto, que "en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir (...), de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión, no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor"[89].

Al mismo tiempo, quedaría igualmente demostrado que los delitos impropios de omisión no son delitos de infracción de deber[90], en el sentido de que en ellos la autoría se funde en la infracción de un deber especial extrapenal[91]. *Schünemann* entiende incluso que esta posición tampoco merece rechazo desde el punto de vista del artículo 11 del Código Penal español, que no puede ser malinterpretado en el sentido de la ya superada teoría formal del deber jurídico. Finalmente –en su opinión– este método de análisis no debe restringirse a los delitos impropios de omisión, sino que "debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal"[92].

Los razonamientos de *Schünemann*, desarrollados –como se ha visto– a lo largo de años en múltiples trabajos, han encontrado la aprobación esencial de muchos autores[93]. A diferencia de otras teorías no se pierde de vista en la argumentación de este autor la conexión con la parte subjetiva del hecho, en la medida en que se quiere hacer derivar la misma mediante la asunción de la canalización del poder objetivo sobre el hecho y el conocimiento subjetivo del mismo a las esferas superiores de dirección.

Sin embargo, como advierte *Rotsch*, a este planteamiento subyace una idea del *concepto de autor* que puede considerarse incorrecta[94], y que en todo caso es altamente discutible. Frente al concepto de autor de la dogmática tradicional, entendido como *autor individual que actúa en el marco de constelaciones abarcables*, poco a poco se abre camino un *"concepto sistémico" de autor* en el marco de organizaciones complejas, basado en los conocimientos de la moderna sociología organizativa[95]. Este último se

86 Schünemann: *RDP* 2 (2005), pp. 29 y ss (37 y ss).

87 Schünemann: *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 229 y ss (§ 18 "Der „Herrschaftsbdreich als übergeordnete materiale Richtlinie"), pp. 334 y ss (§ 22 "Verwa.dschaft, Gemienqchaft und Übernahme").

88 Schünemann: *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 281 y ss; ID., GA (1974), pp. 231 yVss.

89 Schüneman: *RDP* 2 (2005), p. 41.

90 Sobre el problema, *vid. supra* (§2) II.

91 Schünemann: *RDP* 2 (2005), p. 42.

92 *Ibídem*, pp. 43-44.

93 Se suman a este criterio en nuestra doctrina, entre otros, Terradillos Basoco: *DPEmpr*, 1995, p. 40 ["El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge del dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fáctico sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores"]; Silva Sánchez: *LH-Roxin*, 1995, p. 372 ["El compromiso individual adquirido con la aceptación del cargo traslada al sujeto la competencia que conlleva el dominio y, a la vez, la responsabilidad"]; Martínez-Buján Pérez: *DPEE*, 2007, pp. 499 y ss, esp. p. 503 *in fine*, aclarando que el hecho de acoger el concepto del dominio sobre la causa del resultado propuesto por *Schünemann* para resolver por la vía de la omisión impropia los problemas de determinación de la autoría del directivo en el ámbito empresarial no implica asumir también la idea defendida por este mismo autor según la cual dicho concepto proporciona una base lógico-objetiva para todas las formas de autoría.

94 Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 194.

95 Luhmann: *Funktionen*, 1995, *passim*; Beck: *Gegengifte*, 1995, *passim*.

caracteriza por la presencia de un *elemento objetivo*, relativo a la división del trabajo y uno subjetivo relativo a los *cauces de información*[96]. En particular, frente a lo sostenido por *Schünemann*, cabe preguntarse, desde la perspectiva tópica, si el criterio del *dominio por el desamparo parcial de la víctima* como subforma de posición de garante por asunción surge únicamente cuando se trata de productos de marca, es decir, si no habría que afirmar más bien que un compromiso de esta clase surge sencillamente siempre que se lanza un producto al mercado del que pueden derivarse daños para los consumidores.

No se nos oculta la "cuestionabilidad" dogmática y necesidad de concreción ulterior que implica la propuesta de *Schünemann*, a la que no cabe acogerse *in totum*, como tampoco las importantes críticas que se le han dirigido[97]. En particular cabe destacar las detalladas reflexiones en este sentido de *Hsü* que parte de la distinción entre "posibilidad de acción" y "deber de acción". Para este autor la teoría propuesta por *Schünemann* se enfrenta al problema de que al reconducir el lado fáctico del dominio a una mera "*posibilidad de evitación*" trata al mismo tiempo de deducir el "*deber de evitación*" de aquella, siendo así que ambos conceptos, posibilidad de actuar y deber de actuar, deben mantenerse estrictamente separados[98]. Sin embargo, es obvio que no se trata aquí de una posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado como la que pudiera tener en determinadas circunstancias cualquier otra persona que no tenga nada que ver con la empresa, pues de ese modo habríamos disuelto toda posibilidad de distinción, sino la *concreta* posibilidad de actuar en orden a la evitación del resultado de aquel que *porque es garante* tiene el deber de hacerlo.

Pero, por otra parte, bien mirado, casi todas las propuestas contemporáneas en torno a la fundamentación de la posición de garante en el ámbito empresarial suponen –como no podía ser de otro modo– concreciones en este ámbito de representaciones generales sobre la comisión por omisión que incorporan en no pocos casos elementos provenientes de evoluciones doctrinales de distinto signo. Lo que sí se adopta en este trabajo es la perspectiva metodológica que está detrás, que hace predominar la realidad material para cuya elaboración jurídica se hace uso de un criterio normativo determinado, sobre el criterio normativo mismo. No se pretende una total "desnormativización" del problema, pues a nadie escapa que el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado también es un criterio normativo, sino solo seguir una pauta restrictiva no-niveladora en la solución del mismo.

C. ¿Criterios normativos complementarios?

Diversos autores se han ocupado de esbozar criterios normativos complementarios sobre los que hacer pivotar el fundamento último de la posición de garante del empresario, tales como la "ponderación de intereses"[99], la "equidad social"[100], o "el ejercicio de facultades individuales de autoorganización"[101].

En mi opinión, sin embargo, todos estos criterios normativos, que en su conjunto tienden a poner de relieve la necesidad de una *estrecha conexión entre el hecho delictivo cometido y el concreto ámbito de organización individual en el desempeño de determinadas funciones*, aunque aclaratorios, no son decisivos en el plano dogmático. La mencionada conexión *debería ser* un *aspecto implícito del dominio sobre el fundamento del resultado*, pues en otro caso no se daría tal dominio, por lo que parece innecesario independizarlo de este último[102].

V. CONCLUSIONES

Como resultado global puede decirse que:

1. Todas las teorías expuestas tratan de buscar el *fundamento idóneo* en el que basar una responsabilidad en comisión por omisión de los superiores en el ámbito empresarial.
2. Más allá de las *discrepancias metodológicas* debe situarse en primer plano el problema que se tiene entre manos y la realidad que está detrás, sin perder de vista en ningún caso la configuración garantista del Derecho penal.

96 Rotsch: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 194; Heine: *Verantwortlichkeit*, pp. 27 y ss.
97 Vid., entre otras referencias, Hsü: *Garantenstellung*, 1986, pp. 241 y ss.
98 *Ibidem*, p. 243.
99 Frisch, en: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp.112 y ss.
100 Bottke: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp. 142 y ss.
101 Lascuraín Sánchez: *LH Tiedemann*, 1995, pp. 210 y ss.
102 Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, pp. 152 y ss, esp. pp. 156-157.

3. La estructuración de una *respuesta jurídica fundamentada* requiere un fino análisis de complejas cuestiones dogmáticas que no se pueden pasar por alto. En este sentido cualquier simplificación o, en su caso, generalización indebidas nos llevará a un "callejón sin salida".

4. Tan importante como buscar una explicación convincente para fundamentar una respuesta jurídico-penal contrastada a los grupos de casos que entran aquí en consideración, es el análisis de los *límites que sirven de barrera*, tanto de carácter general –tales como el principio de responsabilidad por el hecho propio[103], la parte subjetiva del hecho o el título de imputación– como específicos –tales como la delegación lícita de competencias o el carácter vinculado a la empresa de los delitos cometidos–[104].

VI. BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Zapatero, Luis, *La protección penal de la **Seguridad en el Trabajo***, Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981

Bacigalupo Zapater, Enrique, "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en Bacigalupo (dir.), ***La responsabilidad** penal de las sociedades*, Madrid: **CGPJ**, 1994, pp. 61 y ss.

Beck, Ulrich, *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 8.ed, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

Bottke, Wilfried, "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica", en **Mir Puig / Luzón Peña (coord.)**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 129-197.

Demetrio Crespo, Eduardo, ***La tentativa** en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Granada: Comares, 2003.

Demetrio Crespo, Eduardo, "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", en **Serrano Piedecasas / Demetrio Crespo (ed.)**, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2008, pp. 61-87.

Demetrio Crespo, Eduardo, *Responsabilidad penal por **omisión** del empresario*, Madrid: Iustel, 2009.

Feijoo Sánchez, Bernardo, ***Cuestiones** actuales de Derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires: Bdf, 2009.

Freund, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1998 [***Strafrecht. AT***].

Frisch, Wolfgang, "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo", en **Mir Puig / Luzón Peña (coord.)**, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 99-127.

García Cavero, Percy, "La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía", en Alonso Álamo et al. (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005, pp. 381-400 [***LH-Rodríguez Mourullo***].

Gallego Soler, José Ignacio, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", en *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72 (2006), pp. 51-134 [***EDJ***]

Gimbernat Ordeig, Enrique, "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa", en *ADPCP* Vol. LIV (2001), pp. 1-20 [@ "Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht", en Schünemann e.a (Ed.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001, pp. 651-663].

Göhler, Erich, "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen", en Jescheck/ Lüttger, *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlin . New York: Walter de Gruyter, 1977, pp. 611-621 [***FS-Dreher***].

103 También en sentido restrictivo sobre la base del principio del principio de autorresponsabilidad del empleado, Weigend: *LK* (2006), § 56, 848-849, quien admite sin embargo excepcionalmente la posibilidad de exigir un deber de garantía en aquellos casos en los que de la naturaleza de una concreta empresa resulte una puesta en peligro especial, no solo por tener que mantener bajo control los peligros derivados de las cosas pertenecientes a la empresa –como p.e armas de guerra- sino también por tener que velar por que dichos peligros no lleguen a realizarse por un comportamiento indebido de sus subordinados.

104 Con más detalle, Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, pp. 166 y ss.

Gómez Benítez, José Manuel, ***Causalidad**, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.

Hassemer, Winfried, ***Produktverantwortung** im modernen Strafrecht*, 2ª ed, Heidelberg: C.F. Müller, 1996.

Heine, Günther, *Die strafrechtliche **Verantwortlichkeit** von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden: Nomos, 1994.

Herzberg, Rolf Dietrich, *Die **Verantwortung** für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Köln-Berlin-Bonn-Münich: Carl Heymans, 1984

Hilgendorf, Eric, *Strafrechtliche **Produzentenhaftung** in der „Risikogesellschaft"*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

Hsü, Yü-hsiu, *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Paffenweiler: Centaurus, 1986.

Jakobs, Günther, "La competencia por organización en el delito omisivo", en Jakobs, Günther, ***Estudios** de Derecho penal,* trad. de E. Peñaranda Ramos, 1997, Madrid: Civitas, pp. 347-363.

Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl, Berlin: de Gruyter, 1991 [*@ Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ed, trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997].

Juanatey Dorado, Carmen: "Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado", en **Boix Reig / Bernardi (dir.)**, *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los* consumidores, Madrid: Iustel, 2005, pp. 133-158.

Kuhlen, Lothar: "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte", en *NStZ* 12 (1990), pp. 566-570.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, ***La protección penal** de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid: Universidad Autónoma-Civitas, 1994.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, "Fundamento y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995, pp. 209-227 [***LH-Tiedemann***]

Luhmann, Niklas, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4.ed, Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 [***DPEE. PG***].

Meini, Iván, ***Responsabilidad** penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Otto, Harro, *Grundkurs **Strafrecht**. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ed, Berlin.New York: Walter de Gruyter, 1996

Otto, Harro, "Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte", en Weigend/ Kupper (Ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Berlin.New York: Walter de Gruyter, 1999, pp. 291-312 [***FS-Hirsch***].

Peñaranda Ramos, Enrique, "Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)", en ***Liber amicorum** en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, 2006, pp. 411-430.

Peñaranda Ramos, Enrique, "Autoría y participación en la empresa", en **Serrano Piedecasas / Demetrio Crespo (ed.)**, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2008, pp. 161-187

Quintero Olivares (2009), "La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos", en ***CGPJ***, Madrid (en prensa).

Rodríguez Montañés, Teresa, "Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos", en Boix Reig / Bernardi (dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los* consumidores, Madrid: Iustel, 2005, pp. 115-132.

Rotsch, Thomas, ***Individuelle Haftung** in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden: Nomos, 1998.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat), München: C.H.Beck, 2003 [***AT. Band II***].

Schall, Hero, "Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung", en Rogall/ Puppe/ Stein/Wolter (Ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied: Luchterland, 2004, pp. 267-283 [***FS-Rudolphi***].

Schünemann, Bernd, ***Grund und Grenzen*** *der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Otto Schwartz & co, 1971.

Schünemann, Bernd, ***Unternehmenskriminalität*** *und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1979

Schünemann, Bernd, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", trad. de D. Brückner y JA. Lascurain Sánchez, en *ADPCP* (1988), pp. 529-558.

Schünemann, Bernd, "Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte", en Gimbernat / Schünemann / Wolter (Ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg: C.F. Müller, 1995, pp. 49-82 [***Spanisch-deutsches Symposium***].

Schünemann, Bernd, "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", trad. de B.Spínola Tártalo y M. Sacher, *ADPCP*. Vol. LV (2002), pp. 9-38.

Schünemann, Bernd, "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", trad. de M. Sacher, *RDP* 2 (2005), pp. 29-62.

Schünemann, Bernd, "Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt", en Böse / Sternberg-Lieben (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Belin: Duncker&Humblot, 2009, pp. 303-323.

Silva Sánchez, Jesús Mª, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en Silva Sánchez (ed.) Schünemann / Figueiredo Días (coords.) /, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: JM Bosch, 1995, pp. 357-379 [***LH-Roxin***]

Terradillos Basoco, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta, 1995 [***DPEmpr***].

Tiedemann, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 2. Aufl., München: Carl Heymanns, 2007.

Weigend, Thomas, "§13 Begehen durch Unterlassen", en *Leipziger Kommentar*, 12ª ed, Berlin: De Gruyter, 2006, pp. 815-873.

A LA ESTELA DE ENRON: EJECUTIVOS DE CORPORACIÓN EN JUICIO*

Kathleen F. BRICKEY**

SUMARIO: I. Presentación. II. Juicios de fraude corporativo y veredictos. III. Juicios viciados de nulidad. IV. Conclusión

Nunca pudo haber peor momento para ser un criminal corporativo[1].
Desearía que nunca hubiésemos oído de Bernie Ebbers[2].

I. PRESENTACIÓN

Era Diciembre de 2001 – unos cuantos meses después que el Presidente de Enron Ken Lay fuera advertido de un "elaborado engaño contable"[3] que disfrazó el fraude a una escala magnífica, y no mucho después que Enron haya revelado un registro de déficits de cuatro cuartos del total. A pesar de estos serios aprietos financieros, los ejecutivos de Enron se comportaron como cerdos en un comedero, repartiendo más de $100 millones en bonos para sí mismos y enviando los cheques por avión en la víspera de la formulación de bancarrota corporativa más grande en la historia de los Estados Unidos[4]. Pronto fue evidente que el colapso de Enron fuera solo el primero en una oleada de escándalos de fraude contable que causarían grandes pérdidas financieras y mermarían la confianza pública en los mercados financieros de la nación.

Adelantémonos a Diciembre 2005. Ken Lay y otros dos altos ejecutivos de Enron, el antiguo Presidente y CEO Jeff Skilling y el Director Contable Richard Causey, estaban entonces bajo una acusación y a solo un mes de su juicio penal[5].

Pero aquí las maniobras habituales previas al juicio fueron disimuladas a través del estratégico esfuerzo de Lay para obtener impulso en las relaciones públicas.

Hablando ante un grupo de 500 líderes académicos y de negocios de Houston, Lay culpó por la caída de Enron a un puñado de manzanas podridas[6] y –quizá prestándose una hoja del álbum de Mark Twain[7]– afirmando que mucho de lo que había sido dicho acerca de la desaparición de Enron fue "sumamente exagerado" o simplemente equivocado[8]. Además, acusó que el Enron Task Force (Equipo de Trabajo de

* Traducción a cargo de Luis Miguel Reyna Alfaro.

** Profesora James Carr de Jurisprudencia Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, Saint Louis, Missouri Estados Unidos de América. Estoy agradecida con Jim Brickey por su inspiración y apoyo incansable, y con Darren Grady y Barry Wormser por su ayuda capaz en la investigación.

1 Shawn Young & Peter Grant, *More Pinstripes to Get Prison Stripes*, Wall St. J., 20 de Junio de 2005, en C1.

2 Suzanne Craig, *Citigroup Quells Investor Claim over Research: Panel Rejects Charge That Analyst Misled Client on WorldCom Stock; Victory Highlights Trend on Street*, en Wall St. J. 8 de Diciembre de 2005 en Cl (citando al Presidente del Citigroup Charles Prince).

3 El memorándum anónimo de Sherron Watkins, vicepresidente de Desarrollo Corporativo, Enron, para Kenneth Lay, Presidente, Enron (Agosto 15, 2001) [más adelante Memorándum Anónimo Watkins] (en archivo con la autora).

4 Comunicado oficial de asuntos relacionados con el Empleo de la Corporación Enron v. Arnold (In re Corporación Enron), N° 01-16034, en 20 (Bancarrota S.D. Tex. Diciembre 9 2005). (Mem.) (en archivo con la autora). El Tribunal de Quiebras luego determinó que muchas de estas transferencias eran fraudulentas y se ordenó que se devuelva el dinero. Id. en 98.

5 Las acusaciones contra Lay fueron más limitadas que aquellas contra sus co-acusados y antiguos colegas Jeff Skilling (antiguo Presidente y alto ejecutivo de Enron) y Rick Causey (antiguo Jefe Contable de Enron). Véase Acusación, *Estados Unidos v. Causey*, CRH-04-25 (S.D. Tex. Enero 21, 2004) (en archivo con la autora).

6 Pero para "la conducta ilegal de menos de un puñado de empleados", alegó, Enron no habría necesitado buscar protección en la bancarrota. Discurso, Kenneth L. Lay, "Guilty, Until Proven Innocent" (13 de Diciembre de 2005) [de aquí en adelante Discurso Lay] (en archivo con la autora).

7 Después que la prensa Norteamericana publicara erróneamente su obituario, Twain envió un cable desde Londres declarando que "los reportes de mi muerte son bastante exagerados". The New Dictionary of Cultural Literacy 137 (E.D. Hirsch, Jr. et al, eds. 2002).

8 "Mucho de lo que fue y es dicho aún (...) es o sumamente exagerado, distorsionado o solo innegablemente falso". Discurso Lay, supra nota 6.

Enron), el cual encabeza las investigaciones y juicios relacionados con Enron, había desencadenado una "ola de terror" a través de una incesante persecución de inocentes empresarios, intimidación de testigos, y una multitud de otros excesos fiscales[9].

Siguiendo de cerca los talones del discurso altamente cargado de Lay, el co-acusado Rick Causey reajustó el panorama legal para el juicio llegando a un acuerdo con los Fiscales y acordando cooperar[10]. El antiguo Tesorero de Enron, Andy Fastow, a quien se le acredita ampliamente con el desarrollo de la mayor parte del fraude de Enron, se había declarado ya culpable y había estado cooperando por más de un año[11]. La deserción de último minuto de Causey, si bien no se anticipaba abiertamente, no carecía de precedentes. Los acuerdos sorpresa de terminación anticipada (*plea bargaining*) se extendieron en la víspera del juicio de Rite Aid, por ejemplo, y dejaron al Consejero Legal de Aid cargando la maleta[12].

Es axiomático que la mayoría de los casos criminales se resuelvan a través de las declaraciones de culpabilidad, y las recientes acusaciones de fraude corporativo no son la excepción. Y, como Fastow y Causey, muchos Ejecutivos de Corporación que se han declarado culpables también se volvieron testigos corporativos, acordando ayudar al Gobierno a preparar casos criminales contra sus antiguos colegas y amigos.

He escrito en otra parte sobre esta técnica del bloque de construcción y cómo facilita el acusar a los Superiores como Skilling y Lay[13]. Pero este artículo se vuelve hacia ese raro fenómeno de las acusaciones post-Enron – casos que han actualmente llegado a juicio.

Sabemos relativamente muy poco sobre los juicios de fraudes corporativos porque los ejecutivos en juicio han sido relativamente pocos y no se encuentran con frecuencia. Ha tomado aproximadamente ocho años que estas acusaciones alcancen la fase de juicio y produzcan datos suficientes relacionados con los juicios para informar y analizar[14]. Así, hasta ahora, nuestro conocimiento sobre estos juicios ha sido mayormente

9 Id. Tomando esta postura, se unió a un coro de otros críticos del Departamento de Justicia que habían sido atrapados en la red fiscal. Véase, por ejemplo, Jonathan D. Glater, *Indictment Broadens in Shelters at KPMG*, N.Y. Times, Octubre 18, 2005, en Cl. (citando a los abogados defensores representando a dos de los diecisiete acusados en la acusación de exención tributaria de KPMG, quienes alegaron que los fiscales estaban adoptando "una perspectiva sin precedentes, errónea, demasiado agresiva de un área legal complicada" y son "seriamente extralimitadas" presentando los cargos); HealthSouth: *Scrushy Enters Not Guilty Plea to Charges He Bribed Governor*, Chi. Trib., Octubre 29, 2005, en C2 (reportando que el abogado de Richard Scrushy afirmaba que la acusación de Scrushy de soborno político fue un producto de los Fiscales con exceso de celo); Gretchen Ruethling, *Four Additional Charges for Black in Hollinger Case*, N.Y. Times, Diciembre 16, 2005, en C4 (citando al abogado de Conrad Black, que calificó los nuevos cargos contra su cliente como "infundados" y "un ejemplo flagrante de extralimitación a través de los Fiscales"); Comunicado de prensa, Arthur Andersen, LLP, declaración de Arthur Andersen, LLP (Marzo 14, 2002) (afirmando que la acusación de la firma contable sería injusta y "un abuso extraordinario de discreción fiscal") [de aquí en adelante Comunicado de Prensa de Andersen de Marzo 14] (en archivo con la autora).

10 John R. Emshwiller & John M. Biers, *Enron Prosecutors Gain New Ally: Causey Plea May Offer Look into Top Officers' Actions Before Company's Collapse*, Wall St. J, Diciembre 29, 2005, en A3.

11 Lay públicamente culpó en su mayoría de las tribulaciones de Enron a Fastow. *Discurso de Lay*, supra nota 6. Desde que Fastow fue acusado de cosechar enormes beneficios del fraude, y Causey no, la adición de Causey al equipo acusador fue un jonrón estratégico gubernamental. Adicionalmente, se sugirió un poco que los abogados defensores tratarían de desprestigiar a Fastow a ojos del Jurado presentando evidencia de hábitos de pornografía "tan extensa que cuando sus archivos de computadora fueron confiscados se enviaron al FBI para la investigación criminal". Carrie Johnson, *Lawyers Take Aim at Enron Witnesses*, Wash. Post, Enero 10, 2006, en D3 (citando los archivos judiciales no especificados enviados por la defensa).

12 Véase infra Apéndice 1, en Rite Aid; véase también *Ex-Chief Pleads Guilty in RiteAid Case*, N.Y. Times, Junio 18, 2003, en C10; *2 Defendants in Rite Aid Case Expected to Plead Guilty Today*, N.Y. Times, Junio 26, 2003, en C6; *Former Rite Aid Office Pleads Guilty*, N.Y. Times, Junio 6, 2003, en C4; Mark Maremont, *Rite Aid's Former Vice Chairman Doesn't Plead Guilty as Expected*, WallL St., J. Junio 27, 2003, en A8; Mark Maremont, *Rite Aid's Ex-CEO Pleads Guilty: Grass Is First Executive Held Criminally Liable in Major Accounting Fraud*, Wall St. J., Junio 18, 2003, en A3; *Cf. Ex-Lawyer for Rite Aid Is Found Guilty*, N.Y. Times, Octubre 18, 2003, en C2; *Rite Aid Ex-Counsel Is Convicted: Guilty Verdict Marks First by a Jury in Current Crop of Corporate Scandals*,, Wall St., J., Octubre 20, 2003, en C8.

13 Kathleen F. Brickey, *Enron's Legacy*, 8 Buff. Crim. L. Rev. 221, 263-75 (2004) [de aquí en adelante Brickey, *Enron's Legacy*]; Kathleen F. Brickey, *From Enron To WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley*, 81 Wash. U. L.Q. 357, 370-75 (2003) [de aquí en adelante Brickey, *From Enron To WorldCom and Beyond*].

14 En Brickey, *Enron's Legacy*, *supra* nota 13, en 275, examiné el ambiente de la aplicación de la ley penal y exploré algunas de las principales características de las acusaciones de fraude corporativas mayores, incluyendo actividad paralela civil y aplicación de la ley penal, acusando de prácticas en casos criminales, y disposición de cargos criminales. Como unos cuantos casos han ido a

anecdótico. Pero después de un breve vacío siguiendo la condena por obstrucción de la justicia en 2002 de Arthur Andersen[15], los ejecutivos de alto perfil comenzaron a encontrarse en el banquillo de los acusados – comenzando con el Director de Adelphia John Rigas (culpable), el Director de WorldCom Bernie Ebbers (culpable), el Director de HealthSouth Richard Scrushy (inocente)[16], y los Directores de Enron Jeff Skilling y Ken Lay (actualmente en juicio).

Ahora que nos encontramos más adentrados en el ciclo de acusaciones que los casos principales han intentado, los veredictos del Jurado se emitieron, y se impusieron las sentencias, parece un momento oportuno para dar una mirada más cercana a estas acusaciones a través del prisma de los datos compilados recientemente en los juicios. Aunque el número de casos es relativamente pequeño, el grupo de datos proporciona una imagen más completa de los ejecutivos en juicio disponibles hasta la fecha.

La Parte II de este artículo aborda una variedad de preguntas sobre juicios de fraude corporativo y veredictos. ¿Cuáles y cuántos casos han ido a juicio?, ¿quién ha sido juzgado, y cuál es el resultado típico? ¿Acaso el Gobierno goza de un alto grado de éxito en el Juicio, o son los Ejecutivos de alto perfil probablemente los posibles ganadores respecto a los Jurados para que estén de su parte? La parte II aborda esta y otras preguntas centradas en los juicios.

La parte III entonces se vuelve a la otra cara de la moneda – casos que han terminado en juicios viciados de nulidad – y se considera si estos han sido los principales reveses del gobierno. ¿Cuán a menudo se han declarado estos juicios viciados de nulidad? ¿Qué factores entran en juego cuando termina un juicio sin un veredicto? ¿Fueron los casos que terminaron en juicios viciados de nulidad deficientes desde el principio? ¿Las decisiones de los fiscales se tratan sobre si es que se puede volver a procesar a un acusado con un medidor confiable de la relativa fuerza del caso? ¿Están las decisiones sobre el nuevo proceso acompañadas de cambios perceptibles en la estrategia de juicio? La parte III proporciona un marco de trabajo a fin de dar una mirada preliminar a este intrigante grupo de cuestiones.

II. JUICIOS DE FRAUDE CORPORATIVO Y VEREDICTOS

A. Datos de Juicio

Los datos empleados en este artículo abarcan el periodo de Marzo 2002 hasta Enero 2006 y se deriva de mi estudio en desarrollo sobre las acusaciones principales concernientes a fraudes corporativos[17]. Aunque la base de datos completa es más exhaustiva, este artículo extrapola información relacionada a casos de fraude que habían ido a juicio a partir del 31 de Enero de 2006[18], y rastrea juicios relacionados a escándalos en diecisiete compañías principales y empresas (Tabla 1). A partir de fines de Enero de 2006, cuarenta y seis acusados habían ido a juicio en veintitrés procesos diferentes.

Como regla general, los Fiscales típicamente acusan a múltiples acusados en casos de fraudes corporativos[19], y este patrón de acusación es aparente en los casos

juicio por esa época, las disposiciones consistían principalmente de declaraciones de culpabilidad, con un puñado de veredictos, juicios viciados de nulidad y desestimaciones.

15 Después de un juicio de un mes, Andersen fue declarado culpable en base a una única acusación, acusando a la empresa por la violación de 18 U.S.C. § 1512(b) (2) (2000*). Estados Unidos contra Arthur Andersen* , LLP, 374 F. 3d 281, (6to Cir. 2004), rev'd, 125 S. Ct. 2129 (2005); véase Kathleen F. Brickey, *Andersen's Fall from Grace*, 81 Wash. U. L.Q. 917 (2003). La Corte Suprema luego dio marcha atrás, sosteniendo que las instrucciones de la Corte no informaron correctamente al Jurado del modus operandi requerido para probar una violación de 18 U.S.C. § 1512(b). *Arthur Andersen, LLP contra los Estados Unidos*, 125, S. Ct. 2129, 2136-37 (2005). El Gobierno finalmente decidió no volver a procesar a la ahora extinta empresa y no objetó un moción hecha por David Duncan, el testigo estrella cooperador del gobierno en el caso de Andersen, para retirar su declaración de culpabilidad. John R. Emshwiller, *Andersen Figure Files to Withdraw His Guilty Plea*, Wall St. J., Nov. 23, 2005, en C3.

16 Scrushy ha sido acusado desde entonces por cargos de soborno político federal inconexos y está esperando ahora juicio. Milt Freudenheim, *Scrushy Faces New Charges of Bribing State Officials*, N.Y. Times, Oct. 27, 2005, en C18.

17 Una versión anterior del grupo de datos completos se publicó en Brickey, *Enron To WorldCom and Beyond,* supra nota 13, apéndice A en 382-401. La iteración anterior, que rastreó casi sesenta procesos surgidos de escándalos de fraude en diecisiete corporaciones principales, abarcaba el periodo de Marzo 2002 – Agosto 2003. Como muchos de los casos acusaban a múltiples acusados, la base de datos rastreó cargos contra más de noventa acusados. Actualicé y analicé mucha de la información en un artículo más reciente, el legado de Enron. Véase Brickey, *Enron's Legacy*, supra nota 13, en 225 – 28, 245 – 75.

18 Una tabla conteniendo los datos extrapolados aparece en el Apéndice infra 1.

19 Véase Brickey, *Enron To WorldCom and Beyond,* supra nota 13, apéndice A, en 382 – 401.

que han llegado a juicio. Más de dos tercios de los juicios incluidos en la Tabla 1 tenían acusados múltiples. Aunque cuatro o más acusados fueron conjuntamente procesados en un puñado de casos[20], en muchas instancias, no más de dos acusados fueron a juicio.

La Tabla 1 sin embargo, no expresa el alcance completo de las prácticas acusatorias del Gobierno porque no incluye a los co-acusados quienes negociaron con los Fiscales y no fueron a juicio. Cuando aquellos que formularon declaraciones de culpabilidad son agregados a la mezcla, los Fiscales acusaron a tres o más en un tercio de los casos que procesaron. Y cuando incluimos a los co-acusados que se declararon culpables mientras que sus colegas fueron a juicio, el número total de individuos acusados en estos casos incrementará a sesenta.

Tabla 1

JUICIOS

Compañía	Número de casos procesados[21]	Número de acusados procesados
Adelphia	1	4
Cendant	1	2
CSFB	1	1
Duke Energy	1	2
Dynegy	1	1
Enron[22]	4	14
HealthSouth	3	4
ImClone[23]	2	3
Impath	1	1
McKesson HBOC	1	1
NewCom	1	1
Ogilvy & Mather	1	2
Qwest	1	4
Rite Aid	1	1
Tyco[24]	1	2
Westar Energy	1	2
WorldCom	1	1

Las declaraciones de culpabilidad son críticas para la búsqueda de éxito del Gobierno de los casos de fraude corporativo en dos aspectos importantes. Primero, son numéricamente significativas. En un estudio base de prosecuciones completadas entre Marzo 2002 y Julio 2004, por ejemplo, los cargos contra ochenta y siete acusados se resolvieron[25].

Pero mientras más del noventa por ciento de los resultados fueron condenas, solo casi diez por ciento de las condenas fueron productos de veredictos del Jurado. Puesto de forma simple, estos casos fueron resueltos de manera abrumadora a través de declaraciones de culpabilidad. (Tabla 2).

Tabla 2

DISPOSICIÓN DE CARGOS EN PROCESOS DE FRAUDE CORPORATIVO FEDERAL[26]

Marzo 2002 – Julio 2004

Declaración de Culpabilidad	Condena	Absolución	Jurado en desacuerdo	Desestimación	Juicio en Espera
73	8	4	2	2	43

Segundo, las declaraciones de culpabilidad son estratégicamente significativas. Verdaderamente todos los acusados que se declararon culpables durante ese periodo de dos años se volvieron testigos cooperadores[27]

20 Cuatro acusados estuvieron en juicio en los procesos de Adelphia y Qwest. Véase Los Estados Unidos contra Rigas, apéndice infra 1, en Adelphia; *Estados Unidos contra Graham*, id. en Qwest. En los tres juicios relacionados con Enron que tenían acusados múltiples, seis de ellos fueron procesados conjuntamente en un caso, véase *Estados Unidos contra Bayly*, id. en Enron, cinco fueron a juicio en otro, véase *Estados Unidos contra Rice*, id. y dos fueron a juicio en el otro, véase *Estados Unidos contra Causey*, id.

21 La Tabla 1 no incluye los nuevos procesos que siguieron a los juicios viciados de nulidad, véase infra Tabla 6 y el texto que acompaña las notas 95-97, pero incluye otros juicios actualmente en progreso.

22 Tres de los cuatros juicios relacionados con Enron tuvieron múltiples acusados. Véase *Estados Unidos contra Bayly,* infra Apéndice 1, en Enron; *Estados Unidos contra Rice*, id. *Estados Unidos contra Causey*, id.

23 Solo uno de los juicios ImClone tuvo múltiples acusados. Véase *Estados Unidos contra Stewart (Martha),* id. en ImClone.

24 Tyco es la única persecución estatal incluida en la base de datos de los juicios.

25 Esta cifra excluye a dos acusados cuyos jurados estaban estancados.

26 La Tabla 2 incluye cargos criminales en las siguientes investigaciones por fraude: Adelphia, Cendant, Charter Communications, Credit Suisse First Boston, Dynegy, Enron, HealthSouth, Homestore, ImClone, Kmart, McKesson HBOC, NewCom, NextCard, PurchasePro, Qwest, Rite Aid, Symbol Technologies, Tyco (solo cargo federal), y WorldCom (solo cargo federal). La Tabla 2 fue originalmente publicada como Tabla 6 en Brickey, *Enron's Legacy*, supra nota 13, en 264.

27 Los acusados incluidos en la Tabla 2 que se declararon culpables pero no llegaron a acuerdos de cooperación son el Presidente de ImClone, Sam Waksal, véase *Estados Unidos contra Waksal*, infra Apéndice 1, en ImClone; el tesorero de Enron Ben Glisan, véase *Estados Unidos contra Glisan* id. en Enron; y dos ejecutivos en los nuevos procesos de NewCom, véase *Estados Unidos contra Kahn*, id. en NewCom. Glisan de Enron, quien cumple una condena de cinco años, según se dice está cooperando desde la prisión. Mary Flood, *The Fall of Enron: Prisoner Goes to See Grand Jury; Enron Ex-Official Likely Cooperating*, Hous. Chron., Marzo 5, 2004, Bus. Sec., en 1.

que ayudaron al Gobierno desarrollando casos contra sus iguales[28]. En el estudio actual, mientras que las declaraciones de culpabilidad prevalecieron menos en los veintitrés casos que fueron a juicio, uno o más co-acusados presentaron declaraciones de culpabilidad en casi un tercio de esos casos. Con solo unas cuantas excepciones[29], los acusados que se declararon culpables se volvieron testigos cooperadores.

Tabla 3

CASOS PROCESADOS CON DECLARACIONES DE CULPABILIDAD POR LOS CO-ACUSADOS

Compañía	Veredictos de Culpabilidad	Veredictos de No culpabilidad	Juicios viciados de nulidad[30]	Declaraciones de culpabilidad por los co-acusados
Adelphia	2	1	1	1
Duke Energy	0	1	1	1
Dynegy	1	0	0	2
Enron[31]	0	0	5	3
Impath	1	0	0	1
NewCom	2	1	0	2
Rite Aid	1	0	0	3

Sin embargo, esto no representa la importancia total de los testigos en cooperación en estos juicios. Existen numerosos casos separados pero relacionados en los cuales los acusados se declararon culpables y acordaron ayudar a los Fiscales a desarrollar casos contra, entre otros, los acusados quienes finalmente fueron a juicio (Tabla 4).

Dado el predominio de las declaraciones de culpabilidad y su papel central en estas investigaciones, la pregunta se vuelve ¿quién va a juicio en realidad? Los Fiscales han sido censurados por no aspirar más alto y contentarse con acusar a administradores de medio nivel cuya culpa es fácil de probar. Pero ¿es verdad que aquellos que se encuentran en el medio están relegados al papel de chivos expiatorios mientras que los superiores disfrutan un pase libre? Si los datos de los juicios son un indicador confiable, todo lo contrario resulta ser verdad. Muchos de los acusados en juicio han sido ejecutivos de alto nivel que mantenían posiciones de responsabilidad y autoridad dentro de sus respectivas organizaciones[32].

Tabla 4

TESTIGOS COOPERADORES EN ACUSACIONES SEPARADAS PERO RELACIONADAS

Compañía	Casos relacionados con testigos en cooperación	Testigos en cooperación
Adelphia	1	1
Cendant	3	3
CSFB	0	0
Duke Energy	0	0
Dynegy	1	4
Enron		
Caso 1[33]	1	1
Caso 2[34]	2	2
Caso 3[35]	1	1
HealthSouth		

28 Para un debate más amplio de cómo los Fiscales han usado a los testigos cooperadores para preparar casos contra los superiores en la corporación, véase Brickey, *Enron's Legacy*, supra nota 13, en 263-75.

29 Los dos acusados en el caso NewCom que presentaron declaraciones de culpabilidad no llegaron a ningún acuerdo de cooperación. Véase *Estados Unidos contra Khan*, infra Apéndice 1, en NewCom. De manera similar, el acusado que se declaró culpable en el caso ImPath no parece haber llegado al acuerdo de cooperar. Véase *Estados Unidos contra Adelson*, id en Impath.

30 Por número de acusados afectados. Se incluye una absolución parcial acompañada de un jurado en desacuerdo (hung jury) sobre otros cargos: no se incluye o se refleja la disposición luego que el juicio viciado de nulidad se declare.

31 Dos de los dos procesos de Enron que han ido a juicio (*Estados Unidos contra Rice*, véase infra Apéndice 1 en Enron y *Estados Unidos contra Causey*, id.) tuvieron co-acusados que se volvieron testigos cooperadores. Pero, en otro caso, al tesorero de Enron, Ben Glisan, quien se declaró culpable en un caso separado pero no llegó a un acuerdo de cooperación, se le concedió inmunidad a cambio de su testimonio en *Estados Unidos contra Bayly*, véase id.; *10 Enron Players: Where They Landed After the Fall*, N.Y. Times, Enero 29, 2006, § 3, en 10, y en el juicio de Skilling y Lay. Alexei Barrionuevo, *Ex-Treasurer Testifies Skilling Left Enron in Weak Shape*, N.Y. Times, Marzo 22, 2006, en C3.

32 Esta conclusión es completamente consistente con un muestreo anterior de la base de datos que no se limitó a los acusados que eligieron ir a juicio. Véase Brickey, *Enron's Legacy*, supra nota 13, en 255-56.

33 *Estados Unidos contra Arthur Andersen*, L.L.P. Véase infra Apéndice 1, en Enron.

34 *Estados Unidos contra Rice*, id.

35 *Estados Unidos contra Bayly*, id. Al tesorero de Enron, Ben Glisan, quien se declaró culpable en un caso separado pero no llegó a un acuerdo de cooperación, se le concedió inmunidad a cambio de su testimonio en Bayly.

Caso 1[36]	12	15
Caso 2[37]	2	2
Caso 3[38]	4	4
ImClone		
Caso 1[39]	1	1
Caso 2[40]	0	0
McKesson HBOC	2	2
NewCom	1	1
Ogilvy & Mather	0	0
Qwest	1	1
Rite Aid	2	2
Tyco	0	0
Westar Energy	0	0
WorldCom	4	5

De los cuarenta y seis acusados que fueron a juicio, doce conservaron el título Director ejecutivo, Director, Presidente de Directorio, o, en el caso de una asociación, socio mayoritario[41]. Los acusados en juicio también incluyeron a cinco Directores de Finanzas[42] y una variedad de otros ejecutivos financieros y contables[43]. Hubo también siete Ejecutivos o Vice Presidentes Principales, cinco consultores de inversión, un Director Ejecutivo Legal, y un Vice Presidente para asuntos legales[44]. Solo una entidad, Arthur Andersen, ha ido a juicio hasta la fecha[45].

B. Veredictos

Los juicios localizados en este estudio han producido resultados sorprendentemente mixtos. Los jurados han condenado a dieciocho acusados, absuelto a once, y se han estancado en cargos contra otros quince. Así, a primera vista, el record de juicios del Gobierno no refleja un éxito abrumador y parece validar –o al menos proporcionar apoyo– para las críticas de que los Fiscales se han extralimitado tratando de encontrar crímenes donde no existía ninguno[46].

La introducción de otra variable –cómo la función de los jurados cuando los acusados son juzgados conjuntamente– puede ayudar a complementar y proporcionar un punto de partida para evaluar la fuerza de los casos que el Gobierno lleva a juicio. ¿Los Jurados tienden a aceptar o rechazar los casos del Gobierno en su totalidad cuando los acusados son acusados

36 *Estados Unidos contra Scrushy*, id. en HealthSouth.

37 *Estados Unidos contra Thomson*, id.

38 *Estados Unidos contra Crumpler*, id. Estos números se derivan de informes de otros que se declararon culpables y testificaron contra el acusado. A causa de que el fraude subyacente en este caso se entrelaza con el plan fraudulento total, es posible que otros acusados que fueron testigos cooperadores en *Estados Unidos contra Scrushy* (Case 1), id. también ayudaran en el desarrollo del caso contra el acusado en *Crumpler*.

39 *Estados Unidos contra Stewart (Martha),* id. en ImClone.

40 *Estados Unidos contra Stewart (Larry),* id.

41 Aquellos en este grupo fueron altos ejecutivos en Adelphia, Cendant, Enron Broadband Services, HealthSouth, Impath, Martha Stewart Living Omnimedia, Ogilvy & Mather (Socio mayoritario y Director Ejecutivo de Grupo), Tyco, Westar, y WorldCom. Véase infra Apéndice 1.

42 Fueron CFOs de Adelphia, McKesson HBOC, NewCom, Ogilvy & Mather, y Qwest. Véase infra Apéndice 1.

43 Entre los ejecutivos financieros y contables fueron tres Vice Presidentes, un Contralor y un Asistente de Control, y funcionarios que mantienen títulos de Director de Reportes Internos, Contador y Director Principal de División, y Director Principal de Contabilidad Transaccional. Las fallas y las afiliaciones de estos acusados se muestran en completos detalles en el infra Apéndice 1.

44 Las fallas y las afiliaciones de estos acusados se muestran en completos detalles en el infra Apéndice 1. Los acusados que quedan que no se mencionan en la enumeración previa de acusados que fueron a juicio incluyen dos Vice Presidentes y un empleado del Laboratorio del Servicio Secreto que fue acusado de mentir cuando testificó como testigo experto por el Gobierno en el juicio de Martha Stewart.

45 Véase supra nota 15.

46 Véase, por ejemplo, Kathy M. Kristof & Josh Friedman, *KPMG Tax Case Grows: Ten More People Are Indicted over Alleged Fraudulent Shelters Promoted by the Firm*, L.A. Times, Oct. 18, 2005, en C1 (reportando que el abogado de un acusado dijo que los Fiscales "se extralimitaron seriamente en este caso"); Andersen, Marzo 14 Nota de Prensa, supra nota 9 (aseverando que la persecusión de la empresa contable no sería justa y "un abuso extraordinario de discreción fiscal"); John R. Emshwiller, *An Ambitious Enron Defense: Company's Moves Were All Legal; with $40 Million War Chest, Skilling Calls on Lawyer with Business Expertise; Hiring a Sociology Professor*, Wall St. J, Enero 20, 2006, en A1 (reportando que los abogados defensores argumentarán que la acusación de Skilling y Lay se enfoca en lo que realmente son negocios ordinarios y decisiones contables); el discurso de Lay, supra nota 6 (afirmando que el Cuerpo Especial de Enron no pudo satisfacer su horario proyectado para traer todas las acusaciones relacionadas con Enron, no porque los casos fueran complicados, sino "porque es complicado encontrar crímenes donde no existen").

conjuntamente? Esto es, ¿tienden a acusar o absolver a todos los acusados en juicio? Si es así, eso señala que el caso de acusación, *in toto*, fue relativamente fuerte o débil. O, alternativamente, ¿los Jurados tienden a dictar veredictos divididos (es decir, alguna combinación de culpable, inocente, o estancado) cuando acusados múltiples están en juicio? Si es así, ¿los veredictos divididos arrojan luz sobre los méritos totales del caso? La tabla 5 establece la fase final para analizar estos puntos.

Tabla 5

VEREDICTOS[47]

Compañía	Acusaciones	Absolución	Juicios Viciados de Nulidad
Adelphia	2	1	1
Cendant	1	0	1
CSFB	0	0	1
Duke Energy	0	1	1
Dynegy	1	0	0
Enron			
Caso 1[48]	1	0	0
Caso 2[49]	5	1	0
Caso 3[50]	0	0	5
HealthSouth			
Caso 1[51]	0	1	0
Caso 2[52]	0	2	0
Caso 3[53]	1	0	0
ImClone			
Caso 1[54]	2	0	0
Caso 2[55]	0	1	0
ImPath	1	0	0
McKesson HBOC	0	1	0
Nulidad			
NewCom	0	1	0
Ogilvy & Mather	2	0	0
Qwest	0	2	2
Rite Aid	1	0	0
Tyco			
Caso 1[57]	0	0	2
Caso 2[58]	0	1	0
Westar Energy	0	0	2
WorldCom		1	0

Como se ve en la Tabla 5, los Jurados llegaron a veredictos divididos en la mitad de los casos en los cuales los acusados múltiples fueron juzgados. Como una cuestión inicial, los veredictos en los juicios Qwest y Duke Energy sugieren que los casos fueron relativamente débiles. Los jurados en ambos juicios se dividieron en el medio, absolviendo a la mitad de los acusados y se estancaron con el resto. Pero la figura es incompleta hasta que sabemos que la disposición final de los cargos en los cuales los jurados están en desacuerdo. En el caso Qwest, por ejemplo, en lugar de atravesar los rigores de un segundo juicio, los dos acusados restantes se declararon culpables y se volvieron testigos cooperadores. Así, cuando todo estaba dicho y hecho, el Gobierno finalmente se impuso contra todos los cuatro acusados de Qwest. Duke Energy, por el contrario, fue por el camino opuesto cuando el Fiscal decidió retirar los cargos restantes en vez de volver a procesar el caso.

En otros dos casos de veredicto dividido, Adelphia y Cendant, los Jurados procesaron a la mitad de los acusados y absolvieron a los demás o se estancaron. En el caso 2 de Enron, cinco de los seis acusados

47 La tabla 5 no incluye veredictos obtenidos en nuevos juicios que sigan un juicio viciado de nulidad. Ni incluye *Estados Unidos contra Causey* (Caso Enron 4), véase infra Apéndice 1, en Enron, el cual empezó mientras este artículo estaba en prensa y se esperaba que dure otros tres meses.

48 *Estados Unidos contra Arthur Andersen*, L.L.P., id.

49 *Estados Unidos contra Rice* (Acusación Enron Broadband Services), id.

50 *Estados Unidos contra Bayly* (Acusación por el acuerdo de embarcaciones nigeriano), id.

51 *Estados Unidos contra Scrushy*, id. en HealthSouth.

52 *Estados Unidos contra Thomson*, id.

53 *Estados Unidos contra Crumpler*, id.

54 *Estados Unidos contra Stewart (Martha),* id. en ImClone.

55 *Estados Unidos contra Stewart (Larry),* id.

56 Véase supra nota 47.

57 El *Estado contra Kozlowski*, véase infra apéndice 1, en Tyco.

58 El *Estado contra Belnick*, id.

fueron encontrados culpables mientras que solo uno fue absuelto. En dos de los juicios de acusados múltiples que no terminaron con veredictos divididos, el caso 1 de ImClone y Ogilvy & Mather, los Jurados procesaron a todos los acusados. En los tres veredictos de juicios no divididos, los Jurados indecisos resultaron en juicios viciados de nulidad para todos los acusados en juicio[59].

El record del Gobierno fue de igual forma mixto en casos en los cuales solo un acusado fue a juicio. Los jurados en aquellos casos procesaron a seis acusados, absolvieron a cinco, y se estancaron con uno.

¿Qué explica este registro o record mixto de juicios? Como es verdad en otros contextos, los temas de complejidad, credibilidad de los testigos, complejidad del jurado, y la gran cantidad de factores no cuantificables –incluyendo la suerte– puede influenciar el resultado de un juicio[60]. Para ilustrar justamente lo que puede salir mal y cómo, consideremos cual es quizá la pérdida más grande del Gobierno hasta la fecha.

En lo que una vez pareció ser uno de los casos de fraude más fuertes contra un ejecutivo corporativo de alto nivel[61], la acusación del Presidente de HealthSouth Richard Scrushy colapsó totalmente. Mientras que otros factores contribuyeron indudablemente con el veredicto de absolución del jurado, uno que claramente sobresale es la misma acusación. Abarcando su amplitud, la acusación de más de ochenta cargos (luego reducido a treinta seis) incluía múltiples cargos de conspiración, fraude de correo y telecomunicaciones, fraude de títulos (bajo dos estatutos diferentes), afirmaciones falsas, certificación de testimonios falsos financieros (incluyendo intentos), lavado de dinero, obstrucción de la justicia, y perjurio[62]. Después de cinco meses de testimonio por momentos tedioso durante un juicio pausado, y tras semanas de deliberaciones igualmente relajadas, el Jurado absolvió a Scrushy de todos los cargos.

Más allá de los temas de complejidad y aburrimiento por parte del Jurado en el caso Scrushy, la fuerte confianza del Gobierno permaneció en el testimonio de los antiguos ejecutivos que se habían declarado culpables[63]. Una vez considerado como un plus a causa de que todos los cinco Presidentes anteriores se encontraban entre los testigos cooperadores[64], la confianza en los testigos que se habían declarado culpables demostró ser una responsabilidad en juicio. En adición a las dudas sobre aquellos testigos, que tenían algo que ganar a causa de sus acuerdos de terminación anticipada con los Fiscales, los Jurados siguieron cuestionando la credibilidad de uno que era un evasor fiscal[65], de otro que tomaba antidepresivos, y de aún otro que engañaba a su esposa[66]. Los Fiscales tampoco tenían alguna ventaja por la falta de pruebas documentales enlazando directamente a Scrushy con el fraude[67], una desafortunada elección de escenario[68], el esfuerzo de Scrushy de una campaña efectiva de relaciones públicas antes y durante el juicio[69], y –créanlo o no– la falta de evidencia de huellas dactilares[70].

59 *Estados Unidos contra Rice* (Caso Enron 3), id. en Enron; el *Estado contra Kozlowski* (Caso Tyco 1), id. en Tyco; *Estados Unidos contra Witting* (Westar Energy), id. en Westar Energy Inc.

60 Estos y otros factores relacionados que parecen haber contribuido con los juicios viciados de nulidad en acusaciones de fraude corporativo se consideran en la Parte III.

61 Reed Abelson & Jonathan Glater, *A Style That Connected With Hometown Jurors*, N.Y. Times, Junio 29, 2005, en C1; Kyle Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues*, N.Y. Times, Julio 2, 2005, en C5 [más adelante Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues*]. En la época en que Scrushy fue a juicio, quince ejecutivos de HealthSouth, incluyendo los cinco anteriores Presidentes, se habían declarado culpables y se volvieron testigos cooperadores.

62 Abelson & Glater, supra nota 61; Dan Morse et al. *HealthSouth's Scrushy is Acquitted: Outcome Shows Challenges for Sarbanes-Oxley Act: SEC Suit Still Ahead; No Job Offer From Company,* Wall St. J., Junio 29, 2005, en A1; Kyle Whitmire, *Determined to Find Guilt, But Expecting Acquittal*,N.Y. Times, Junio 29, 2005, en C5.

63 Morse et al, supra nota 62; Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues* , supra nota 61.

64 Véase supra nota 61.

65 Morse et al, supra nota 62.

66 Id.; Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues,* supra nota 61.

67 Abelson & Glater, supra nota 61.

68 Morse et al, supra nota 62.

69 Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues,* supra nota 61. Para el giro más extraño reciente en el frente de las relaciones públicas, véase Evan Perez & Corey Dade, *Scrushy Denies Trying to Buy Support: HealthSouth Ex-CEO Paid PR Firm, Writer and Pastor During His Criminal Trial*, Wall St. J., Enero 20, 2006, en A12, y Simon Romero & Kyle Whitmire, *Writer Says Scrushy Paid Her to Write Favorable Articles*, N.Y. Times, Enero 20, 2006, en C3.

70 Abelson & Glater, supra nota 61; Morse et al, supra nota 62; Simon Romero & Kyle Whitmire, *Former Chief of HealthSouth Acquitted in $2.7 Billion Fraud: Case Fails to Sway Jury in Scrushy's Hometown*, N.Y. Times, Junio 29, 2005, en A1; Chad

El juicio de Scrushy ejemplificó el adagio de que si algo puede salir mal, lo hará. Pero la combinación de factores que contribuyeron a la absolución de Scrushy no puede, autónomamente, explicar por qué el Gobierno ha ganado tan pocos casos en juicio.

III. JUICIOS VICIADOS DE NULIDAD

Los Fiscales quieren –y a menudo esperan con justa razón– ganar casos, y no es necesario decir que las condenas son triunfos y las absoluciones no. Pero ¿qué hay de los juicios viciados de nulidad? Cuando un jurado está estancado y no puede decidir si condenar o absolver, ¿debería contarse esto como una pérdida seria para la Fiscalía? ¿O es esto puramente un empate?

De acuerdo a la sabiduría convencional, los juicios viciados de nulidad son derrotas para el Gobierno, particularmente en acusaciones de alto perfil. Cuando un Jurado se estancó en el caso por obstrucción de la justicia contra el antiguo banquero estrella de CSFB Frank Quattrone, por ejemplo, los observadores llamaron al juicio viciado de nulidad "un serio revés" para el equipo de la Fiscalía[71].

De forma similar, el Jurado estancado (hung jury) en el juicio de la banda ancha de Enron fue calificado con un "gran cero" para el Gobierno que proporcionaría un "mayor estímulo de confianza" para los abogados de la defensa en próximos juicios de alto perfil, incluyendo el de Jeff Skilling y Ken Lay de Enron[72]. Otros llamaron al juicio nulo de la banda ancha un revés y un "segundo golpe" para los Fiscales de Enron[73], viniendo como lo hizo poco después de la revocación de la Suprema Corte de la condena a Arthur Andersen por obstrucción de la justicia[74].

Así volvemos a la pregunta de cuántos y cuáles de los casos del Gobierno terminaron en juicios viciados de nulidad y lo que ellos significan. Comencemos con una breve reseña de las ocho acusaciones que resultaron en un juicio viciado de nulidad en al menos algunos de los cargos.

- **Adelphia:** El Fundador de Adelphia John Rigas, sus hijos Timothy y Michael, y Michael Mulcahey –todos ejecutivos de Adelphia– fueron acusados de depredación en la compañía por más de $100 millones[75]. El Jurado encontró a John y a Timothy culpables, a Mulcahey inocente, y se estancó en los cargos contra Michael Rigas.
- **Cendant:** El Presidente de Directorio de Cendant Walter Forbes y Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidente Kirk Shelton fueron acusados de inflar los ingresos en CUC Internacional[76] en $500 millones. El Jurado condenó a Shelton pero no pudo llegar a un veredicto sobre los cargos contra Forbes.
- **CSFB:** Frank Quattrone, cabeza del Grupo Tecnológico Global de CSFB, fue juzgado en tres cargos de obstrucción de la justicia por ordenar la destrucción de los archivos. Un jurado estancado resultó en un juicio viciado de nulidad.
- **Duke Energy:** Tres ejecutivos comerciales de Duke Energy fueron acusados de manipular la comercialización del gas y la energía de la compañía y falsificar sus libros para incrementar las ganancias reportadas. Un acusado, que se declaró culpable y se volvió un testigo cooperador, no fue a juicio. De los dos que fueron juzgados, el Jurado absolvió a uno de todos los cargos, pero emitió un veredicto parcial para el otro, absolviéndolo en algunos cargos pero bloqueándose en otros. El Juez declaró un juicio nulo sobre los cargos sin resolver.
- **Enron:** El Gobierno acusó a siete ejecutivos de los Servicios de Banda Ancha de Enron de tergiversar

Terhune & Dan Morse, *Why Scrushy Won His Trial and Ebbers Lost*, Wall St. J., Junio 30, 2005, en C1; Kyle Whitmire, *Determined to Find Guilt, but Expecting Acquittal*, N.Y. Times, Junio 29, 2005, en C5; Whitmire, *Jurors Doubted Scrushy's Colleagues*, supra nota 61; cf. Linda Deutsch, *"*CSI*" and "*Law & Order*" Lead Jurors to Great Expectations*,, St. Louis Post-Dispatch, Enero 30, 2006, en D1 (describiendo como el efecto "CSI" le ha dado a los jurados expectativas no realistas de la evidencia forense de alta tecnología en casos comunes y corrientes donde tal evidencia es rara).

71 Andrew Ross Sorkin, *Hung Jury Ends Trial of Banker: Setback for Prosecution of Misconduct on Wall St*., N.Y. Times, Octubre 25, 2003, en A1.

72 John R. Emshwiller, *Federal Jury Declines to Convict at an Enron Trial*, Wall St. J., Julio 21, 2005, en C4.

73 Mary Flood, *Broadband Trial: The Outcome; No Guilty Verdicts in Latest Enron Case; Results of Fraud Case Spell Trouble for Prosecutors in Future Trials, Legal Experts Say*, Hous. Chron. Julio 21, 2005, en A1 [en adelante Flood, No Guilty Verdicts].

74 Véase supra nota 15.

75 Los acusados fueron acusados de tratar a la Compañía como una "alcancía privada". Peter Grant et al, *Prosecutors Say Rigases Stole from Adelphia*, Wall St. J., Marzo 2, 2004, en C4.

76 CUC se fusionó con HFS Inc. para formar Cendant. Ambos acusados eran ejecutivos de alto nivel en CUC también.

el valor y capacidades comerciales de la operación de internet. Dos de los siete se declararon culpables y se volvieron testigos cooperadores, mientras que los otros cinco fueron a juicio. El Jurado emitió veredictos parciales de absolución para tres de los acusados, pero no pudo llegar a un veredicto sobre los cargos restantes contra ellos. El Jurado también se estancó en todos los cargos contra los dos acusados restantes.

- **Qwest:** Cuatro ejecutivos de Comunicaciones Qwest fueron acusados de inflar los ingresos de la compañía en más de $100 millones. El Jurado absolvió a dos de los ejecutivos pero bloqueó cargos contra los otros dos.
- **Tyco:** El juicio de seis meses del Presidente de Tyco Dennis Kozlowski y el CFO Mark Swartz por saqueo a la compañía de $600 millones terminó en un juicio nulo.
- **Westar Energy:** El Jurado no pudo llegar a un veredicto en el juicio del Presidente de Westar y su Vicepresidente Ejecutivo por apropiación de las utilidades de la compañía.

La sabiduría convencional sostiene que los casos que terminan en un juicio nulo para comenzar son marginales[77]. Pero ¿cómo los ven los Fiscales? Por un lado, parece seguro asumir que los Fiscales lo pensarían dos veces antes de dedicar recursos escasos en volver a procesar casos que pensaron que perderían. Por otro lado, si estos casos no son necesariamente débiles, para comenzar, ¿cómo podemos explicar por qué más de un tercio han terminado en juicios viciados de nulidad?

Para poner esta pregunta en contexto, miremos primero las circunstancias que rodean los inconclusos resultados en los juicios de Tyco, la Banda Ancha de Enron y CSFB.

Publicidad para el Jurado: Técnicamente hablando, Tyco terminó en un juicio nulo a causa de la publicidad que rodeaba un incidente en el Tribunal en el cual un Juez, según se informa, le dio una seña de OK a la mesa de defensores[78]. Digo "técnicamente" porque la atmósfera durante las deliberaciones del Jurado se había vuelto "venenosa"[79] y parecía que el Jurado sería un reducto en cualquier caso[80]. Pero las polémicas deliberaciones eran parcialmente un subproducto de una estrategia de acusación fallida que permitió al juicio de seis meses ser dominado por momentos por la evidencia del estilo de vida de despilfarro que tenía poco que ver con el hecho de probar los cargos contra Kozlowski y Swartz[81], y en otros momentos se atascaban en su complejidad[82]. En lo que debe haber sido una experiencia tediosa, el Jurado oyó el testimonio de cuarenta y ocho testigos y consideró setecientos documentos expuestos.

77 Michael Graczyk, *Jury Acquits Former Enron Execs of Some Charges and Deadlocks on Others*, St. Louis Post-Dispatch, Julio 21, 2005, en C3 (señalando que la incapacidad del Jurado para llegar a un veredicto "nos dice algo del uso del Gobierno de sus recursos en este caso" (citando a Barry Pollack, abogado de uno de los acusados); Thor Valdmanis, *Quattrone Mistrial Doesn't Bode Well for Future Cases*, USA TODAY, Octubre 26, 2003, disponible en http://www.usatoday.com/money/industries/brokerage/2003-10-26-quattrone_x. htm (prediciendo que la decisión del gobierno de si volver a procesar a Quattrone señalaría que los Fiscales serían "menos agresivos" persiguiendo casos cuestionables (citando a Jack Sylvia, socio en Mintz Levin, que no estuvo involucrado en el caso)).

78 David Carr & Adam Liptak, *In Tyco Trial, an Apparent Gesture Has Many Meanings: Publicity to Prompt Mistrial Motion*, N.Y. Times, Marzo 29, 2004, en C1; Mark Maremont & Kara Scannell, *Tyco Jury Resumes Deliberating: Defense Fails in Mistrial Bid Based on Media Coverage of Juror, but Incident Could Fuel Appeal*, Wall St. J., Marzo 30, 2004, en C1.

79 Mark Maremont et al, *Mistrial Scuttles Possible Guilty Verdicts in Tyco Case: Jurors Criticize Prosecution, Defense for Clumsy Tactics; Lessons Learned for Retrial*, Wall St. J., Abril 5, 2004, en A1.

80 Andrew Ross Sorkin, *Juror No. 4 Says No O.K. Sign and No Guilty Vote*, N.Y. Times, Abril 7, 2004, en A1.

81 Mark Maremont & Chad Bray, *Tyco Trial Jurors Say Defendants Weren't Credible: Conviction of Kozlowski, Swartz Highlights Risk of Executives' Testifying*, Wall St. J., Junio 20, 2005, en A1 [más adelante Maremont & Bray, *Tyco Trial Jurors Say Defendants Weren't Credible*]. La evidencia incluía video cintas de una juerga de cumpleaños a lo Bacanal en Sardina (subvencionada en parte por Tyco) y un recorrido virtual de un elegante departamento en New York (también pagado por Tyco) equipado con exótica mueblería que incluía una ahora notoria cortina de baño de $6,000. John Schwartz, *I Don't Want to Calculate the Cost to Matriculate*,, N.Y. Times, Octubre 9, 2005, § 3, en 26.

82 Pete McEntegart, *One Angry Man: A Juror Gives An Inside Account of Why the Tyco Trial Fell Apart*, Time, Abril 12, 2004, en 47 (señalando que el Jurado escuchó el testimonio de 48 testigos, que más de 700 documentos expuestos habían sido presentados, y que el testimonio produjo más de 12,000 páginas de transcripción). Maremont & Bray, *Tyco Trial Jurors Say Defendants Weren't Credible*, supra nota 81. Ambos hombres fueron luego sentenciados a prolongadas condenas. Andrew Ross Sorkin, *Ex-Tyco Officers Get 8 to 25 Years: 2 Sentenced in Crackdown on White- Collar Crime*,, N.Y. Times, Setiembre 20, 2005, en A1 (reportando que Kozlowski y Swartz fueron ambos sentenciados a servir de 8 1/3 hasta 25 años en prisión). Se decretó a los dos hombres en prisión preventiva inmediatamente después que fueron sentenciados, y el Juez rehusó liberarlos bajo fianza con juicio pendiente. *Bail Denied to Two Tyco Executives*, N.Y. TIMES, Octubre 4, 2005, en C2.

Deliberaciones truncadas: El juicio de la banda ancha de Enron terminó en un juicio nulo cuando el Jurado se declaró a sí mismo estancado después de solo cuatro días de deliberaciones[83]. En esos cuatro días, el jurado había llegado a veredictos de no culpabilidad en veinticuatro cargos de la acusación, pero se declaró a sí mismo estancado o bloqueado concerniente a los 168 cargos restantes. Para algunos observadores, declarar un juicio nulo tan pronto en las deliberaciones que seguían un caso complejo y prolongado con casi doscientos cargos contra cinco acusados parecía un poco "rápido con el gatillo[84]". De hecho, el abrupto final de las deliberaciones por el Juez propició que un abogado defensor se quejara que "no hubiese lógica en esto para nada[85]".

Credibilidad del testigo: En el juicio del CSFB, aunque tres jurados categóricamente insistieron en una absolución, otros vacilaron en la cuestión de la culpabilidad[86]. Después que se declaró el juicio viciado de nulidad, un Jurado postuló que la única razón por la que Frank Quattrone no había sido absuelto fue su decisión de tomar una postura. La credibilidad de su testimonio estuvo seriamente comprometida durante el interrogatorio, cuando el Gobierno proporcionó e-mails que contradecían su testimonio principalmente[87]. "Hizo un mal trabajo yendo allá (...) escuché a muchos jurados decir que si él no hubiese sido testigo, habría sido declarado "inocente" desde el primer día"[88]. Así, en contraste con el juicio a Tyco, en el cual la estrategia principal de los Fiscales puede haber resultado a la inversa con el Jurado, la decisión de la defensa de colocar a Quattrone en el banquillo parece haber sido un contratiempo fundamental estratégico a los ojos del Jurado[89].

Complejidad: Como se mencionó antes, los Fiscales en el juicio de Tyco permitieron que el caso se quedara atascado en la complejidad, y contribuyeron sin duda a la incapacidad del Jurado de llegar al veredicto para o contra Kozlowski o Swartz.

---

83 John R. Emshwiller, *Federal Jury Declines to Convict at an Enron Trial*, Wall St. J., Julio 21, 2005, en C4. No es de sorprender que los Fiscales objetaran enérgicamente el fin temprano de las deliberaciones.

84 Flood, *No Guilty Verdicts*, supra nota 73 (citando a Robert Mintz, un comentador legal frecuente en juicios de cuello blanco de alto perfil). Véase *Vioxx Case Leads to Hung Jury: Retrial Planned in 2001 Death*, Wash. Post. Diciembre 13, 2005, en A10 (juicio nulo declarado en el primer juicio federal de Vioxx después que el jurado acababa de comenzar el cuarto día de deliberaciones; el juez había amonestado al jurado para llegar al veredicto en un "momento razonable" y declaró que "ahora se ha dado un momento razonable [y nosotros no podemos obtener un veredicto]); Alex Berenson, *A Mistrial Is Declared in 3rd Suit Over Vioxx*, N.Y. Times, Diciembre 13, 2005, en C1 (juicio nulo declarado en el primer juicio federal de Vioxx después que el jurado deliberó durante dieciocho horas por tres días).

85 Flood, *No Guilty Verdicts*, supra nota 73 (citando al abogado defensor Ed Tomko, que representó a uno de los acusados en el caso).

86 Randall Smith & Kara Scannell, *Inside Quattrone Jury Room, Discord Culminates in Mistrial*, Wall St. J., Octubre 27, 2003, en A1.

87 Id.

88 Andrew Ross Sorkin, *Quattrone Juror Says Three Wouldn't Budge*, N. Y. Times, Octubre 27, 2003 en C11. La credibilidad también fue un factor en el nuevo juicio de Swartz y Kozlowski de Tyco. Maremont & Bray, supra nota 81.

89 Evidentemente creyendo que – como los fiscales en el caso Tyco – él había aprendido de sus errores, Quattrone testificó de nuevo en su segundo juicio. Este movimiento estratégico vino con un precio, sin embargo, porque su admisión de conocimiento de los contenidos de los e-mails proporcionados en el primer juicio también sirvieron para minar la base fundamental de su aclamada inocencia. Para sorpresa de sus partidarios, el jurado declaró los veredictos de culpabilidad después de menos de un día de deliberaciones. Randall Smith, *In Quattrone Case, 'Nice' Prosecutor Wins: Jurors Checked Emotions at the Door*, Wall St. J., Mayo 4, 2004, en C1; Randall Smith, *Quattrone Found Guilty on 3 Counts in Big U.S. Win: Former CSFB Star Banker Could Face 2 Years in Jail; A Case Built on E-Mail*, Wall St. J., Mayo 4, 2004, en A1; Andrew Ross Sorkin, *Wall St.Banker Is Found Guilty of Obstruction*, N.Y. Times, Mayo 4, 2004, en A1. La decisión de si poner al acusado en el estrado puede, por supuesto, ser fundamental en los juicios en los cuales los jurados alcanzan veredictos unánimes. En la acusación contra el presidente de WorldCom Bernie Ebbers, por ejemplo, su decisión de testificar daña más de lo que ayuda. Jesse Drucker & Li Yuan, *'How Could He Not See?': Documents Swayed Ebbers Jury*, Wall St. J., Marzo 17, 2005, en C1; Jonathan D. Glater & Ken Belson, *Ebbers, on Witness Stand, May Have Lost His Case*, N.Y. Times, Marzo 16, 2005, en C1. Y los jurados en el nuevo juicio de los ejecutivos de Tyco Dennis Kozlowski y Mark Swartz concluyeron que ni el acusado era un testigo creíble y que Swartz dio la impresión de ser un "muy buen mentiroso" en el estrado. Maremont & Bray, *Tyco Trial Defendants Weren't Credible*, supra nota 81.

En contraste, los comentarios post-veredictos luego del juicio de Martha Stewart sugirieron que la decisión de no colocar a los acusados en el estrado fue un "serio error". Jonathan D. Glater, *Defense Gambled, and Lost, With a Minimal Presentation*, N.Y. Times, Marzo 6, 2004 en B1. Como un jurado lo puso, "¿Cómo podríamos decir algo sobre cuán listos fueron algunos de ellos si nunca subiesen al estrado?" Id. Y entonces hubo la posibilidad que su fracaso para contarle al jurado su lado de la historia creó la impresión que ella era arrogante o distante. Como otro jurado postuló, "[Al no testificar, Stewart] parecía decir: "No tengo nada por qué preocuparme. Engañé al jurado. No tengo nada que probar". Memorándum de Ley en apoyo de la moción de Martha Stewart para el Nuevo Juicio de acuerdo a la Norma Federal del Procedimiento Penal 33, en 14, *Estados Unidos vs. Martha Stewart,* S1-03-Cr-717 (MGC) (S.D.N.Y. Marzo 31, 2004) (en archivo con la autora).

Quizá al demostrar que los juicios nulos pueden ser una bendición para quien sea que se desempeñe de lo peor en un juicio[90], los Fiscales de Tyco aprendieron de sus errores. En el nuevo juicio, redujeron el número de testigos a la mitad y descartaron mucho del estilo de vida y evidencia de gastos. Aunque el segundo juicio aún tomó casi cuatro meses y las deliberaciones del jurado continuaron por once días, los Fiscales fueron justificados al final. Al otorgarles una gran victoria a los Fiscales, el Jurado condenó a Kozlowski y Swartz.

Los Fiscales federales de igual manera fueron atormentados por emplear prácticas que a menudo hacen los juicios demasiado complejos. El juicio de los cuatro ejecutivos de Qwest sobre una acusación de cuarenta y cuatro cargos por conspiración, fraude de títulos, afirmaciones falsas, y estafa electrónica terminó en una decepción para los Fiscales cuando el Jurado absolvió a dos de los acusados y truncaron los cargos contra los otros dos. Después, los Jurados expresaron molestia porque el Gobierno aparentemente "lanzó todo" contra los acusados y "esperó que algo se estancaría"[91] y dijo que el caso total era difícil de entender[92].

No mucho después del final de ese juicio, la investigación de fraude en proceso culminó en la acusación de Diciembre de 2005 del Presidente de Qwest Joseph Nacchio. Pero esta vez, los cargos estaban sorprendentemente enfocados. Mientras que fue de forma similar en un aspecto con la acusación anterior de Qwest –Nacchio fue acusado de cuarenta y tres cargos– fue distinto en que *todos* los cargos alegados fueron de práctica ilegal de venta con información privilegiada. Aunque los cargos se enlazan finalmente a lo que Nacchio sabía sobre la perspectiva financiera de Qwest, la cual él públicamente pintó de prometedora mientras que sabía en forma privada que era desalentadora, la acusación no trata de enlazarlo con el fraude contable subyacente. Y enfocándose solo en un crimen, el Gobierno incrementa sus oportunidades de probar un patrón de actividad ilegal –repetidamente vendiendo acciones sobre la base de la información privilegiada– la cual en teoría debería hacerlo más fácil de acusar. Puesto de forma sencilla, este cambio en la estrategia acusadora simplifica el caso para el jurado[93]. De hecho, un abogado de valores comentó que el Gobierno puede muy bien estar usando la estrategia que empleó exitosamente en varias acusaciones previas. "Si observas a Bernie Ebbers, Adelphia, y Martha Stewart, el Gobierno ha realizado un trabajo excepcional cuando lo simplificaron para que los jurados pudieran entender[94]". Estos destellos en la dinámica de varios juicios de alto perfil proporcionan, quizá de forma plausible, explicaciones para los resultados. Pero al final del día, solo podemos especular sobre la miríada de razones por qué los casos resultaron en juicios nulos y absoluciones parciales. Dicho esto, sí tenemos información que facilita un análisis relativamente informado de si los juicios viciados señalaban las acusaciones criminales fallidas.

¿Qué pasaba después que los juicios nulos se declaraban? ¿El Gobierno cedía porque pensaba que los casos se iban a perder? ¿O los Fiscales perseveraban? Los datos en la Tabla 6 cuentan una historia fascinante.

En siete de los ocho casos que terminaron en juicios viciados, los Fiscales señalaban su intención de volver a procesar a los acusados[95]. La decisión del

90 Carrie Johnson, *For Prosecutors, Shorter Is Sweeter: Government Got Chance To Analyze, Fix Mistakes,* Wash. Post, Junio 18, 2005, en D1.

91 Shawn Young & Dionne Searcey, *Qwest's Ex-CEO Is Charged in Probe of Insider Trading*, Wall St. J., Diciembre 21, 2005, en A3.

92 Ken Belson, *U.S. Tries Simpler Tack Against Ex-Chief of Qwest*, N.Y. Times, Enero 20, 2006, en C3.

93 Id.;Young & Searcey, supra nota 91.

94 Christopher Palmeri, *The Case Against Qwest's Nacchio: The Telecom's Former CEO Has Finally Been Indicted–For Fraud and Insider Trading. Getting a Conviction Will Be No Slam Dunk*, Businessweek Online, Diciembre 24, 2005, http://businessweek.com/technology/ content/dec2005/tc20051221_927069.htm.

Los fiscales también han perfilado sus casos para los nuevos procesos de los acusados en el caso de Servicios de Banda Ancha de Enron (véase Mary Flood, *Five Former Enron Execs Reindicted*, Hous. Chron. Noviembre 10, 2005, en B1) y el juicio de Skilling y Lay de Enron. Alexei Barrionuevo, *Prosecutors Shift Focus on Enron*, N.Y. Times, Enero 11, 2006, en C1; Kurt Eichenwald, *Big Test Looms for Prosecutors at Enron Trial*, N.Y. Times, Enero 26, 2006, en A1; Mary Flood, *Government Plans to Trim Witness List*, Hous. Chron., Diciembre 2, 2005, en B4.

95 Cuando se declaró el juicio viciado en el caso de Duke Energy, no era muy claro si el acusado que quedaba sería juzgado nuevamente, véase *Mistrial in Case of Former Duke Energy Executive*, N.Y. Times, Diciembre 10, 2005, en B2, pero el fiscal finalmente decidió retirar los cargos restantes. Peter Geier, *A Defense Win in the Heart of Enron Country*, NAT'L L.J., Enero 23, 2006, en 6.

Gobierno de volver a procesar a la mayoría, sino a todos, de acusados indica que los Fiscales tienen un grado mayor de confianza en los méritos de los casos de lo que uno podría de otro modo esperar. Eso lógicamente saca a flote la pregunta de si su confianza está garantizada. ¿Qué resultados fluyen de la decisión de volver a procesar?

Tabla 6

Disposición de los Casos que terminan en Juicio Viciado

Compañía	Acusados Restantes	Admisión de Culpabilidad	Acuerdo de Cooperación	Proceso Nuevo	Veredicto de Culpabilidad	Segundo Juicio Viciado
Adelphia	D-1	✓				
Cendant	D-1			✓		✓
CSFB	D-1			✓	✓	
Duke Energy	D-1					
Enron Broadband Services	D-1			Pendiente (2006)		
	D-2			Pendiente (2006)		
	D-3			Pendiente (2006)		
	D-4			Pendiente (2006)		
	D-3			Pendiente (2006)		
Qwest	D-1	✓	✓			
	D-2	✓	✓			
Tyco	D-1	✓	✓			
	D-2	✓	✓			
Westar Energy	D-1	✓	✓			
	D-2	✓	✓			

La respuesta es justamente sencilla. Hasta la fecha, los fiscales han disfrutado un considerable éxito después que los juicios viciados fuesen declarados. Como se vio en la Tabla 6, los acusados en dos casos se declararon culpables para evitar los riesgos de un nuevo proceso, y en tres de los cuatro nuevos juicios, los jurados acusaron a los acusados restantes[96]. Ninguno de los acusados juzgados nuevamente ha sido absuelto.

Después que el nuevo juicio de Cendant terminara con un segundo jurado indeciso, uno podría haber esperado de forma razonable que el Fiscal tirara la toalla. Pero parece que la mayoría del Jurado había favorecido la acusación y que el Fiscal se prepararía para otro nuevo juicio, para que el Juez establezca una fecha tentativa para un segundo nuevo juicio[97].

Puesto de forma sencilla, los resultados en tres de los juicios son victorias para la Fiscalía, y el cuarto es un empate. Así, los fiscales deben de forma segura –y quizá con justificación– ver su índice de éxitos que siguen a los juicios viciados como una reivindicación de la decisión inicial para acusar.

IV. CONCLUSIÓN

La acusación del ciclo de fraude corporativo siguiendo el colapso de Enron ha producido un número sin paralelo de juicios criminales de ejecutivos corporativos principales en solo tres años. Mientras que las declaraciones de culpabilidad y acuerdos de cooperación son estratégicamente importantes desarrollando estos casos, el número de Presidentes, Directores financieros y otros Gerentes que han sido acusados y juzgados desmiente las aseveraciones de los críticos de que los Gerentes de nivel medio que se declaran culpables se vuelven chivos expiatorios, mientras que sus superiores quedan impunes.

Aunque a primera vista los resultados de los juicios de fraude corporativo parecen sorprendentemente mixtos, hemos visto que el Gobierno disfruta un índice respetable, si no espectacular, de condenas; los Fiscales, siempre confiados en los méritos subyacentes de los casos que terminan en juicios viciados, están menos que reacios a volver a procesarlos; y la disponibilidad y capacidad de los fiscales para cambiar estrategias para asegurar las condenas ha valido la pena enormemente hasta la fecha. Los juicios de fraude corporativo también han proporcionado una oportunidad única para ganar entendimiento sobre las prácticas acusatorias en casos administrativos de alto perfil, para observar y evaluar las estrategias y

96 Supra nota 15.

97 Stacey Stowe, *Cendant's Ex-Chairman Faces His Third Trial*, N.Y. Times, Feb. 15, 2006, en C15; *Cendant Juror Says Most Favored a Conviction*, ST. Louis Post-Dispatch, Feb. 15, 2006, en C2.

dinámica en los juicios, y para evaluar tentativamente lo que parece funcionar (o no) y por qué.

El caso en exhibición de Skilling y Lay de Enron no será el final del camino. Docenas de ejecutivos acusados en similares cargos de fraude están esperando juicio, y las investigaciones adicionales de fraude están claramente en proceso. Mientras estos casos se encaminan a través del sistema, incrementarán además nuestro entendimiento de la utilidad (o futilidad, como sea el caso) de confiar en acusaciones criminales individuales para abordar el fraude corporativo sistemático.

Apéndice 1
Juicios de Fraude Corporativo, Marzo 2002 - Enero 2006*

Acusación	Acusado	Cargos	Disposición	Estatus
ADELPHIA				
Estados Unidos vs. Rigas	Presidente de Adelphia y Presidente de la junta	Conspiración; fraude de de títulos; fraude electrónico; fraude bancario	Condenado por el jurado	Sentenciado a 15 años en prisión
Co-acusados				
T. Rigas	Vicepresidente ejecutivo de Adelphia, ejecutivo, tesorero, y presidente del Comité de Auditoría de la Junta	Los mismos	Condenado por el jurado	Sentenciado a 20 años en prisión
M. Rigas	Vicepresidente ejecutivo de Adelphia para operaciones y secretaría	Los mismos	Después que el jurado indeciso resultara en juicio viciado, ingresó la declaración de culpabilidad	Esperando sentencia
J. Brown	Vicepresidente financiero de Adelphia	Los mismos	Declaración de culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
M. Mulcahey	Director de Reportes Internos de Adelphia	Los mismos	Absuelto por el jurado	_____
CENDANT				
Estados Unidos vs. Forbes	Presidente de la junta de CENDANT: Presidente internacional y de la junta libros y registros; fraude de títulos;	Conspiración; fraude de de correos; fraude de electrónico; falsificación de nuevo proceso en segundo práctica ilegal de venta de acciones	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado; juicio viciado	Esperando segundo nuevo proceso
Co-acusados				
E. Shelton	Vicepresidente ejecutivo de Cendant y Vice-director; presidente internacional y Director de Operaciones	Conspiración; fraude de de correos; fraude electrónico; falsificación de libros y registros; fraude de títulos	Condenado por el jurado	Sentenciado a 10 años en prisión; restitución de $ 3.275 billones
CREDIT SUISSE FIRST BOSTON (CSFB)				
Estados Unidos vs. Quattrone	Director del Grupo de Tecnologías Globales CSFB	Obstrucción de la justicia; obstrucción de procedimientos de la Agencia; Manipulación de Testigos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado; condenado por el jurado en Nuevo Proceso	Sentenciado a 18 meses en prisión; 2 años de libertad condicional; multa de $90,000

DUKE ENERGY NORTH AMERICA (DENA)				
Estados Unidos vs. Kramer	Vicepresidente de DENA para las operaciones de comercio orientales	Mafia de chantaje, fraude de electrónico; falsificación de libros y registros; lavado de dinero; conspiración; sortear controles internos de la compañía	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Decisión de la fiscalía en espera de nuevo juicio
Co-acusados				
T. Reid	Vicepresidente ejecutivo de los Gerentes y Supervisores	Mafia de chantaje, fraude de electrónico; falsificación de libros y registros; lavado de dinero; conspiración; sortear controles internos de la compañía	Absuelto por el jurado	_____
B. Lavielle	Director del Grupo del Sud-este de DENA	Mafia de chantaje, fraude de electrónico; falsificación de libros y registros	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia

DYNEGY				
Estados Unidos vs. Olis	Director Ejecutivo de Planeamiento Fiscal/Internacional y Vicepresidente Financiero de Dynegy	Conspiración; fraude de de títulos; fraude de correos; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 24 años, 3 meses en prisión; multa de $25,000; sentencia anulada apelación y en libertad bajo fianza por nueva condena; esperando nueva sentencia
Co-acusados				
G. Foster	Vicepresidente fiscal de Dynegy	Los mismos	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 15 meses en prisión; 3 años de libertad condicional; multa de $1,000
H. Sharkey	Miembro del Grupo de Control de Riesgo y Estructura de Acuerdos de Dynergy	Los mismos	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 30 días en prisión

ENRON				
Estados Unidos vs. Arthur Andersen, LLP	Sociedad	Obstrucción de la justicia	Condenado por el jurado	Condena anulada por la Corte Suprema
Estados Unidos vs. Bayly	Director de la División Global de Inversión Bancaria Merril Lynch	Conspiración; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 30 meses en prisión; multa de $250,000 Restitución de $295,000
Co-acusados				
J. Brown	Director del Grupo de Arrendamiento de Activos estratégicos y financiero de Merril Lynch	Conspiración; perjurio; obstrucción de la justicia; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 46 meses en prisión; multa de $250,000 Restitución de $295,000
R. Furst	Gerente de Relaciones de Merril Lynch Enron, división de inversión bancaria	Conspiración; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 37 meses en prisión; multa de $665,000 y restitución

S. Kahanek	Contador y Director Ejecutivo de Enron en la División APACHI	Conspiración	Absuelto por el jurado	_____
W. Fuhs	Vicepresidente de Merril Lynch	Conspiración, afirmaciones falsas; Obstrucción de la justicia; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 37 meses en prisión; multa de $665,000 y restitución
D. Boyle	Vicepresidente de Enron en Finanzas Globales	Conspiración; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 46 meses en prisión; multa de $320,000 y restitución
Estados Unidos vs. Causey	Directivo en jefe contable de Enron	Conspiración; fraude de títulos; fraude electrónico; falsas afirmaciones hacia los auditores; práctica ilegal de venta de acciones	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
Co-acusados				
J. Skilling	Presidente de Enron	Los mismos	_____	Juicio en progreso
K. Lay	Presidente y Director de Enron	Conspiración, fraude de títulos; fraude electrónico; fraude bancario Conspiración	_____	Juicio en progreso
S. Kahanek	Contador y Director Ejecutivo en la división APACHI de Enron		Absuelto por el jurado	_____
Estados Unidos vs. Rice	Director y Presidente de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Conspiración, fraude de títulos; fraude electrónico; práctica ilegal de venta de acciones; lavado de dinero	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
Co-acusados				
J. Hirko	Presidente de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Los mismos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Esperando sentencia
K. Hannon	Director de operaciones de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Los mismos	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
R. Shelby	Vicepresidente ejecutivo de Operaciones de Ingeniería de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Los mismos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Esperando sentencia
S. Yaeger	Vicepresidente ejecutivo de Desarrollo Estratégico de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Los mismos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Esperando sentencia
K. Howard	Vicepresidente financiero de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Conspiración; fraude de títulos; fraude electrónico; afirmaciones falsas	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Esperando sentencia
M. Krautz	Director ejecutivo de contabilidad transaccional de los Servicios de Banda Ancha de Enron	Los mismos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado	Esperando sentencia

HEALTHSOUTH				
Estados Unidos vs. Scrushy	Co-fundador de HealthSouth, Presidente y Director de la Junta de Directores	Conspiración; fraude de correos; fraude electrónico; fraude de títulos (Cargos de Sarbanes-Oxley y Título 15); falsas afirmaciones; afirmación certificada-financiera falsa (Cargo de Sarbanes-Oxley); Intento de causar certificación de afirmaciones Financieras Falsas (Cargos de Sarbanes-Oxley); Lavado de dinero; Obstrucción de la justicia; perjurio	Absuelto por el jurado	_____
Estados Unidos vs. Thomson	Presidente y Jefe de Operaciones de HealthSouth	Conspiración; Libros y Registros falsos; Violación del Acta de Viajes	Absuelto por el jurado	_____
Co- acusados				
J. Reilly	Vicepresidente de Healthsouth para Servicios Legales	Los mismos	Absuelto por el jurado	_____
Estados Unidos vs. Crumpler	Interventor en HealthSouth	Fraude electrónico; fraude de correos; fraude de títulos	Condenado por el jurado	Esperando sentencia

IMCLONE				
Estados Unidos vs. Stewart (Martha)	Director de la Junta y Presidente de Living Omnimedia de Martha Stewart	Conspiración; afirmaciones falsas; obstrucción de la justicia; fraude de títulos	Condenado por el jurado	Sentenciado a 5 meses en prisión; arresto domiciliario de 5 meses; multa de$30,000
Co-acusado				
P. Bacanovic	Consejero Financiero de Merril Lynch	Conspiración; afirmaciones falsas; hacery usar documentos falsos; perjurio; obstrucción de la justicia	Condenado por el jurado	Sentenciado a 5 meses en prisión; arresto domiciliario de 5 meses; multa de $4,000
Estados Unidos vs.Stewart (Larry F.)	Director del Laboratorio Forense del Servicio Secreto de los EEUU	Perjurio	Absuelto por el jurado	_____

IMPATH				
Estados Unidos vs. Adelson	Presidente y director de operaciones de Impath	Conspiración; fraude de títulos; clasificación falsa con el SEC	Condenado por el jurado	Esperando sentencia
Co-acusado				
A. Saad	Director de la Junta y Presidente de Impath	Los mismos	Declaración de Culpabilidad	Sentenciado a 3 meses en Prisión

MCKESSON HBOC				
Estados Unidos vs. Hawkins	Director financiero de McKesson	Conspiración; fraude de títulos; afirmaciones falsas	Absuelto por el jurado	_____

Estados Unidos vs. Khan	Presidente y director de la junta de NewCom	Conspiración; fraude de correos; clasificación de afirmaciones falsas; fraude de títulos; sortear controles internos contables; lavado de dinero	Declaración de Culpabilidad	Sentenciado a 24 meses en
Co-acusado				
A. Khan	Vicepresidente ejecutivo y miembro de la junta de NewCom	Conspiración; fraude de correos; clasificación de afirmaciones falsas; fraude de títulos; falsificación de libros y registros requeridos; sortear controles internos contables; lavado de dinero	Declaración de Culpabilidad	Sentenciado a 24 meses en
S. Veen	Director financiero y miembro de la junta de NewCom y director financiero de Sistemas Aura	Clasificación de afirmaciones falsas	Absuelto por el jurado	_____
OGILVY & MATHER				
Estados Unidos vs. Early	Director Financiero de Ogilvy& Mather	Conspiración; Afirmaciones falsas	Condenado por el jurado	Sentenciado a 24 meses en prisión; 2 años de libertad condicional; multa de $10,000
Co-acusado				
S. Seifert	Socio mayoritario y director del grupo ejecutivo Ogilvy & Mather	Los mismos	Condenado por el jurado	Sentenciado a 18 meses en prisión; 2 años de libertad condicional; multa de $125,000
QWEST				
Estados Unidos vs. Graham	Director Financiero de la Unidad de Negocios Globales de Qwest	Conspiración; fraude de títulos afirmaciones falsas; fraude electrónico;	Después que el jurado indeci so resultara en un juicio viciado, Declaración de Culpabilidad Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 1 año de libertad condicional; y multa de $5,000
Co-acusados				
T. Hall	Vicepresidente ejecutivo de la Unidad de Negocios Globales de Qwest	Los mismos	Los mismos	Los mismos
J. Walker	Vicepresidente de la Unidad de Negocios Globales de Qwest	Los mismos	Absuelto por el jurado	_____
B. Treadway	Interventor Asistente de Qwest	Los mismos	Absuelto por el jurado	_____
RITE AID				
Estados Unidos vs. Grass	Director y Presidente de Rite Aid	Fraude de títulos; conspiración; mentir al SEC	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 7 años en prisión; 3 años de libertad condicional; multa de $500,000
Co-acusados				

F. Brown	Director Legal en Jefe de Rite Aid	Los mismos	Condenado por el jurado	Sentenciado a 10 años en prisión; 2 años de libertad condicional; multa de $21,000
F. Bergonzi	Vicepresidente ejecutivo y director financiero de Rite Aid	Los mismos	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 28 meses en prisión
E. Sorkin	Vicepresidente ejecutivo de Rite Aid	Conspiración; mentirle al Gran Jurado	Declaración de Culpabilidad y Acuerdo de Cooperación	Sentenciado a 5 años en prisión
TYCO				
El Estado vs. Kozlowski	Presidente de TYCO	Conspiración; Obstrucción de la Justicia; Corrupción de Empresas (Cargos estatales)	La controversia del jurado resultó en juicio viciado; Condenado por el jurado en un nuevo proceso	Sentenciado a 8 1/3-25 años en prisión; multa de $70 millones; Restitución de $97 millones
Co-acusado				
M. Swartz	Director Financiero de Tyco	Los mismos	Los mismos	Sentenciado a 8 1/3-25 años en prisión; multa de $35 millones; Restitución de $38 Millones
El Estado vs. Belnick	Abogado general de Tyco	Falsificación de Registros de negocios; hurto mayor; fraude de títulos (cargos estatales)	Absuelto	_____
WESTAR ENERGY, INC.				
Estados Unidos vs. Wittig	Presidente de Westar	Conspiración; sortear controles internos contables; falsificación de libros y registros; fraude electrónico; afirmaciones falsas; lavado de dinero	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado; condenado por el jurado en nuevo proceso	Esperando sentencia
Co-acusado				
D. Lake	Vicepresidente ejecutivo de Westar	Los mismos	Jurado indeciso que resultó en juicio viciado; condenado por el jurado en nuevo proceso	Esperando sentencia
WORLDCOM				
Estados Unidos vs. Ebbers	Presidente del WorldCom	Conspiración; fraude de títulos; clasificación falsa con el SEC	Condenado por el jurado	Sentenciado a 25 años en prisión

* Si la disposición es Condenado por el Jurado, el veredicto de culpa no refleja necesariamente la condena en todos los cargos listado en la Columna de Cargos. Si la disposición es Declaración de Culpabilidad, la declaración no necesariamente admite todas las ofensas listadas en la columna de Cargos. La columna de Disposición ha sido actualizada para reflejar los resultados de los juicios que estaban en progreso en Enero de 2006 y concluyeron a principios de Febrero mientras este artículo estaba imprimiéndose.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TESTAFERRO EN DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE SOCIEDADES MERCANTILES: PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Ramon RAGUÉS I VALLÈS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos objetivos de la contribución al delito del testaferro que figura como socio o administrador mercantil. III. Problemas de imputación subjetiva. IV. ¿La impunidad como respuesta insatisfactoria? V. Posibles soluciones en el Derecho vigente. VI. Creación de un tipo penal específico. VII. Jurisprudencia citada. VIII. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

Un personaje que aparece con cierta frecuencia en los juzgados y tribunales de la jurisdicción penal es el llamado testaferro u hombre de paja, aquel que, según define el Diccionario de la Real Academia, "presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona"[1]. Entre las actividades en las que esta figura suele verse involucrada a menudo se encuentran la asunción de la titularidad o la administración de sociedades mercantiles, cuando, por razones diversas, quien tiene el dominio real de una compañía no está interesado en aparecer ante terceros como su socio o administrador formal[2]. En algunos casos quien se presta a semejante papel puede ser un familiar o persona próxima al administrador real; en otros, sin embargo, se trata de un servicio retribuido, que para algunos individuos llega a convertirse en un auténtico *modus vivendi.* Así, no resulta extraño encontrar ejemplos en los que un único sujeto aparece en los registros públicos como socio único y administrador de cientos de sociedades de las que apenas nada sabe.

El recurso al hombre de paja por parte de quien controla efectivamente una sociedad puede deberse a razones y objetivos diversos, entre ellos, la decisión de cometer uno o varios delitos. Cuando esto sucede, con la utilización del testaferro el administrador real no busca otra cosa que disminuir el riesgo de ser descubierto y, por ello, cabe sostener que la razón por la que se retribuye a este sujeto no es tanto el desempeño de un cargo de administrador que en realidad no ejerce, como *su contribución a dificultar el descubrimiento de quienes controlan realmente la empresa* en cuyo seno se realiza la actuación delictiva[3]. Según se

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), España. La redacción de este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura con el título "Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial" (SEJ2005-03425/JURI).

Abreviaturas empleadas: BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Repertorio oficial de jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán); BOE: Boletín Oficial del Estado; CP: Código Penal; PG: Parte general; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; U.S.: United States Reports (Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, citada por volumen, página y año).

1 Una definición prácticamente idéntica, aunque algo más extensa, utiliza el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de octubre de 2004 (ponente Soriano Soriano). Según la Sala Segunda, el testaferro "es aquella persona que presta su nombre a otra en un contrato, pretensión o negocio, encubriéndola u ocupando el lugar de aquella".

2 Así como la responsabilidad penal del administrador de hecho ha sido uno de los grandes temas de discusión en la ciencia penal de los últimos años, la atención dispensada a la responsabilidad del testaferro ha sido claramente menor. Sobre la primera figura, sin pretensión de exhaustividad, García Cavero, *La responsabilidad*, p. 109 ss; Id., *InDret,* 3/2006, p. 6 ss; Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 121 ss; Silva Sánchez, en *Comentarios*, pp. 393-399; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, p. 75 ss; Bajo/Bacigalupo, *Derecho penal económico*, pp. 102-104; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, p. 516 ss; Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 63 ss, p. 121 ss; Fernández Bautista, *El administrador*, p. 309 ss. En Alemania, Schünemann, *LK*, § 14, N° marg. 69 ss; Marxen, *NK*, § 14, N° marg. 40 ss; y Groß, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, passim.

3 En tal sentido se afirma en la STS de 1 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) que "la acción del testaferro implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que, en ocasiones, puede

desprende de los repertorios de jurisprudencia, esta actividad suele encuadrarse en la llamada criminalidad económica, aunque no es infrecuente que la figura aparezca en otros sectores de delincuencia, como, por ejemplo, el tráfico de drogas –cuando una sociedad, por ejemplo, es utilizada para canalizar algún tipo de operación relacionada con este tipo de sustancias– o el blanqueo de capitales.

Sin embargo, aun cuando los testaferros prestan una contribución sensible a la actividad criminal, en la práctica no es raro ver cómo auténticos profesionales de la titularidad y administración meramente formales de sociedades consiguen, una vez tras otra, salir indemnes de aquellos procedimientos penales en los que se ven involucrados. A menudo esta impunidad se explica por la decisión más o menos meditada de los propios jueces de instrucción, que optan por dejar al margen de la investigación a los testaferros cuando advierten su condición de tales para concentrar sus esfuerzos en los reales propietarios y gestores de las empresas, a quienes consideran los principales culpables de los delitos cometidos. Una decisión a la que sin duda también contribuye, en el caso de testaferros profesionales, el hecho de que la averiguación de su paradero resulte a menudo difícil tanto para el juzgado como para la propia policía, lo que en ocasiones tiene como consecuencia que se acabe renunciando a su persecución para evitar dilaciones en el procedimiento.

En otros casos, sin embargo, las dificultades para el efectivo castigo de estos sujetos no radica tanto en los problemas para su localización como en el aspecto subjetivo de su contribución al delito, pues, precisamente porque se trata de socios y administradores aparentes, a menudo muy alejados de la actividad social, *no es extraño que puedan desconocer algunos aspectos esenciales del hecho delictivo en el que intervienen*. Llegado el momento de su efectiva imputación en un procedimiento penal, esta ignorancia suele esgrimirse por la defensa del testaferro, en ocasiones con éxito, como argumento para negar su responsabilidad delictiva. Una alegación que, en caso de prosperar, tiene la impunidad como consecuencia más probable, habida cuenta de que aquellos delitos en los que suele aparecer esta figura solo son punibles, por lo general, en su modalidad dolosa, es decir, cuando se alcanza un cierto grado de conocimiento acerca de las características del hecho delictivo en el que se ha intervenido.

Para reducir las primeras causas de impunidad mencionadas –las dificultades de localización de los testaferros– no cabe sino apelar a un mayor esfuerzo por parte de jueces y policías, acompañado, ciertamente, de la necesaria dotación de más y mejores medios humanos y materiales. En el caso de las dificultades derivadas del aspecto subjetivo del hecho, en cambio, la solución para castigar a ciertos socios o administradores meramente formales radica, básicamente, en la posibilidad de modificar algunos aspectos del Derecho vigente o en revisar, cuando menos, los términos habituales de su interpretación. Las siguientes páginas se dedican a la exposición de estas cuestiones y a analizar las posibles vías para superar los problemas que plantean algunos de estos casos.

II. ASPECTOS OBJETIVOS DE LA CONTRIBUCIÓN AL DELITO DEL TESTAFERRO QUE FIGURA COMO SOCIO O ADMINISTRADOR MERCANTIL

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, la determinación de la relevancia típica de la conducta del socio o administrador mercantil meramente formal depende de las características del delito a cuya perpetración haya contribuido y de las circunstancias de cada caso concreto:

a) En ocasiones no habrá problema, desde un punto de vista objetivo, para considerar al testaferro como *autor del delito*: así sucede, por ejemplo, en aquellas figuras delictivas que, como el tráfico de drogas (art. 368 ss CP), han sido tipificadas de una manera muy amplia, que castiga a título de autoría todo acto de favorecimiento de la conducta ilícita. En tal sentido, no cabe duda de que quien se presta a aparecer como socio y administrar formalmente una sociedad empleada como receptora de un contenedor que oculta droga en su interior está realizando, en calidad de autor, un acto objetivo de favorecimiento del tráfico de tal sustancia[4].

b) En otros casos, la conducta del testaferro será claramente constitutiva de un *acto de participación*: así, por ejemplo, el administrador meramente

aumentar el riesgo de comisión de un delito". Aluden también a este efecto Silva Sánchez, en *Fenómenos*, p. 170 y Ferré Olivé, *RP*, 1 (1998), p. 24.

4 En tal sentido, la STS de 3 de diciembre de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

formal de una empresa carente de cualquier actividad que presta su firma para la emisión de unos pagarés entregados a otro sujeto –que es quien realmente ha constituido la compañía y le ha propuesto ocupar el cargo– con la única finalidad de que este proceda al descuento bancario de tales efectos a sabiendas de que no serán atendidos al llegar su vencimiento merece ser considerado claramente como cooperador en la correspondiente estafa (art. 248 CP) a la entidad bancaria.

c) Un tercer grupo de supuestos resulta más *dudoso*: se trata de aquellas situaciones en las que las características para ser considerado autor del delito recaen en la persona jurídica administrada, en cuyo caso el art. 31 CP desplaza la responsabilidad a su administrador de hecho o de Derecho. Así sucede, por ejemplo, cuando a petición de quien domina realmente la sociedad un testaferro se presta a firmar las declaraciones mendaces de IVA de la mercantil, propiciando así la comisión de una defraudación fiscal (art. 305 CP). Según el concepto de autor del que se parta, en este caso el hombre de paja podrá ser considerado autor del delito –siendo inductor el administrador real– o bien como un cooperador, atribuyéndose la condición de autor al sujeto que le controla en tanto que administrador de hecho[5].

En todo caso, el propósito de estas páginas no es proponer criterios para deslindar en qué supuestos el testaferro deberá ser considerado autor y en cuáles simplemente partícipe, sino solo poner en evidencia cómo, *desde un punto de vista de tipicidad objetiva, no existen especiales problemas para atribuir responsabilidad a estos sujetos* por su intervención en los delitos cometidos desde la sociedad que solo formalmente administran o cuya titularidad aparentan tener[6]. Más compleja puede ser, en cambio, la cuestión relativa al tipo subjetivo, que será objeto de análisis en las siguientes páginas.

III. PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Como antes se ha expuesto, la mayoría de delitos en los que aparece en la práctica la figura del socio o administrador testaferro solo resultan punibles en su modalidad dolosa[7]. Una exigencia esta última que se mantiene también en aquellos casos en los que tal sujeto únicamente puede ser considerado partícipe del delito cometido por medio de la sociedad, por cuanto es una opinión ampliamente compartida que la conducta de los partícipes solo es punible si concurre en ella el llamado "doble dolo", esto es, la representación de los elementos típicos concurrentes en el propio acto y el conocimiento de aquellos elementos esenciales que configuran el hecho principal al que contribuye con su acción u omisión[8].

Partiendo de estas premisas, y atendiendo al distinto grado de conocimientos que en la práctica pueden concurrir en el hombre de paja, cabe distinguir entre varias situaciones posibles[9]:

a) En primer lugar, aquellos casos en los que e*l testaferro es consciente* –plena o eventualmente– *de que está llevando a cabo* (o colaborando en) *una conducta típica*. Por ejemplo, cuando dicho sujeto firma la declaración de IVA de la sociedad que administra formalmente representándose la posibilidad de estar realizando (o participando en) una defraudación fiscal. En estos supuestos no hay problema para castigar al sujeto como autor

5 Esta última interpretación se defiende en la SAP-Barcelona de 22 de enero de 2008 (ponente Cugat Mauri), en la que se afirma, en referencia a la agravante de uso de persona interpuesta en la comisión del delito fiscal (art. 305.1.*a* CP): "persona interpuesta que sería quien apareciendo como administrador no lo es pues es otro quien tiene el dominio fáctico de la empresa, y por lo tanto no puede ser considerado autor precisamente porque no es él quien posee el dominio para actuar en nombre de la empresa, sino a lo sumo y si se prueba la concurrencia de todos los requisitos típicos, partícipe". En tal sentido también García Cavero, *La responsabilidad*, p. 149. Se decantan, en cambio, por la coautoría de administrador formal y fáctico Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 84 y Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 137. Para la discusión alemana, donde las posiciones también están divididas, cfr. Groß, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 173 ss, con ulteriores referencias.

6 En general, para estas cuestiones, y sin ánimo de exhaustividad, se remite a trabajos como García Cavero, *La responsabilidad,* p. 122 ss*;* Muñoz Conde, *RP*, 9 (2002), pp. 59-98; Pérez Cepeda, *RP*, 9 (2002), pp. 106-121; y Fernández Bautista, *El administrador*, p. 271 ss, p. 298 ss.

7 En tal sentido afirma García Cavero, *La responsabilidad*, pp. 123-124, que "respecto a la responsabilidad del testaferro la opinión generalizada es que el solo nombramiento y la inscripción en Registros es una apariencia jurídica que no fundamenta la responsabilidad penal".

8 Sobre la doctrina del doble dolo cfr. *infra* 5.2.

9 Se profundiza en la cuestiones relativas a la responsabilidad objetiva de los administradores meramente formales en García Cavero, *InDret*, 3/2006, pp. 8-10.

o partícipe (doloso) en el correspondiente delito, máxime teniendo en cuenta el amplio radio de acción de la figura del dolo eventual, que permite castigar como dolosos aquellos casos en los que el sujeto simplemente se representa la posibilidad de estar contribuyendo al hecho delictivo.

b) La situación opuesta se presenta cuando el socio o administrador meramente formal *en ningún momento se ha representado estar contribuyendo a un hecho ilícito o lesivo de intereses ajenos*. Por ejemplo, en el caso del individuo que con algún tipo de engaño consigue que su padre, de noventa años y analfabeto, figure como socio único y administrador de una compañía y, como tal, firme todos aquellos documentos que le pida. En estos supuestos, si bien objetivamente el anciano administrador ha intervenido en el hecho típico, en modo alguno cabe atribuirle responsabilidad penal, pues carece por completo de aquellos conocimientos exigidos por el dolo. En todo caso, si objetivamente se le considera ejecutor del delito, para evitar la total impunidad del hecho habrá que acudir a la figura de la autoría mediata, que permitirá imputar la infracción al hijo que le ha instrumentalizado[10].

c) Finalmente, existe una tercera situación imaginable: se trata de aquellos casos en los que, si bien el socio o administrador formal sospecha que está colaborando en un hecho ilícito, o incluso delictivo, *dicha sospecha no llega a concretarse en la representación de ningún tipo delictivo en particular*. Aunque en la práctica es posible que una alegación de esta naturaleza pueda ser descartada por el juez o tribunal al no merecer credibilidad –sobre todo si es notable el grado de implicación del socio o administrador formal en la sociedad– existen situaciones en las que no resulta inverosímil semejante afirmación. Así sucede, por ejemplo, cuando el nivel de desvinculación entre el testaferro y la mercantil es muy importante, cuando el número de sociedades administradas es muy elevado y si, además, el delito efectivamente cometido por quienes realmente controlan la compañía no forma parte del catálogo de ilícitos más habitualmente perpetrados a través de sociedades mercantiles, es decir, de aquellos delitos en los que normalmente alguien pueda imaginarse estar interviniendo cuando accede a figurar como testaferro.

Por citar un ejemplo, no resulta ni mucho menos inverosímil que un individuo que suele colaborar con un gabinete jurídico-empresarial prestándose a adquirir formalmente la condición de socio y a administrar en apariencia decenas de sociedades empleadas en operaciones de dudosa legalidad, que habitualmente guardan relación con defraudaciones fiscales o insolvencias punibles, alegue de forma creíble ante un juez no haberse representado que una compañía, de entre las decenas de sociedades, haya sido empleada por sus administradores de hecho en una operación vinculada con el tráfico de armas. Una alegación que será más creíble aun si queda acreditado que toda la intervención del sujeto se limitó a cumplimentar los trámites necesarios para adquirir las participaciones y aceptar el cargo, sin llegar a conocer siquiera, como a menudo sucede en la práctica, a los gestores reales de la mercantil.

Estos últimos casos, de los que se ocupará básicamente el presente trabajo, son los realmente problemáticos, pues, si bien en ellos el hombre de paja ha actuado con la conciencia de estar colaborando en hechos posiblemente delictivos, *su representación no alcanza el grado de concreción que exigen los conceptos más extendidos de dolo* –y, en particular, el "doble dolo"– en relación con los elementos que configuran el tipo objetivo efectivamente realizado por el autor. En consecuencia, pese a la constancia del sujeto de estar contribuyendo a un hecho típico, si se parte de semejantes conceptos no parece quedar otro remedio que declarar impune su comportamiento.

A continuación se analizará, por este orden, si la impunidad de estos hechos puede considerarse una respuesta satisfactoria en términos político-criminales y dogmáticos (*infra* 4), para valorar más adelante posibles interpretaciones del Derecho vigente, fundamentalmente de las reglas generales de imputación, que permitan evitar tal respuesta (aptdo. 5). Finalmente se analizarán las ventajas de otorgar a estos hechos un tratamiento penal específico y, tras valorar algunas propuestas ya formuladas, se ofrecerá un modelo propio de regulación (aptdo. 6).

IV. ¿LA IMPUNIDAD COMO RESPUESTA INSATISFACTORIA?

Una primera solución, sin duda la más radical, para el dilema que plantean los casos acabados de exponer

10 En tal sentido, por ejemplo, Gómez Benítez, *Curso*, p. 108; Núñez Castaño, *Responsabilidad*, p. 137; y Ríos Corbacho, *El administrador*, p. 84.

pasa por cuestionar la propia existencia de problema alguno, *negando sencillamente que en tales supuestos la impunidad del testaferro sea en absoluto una respuesta insatisfactoria.* En tal sentido cabe argumentar que el hombre de paja que no llega a tener un conocimiento preciso del hecho delictivo al que está contribuyendo en particular, justamente porque carece de tal conocimiento, no merece ser castigado, una conclusión que, en cierto modo, es la que parece desprenderse de la ley penal vigente interpretada a la luz de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Semejante afirmación plantea, no obstante, algunos problemas tanto de índole político-criminal como dogmática. Desde la primera perspectiva cabe afirmar que *el reconocimiento de la impunidad generalizada de estas actuaciones resulta insatisfactorio*: en la medida en que la conducta del hombre de paja facilita la comisión de hechos delictivos y puede dificultar notablemente su esclarecimiento, parece poco recomendable la ausencia de estímulos legales que disuadan a los eventuales candidatos a la realización de tales conductas. Tal necesidad se presenta de manera acentuada respecto de aquellos sujetos que se dedican profesionalmente a la realización de estas actividades, pues son precisamente estos quienes, por el móvil económico que les impulsa y por su conocimiento de los riesgos asociados en general a su actividad, están en mejores condiciones de ser disuadidos por la amenaza penal que quienes solo ocasionalmente, por razones de parentesco o amistad, se prestan a tales actuaciones. Asimismo resulta obvio que, en términos de prevención del delito, la existencia de sujetos dispuestos a colaborar en cualquier momento con todo aquel que desee utilizar una sociedad mercantil para ocultar la realización de actividades delictivas es un fenómeno lo bastante grave como para justificar la intervención del Derecho penal.

Por otra parte, desde una *perspectiva dogmática* no deja de resultar extraño que se niegue toda responsabilidad a unos sujetos que, en el momento de prestar su contribución al hecho típico, saben positivamente que están contribuyendo a una conducta antijurídica (incluso con consciencia de una antijuricidad *penal*) solo por la circunstancia de que dicho conocimiento no haya llegado a concretarse en la representación de los elementos del particular tipo delictivo efectivamente realizado. Se trata de un caso ciertamente peculiar en el que parecen concurrir los elementos de la culpabilidad (incluido el conocimiento de la antijuricidad *penal*), además del tipo objetivo, pero el sujeto no puede ser castigado por ausencia de tipicidad subjetiva.

En conclusión: si se parte de que el sistema debe estar al servicio de las necesidades político-criminales, y no a la inversa, merece tacharse de altamente insatisfactoria la impunidad del testaferro que se presta a aparecer como socio o a administrar formalmente una sociedad a sabiendas de que esta será empleada en hechos delictivos que dicho sujeto no alcanza a precisar en su representación, particularmente en aquellos casos en los que tal actividad es realizada de forma (cuasi) profesional. Semejante conclusión obliga a revisar aquellos elementos del sistema que propician un tratamiento tan poco convincente.

V. POSIBLES SOLUCIONES EN EL DERECHO VIGENTE

1. Atribución al administrador formal de todos los conocimientos propios de un administrador mercantil

De lege lata una primera respuesta imaginable para los casos de administración formal pasa por sostener que el testaferro merece en todo caso ser castigado como autor o como partícipe y que los problemas de tipicidad subjetiva deben tratar de superarse no en el ámbito conceptual, sino en el probatorio. De acuerdo con esta premisa, en la medida en que los roles profesionales que objetivamente desempeña cualquier sujeto son un indicio para atribuirle determinados conocimientos a partir de reglas de experiencia, al testaferro, en tanto que administrador de Derecho, *le deberían ser imputados todos aquellos conocimientos con los que, en principio, debe contar quien desempeña semejante cargo*. Un planteamiento este que parte, obviamente, de la idea de que en el ámbito de la llamada "prueba del dolo" no pretende tanto reconstruirse la realidad psíquica del acusado en el momento de los hechos, como imputarle aquellos conocimientos que se entiende que un concreto individuo, dadas determinadas circunstancias objetivas, necesariamente debe tener[11].

11 Un planteamiento que parece hallarse implícito en algunos razonamientos de García Cavero, *Derecho Penal Económico*, p. 544, cuando sostiene que "no interesa si el miembro de la cúpula de dirección de una empresa tiene o no los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, sino si en sus concretas circunstancias personales *debe* tenerlos consigo" (cursiva en el original).

Semejante interpretación plantea serios inconvenientes. Así, aunque la "prueba del dolo" se conciba en términos adscriptivos, las reglas de imputación que se aplican en este ámbito no tienen una naturaleza jurídica, sino que están basadas en la experiencia social. Y es esta experiencia la que pone de manifiesto que el mero hecho de ser administrador formal de una sociedad no siempre lleva aparejados aquellos conocimientos que habitualmente tiene un administrador mercantil que efectivamente ejerce su cargo, precisamente porque la *experiencia demuestra que un número no despreciable de administradores formales son, en realidad, meros hombre de paja*. En tal sentido, debe matizarse, si bien la ocupación profesional de un sujeto es un indicio significativo de que cuenta con ciertos conocimientos, para que tal indicio permita sostener, a partir de la experiencia, que dicho sujeto ha conocido determinados hechos, el ejercicio de dicha ocupación debe contextualizarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso. De otro modo se corre el peligro de confundir los deberes de conocimiento jurídicos –que fundamentan el castigo de la imprudencia– con el "deber conocer" propio de la experiencia, desdibujando los límites entre imprudencia y dolo y convirtiendo en dolosos hechos que nadie cuestiona que deben ser tratados como imprudentes.

Por ejemplo, en el caso de un médico que lleva varios años sin actualizar sus conocimientos y que, por ello, yerra en el diagnóstico de una enfermedad mortal, esta perspectiva llevaría a sostener la concurrencia de un homicidio doloso, precisamente porque, dada su condición profesional, el médico "debía conocer" los síntomas que presentaba el paciente. Un conclusión que en modo alguno puede compartirse.

En el concreto caso de los testaferros esta propuesta interpretativa plantea el problema adicional, no menor, de que trata por igual a todos los sujetos que se prestan a desempeñar formalmente el cargo de administrador, tanto al familiar con escasa cultura instrumentalizado en una única ocasión como al auténtico profesional de esta actividad, además de ser una propuesta tal vez aplicable a quienes ejercen como administradores, pero no a los meros socios. Un inconveniente adicional que obliga a concluir que el problema que plantean estos supuestos no debe resolverse en el ámbito probatorio, sino, en todo caso, en el sustantivo.

2. Modificación de la doctrina del "doble dolo"

Una segunda opción para evitar la impunidad de estos casos podría consistir en modificar la llamada doctrina del "doble dolo" que rige en materia de imputación subjetiva en el ámbito de la participación[12]. Según la versión más clásica de esta teoría, para castigar los actos del partícipe es necesario que este *no solo sea consciente de los elementos típicos que configuran su propio comportamiento, sino también de que con su conducta favorece o contribuye a la realización de un determinado hecho objetivamente típico* por parte del autor, esto es, del llamado "hecho principal". Así, por ejemplo, quien presta a su vecino un cuchillo solo coopera dolosamente en un homicidio si es consciente, por un lado, de que está prestando dicho objeto (no, por ejemplo, si el vecino lo sustrae sin su permiso) y, además, de que este será utilizando para matar a otra persona.

En tal sentido afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de julio de 2007 que "en la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido solo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir, el de la doble referencia del dolo, el llamado 'doble dolo', de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, *el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora*. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento

Con todo, en otros pasajes se precisa que la atribución del conocimiento basada en el rol del sujeto no puede llevarse a cabo sin la debida contextualización (cfr. *Ibídem*, pp. 521-522). En general, sobre el rol profesional del sujeto como indicio que permite atribuirle ciertos conocimientos Ragués i Vallès, *El dolo*, p. 425 ss.

12 Sobre esta doctrina Roxin, *Strafrecht*, p. 223 ss: "el dolo del cooperador, como el del inductor, tiene dos puntos de referencia: debe abarcar la prestación de ayuda en la realización dolosa del autor y la lesión por parte de este del bien jurídico protegido por el tipo" (Ibídem, p. 224). En términos similares se pronuncia Schünemann, *LK*, § 27, N° marg. 54-56, quien exige que el partícipe conozca el "tipo a realizar". En España, cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, pp. 406-407 y 412. Una perspectiva más amplia sobre la cuestión en Theile, *Tatkonkretisierung*, passim.

de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque estas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder"[13]. Prosigue más adelante el Tribunal afirmando que, cuando "la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de los elementos de la ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor", conocimiento que debe referirse –continúa argumentando la Sala– a la existencia de un determinado riesgo concreto para un bien jurídico en particular.

Ciertamente, esta doctrina permite entender que existe imputación dolosa en los casos de *dolo alternativo*, es decir, aquellos en los que un sujeto se representa que puede estar colaborando en más de un delito aunque sin llegar a decantarse en su representación por ninguna infracción en particular. Así, por ejemplo, el individuo que se presta a administrar formalmente una sociedad dudando entre si esta se dedicará al blanqueo de dinero o a la defraudación fiscal actúa dolosamente tanto si la mercantil se dedica a una u otra actividad criminal, pues la mera representación de la posibilidad de estar colaborando en la realización de un tipo delictivo basta para afirmar que concurre el citado "doble dolo" con respecto a él. Ello se explica, sencillamente, porque en estos casos concurre en el partícipe un grado de representación suficiente en relación con el hecho efectivamente perpetrado por el autor que basta para afirmar que aquel ha actuado, cuando menos, con dolo eventual[14].

Sin embargo, esta solución no puede hacerse extensiva a aquellos supuestos, aquí analizados con especial interés, en los que el individuo llega a representarse estar colaborando en actividades delictivas pero sin acabar de precisar en su representación, siquiera eventualmente, la concreta naturaleza de tales actividades. Si bien en el caso de los delitos más frecuentes la alegación de no haber concretado la representación puede resultar difícilmente creíble para el juez, en aquellos supuestos en los que la actividad realizada por la sociedad que el testaferro administra no forme parte de las conductas delictivas más frecuentes y la desvinculación entre ambos sea notable, la alegación de no haberse representando exactamente la clase de hecho en el que estaba participando puede considerarse perfectamente creíble de acuerdo con las reglas de la experiencia. Basta con pensar en el caso del testaferro profesional, socio y administrador formal de cientos de compañías, que solo oye hablar de una concreta sociedad el día que acude a la notaría para adquirir sus participaciones y formalizar su nombramiento, sin tener el más mínimo interés en saber a qué se dedicará la compañía ni quien la controlará realmente.

Buena parte de estos problemas podrían resolverse si, para sostener la concurrencia de la vertiente del "doble dolo" referida al hecho principal, se entendiera que *basta con el conocimiento de que se está contribuyendo a un hecho penalmente relevante sin necesidad de concretar qué hecho o qué concreto bien jurídico* puede verse lesionado. En otras palabras, considerando que basta con que el sujeto sepa que está colaborando en un hecho delictivo para que ya no pueda hablarse de exceso alguno por parte del autor. Esta interpretación, en principio, no parece incompatible con la literalidad del Código Penal, que no contiene ninguna previsión específica respecto del dolo de los cooperadores o cómplices y que, además, en los casos de auxilio postconsumativo (encubrimiento, receptación, blanqueo de capitales) no exige una precisión absoluta en la representación del encubridor o receptador sobre las características del delito previo para considerar que estos han obrado con dolo[15].

13 Ponente Bacigalupo Zapater (cursiva añadida). En términos similares se pronuncia la jurisprudencia alemana: así, por ejemplo, en la BGHSt, vol. 42, p. 135 (citada por Roxin, *Strafrecht*, p. 229) se afirma que "el dolo del partícipe –sea inductor o cooperador– debe abarcar un hecho concreto, aunque no en todas sus particularidades, sí en sus elementos o rasgos esenciales".

14 Según se proclama en la STS de 10 de octubre de 2006 (ponente Delgado García) el "doble dolo" del partícipe incluye los supuestos de dolo eventual. Este planteamiento coincide con lo defendido en la doctrina; así, por todos, Roxin, *Strafrecht*, p. 223 ss y Schünemann, *LK*, § 27, N° marg. 55.

15 En el caso de la receptación basta con que el sujeto conozca que los bienes que son objeto del delito provienen "de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico" (art. 298 CP) o una falta (art. 299); en el caso del blanqueo, es suficiente con que se represente que los bienes "tienen su origen en un delito" (art. 301.1 CP) o un delito relacionado con el narcotráfico en el caso del tipo agravado del art. 301.1 *in fine*; y, en el caso del encubrimiento, basta también con el conocimiento de que se está interviniendo en la fase posterior a la consumación "de un delito" (art. 451 CP), que solo se limita a los delitos más graves en el supuesto del encubridor personal (art. 451.3 CP).

Con todo, semejante planteamiento presenta problemas en el caso de comisión de delitos muy graves: de acuerdo con esta concepción, por ejemplo, quien le presta una llave inglesa a su vecino sospechando que pretende utilizarla en alguna actividad delictiva responderá como partícipe doloso en el caso de que semejante objeto sirva para matar a otro individuo golpeándole en la cabeza, en los mismos términos que quien presta un cuchillo a sabiendas de que se empleará en un asesinato, pues, según lo expuesto, el conocimiento de estar colaborando en un hecho penalmente relevante bastará para afirmar que concurre "doble dolo" con respecto a cualquier infracción que pueda acabar cometiéndose. En consecuencia, esta posible respuesta plantea problemas de proporcionalidad, en la medida en que lleva a tratar igual al que sabe a ciencia cierta que está participando en un delito muy grave que a quien, pensando que interviene en un hecho penalmente relevante no determinado, descubre que finalmente el autor ha aprovechado su aportación para la ejecución de un delito de especial gravedad.

3. Inclusión en el concepto de dolo de los casos de ignorancia deliberada

La doctrina de la ignorancia deliberada proviene del Derecho penal angloamericano, donde se la conoce desde hace más de un siglo como la "teoría de la *willful blindness*" (literalmente, "ceguera intencionada")[16]. En términos generales esta doctrina viene a sostener *la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado* con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia.

En las últimas décadas esta teoría ha desempeñado en los Estados Unidos un importante papel en el castigo de los delitos vinculados con el narcotráfico, donde es frecuente que las figuras delictivas aplicables exijan que el sujeto obre "con conocimiento" de la naturaleza estupefaciente de las sustancias con las que trafica[17]. En los sistemas del *common law*, que desconocen la figura del dolo eventual, la doctrina de la ignorancia deliberada permite castigar en aquellos casos en los que, sin tener un conocimiento cierto de la clase de sustancias que está transportando, puede concluirse que el acusado obró en la sospecha más o menos fundada de que podían ser drogas tóxicas, pero prefirió no cerciorarse de ello. Precisamente han sido los delitos contra la salud pública, junto con el blanqueo de capitales, la principal vía de entrada de esta doctrina en Derecho español.

3.1. La doctrina de la ignorancia deliberada en el Tribunal Supremo español y su aplicación al caso del testaferro

En varias decenas de resoluciones dictadas a partir del año 2000, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y diversas audiencias provinciales vienen entendiendo que la doctrina de la *willful blindness* tiene perfecta cabida en el sistema jurídico español y que *los casos de desconocimiento provocado son supuestos de auténtico dolo* aunque pueda faltar en ellos el grado de conocimiento que esta figura exige[18]. Si bien inicialmente la voluntad del sujeto de no conocer más de lo que ya sabía era considerado por el Tribunal como un mero indicio de la concurrencia del elemento de aceptación que, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, exige el dolo eventual, en numerosas

16 Una perspectiva histórica de esta doctrina, surgida en Inglaterra en 1861 y acogida en los Estados Unidos en 1899, en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 63-93, con las oportunas referencias de los precedentes judiciales y la discusión académica. Entre los trabajos más destacados en lengua inglesa cabe citar Robbins, *JCLC*, 81 (1990), pp. 191-234; Charlow, *TLR,* 70 (1992), pp. 1351-1429; Marcus, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2231-2257; Husak/Callender, *WLR*, 29 (1994), pp. 29-69; y Luban, *GLJ*, 87 (1999), pp. 957-980.

17 Ragués i Vallès, *La ignorancia*, p. 74 ss. Entre los precedentes cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativa al caso *Turner v. United States* (396 U.S. 398 [1970], pp. 416-417) y la sentencia del caso *United States v. Jewell,* dictada en 1976 por el Tribunal de Apelaciones del 9 Circuito federal (532 F. 2d 697 [9th Cir. 1976]), que suele considerarse el *leading case* en esta materia.

18 Para una panorámica, con las oportunas referencias acerca de esta jurisprudencia, no exenta de contradicciones y aspectos confusos, cfr. Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 21-61. Existe incluso una sentencia (la STS de 20 de julio de 2006, ponente Bacigalupo Zapater) que, apartándose de varias decenas de precedentes, rechaza por completo esta doctrina.

resoluciones posteriores la "voluntad de no saber" se ha convertido para la Sala Segunda en un auténtico sustitutivo del conocimiento[19].

Por citar un ejemplo, en la *STS de 30 de abril de 2003*[20] se desestimó la alegación de un sujeto que fue detenido cuando transportaba droga y que afirmó en su descargo haber creído que el objeto de transporte era dinero en lugar de sustancia estupefaciente. Según la Sala, la situación de ignorancia deliberada que concurre en casos como este –el sujeto pudo y debió saber qué estaba transportando– viene a ser un equivalente del conocimiento efectivo, afirmando en tal sentido: "la explicación de que el objeto del viaje era blanquear unos millones de ptas. en Canarias no se compadece ni con la presencia de una maleta rígida con el sobrepeso de los tres kilos y medio de cocaína que ocultaba, pues el hipotético dinero a transportar no pesaría más de medio kilo, ni tampoco se compadece con el importe que iba a recibir por dicho transporte pues ni era precisa tan rocambolesca operación ni es ilícito llevar tal cantidad de una parte a otra del territorio nacional, ello le llevó a la Sala sentenciadora a estimar acreditado el elemento interno del conocimiento de la realidad de lo transportado. *A la misma conclusión se llegaría por virtud del principio de "Ignorancia Deliberada"* según el cual, quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar" [21].

En algunos supuestos, esta doctrina ha permitido al Tribunal superar los problemas de prueba que le planteaban, precisamente, ciertos casos de testaferros que habían alegado en su descargo el desconocimiento de determinadas circunstancias objetivas relevantes de hechos típicos en los que habían intervenido como socios o administradores:

a) En su *Sentencia de 16 de octubre de 2000*[22] el Tribunal Supremo aplicó la doctrina a un caso en el que se acusaba de tráfico de drogas a un sujeto que había aceptado el cargo de administrador meramente formal de una sociedad siendo conocedor –como él mismo reconocería en el procedimiento– "de que a través de dicha empresa podría servir en alguna ocasión para la introducción de drogas" [*sic*]. Tras incautarse la policía en el puerto de Santurce de un contenedor dirigido a dicha empresa en cuyo interior se ocultaban más de cuatrocientos kilos de cocaína, el citado sujeto alegó en su descargo que había sido consciente de la existencia de transporte de droga por medio de la sociedad, pero no podía imaginar que se tratara de cocaína. La Audiencia que le condenó en primera instancia consideró creíble esta alegación, castigándole únicamente como responsable de un delito de tráfico de drogas relativo a sustancias que *no* causan grave daño a la salud (art. 368 CP). Este último extremo sería impugnado en su recurso de casación por el Ministerio Fiscal, siendo estimadas sus alegaciones por la Sala Segunda, que sostuvo la existencia de dolo empleando simultáneamente la figura del dolo eventual y la doctrina de la ignorancia deliberada definida en los mismos términos que en el anterior ejemplo.

b) La *STS de 13 de marzo de 2006*[23] se ocupó de un caso de administradoras pretendidamente formales imputadas junto con los administradores reales. En dicha resolución se revisaba la condena de dos matrimonios que descontaron de una póliza de crédito varias letras en las que la firma del aceptante había sido falsificada. Habiendo sido condenados los cuatro cónyuges por un delito de estafa en concurso con una falsedad documental, las dos esposas alegaron en su descargo que, pese a haber firmado como libradoras, lo hicieron siguiendo las instrucciones de sus maridos y sin preguntar ni saber de qué se trataba. A esta alegación responde la Sala en los siguientes términos:

"La comunión de parentesco, convivencia marital y económica de los cuatro condenados constituye

19 Entre las primeras resoluciones –que vinculan la voluntad de no saber con la aceptación– cabe mencionar la STS de 10 de enero de 2000 (ponente Giménez García), en la que por vez primera se alude a la "ignorancia deliberada".

20 Ponente Giménez García.

21 Cursiva añadida. En términos similares se pronuncian las SSTS de 14 de abril de 2005 (ponente Ramos Gancedo), 21 de septiembre de 2005 (ponente Monterde Ferrer) y 25 de abril de 2007 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), en las que la invocación de la doctrina de la ignorancia deliberada permite a la Sala soslayar la prueba específica de la concurrencia de los elementos del dolo.

22 Ponente Giménez García.

23 Ponente Giménez García.

indicio de singular potencia acreditativa para tener por cierta la connivencia de los cuatro en la operación analizada, y en concreto resulta indiferente que las esposas tuvieran un dolo directo y completo de toda la operación, o que actuasen con dolo eventual, o incluso con la indiferencia de quien pone la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias –principio de indiferencia–, *o no queriendo saber aquello que puede y debe saberse –principio de la ignorancia deliberada–*"[24].

c) Finalmente cabe destacar también la *STS de 10 de noviembre de 2006*[25], que resolvió el recurso interpuesto por un sujeto condenado como autor de un delito de insolvencia punible que aceptó, a petición de un tercero, figurar como administrador de una sociedad instrumental empleada posteriormente para despatrimonializar a otra mercantil declarada en quiebra, habiendo intervenido a lo largo de este proceso en el acto de venta de una finca. Ante la alegación del sujeto afirmando no haber tenido conocimiento, ni tampoco entendido, el negocio en el que participaba, responde la Sala:

"Este recurrente realiza unas aportaciones necesarias a la realización de los tipos penales, asumiendo una representación legal, realizando una operación de compraventa de un inmueble de la sociedad que representaba que supuso, en definitiva, el alzamiento de bienes y la quiebra fraudulenta de la sociedad. En esa función, sostiene el recurrente que actuó con total desconocimiento, pues carece de estudios y no entendió al Notario, es decir, entiende que obró sin culpabilidad. En reiterados precedentes hemos declarado que *cuando el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad, la persona que no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre los que actúa, equivale a afirmar que conoce ese origen delictivo pues con su acto de cegar las fuentes de conocimiento se está representando la posibilidad de la ilegalidad de su actuación y decide seguir actuando*, máxime en una actuación tan normativizada como la adquisición y venta de inmuebles"[26].

Estos tres ejemplos demuestran cómo la doctrina de la ignorancia deliberada se ha convertido en un cómodo recurso que permite a los tribunales atribuir la condición de intervinientes dolosos a sujetos que han desempeñado el papel de meros administradores formales en la ejecución de una determinada conducta delictiva, eliminando de este modo las lagunas de punibilidad antes aludidas.

3.2. Dudas acerca de la inclusión de la ignorancia deliberada en el dolo

Aunque la anterior doctrina permite evitar la impunidad en algunos casos de socios y administradores formales, su plena asunción por el Derecho penal español suscita algunas dudas. estas no se deben, en contra de lo que pudiera inicialmente pensarse, a la compatibilidad de esta propuesta con la legalidad vigente, por cuanto el ordenamiento penal español, a diferencia de otros sistemas jurídicos, *no contiene una definición específica de dolo* y, por lo tanto, el margen de la ciencia para precisar los contornos de esta figura es amplio[27]. En todo caso, lo que sí puede verse amenazado por esta perspectiva es *el concepto doctrinal de dolo*, mayoritariamente definido como conocimiento (y voluntad): en la medida en que se admite que existen casos de dolo sin conocimiento, esta definición pierde su validez y necesita ser reconstruida en unos términos cuya concreción no resulta precisamente sencilla[28].

Sin embargo, más allá incluso de esta última cuestión, la equiparación automática a efectos de atribución de responsabilidad entre conocimiento efectivo y desconocimiento buscado plantea también ciertas dudas en relación con sus consecuencias. En tal sentido, no puede dejar de constatarse la existencia de numerosos casos en los que un sujeto ha querido mantenerse en un estado de desconocimiento y que, pese a tal circunstancia, *parecería excesivo que fueran considerados dolosos*. Así sucede en aquellas situaciones en las que un individuo, ante la sospecha de la existencia de un determinado riesgo, prefiere no investigar tanto como podría: por ejemplo, el encargado de seguridad

24 Cursiva añadida.

25 Ponente Martínez Arrieta.

26 Cursiva añadida.

27 Un estudio más detallado de esta cuestión en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 193-199.

28 Cfr. al respecto Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 205-210. La necesidad de desvincular el concepto de dolo del elemento psíquico del conocimiento había sido ya defendida en Alemania por Jakobs, en *Estudios*, p. 138.

de un tren que oye un ruido extraño en la locomotora pero prefiere no indagar en el sistema de frenado para evitarse las molestias que le supondría el tener que interrumpir la circulación de los demás convoyes. Es evidente que en este caso existe por parte del sujeto una renuncia a obtener un conocimiento más preciso sobre la existencia de un determinado riesgo, pero, de producirse un accidente mortal, difícilmente alguien sostendría que se trata de un homicidio doloso.

Así las cosas, cabe afirmar que, si bien ciertos ejemplos de desconocimiento provocado parecen suscitar una necesidad de castigo no inferior a la propia del dolo eventual, existen otros supuestos que, sin embargo, no merecen mayor sanción que la prevista para situaciones de imprudencia, lo que *obliga a efectuar distinciones dentro de los propios supuestos de ignorancia deliberada*, una difícil tarea que va más allá de las posibilidades de este texto[29]. Con todo, sin necesidad de dar una respuesta general para tan compleja cuestión, sí cabe sostener, de modo particular, que ciertos supuestos de administración formal de sociedades *suscitan una necesidad de pena no inferior a los supuestos de dolo eventual*. Se trata de aquellos casos en los que el testaferro actúa en la sospecha de estar interviniendo en un hecho delictivo –aunque en su representación no llegue a concretar cuál– y prefiere mantenerse en el estado de incertidumbre antes que renunciar a los beneficios que su conducta le reporta. El grado de indiferencia que se muestra en estos casos hacia el bien jurídico que finalmente se contribuye a lesionar no es inferior al que se constata en las situaciones de dolo eventual y, desde una perspectiva de prevención general –tanto positiva como negativa–, la necesidad de sanción que suscitan aquellos no es inferior a la de estos.

Admitiendo, por lo tanto, que ciertas situaciones en las que intervienen testaferros quedan abarcadas por aquellas formas de ignorancia deliberada merecedoras del mismo tratamiento que el dolo eventual parecen resolverse las lagunas de punibilidad aludidas al inicio de estas páginas. Además, *semejante planteamiento tiene la ventaja de que permite discriminar entre diversos perfiles de testaferro*: así, si se exige una motivación lucrativa –sin duda relevante a la hora de determinar la necesidad de pena– inequívocamente quedan fuera del ámbito de lo punible aquellos casos en los que el sujeto se ha prestado de manera puntual, ya sea por parentesco o amistad, a colaborar desinteresadamente con el administrador real, unas situaciones en las que claramente las necesidades de prevención son inferiores.

Con todo, la equiparación entre ciertos casos de ignorancia deliberada y de dolo sigue suscitando un *problema serio de proporcionalidad*, similar al constatado *supra* en la propuesta de modificación de la doctrina del "doble dolo". Dicha equiparación lleva, por lo menos en la *lex lata*, a tratar igual al individuo que actúa con pleno conocimiento de la clase de conducta en la que está colaborando y al que solo lo hace ignorando deliberadamente algunos aspectos de tal conducta, ello aun cuando en el caso del segundo la indiferencia mostrada hacia el interés lesionado sea sensiblemente inferior. Por mostrarlo con un ejemplo, esta perspectiva dispensa el mismo tratamiento a quien acepta el cargo de administrador de una sociedad sabiendo a ciencia cierta que será utilizada para el narcotráfico que a quien solo accede a ello en la representación de que la mercantil tal vez será empleada para fines delictivos indeterminados que prefiere no conocer.

En realidad este problema no se plantea exclusivamente a propósito de la ignorancia deliberada, sino que tiene sus causas en los propios pilares del vigente sistema de imputación subjetiva y su interpretación mayoritaria. Sin ir más lejos, *se constata también en la plena equiparación entre dolo directo y dolo eventual*, que lleva a tratar igual los casos de realización intencionada o con pleno conocimiento de una conducta delictiva y los supuestos de comisión de un hecho típico con una mera representación de la posible concurrencia de sus elementos, ello aun cuando las diferencias de necesidad de pena que suscitan uno y otro caso son notables[30]. Sin embargo, hoy por hoy este dilema solo puede resolverse, parcialmente y no sin cierto esfuerzo, en el ámbito de la determinación de la pena, aunque los tribunales no parezcan

29 Una propuesta al respecto se formula, no obstante, en Ragués i Vallès, *La ignorancia*, pp. 163-192. Sobre esta cuestión cfr. asimismo los razonamientos de Luban, *GLJ*, 87 (1999), pp. 957-980.

30 Recientemente ha expuesto sólidas razones para cuestionar la equiparación entre las consecuencias de todas las formas de dolo Molina Fernández, en *Rodríguez Mourullo-LH*, p. 739, quien propone introducir "un sistema categorial más rico, que pueda dar cuenta de la progresividad", como se hace en la imprudencia. En términos parecidos se ha pronunciado en Alemania Schünemann, en *Temas actuales*, p. 100.

en la práctica muy dispuestos a ello[31]. La solución definitiva debería pasar por una redefinición general del sistema de imputación, tanto en la ley como en la ciencia penal, que reconozca como generalmente punibles ciertas configuraciones subjetivas (dolo eventual, algunas modalidades de ignorancia deliberada), pero con unas consecuencias punitivas menos severas que otras formas de dolo.

3.3. Conclusiones

Las conclusiones que se extraen de todas esta consideraciones son básicamente las siguientes: 1) A día de hoy la doctrina de la ignorancia deliberada, tal como viene siendo aplicada por el Tribunal Supremo, *puede ser en la práctica una herramienta útil, sobre todo para quienes en un proceso desempeñan el papel de acusación*, para evitar la impunidad de los hombres de paja cuando esta pretenda basarse en déficits de imputación subjetiva. 2) Sin embargo, desde una perspectiva más teórica no debe olvidarse que esta equiparación *plantea problemas de encaje en el sistema vigente de responsabilidad subjetiva* que distingue únicamente entre imprudencia y dolo y suscita también dudas de proporcionalidad. Hasta que tales problemas no se resuelvan por el legislador, lo que a corto plazo no parece probable, no cabe descartar otras hipotéticas vías de solución para los casos que aquí interesan, entre las que cabe destacar la posibilidad de introducir en la legalidad vigente un precepto creado específicamente para evitar la impunidad de estos hechos.

VI. CREACIÓN DE UN TIPO PENAL ESPECÍFICO

La constatación de que todas las soluciones propuestas en el ámbito de la teoría general de la imputación subjetiva resultan difícilmente viables o, cuando menos, plantean dudas sobre su capacidad para resolver de forma totalmente convincente los problemas que plantean ciertos casos de socios o administradores testaferros invita a pensar en una solución *ad hoc* para tales problemas, ciertamente mucho más modesta en términos sistemáticos que un replanteamiento general del sistema de imputación subjetiva o de la doctrina de la participación, pero no por ello menos eficaz para evitar la impunidad de los hechos que se consideran necesitados de pena.

1. Propuestas contenidas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006

En cierta medida, tal solución parecía alcanzarse con algunos de los nuevos preceptos contenidos en el decaído Proyecto de Modificación Parcial del Código Penal elaborado el año 2006. Esta propuesta de reforma preveía dos figuras concretas que *a priori* mostraban cierta aptitud para abarcar la clase de situaciones referidas en estas páginas.

a) Por un lado, entre los delitos societarios se introducía un nuevo art. 297 *bis* CP que castigaba a "los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, asociación u organización de cualquier clase, *cuya única o principal función sea encubrir actividades económicas ajenas*, que a tal fin actúen y contraten en interés de la persona física o jurídica encubierta o declaren como propio el patrimonio perteneciente a la misma, en perjuicio de los derechos de terceros o para impedir o dificultar el cumplimiento de las obligaciones de la persona encubierta". Esta conducta se castigaba con una pena de *prisión de uno a cuatro años*, a la que se añadía la sanción consistente en disolver la persona jurídica y clausurar definitivamente sus locales y establecimientos.

Sobre esta novedad se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto: "De singular importancia político-criminal cabe calificar a la incorporación del delito de creación o mantenimiento de sociedades u organizaciones de cualquier clase que no tengan otro fin, o esa sea el prioritario [*sic*], que actuar en el mercado encubriendo o tapando actividades económicas ajenas, o presenten como propio patrimonio el que es de otro. Cierto que esa conducta puede ser realizada también por personas físicas, pero la forma societaria o análoga proporciona mayor opacidad. Los riesgos que entraña el uso de esa sociedades falsas, ficticias, instrumentales, interpuestas o tapaderas, que todas esas valoraciones pueden merecer, para contratar o para actuar son múltiples, y van desde la

31 Así, por ejemplo, la STS de 14 de mayo de 1999 (ponente Bacigalupo Zapater): "las formas del dolo contempladas desde la perspectiva de los factores de la individualización de la pena, no son reveladoras de una distinta gravedad de la culpabilidad". Con todo, en algunas resoluciones el Tribunal Supremo español se ha pronunciado esporádicamente a favor de la conveniencia de crear un título intermedio de imputación subjetiva: cfr. la STS de 24 de octubre de 1989 (ponente García Ancos) y la STS de 25 de octubre de 1991 (ponente Montero Fernández-Cid) en la que se afirma que "sería conveniente que en el futuro la figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente".

burla de obligaciones y responsabilidades laborales hasta la de las de carácter mercantil o tributario, pasando por las propias que se derivan del posible encubrimiento de delitos o de blanqueo de dinero. Las exigencias de la lucha contra las organizaciones criminales, pero más específicamente, la que afecta a la elusión de obligaciones y al blanqueo de dinero exigía esta nueva tipicidad, con la que se cierra el Capítulo dedicado a los delitos societarios".

Esta figura delictiva abarcaba las conductas de los testaferros descritas en las páginas anteriores, resolviendo los problemas de impunidad expuestos en la medida en que, para castigar al hombre de paja, consideraba suficiente, desde un punto de vista subjetivo, que el socio o administrador formal *actuara sabiendo que estaba encubriendo "actividades económicas ajenas"* sin necesidad de conocer con detalle qué clase de actividades. El problema que planteaba este precepto, en todo caso, era de excesiva amplitud, en la medida en que con él se castigaban –con penas de prisión, nada menos– actos de ocultación de actividades económicas que no tenían por qué ser delictivas, con el grave contrasentido que supone tanto el castigar penalmente a quien encubre ciertas actividades y no necesariamente a quien las lleva a cabo, como el crear un tipo de peligro abstracto para proteger ciertos intereses cuya efectiva lesión, sin embargo, no tiene por qué estar amparada por el Derecho penal. Principios básicos de política criminal aconsejan reducir el alcance de esta figura a aquellos casos en los que se encubran actividades ajenas –no forzosamente económicas– que sean en sí mismas constitutivas de infracción penal.

Otro aspecto cuestionable de esta propuesta es que en ella solo se castigaba a quien se presta a figurar como administrador de una sociedad, ya fuera de hecho o de Derecho, pasando por alto que la actividad de encubrimiento de actividades económicas ajenas no solo puede facilitarse mediante la asunción de dicho cargo, sino también por la adquisición de la *mera condición de socio*, que no por fuerza tiene que ir unida a la primera. Finalmente, la redacción propuesta suscitaba dudas desde el punto de vista concursal, al no quedar claro en el art. 297 *bis* el tratamiento que merecían aquellos casos en los que el encubrimiento de actividades ajenas cumpliera los requisitos –objetivos y subjetivos– de un acto de participación en tales actividades y si en tales circunstancias debía dejar de aplicarse o no este precepto en beneficio del régimen general previsto para los actos de participación punible.

b) Asimismo, en el citado Proyecto se incluía un nuevo título dedicado específicamente a "las organizaciones y grupos criminales", incorporando al Código un nuevo art. 385 *bis*, que castigaba a "los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos" con una (severa) pena de prisión de dos a seis años, añadiendo que se impondría la pena en su mitad superior "si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o el patrimonio".

En relación con este precepto se sostenía en la Exposición de Motivos del Proyecto: "El nuevo Título XVII bis anticipa el contenido del proyecto de Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada aprobado en el Consejo JAI de 25 de abril de 2006. Dicha iniciativa, superadora de la Acción Común 98/733/JAI permitirá reforzar la respuesta frente a este tipo de delincuencia mediante la penalización de la pertenencia o colaboración con grupos y asociaciones delictivas. De ese modo, y, en sintonía con la propuesta efectuada por la propia Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2006, se pretende facilitar la respuesta policial y judicial ante un fenómeno que, sin ser hoy atípico, no gozaba muchas veces de otra respuesta que la genéricamente ofrecida en la regulación de la conspiración para delinquir, que no siempre podía ser fácilmente apreciada por acusadores e instructores".

Los casos de testaferros expuestos a lo largo de estas páginas podrían quedar abarcados por esta figura interpretando que, al aceptar su condición de socio o administrador, tales sujetos se integran en organizaciones o grupos que tienen por objeto la comisión de delitos. Sin embargo, la concreta redacción del tipo parecía dejar fuera de su alcance algunos supuestos que, partiendo de las premisas político-criminales antes expuestas, deberían ser objeto de castigo: así sucede, por ejemplo, cuando el administrador real que quiere utilizar la sociedad con fines delictivos es un único sujeto, un caso que difícilmente queda abarcado por el concepto de organización o grupo, para el que suele exigirse un mínimo de tres personas[32]. Ni tampoco parecían quedar abarcados aquellos casos

32 El Derecho español no cuenta con una definición de organización criminal, pero sí, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000, ratificada por España en 2003 [BOE de 29 de septiembre]), que exige en su art. 2 la concurrencia de "tres o más personas".

en los que la aportación del testaferro se refiere al acto puntual de asunción formal de la condición de socio o administrador, pero permaneciendo por completo al margen de las restantes actividades del grupo, unos supuestos en los que resulta muy difícil afirmar que dicho sujeto está "formando parte" del grupo criminal, máxime teniendo en cuenta las graves –por no decir desproporcionadas– consecuencias previstas por el artículo en cuestión[33].

En todo caso, y más allá de que estas propuestas resuelvan o no de manera totalmente adecuada el problema aquí expuesto, parece evidente que tras ellas se vislumbra una incuestionable voluntad por parte del Ejecutivo de que hechos como los analizados en estas páginas, y otros similares, no permanezcan en la impunidad.

2. Una propuesta personal

Para superar los problemas detectados en los anteriores preceptos, seguidamente se propone un artículo específicamente diseñado para abarcar aquellos casos que a lo largo de estas páginas se han considerado como necesitados de respuesta penal y que, sin embargo, no la tienen garantizada. Se trata, conviene recordar, de aquellos supuestos en los que la conducta realizada por el sujeto consiste en acceder a figurar como administrador o socio de una sociedad mercantil con el conocimiento de que esta será empleada en actividades delictivas, aunque sin llegar a concretar en su representación qué actividades en particular. Semejante tipo podría quedar redactado en los siguientes términos:

> "El que, mediando retribución económica o de manera habitual, accediere a figurar formalmente como socio o administrador de una o varias sociedades empleadas por terceros en actividades que sean constitutivas de delito será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de dos meses y un día a diez meses, siempre que tal conducta no sea en sí misma constitutiva de un acto de autoría, cooperación necesaria o complicidad en los delitos efectivamente cometidos, en cuyo caso se le castigará exclusivamente con la pena prevista para tales formas de intervención delictiva".

La incorporación al Código Penal de este precepto tendría importantes ventajas para evitar la impunidad de los hechos analizados en este trabajo: en primer lugar, llamaría la atención a fiscales y a jueces sobre el carácter penalmente relevante de estos comportamientos, un recordatorio conveniente a la vista de la pasividad que a menudo se advierte cuando se trata de perseguirlos y castigarlos. Asimismo, con la redacción propuesta se solventarían los problemas de prueba del conocimiento del hecho delictivo concreto en el que colabora el testaferro, bastando con acreditar un conocimiento genérico de estar favoreciendo actividades delictivas. La exigencia de que tal favorecimiento se limite a actividades constitutivas de infracción penal parece mucho más conveniente –en términos de *ultima ratio*– que la ampliación del castigo a todos los casos de ocultación de actividades económicas ajenas, como en el art. 297 *bis* del Proyecto de 2006 reproducido *supra*.

Asimismo, la redacción propuesta aclara los problemas concursales antes expuestos, al establecer que, en caso de que pueda llegar a acreditarse el conocimiento del concreto hecho delictivo en el que el testaferro colabora, debe aplicarse preferentemente la pena prevista para el partícipe en las infracciones cometidas, que por regla general será más grave. Por otra parte, la exigencia de que el sujeto acepte formalmente el cargo "mediando retribución económica o de manera habitual" permite circunscribir el radio de acción de esta figura delictiva a los supuestos que, como antes se ha expuesto, suscitan una mayor necesidad de intervención político-criminal, es decir, aquellos en los que el sujeto ejerce de forma (cuasi) profesional o reiterada semejantes actividades, dejando fuera del tipo a quienes solo ocasionalmente se prestan a realizar dicha conducta y/o lo hacen por razones de parentesco o amistad, unas situaciones en que las necesidades preventivas parecen inferiores.

Finalmente, y en cuanto a la pena, las consecuencias previstas se ajustan a los términos que parecen más proporcionados para una infracción que, después de todo, solo comporta una puesta en peligro en abstracto de bienes jurídicos no necesariamente personales. Por ello, a diferencia del Proyecto de Reforma antes expuesto, se propone que el máximo punitivo

33 En tal caso, no obstante, cabría plantearse aplicar la conducta prevista por el Proyecto en el apartado 3 del art. 385 *bis* consistente en "la colaboración en las actividades de dichas organizaciones o grupos", siempre que pueda afirmarse que quienes actúan como administradores reales están integrados en tal organización.

no supere los dos años de prisión, para impedir que, como regla general, quienes cometen por primera vez este delito deban ingresar efectivamente en prisión, existiendo asimismo la posibilidad de imponer solo una multa como alternativa en casos de menor gravedad.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo (Sala Segunda)

Sentencia de 24 de octubre de 1989 (ponente García Ancos) (RJ 1989/7744).

Sentencia de 25 de octubre de 1991 (ponente Montero Fernández-Cid) (RJ 1991/7375).

Sentencia de 14 de mayo de 1999 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 1999/5392).

Sentencia de 10 de enero de 2000 (ponente Giménez García) (RJ 2000/433).

Sentencia de 16 de octubre de 2000 (ponente Giménez García) (RJ 2000/9534).

Sentencia de 30 de abril de 2003 (ponente Giménez García) (RJ 2003/4698).

Sentencia de 3 de diciembre de 2003 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (RJ 2003/9403).

Sentencia de 18 de octubre de 2004 (ponente Soriano Soriano) (RJ 2005/1114).

Sentencia de 14 de abril de 2005 (ponente Ramos Gancedo) (RJ 2005/4357).

Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (ponente Monterde Ferrer) (RJ 2005/7337).

Sentencia de 13 de marzo de 2006 (ponente Giménez García) (RJ 2006/2238).

Sentencia de 20 de julio de 2006 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2006/8412).

Sentencia de 10 de octubre de 2006 (ponente Delgado García) (RJ 2006/8256).

Sentencia de 10 de noviembre de 2006 (ponente Martínez Arrieta) (RJ 2006/9069).

Sentencia de 1 de febrero de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007/3246).

Sentencia de 25 de abril de 2007 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca) (RJ 2007/3327).

Sentencia de 19 de julio de 2007 (ponente Bacigalupo Zapater) (RJ 2007/4869).

Audiencias Provinciales

SAP-Barcelona (Sección Sexta) de 22 de enero de 2008 (ponente Cugat Mauri) (JUR 2008/138802).

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bajo, Miguel / Bacigalupo, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2001.

Charlow, Robin, "Wilful Ignorance and Criminal Culpability", *Texas Law Review*, 70 (1992), pp. 1351-1429.

Faraldo Cabana, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

Fernández Bautista, Silvia, *El administrador de hecho y de Derecho,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

Ferré Olivé, Juan Carlos, "Sujetos responsables en los delitos societarios", *Revista Penal*, 1 (1998), pp. 21-29.

García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima (ARA Editores–Universidad de Piura), 2003.

García Cavero, Percy, "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular", *InDret*, 3/2006 (www.indret.com).

Gómez Benítez, José Manuel, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, Madrid (Colex), 2001.

Groß, Bernd, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitallgesellschaften*, Berlín (Duncker & Humblot), 2007.

Husak, Douglas N. / Callender, Craig A., "Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Wisconsin Law Review*, 29 (1994), pp. 29-69.

Jakobs, Günther, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", trad. C.J. Suárez González, en Id., *Estudios de Derecho penal,* Madrid (Civitas), 1997, pp. 128-146.

Luban, David, "Contrived Ignorance", *The Georgetown Law Journal*, 87 (1999), pp. 957-980.

Marcus, Jonathan L., "Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness", *The Yale Law Journal*, 102 (1993), pp. 2231-2257.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

Marxen, Klaus, comentario al § 14, en Kindhäuser *et al., Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* [cit. *NK*], 2.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2005, pp. 451-475.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2004.

Molina Fernández, Fernando, "La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal", en VVAA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Civitas), 2005, pp. 691-742.

Muñoz Conde, Francisco, "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?", *Revista Penal*, 9 (2002), pp. 59-98.

Núñez Castaño, Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, "Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación", *Revista Penal*, 9 (2002), pp. 106-121.

Ragués i Vallès, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (JMBosch), 1999.

Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2007.

Ríos Corbacho, José Manuel, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

Robbins, Ira P., "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81 (1990), pp. 191-234.

Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Múnich (Beck), 2003.

Schünemann, Bernd, "De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo", trad. M. Sacher y C. Suárez González, en Id., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 97-111.

Schünemann, Bernd, comentario a los §§ 14 y 27, en Laufhütte *et al., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* [cit. *LK*], 12.ª ed., vol. 1, Berlín (De Gruyter), 2006, pp. 874-940 y pp. 2027-2063.

Silva Sánchez, Jesús-María, comentario al art. 31 CP en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Madrid (EDERSA), 2000, pp. 369-414.

Silva Sánchez, Jesús-María, "Ingeniería financiera y Derecho penal", en Puerta Luis (dir.), *Fenómenos delictivos complejos*, Madrid (CGPJ), 1999, pp. 163-193.

Theile, Hans, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Fráncfort d.M. (Peter Lang), 1999.

A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

André Luís CALLEGARI*
Francis Rafael BECK**

SUMARIO: I. Considerações Iniciais. II. A Doutrina da Cegueira Deliberada. III. A Doutrina da Cegueira Deliberada no Brasil: Uma Discussão que se inicia. IV. A Doutrina da Cegueira Deliberada e o Crime De Lavagem De Dinheiro no Direito Brasileiro. V. Considerações Finais

- Por que foi que cegamos?
- Não sei. Talvez um dia se chegue a conhecer a razão.
- Queres que te diga o que penso?
- Diz.
- Penso que não cegamos. Penso que estamos cegos. Cegos que vêem.
Cegos que vendo não veem.
(Ensaios sobre a cegueira, do escritor José Saramago)

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito penal, nos últimos anos, tem sido campo fértil de diversas teorias e doutrinas que poderiam –informalmente– serem consideradas como "da moda". Nos planos dogmático, político-criminal e criminológico, apenas a título exemplificativo, são passíveis de lembrança o *law and order movement*, *broken window theory,* tolerância zero, abolicionismo, minimalismo, garantismo, tipicidade conglobante, imputação objetiva, co-culpabilidade, funcionalismo e direito penal do inimigo, dentre outros.

Quase todas são originadas de países europeus ou dos Estados Unidos, e possuem um robusto substrato argumentativo. A expressão "da moda", portanto, sob hipótese alguma é utilizada em tom depreciativo (muito antes o contrário), mas sim como forma de representar os diversos pensamentos estrangeiros que são prontamente "importados", reproduzidos e disseminados no Brasil de uma forma muitas vezes acrítica e precipitada.

É o que parece estar acontecendo agora com a doutrina da cegueira deliberada.

II. A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness*) é também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*), doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou, no direito espanhol, ignorância deliberada[1].

Como o próprio nome refere, o agente intencionalmente "cega-se" diante de uma situação em que, se mantivesse "os olhos abertos", teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica. No mesmo sentido é a utilização da representação pelo avestruz, famoso na crença popular por esconder sua cabeça na terra ao primeiro

* Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala e pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan – México. Professor de Direito Penal nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos. Ex-Decano da Faculdade de Direito da Unisinos. Advogado Criminalista.

** Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Mestre e Doutorando em Direito (Unisinos). Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu (Universidade de Coimbra-Portugal) e Direito Penal (Universidade de Salamanca-Espanha) e Advogado criminalista.

1 O presente texto utilizará as expressões como sinônimas, de acordo com as preferências dos autores e dos julgados referidos.

sinal de perigo. Assim, o agente "enterraria sua cabeça" para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e na qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo penalmente típico. De forma menos figurativa são empregadas as expressões evitação da consciência e ignorância deliberada, igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o seu comportamento.

Essa doutrina sustenta –de uma forma geral– a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de reprovabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância[2].

Em outras palavras, a doutrina justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais consequências futuras da sua conduta na esfera penal.

Apesar de ainda não existir um consenso quanto à aplicação da doutrina no próprio direito norte-americano, afirma Sergio Moro que a *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas quando há prova de que: a) o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; b) o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento[3].

Acrescenta Marcelo Cavali que o desconhecimento não deve resultar de erro ou de negligência, mas de verdadeira ignorância voluntária, o que será constatado a partir dos elementos concretos trazidos ao processo. Para condenar quem foi conivente com negócios ilícitos são necessárias provas objetivas de que o acusado tinha consciência de estar fazendo parte de uma ação criminosa[4].

---

2 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva*, in Revista para el Análisis del Derecho (InDret). ed. 3/2008. Barcelona: 2008. pp. 14-15.

3 Moro, Sergio Fernando, *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Org. José Paulo Baltazar Junior, Sergio Fernando Moro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100. No mesmo sentido é o entendimento de Baltazar Junior, para quem: "nos Estados Unidos há uma construção doutrinária sobre a cegueira deliberada (*willfull blindness*) ou evitação da consciência (*consciousness avoidance*), para casos em que o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Exige-se prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe tenha sido indiferente" (Baltazar Junior, José Paulo, *Crimes federais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 593).

4 Cavali, Marcelo, Revista Via Legal. De olhos bem fechados. Cláudia Moura e Thais Del Fiaco. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 11. Nessa mesma linha, como asseverado no caso *United States v. Giovannetti, 919 F.2d 1223 (7th Cir. 1990),* a instrução de avestruz não sustenta a desnecessidade da evidência do conhecimento do acusado, presumindo-a para além de uma dúvida razoável. Still less is it to enable conviction of one who merely suspects that he may be involved with wrongdoers. Menos ainda permite uma condenação com base na mera suspeita de que ele possa estar envolvido com o crime. Em suma, a instrução do avestruz não permite condenação a título de dolo por simples negligência. E essa é justamente The most powerful criticism of the ostrich instruction is, precisely, that its tendency is to allow juries to convict upon a finding of negligence for crimes that require intent.a crítica mais poderosa da instrução avestruz: gerar uma tendência de permitir a condenação a título de negligência em um crime que exige intenção. Disponível em http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/919/1223/338050/, acesso em 12/07/2012. O caso em destaque envolve quinze homens acusados de participação em uma empresa de jogo ilegal. Um deles, Janis, sustentava que não sabia que a casa de sua propriedade – alugada para membros do grupo criminoso – estava sendo usada por uma empresa de apostas. A casa era em uma rua lateral àquela pela qual passava para o trabalho diário. De acordo com a acusação, teria sido fácil para ele passar pela casa de vez em quando para ver o que estava acontecendo, e se tivesse feito isso poderia ter descoberto que era utilizada para a exploração ilegal de jogos. Mas esta não é a prevenção ativa com a qual a doutrina do avestruz está em causa.It would be if the house had been on the thoroughfare, and Janis, fearful of what he would see if he drove past it, altered his commuting route to avoid it. De fato, a doutrina apenas poderia ser aplicada se a casa estivesse na mesma rua e o acusado, com medo do que poderia ver, alterasse a sua rota para o trabalho com o fim de não passar pelo local.United States v. Ramsey, supra, 785 F.2d at 190; Robbins, The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 J.Crim.L. Ainda de acordo com a decisão adotada no caso, a instrução de avestruz é projetada para os casos em que há indícios de que o acusado, sabendo ou suspeitando fortemente que está envolvido em negócios escusos, toma medidas para se certificar de que ele não adquirirá o pleno conhecimento e exata noção da natureza e extensão das relações. A deliberate effort to avoid guilty knowledge is all the guilty knowledge the law requires.United States v. Josefik, , 589 (7th Cir.1985).Exige, assim, uma participação ativa do agente para evitar que tome conhecimento do fato. Não mostrar curiosidade não pode ser confundido com impedir que a verdade lhe seja comunicada ou agir para evitar conhecer a verdade (Disponível em http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/919/1223/338050/, acesso em 12/07/2012).

Ainda com amparo na doutrina brasileira, de acordo com Christian Laufer e Robson da Silva, o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui ao realizar o tipo objetivo: se há sérios indícios (ou a "elevada probabilidade"), poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Entretanto, na ausência desses sérios indícios, não há dolo, pelo simples fato de que o conhecimento exigível para a configuração de qualquer espécie dolosa deve ser sempre atual, e não potencial[5].

Assim, ao se tratar da "cegueira deliberada", tem havido uma inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado. Prioriza-se aquilo que o sujeito não sabe (os conhecimentos adicionais potencialmente alcançáveis), ao invés daquilo que está devidamente representado pelo autor. É certo que sempre será possível ao agente conhecer mais a fundo as circunstâncias do caso concreto, motivo pelo qual não é correto enaltecer aquilo que o sujeito poderia vir a conhecer[6].

Exemplo clássico de aplicação da doutrina é o do traficante que pede para que o agente transporte determinado pacote fechado até certo endereço. O traficante não revela que dentro do pacote existe droga, tampouco o agente pergunta, consciente de que a confirmação de sua fundada suspeita o tornaria responsável pelo tráfico. Assim, "cega os olhos" ou "enterra sua cabeça" para deliberadamente não saber o que transporta e, dessa forma, invocar a ausência de dolo na sua conduta.

Como destaca Feijoo Sánchez, os casos que envolvem a doutrina exigem uma reflexão acerca do dolo para constatar se é suficiente para efeito de imputação jurídico-penal que alguém saiba que está participando em uma possível atividade delitiva, mas sem saber bem qual[7]. Dessa forma, para o autor, o recurso à ignorância deliberada, de acordo com a qual o erro é tratado como dolo quando "não se sabe porque não se quer saber" é uma solução contrária ao princípio da legalidade e dogmaticamente insatisfatória, na medida em que pode dar lugar a soluções versaristas (já que aquele que sabe que está fazendo algo incorreto pode acabar sendo responsabilizado por tudo o que acontecer, inclusive nos casos em que o fato seja de difícil previsão)[8].

A origem histórica da doutrina é apontada no direito inglês do distante ano de 1861, no caso *Regina v. Sleep*[9]. Décadas mais tarde, ainda no século XIX, foi acolhida pelo direito norte-americano no caso *United States v. Spurr*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1899[10].

Entretanto, foi apenas a partir da década de 1970 que a doutrina ganhou destaque no ordenamento jurídico estadunidense, onde passou a ser utilizada em crimes de tráfico de drogas –daí o exemplo clássico acima apontado– mais especificamente naqueles em que o acusado negava conhecer a natureza da droga que transportava.

5 Laufer, Christian, Silva, Robson A. Galvão da, *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*, in Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 10-11, nov., 2009.

6 Laufer, Christian. Silva, Robson A. Galvão da, *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*, pp. 10-11.

7 Por exemplo, alguém tem ciência de que carrega na maleta algum tipo de material ou substância proibida, mas sem saber se é droga ou qualquer outro objeto proibido pela lei de contrabando. Para o autor, inclusive nesse caso deve ser admitido o erro, como também no caso de existir no fundo falso da maleta uma bomba para eliminar membros de uma outra organização, fato que é desconhecido por quem leva a maleta, apesar de estar consciente de que está transportando algo proibido (Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal econômico y empresarial: un esbozo de una teoría geral de los delitos econômicos*, Revista para el Análisis del Derecho (InDret). ed. 2/2009. Barcelona: 2009. p. 2-74. p. 56).

8 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal econômico y empresarial*, pp. 56-57.

9 O caso envolve a malversação de bens e a prova de que o agente sabia que eram de origem pública. Sleep era proprietário de uma ferragem que entregou para ser embarcado em um navio um barril de parafusos de cobre, sendo que alguns deles continham um sinal indicativo de propriedade do Estado. Embora de forma pouco clara, é possível ser afirmado que o caso equiparou a abstenção intencional do conhecimento ao efetivo conhecimento (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007. p. 65).

10 Spurr era presidente do *Commercial Bank of Nashville*, e teria certificado cheques emitidos por um cliente contra uma conta sem fundos. Alegado o desconhecimento de Spurr acerca da ausência de fundos, a Suprema Corte entendeu que aquele que deliberadamente se mantém em ignorância quanto à existência de fundos na conta, ou demonstra uma indiferença grosseira a respeito do dever de assegurar-se da existência de fundos, pode sofrer a imputação do propósito específico de violar a lei (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, p. 65).

Assim, apesar de algumas referências ao seu emprego em momentos anteriores,[11] o mais lembrado *leading case* de aplicação da doutrina da cegueira deliberada é o *United States v. Jewell, 532 F.2d 697 (1976)*,[12] em que Jewell cruzou a fronteira do México com o Estados Unidos trazendo uma vultosa quantidade de droga em um compartimento secreto do carro que conduzia. Jewell alegou que o carro não era seu e não sabia que havia droga escondida nele. Admitiu conhecer a existência de um compartimento secreto, mas deliberadamente optou por não conferir o que continha. O Tribunal condenou Jewell. Em recurso, o acusado argumentou que sem o conhecimento de que havia droga no carro não se configurava o dolo, pelo que não poderia ser condenado. A Corte de Apelações concluiu que Jewell, de forma propositada e consciente, quis ignorar a natureza do que estava no veículo para evitar conhecer a verdade. De acordo com o órgão julgador, a cegueira deliberada –autorizadora da condenação– ocorre quando restar demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que a ignorância do agente acerca de determinado fato é única e exclusivamente resultado de um propósito consciente e voluntário de evitar o conhecimento da verdade.

Nas últimas décadas, esta doutrina desempenhou nos Estados Unidos um importante papel na punição de delitos vinculados ao narcotráfico, onde é usual que os tipos penais exijam que o agente atue com conhecimento da natureza das substâncias.[13] Nos sistemas de *common law*, que desconhecem a figura do dolo eventual, a doutrina da cegueira deliberada permite a punição naqueles casos em que, sem ter um conhecimento certo da substância, pode concluirse que o agente atuou com fundada suspeita de que poderiam ser drogas, mas preferiu não certificar-se disto.[14]

Em atenção específica ao crime de lavagem de dinheiro, deve ser dado destaque ao caso *United States v. Campbell, 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992)*. Campbell, uma corretora de imóveis, foi acusada de lavagem de dinheiro por intermediar a aquisição de um imóvel por Lawing, traficante de drogas que se apresentara como um empresário. Nos encontros, o traficante aparecia com diferentes carros de luxo, bem como mostrou à corretora uma maleta com US$ 20.000,00 em dinheiro, a fim de comprovar capacidade financeira para adquirir o imóvel. Assim, houve a aquisição de um bem de US$ 182.500,00, tendo o traficante feito –com o conhecimento da corretora– o pagamento de US$ 60.000,00 "por fora", em pequenos pacotes, e escriturado o bem pela diferença. Durante o processo, uma testemunha afirmou que Campbell teria declarado que o dinheiro poderia ser proveniente de drogas. De acordo com as instruções recebidas pelo júri, o conhecimento do fato pode ser satisfeito por inferências extraídas da prova de que a acusada deliberadamente fechou os olhos para o que, de outra maneira, lhe seria óbvio. Uma conclusão –acima de qualquer dúvida razoável– da existência de propósito consciente de evitar a descoberta pode permitir a equiparação com o conhecimento. Dito de outra maneira, o conhecimento da acusada acerca de um fato pode ser inferido da ignorância deliberada acerca da existência do fato[15].

11 Como no caso *Turner v. United States, 396 U.S. 398 (1970)* (Disponível em http://supreme.justia.com/us/396/398/case.html, acesso em 12/07/2012).

12 Disponível em http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/calendar/Class_19_2001_Jewell.htm, acesso em 12/07/2012.

13 É importante referir que, a partir de 1962, a discussão sobre a *willful blindness* nos Estados Unidos passou a ser condicionada pelo *Model Penal Code*, proposto pela *American Law Institute* como um código-padrão para a legislação penal dos Estados americanos. Apesar de não consistir em um ato normativo, influenciou – em maior ou menor proporção – a maioria das legislações estaduais. O Código Penal Modelo teve particular importância em relação à imputação subjetiva – na medida em que o Código Penal Federal continha, no começo dos anos 1980, nada menos do que setenta e oito formas distintas de imputação subjetiva, dispersas em numerosos delitos contemplados no texto legal – contribuindo para reduzir a sua complexidade. A Seção 2.02 do Código Penal Modelo estabelece que um sujeito apenas pode ser declarado culpado se atua propositalmente (*purposefully*), com pleno conhecimento (*knowingly*), com desconsideração (*recklessly*) ou negligentemente (*negligently*) em relação aos elementos materiais que configuram a infração penal. Assim, os artigos do Código Penal Modelo que tratam dos elementos subjetivos do delito não mencionam expressamente os casos de *willful blindness*. Nesse contexto de incertezas, parcela da doutrina entende que a Seção 2.02.7 do Código foi criada especificamente para acolher esta figura, ao referir que o "conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento". Dessa forma, nem todas as situações em que o direito continental considera como de dolo eventual são abarcadas por esta previsão, já que naqueles casos em que existe um grau de representação que não alcança a "alta probabilidade" pode ser aplicada a figura da "desconsideração", definida na Seção 2.02 como aqueles em que uma pessoa "despreza conscientemente um risco substancial e injustificado de que um determinado elemento material exista ou acabe resultando de sua conduta" (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 69-73).

14 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 15.

15 Disponível em http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html, acesso em 12/07/2012.

De acordo com a discussão travada no julgado, uma acusação de cegueira deliberada não autoriza concluir que a acusada agiu com conhecimento porque deveria saber o que estava ocorrendo quando da venda da propriedade. Ou que, em exercício de adivinhação, ela deveria ter consciência dos fatos, tampouco que foi negligente em reconhecer o que estava acontecendo. Ao contrário, deve restar provado –repita-se: acima de qualquer dúvida razoável– que a acusada, motivada e deliberadamente, evitou descobrir todos os fatos[16].

Ao final, Campbell foi condenada pelo júri. Sua sentença foi revista pela Corte Distrital, mas, em apelação ao Quarto Circuito, a decisão distrital foi reformada, mantendo-se a condenação[17].

Diversos outros casos envolvendo a cegueira deliberada em relação ao crime de lavagem de dinheiro podem ser ainda apontados –a título de exemplificação– no Judiciário estadunidense: *United States v. Rivera-Rodriguez, 318 F.3d 268 (1st Cir. 2003)*; *United States v. Lally, 257 F.ed 751 (8th Cir.2001)*; *United States v. Oberhauser, 284 F. 3d 827 (8th Cir. 2002)*; *United States v. Wert-Ruiz, 228 F. 3d 250, 258 (3d Cir. 2000)*; *United States v. Cunan, 152 F.3d 29 (1st Cir. 1998)*; *United States v. Bornfield, 145 F.3d 1123 (10th Cir. 1998)*; *United States v. Long, 977 F.ed 1264, 1270-71 (8th Cir. 1992)*; *United States v. Jensen, 69 F.3d 906 (8th Cir. 1995)*; *United States v. Prince, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000)*; *United States v. Fuller, 974 F.2d. 1474 (5th Cir. 1992)*; *United States v. Rockson, 104 F.3d 360, 1996 WL 733945 (4th Cir. 1996)*; e *United States v. Ortiz, 738 F.Supp. 1394, 1400 n.3 (S.D. Fla. 1990)*[18] [19].

Nos últimos anos, a amplitude da discussão da doutrina –especialmente em julgados originados dos Estados Unidos– fez com que ela fosse irradiada para Cortes de outros países.

Em relação ao direito espanhol, Ragués i Vallès afirma que os delitos contra a saúde pública e lavagem de dinheiro têm sido a principal via de entrada desta doutrina[20]. No mesmo sentido é a constatação de Feijoo Sánchez, para quem a aplicação da doutrina da ignorância deliberada, importada pelo Tribunal Supremo espanhol do direito anglo-saxônico, tem uma tendência natural a ser aplicada em âmbitos relacionados ao direito penal econômico ("donos" de sociedades mercantis que as "emprestam" para realizar negócios pouco claros, lavagem de dinheiro, membros de conselhos de administração que "preferem não saber" etc.)[21].

Assim, na Espanha, em dezenas de decisões –a partir do ano 2000– o Tribunal Supremo vem acolhendo[22] a doutrina da cegueira deliberada em situações onde

16 Disponível em http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html, acesso em 12/07/2012.

17 Disponível em http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html, acesso em 12/07/2012.
Reconhece o *decisum* que está claro pelos autos que a corretora não agiu com o propósito específico de lavar dinheiro de droga. Seu motivo, sem dúvida, era fechar o negócio imobiliário e receber sua comissão, sem se importar com a fonte do dinheiro ou com o efeito da transação em ocultar parte do preço de venda. Todavia, as motivações de Campbell são irrelevantes. Nos termos da lei, a questão relevante não é o propósito de Campbell, mas sim seu conhecimento do propósito do traficante.

18 A referência aos casos e os resumos ora expostos foram extraídos do *U.S. Department of Justice. Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section* (Disponível em http://www.justice.gov/criminal/afmls/, acesso em 12/07/2012) e apontados na sentença proferida na ação penal N° 2005.81.00.014586-0, da 11ª Vara Federal de Fortaleza (CE), disponível para consulta no site http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/.

19 Embora não diga respeito à área penal, outro caso recente de aplicação da doutrina da cegueria deliberada, ocorrido no âmbito dos direitos autorais e muito divulgado mundo afora, é o *In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003)*, julgado pela Corte de Apelações do Sétimo Circuito dos Estados Unidos. Os criadores do Aimster, um serviço de troca de músicas pela internet, foram acusados pela indústria fonográfica americana de violação de direitos autorais (pirataria online), uma vez que intencionalmente teriam desenvolvido o programa de uma forma que não permitisse o controle e monitoramento da troca de material pirateado pelos seus usuários. Assim, a Corte concluiu que esta cegueira era voluntária, pelo que a deficiência da tecnologia não poderia ser invocada como defesa na tentativa de afastamento da responsabilidade (Disponível em http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/inreaimster.pdf, acesso em 12/07/2012).

20 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 15.

21 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal econômico y empresarial*, p. 56.

22 A primeira resolução da Segunda Sala do Tribunal Supremo espanhol que menciona a ignorância deliberada é a Sentença de 10 de janeiro de 2000, que analisa um caso de receptação praticado por indivíduo que transportava grande quantidade de dinheiro em espécie originado do tráfico de drogas, alegando o desconhecimento da origem ilícita. Em relação à lavagem de dinheiro, a primeira aplicação da ignorância deliberada pelo Tribunal Supremo espanhol ocorreu na Sentença de 19 de janeiro de 2005, utilizada como substitutivo do dolo eventual (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, p. 35).

o desconhecimento provocado faz supor o dolo, ainda que falte o grau de conhecimento que essa figura exige[23]. Se inicialmente a vontade do sujeito em não conhecer mais do que já sabia era considerado pelo Tribunal como um indício de aceitação –o que apontaria o dolo eventual– em várias decisões posteriores a vontade de não saber converteu-se em um verdadeiro substitutivo do conhecimento[24].

Em verdade, a questão da ignorância deliberada não está tradicionalmente incluída entre os principais pontos da discussão acadêmica espanhola acerca do tipo subjetivo da infração penal. Isso se explica porque, ao contrário do que acontece nos países da *common law*, no sistema jurídico espanhol (e de outros ordenamentos próximos), a figura do dolo eventual permite resolver satisfatoriamente a grande maioria dos casos em que uma pessoa realiza um comportamento objetivamente típico havendo renunciado voluntariamente a conhecer com exatidão algum dos aspectos penalmente relevantes da sua conduta[25].

Entretanto, essa situação de inicial desinteresse tende a ser logo modificada em razão da atuação do Tribunal Supremo, haja vista que a equiparação entre a ignorância deliberada e o dolo é uma possibilidade que não se depreende de forma clara do Código Penal espanhol e não se amolda à doutrina e jurisprudência contemporâneas sobre o tipo subjetivo[26].

Assim, apesar da sua crescente utilização, a doutrina da cegueira deliberada desperta dúvidas quanto à sua recepção pelo direito penal espanhol[27].

A diversidade de opiniões na ciência penal dos Estados Unidos acerca do alcance da doutrina da *willful blindness* não deixa a desejar àquela existente em outros países acerca do tipo subjetivo, especialmente em relação ao dolo eventual e culpa consciente. A confusão é agravada pelas numerosas fontes da *common law* e pela obscuridade dos precedentes que se sucedem ao longo dos anos, ao ponto de alguns autores apelarem à ação do legislador como única forma de resolver a complexa situação. As interrogações criadas quanto à abrangência da *willful blindness* nos ordenamentos jurídicos que historicamente a contemplam deveriam ser motivo inicial de reflexão acerca da conveniência da importação dessa figura[28]. E, mais ainda, naqueles ordenamentos em que a doutrina está em vias de ser difundida.

III. A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO QUE SE INICIA

A utilização da doutrina da cegueira de deliberada, embora ainda incipiente nos tribunais brasileiros, tende a tornar-se um dos grandes pontos de discussão atual acerca da imputação subjetiva de delitos. Embora a maior parte das decisões que refiram a doutrina não seja muito conhecida, o fato dela ter sido empregada em caso com repercussão midiática nacional (furto do Banco Central de Fortaleza, no estado do Ceará) fez com que os holofotes do meio jurídico fossem apontados para a *willful blindness*.

No âmbito doutrinário, algumas poucas referências já eram realizadas antes mesmo do início da sua utilização em casos concretos[29]. A partir da referida decisão, a matéria passou a ser mais conhecida, transformando-se hoje em um dos "temas da moda" do direito penal brasileiro. Ademais, com o início do seu questionamento –talvez de forma precipitada– em concursos públicos,[30] é questão de tempo a sua inclusão em manuais de direito penal, resumos, sinopses etc, já

23 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. p. 15.

24 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles. p. 15-16.

25 Ragués I Vallès, Ramon. La ignorancia deliberada em derecho penal. p. 21.

26 Ragués I Vallès, Ramon. La ignorancia deliberada em derecho penal. p. 21-23.

27 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles. p. 18.

28 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 92-93.

29 Com especial destaque ao texto de Sergio Moro, "sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem", constante na obra "lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp", publicada pela Livraria do Advogado no ano de 2007.

30 No concurso público para delegado de polícia do estado de Goiás, no ano de 2009, uma das questões da prova dissertativa foi: "em tema de lavagem de dinheiro, em que consiste a teoria da cegueira deliberada?". A pergunta foi feita no Brasil antes mesmo que se saiba exatamente a resposta nos próprios países de onde se origina a doutrina.

que as obras preparatórias para carreiras jurídicas públicas são as líderes de oferta e vendagem no modelo de ensino jurídico nacional[31].

De volta ao prisma das decisões judiciais, cumpre seja analisado o já apontado caso envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza (associado a outros delitos), que resultou na subtração de R$ 164.755.150,00 (o equivalente a, aproximadamente, US$ 82.500.000,00), em notas de cinquenta reais que já estiveram em circulação (no interior da caixa forte existiam ainda muitos outros milhões de reais em notas seriadas, que foram evitadas pelos agentes do crime), e deu ensejo à primeira decisão de repercussão nacional que utilizou a doutrina da cegueira deliberada (sentença proferida nos autos da ação penal N° 2005.81.00.014586-0, publicada em 26/06/2007, pela 11ª Vara Federal de Fortaleza/CE). Com o produto do crime, integrantes da quadrilha adquiriram onze veículos de uma revendedora de automóveis, pagando –com as notas de cinquenta reais trazidas em sacos– a quantia de R$ 980.000,00 (cerca de US$ 490.000,00). Além dessa quantia, mais de R$ 200.000,00 (em torno de US$ 100.000,00) foram deixados na empresa por conta de futura aquisição de outros veículos. Assim, é na parte relativa aos proprietários da revenda de veículos que a discussão quanto à cegueira deliberada tomou corpo. Após discorrer acerca dos diversos posicionamentos quanto à possibilidade de aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, o magistrado –com base na doutrina de Sergio Moro e nos precedentes por ele referidos– condenou os proprietários da revenda de veículos a uma pena de três anos de reclusão, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direitos, além de multa.[32]

Entretanto, em sede de apelação, o entendimento não foi mantido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação criminal N° 5520-CE (processo N° 0014586-40.2005.4.05.8100). No acórdão (publicado em 22/10/2008), restou apontado que seria incabível a responsabilidade penal objetiva ou por presunção dos sócios da revenda de veículos, já que as provas apresentadas são insuficientes para o decreto condenatório. Sustenta a decisão do Tribunal que, embora não seja o corriqueiro, não é incomum a venda de automóveis mediante o pagamento em espécie, e o recebimento antecipado de numerário não autoriza presumir que devessem os empresários saber que se tratava de reciclagem de dinheiro. A aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual. No que tange ao tipo de utilizar "na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo" (inciso I do § 2), a própria redação do dispositivo exige que o agente saiba que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes[33]. O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão deveria saber (geralmente denotativa do dolo eventual). Assim sendo, segue o acórdão, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da *willful blindness*. As evidências não levam à conclusão de que os acusados sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual, e os meros indícios são insuficientes. Embora possa ser inusitada a apresentação de quase um milhão de reais em espécie, não há prova segura de que efetivamente soubessem ou desconfiassem da proveniência criminosa do dinheiro, impondo-se, na dúvida, a absolvição[34].

Afora esse paradigmático caso, existe ainda outro precedente de aplicação da doutrina pelo Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos da apelação criminal N° 2006.71.00.032684-2/RS (publicada no Diário Eletrônico de 23/07/2009). O recurso analisou a execução de um sofisticado plano de furto –por organização criminosa– de expressivo numerário depositado em caixa forte de agência bancária localizada no

31 Nesse sentido, ver Bolzan De Morais, José Luiz; Copetti, André, *Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito*, *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82 e Streck, Lenio Luiz, *Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade*, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_direito_apresentam_profundo_deficit_realidade. Acesso em 12/07/2012.

32 Disponível para consulta no site http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/.

33 O argumento do acórdão, recentemente, perdeu sua força, haja vista que, na nova redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (conferida pela Lei N° 12.683/2012), o artigo 1, §2, inciso I, passou a tipificar a conduta de quem "utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal", omitindo, portanto, o elemento subjetivo "sabe".

34 Disponível em http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf, acesso em 12/07/2012.

centro da cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, através da escavação de um túnel. Ao longo do acórdão, a doutrina da cegueira deliberada foi discutida com amparo na já referida lição de Sergio Moro, no sentido de que se assemelha ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira e pode ser trazida para a prática jurídica nacional, especialmente nos casos em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem[35].

Também existem casos de aplicação da cegueira deliberada em ações criminais envolvendo crimes eleitorais, originadas do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Na decisão proferida no recurso criminal N° 98 (publicada no Diário de Justiça de 3/4/2009), em caso de corrupção eleitoral, a doutrina da cegueira deliberada foi reconhecida sob o fundamento de que "mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado". Em verdade, sem maiores digressões doutrinárias, a decisão, após reconhecer o dolo direto, afirma que, "quando menos", o caso envolveria dolo eventual, momento em que é referida a cegueira deliberada.[36] A fundamentação é praticamente idêntica àquelas trazidas nas decisões referentes à ação penal N° 38 (publicada no Diário de Justiça de 9/12/2008), apelação criminal N° 89 (publicada no Diário de Justiça de 26/6/2008), embargos infringentes em apelação criminal N° 65 (publicada no Diário de Justiça de 7/1/2008), apelação criminal N° 80 (publicada no Diário de Justiça de 3/12/2007) e apelação criminal N° 88 (publicada no Diário de Justiça de 25/4/2007), todos relatados pelo mesmo julgador[37].

Dessa forma, foi especialmente a partir do ano de 2007 que a *willful blindness* passou a frequentar o âmbito das decisões judiciais brasileiras, marco que também deve ser considerado como o do início das discussões doutrinárias acerca da temática.

Assim, quase 150 anos após a primeira referência histórica de sua aplicação no direito inglês, cerca de 40 anos após sua redescoberta pelas Cortes estadunidenses, e 7 anos após ter sido utilizada pelo Tribunal Supremo espanhol, a doutrina da cegueira deliberada chega a *terrae brasilis*. Cumpre agora determinar se a doutrina importada do direito anglo-americano –e que ganha cada vez maior atenção– pode ter aplicação adequada no Brasil, especialmente quanto ao crime de lavagem de dinheiro.

IV. A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

Discutir a doutrina da cegueira deliberada, de uma forma geral, implica na distinção inicial entre o dolo e a culpa. A partir do direito penal brasileiro, bem como de outros ordenamentos que admitem e utilizam a figura do dolo eventual, a análise se amplia para as diferenciações entre dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente, especialmente a tormentosa distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

A questão se torna ainda mais complexa se a aplicação da doutrina é perquirida em relação ao crime de lavagem de dinheiro, previsto em uma lei (Lei 9.613/98) por vezes pouco clara quanto ao elemento subjetivo exigido nas figuras delitivas que estabelece.

Considerando os prefaciais aspectos dogmáticos da discussão que ora se estabelece, de acordo com a lição de Pedro Krebs, não existem maiores problemas na identificação do dolo direto ("quando o agente quis o resultado", nos termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal). Ao contrário, a determinação do dolo eventual não é tão pacífica. O legislador brasileiro não foi feliz ao utilizar a expressão "assumir o risco" que, em linguagem popular, pode descrever tanto uma ação humana dirigida a um resultado delituoso (dolo) como a conduta daquele que nunca tolerou o resultado, mas acabou o praticando por imprudência ou negligência (culpa). Assim, o dolo eventual é mais do que uma previsão e menos do que um querer. É, na verdade, a hipótese em que o agente, embora não deseje o resultado, acaba por aceitá-lo.[38]

Assim, fica claro que a mera previsão do resultado não caracteriza o dolo eventual, sendo necessário que o agente, além de tê-lo previsto, o aceite, não se

35 Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento= 2582077, acesso em 12/07/2012.

36 Refere o item VII do acórdão que "'Dolus directus' presente. Imputação viável, no mínimo, a título 'dolus eventualis' (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado. Teoria da 'cegueira deliberada' ('willful blindness' ou 'conscious avoidance doctrine')".

37 Todas as decisões podem ser consultadas, na íntegra, pelo site http://www.tre-ro.gov.br/.

38 Krebs, Pedro, *Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva*, Barueri: Manole, 2004, pp. 152-153.

importe com a sua ocorrência. A mera previsão caracteriza a culpa, residindo aí a diferença.[39]

Portanto, a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, de acordo com Juarez Cirino, seria amparada no caráter complementar-excludente desses conceitos, que se constata nas seguintes correlações, ao nível da atitude emocional: quem se conforma com (ou aceita) o resultado típico possível não pode, simultaneamente, confiar em sua evitação ou ausência (dolo eventual); inversamente, quem confia na evitação ou ausência do resultado típico possível não pode, simultaneamente, conformar-se com (ou aceitar) sua produção (imprudência consciente)[40].

Embora o Código Penal brasileiro admita expressamente o dolo eventual e a doutrina estabeleça uma distinção tênue, embora clara, entre dolo eventual e culpa consciente, os problemas na sua diferenciação ocorrem quando da aplicação aos casos concretos, onde o apontamento do elemento subjetivo assume requintes de especial dificuldade, muitas vezes sendo mais uma impressão pessoal do julgador do que um dado obtido a partir dos elementos objetivos da prova.

No que tange ao elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, nos termos da Lei 9.613/98, a certeza que existe é que somente pode ser praticado dolosamente. Ao contrário de outros países (como Espanha, Alemanha e Argentina), a lei de lavagem brasileira não tipifica a modalidade culposa.

Em regra, de acordo com a legislação penal brasileira, os crimes dolosos admitem dolo direto e dolo eventual, exceto nos casos em que o tipo penal utiliza a expressão "sabe", indicativa apenas do dolo direto[41]. Dessa forma, ao menos de acordo com a teoria geral do delito, não seria possível a exclusão, *a priori*, do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

No entanto, a doutrina brasileira diverge acerca do elemento subjetivo nesse tipo de delito. Um setor sustenta que o crime de lavagem de dinheiro admite o dolo direto e o dolo eventual, pelo que importaria apenas que o agente tivesse consciência sobre a conduta típica (ocultar e dissimular) e sobre a origem criminosa dos capitais[42]. Nesse sentido é o posicionamento de Fausto de Sanctis (para quem basta que se saiba ou suponha saber que a fonte dos bens é uma infração penal, não sendo necessário que conheça exatamente a descrição da modalidade típica ou quem a cometeu),[43] Baltazar Junior (que refere que o dolo deve atingir a existência do crime antecedente,[44] não se exigindo que o lavador conheça especificamente como se deu a conduta anterior, excetuando o dolo eventual no caso do artigo 1, §2, inciso I[45])[46] e William de Oliveira (que entende ser fundamental descobrir se existe uma mínima consciência sobre a ilicitude da conduta e sobre a origem espúria do dinheiro em movimentação, somente admitindo o dolo eventual se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garante[47] em relação à evitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro)[48].

No entanto, essa posição não parece a mais adequada, na medida em que não é possível que o agente possa cometer o delito apenas com a "probabilidade" de que o capital derive de uma infração penal[49]. É

39 Callegari, André Luís, *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

40 Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 62.

41 Por vezes, o texto legal usa a expressão "deveria saber" para representar o dolo eventual.

42 Callegari, André Luís, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei N° 9.613/98*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 152-153.

43 De Sanctis, Fausto Martin, *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*, Campinas, SP: Millennium, 2008, pp. 49-51.

44 Deve ser destacado que a nova redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (conferida pela Lei N° 12.683/2012) excluiu o rol taxativo dos crimes antecedentes, passando a prever a possibilidade de lavagem em razão de qualquer "infração penal" (que, no Brasil, abrange não só os crimes como também as contravenções).

45 Como já referido em nota anterior, a mesma alteração da Lei N° 12.683/2012 excluiu a expressão "sabe" do artigo 1, §2, inciso I, pelo que, para essa corrente doutrinária, também nessa hipótese típica seria admitido o dolo eventual.

46 Baltazar Junior, José Paulo, *Crimes federais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 593.

47 Algumas ideias relacionam a cegueira deliberada com a figura do garante, especialmente em razão do artigo 9 da Lei 9.613/98. Não parece uma relação adequada, já que a cegueira deliberada diz respeito ao elemento subjetivo e não à forma comissiva ou omissiva (própria ou imprópria da conduta).

48 OLIVEIRA, Willian Terra De; CERVINI, Raúl e GOMES, Luiz Flávio, *Lei de lavagem de capitais*, São Paulo: RT, 1998, pp. 327-328.

49 Ainda que sob outro enfoque, a doutrina ainda não enfrentou um problema que seguramente preocupará os operadores do direito em relação à Lei 9.613/98 e à participação criminal. Trata-se do problema referente à intervenção de terceiros que, sabendo da

preciso que o agente conheça o caráter ilícito de sua conduta e "saiba" que os bens possuam procedência em alguma infração penal. Isso significa, em princípio, que só é possível o dolo direto nessas condutas. Em outras palavras, não pode ser considerado que o agente possa ser indiferente sobre a ocultação e dissimulação dos bens sobre os quais vai atuar, porque os bens têm que ser provenientes de alguma infração penal, o que significa que o sujeito atua com uma finalidade específica. Assim, para que se possa incriminar o agente pela lavagem de dinheiro, é necessário que ele conheça os elementos do tipo objetivo e tenha vontade de realizá-los. Se houver desconhecimento de que os capitais sobre os quais realizará qualquer das condutas típicas se origina de alguma infração penal, a hipótese será de evidente erro de tipo que, invencível ou vencível, implicará na exclusão do dolo e na atipicidade da conduta[50].

A mesma interpretação pode ser estendida para as modalidades delitivas do artigo 1, §1, que descreve a conduta de quem comete as condutas previstas em razão de "bens, direitos ou valores provenientes de infração penal". No mesmo sentido é o §2, que exige que o agente pratique as condutas previstas em relação a bens, direitos e valores "provenientes de infração penal" (inciso I) ou dirigida "à prática de crimes previstos nesta Lei" (inciso II).

Também sustentam a impossibilidade do dolo eventual Antônio Pitombo[51] e Marco de Barros[52]. Tigre Maia conclui pelo cabimento do dolo eventual, já que factível sob o ponto de vista lógico a sua ocorrência. No entanto, sustenta serem enormes as dificuldades na sua distinção da culpa consciente, sob o ponto de vista prático[53].

No mesmo sentido é o entendimento de Renato Brasileiro, para quem o grande problema resultante da aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente[54]. Para o autor, restará configurado o dolo eventual "quando estiver comprovado que o agente tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade, ou seja, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos e valores, preferiu permanecer alheio a esse entendimento"[55]. Assim, em casos de lavagem de dinheiro, como afirma Sergio Moro, deve ser exigido prova de que o agente tinha condições de aprofundar o conhecimento sobre a natureza criminosa da transação[56].

No entanto, em seguida reconhece Renato Brasileiro o grau de dificuldade para a comprovação do elemento subjetivo da lavagem de dinheiro, tendo em vista a

origem ilícita do dinheiro, praticam atos relacionados ao seu trabalho sem intenção de ocultar ou dissimular capitais e sem a imposição do dever legal de averiguar a procedência dos valores (logo, não sendo garantidor do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro). Embora o estudo se refira aos agentes financeiros, sob o enfoque da adequação social da conduta, do risco permitido e da proibição do regresso, nada impede que seja aplicado a outras situações semelhantes, em que o agente age no exercício da sua corriqueira atividade (Callegari, André Luís, *Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro*, Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (org.). Salvador: Podivm, 2010, pp. 341-360, p. 341).

50 Callegari, André Luís, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei N° 9.613/98*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153-156.

51 Pitombo, Antônio Sergio, *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*, São Paulo: RT, 2006, pp. 136-137.

52 Barros, Marco Antônio de, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*, São Paulo: RT, 2004, p. 101.

53 Maia, Rodolfo Tigre, *Lavagem de dinheiro (lavagem dos ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*, São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 87-88.

54 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, Coleção Ciências Criminais. V. 6. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 593.

55 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, pp. 537-538.

56 Moro, Sergio Fernando, Revista Via Legal. De olhos bem fechados. p. 11. A "condição de aprofundar o conhecimento" deve ser analisada com razoabilidade, diante do caso concreto e dos meios à disposição do agente. Não se pode exigir, por exemplo, que um vendedor de automóveis ou corretor de imóveis que receba valores em espécie seja compelido a investigar a vida do comprador, determinando que este apresente prova de rendimentos lícitos, declaração de bens e rendas, certidões judiciais negativas etc., a fim de "certificar-se" da licitude dos valores. Não é seu dever investigar. No máximo, deverão identificar seus clientes, manter os registros e comunicar operações financeiras, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98.

já referida linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente. De fato, existe uma dificuldade na comprovação do dolo eventual frente à presunção de inocência e impossibilidade de responsabilidade penal objetiva[57].

Marcelo Mendroni exige, ainda, o dolo específico, na medida em que deve haver indícios suficientes de que o agente efetivamente pretende ocultar ou dissimular, e não somente guardar o proveito do crime. Assim, se o agente gasta o produto obtido dos crimes antecedentes em roupas ou restaurantes, ou mesmo o deposita em sua conta bancária com o mero intuito de em seguida dele usufruir ou gastar, não terá agido com o elemento subjetivo do tipo. Isso porque a falta do dolo específico desfigura a prática do crime de lavagem de dinheiro. Se, ao revés, apanha o dinheiro e o deposita em conta de terceira pessoa (um parente, amigo ou testa-de-ferro) para depois repassá-lo para sua própria conta, haverá fortes indícios de que tenha buscado dissimular a verdadeira origem do dinheiro, configurando, em tese, a prática criminosa. De qualquer forma, será o contexto probatório, e não somente um ou outro fato isolado, que permitirá uma conclusão mais segura[58].

É nesse campo já minado da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, bem como da possibilidade de responsabilização por dolo eventual no âmbito da Lei de Lavagem, que se insere a discussão sobre a doutrina da cegueira deliberada no âmbito do direito penal brasileiro.

De acordo com Sergio Moro, em entendimento repetido na sentença referente ao caso do furto do Banco Central, bem como no precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ignorância deliberada não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue –pelo menos do ponto de vista probatório– entre o dolo eventual e a culpa consciente. E tais construções, em uma ou outra forma, "assemelham-se" ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso, e considerando a previsão genérica do artigo 18, inciso I, do Código Penal, bem como a falta de disposição legal específica na Lei de Lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para o direito penal brasileiro[59].

Entretanto, além dos problemas relativos à definição do dolo, a equiparação entre o conhecimento efetivo e o desconhecimento buscado também gera dúvidas quanto às suas consequências. Para Ragués i Vallès, não se pode deixar de apontar numerosos casos em que o agente quis manter-se em um estado de desconhecimento e que, apesar das circunstâncias, pareceu excessiva a responsabilização a título de dolo. Se determinadas situações de desconhecimento provocado parecem suscitar uma necessidade de punição não inferior à do dolo eventual, existem outros que não merecem maior sanção do que a prevista para os casos de culpa, o que exige sejam realizadas distinções dentro da própria doutrina da ignorância deliberada, uma difícil tarefa[60].

Dessa forma, a equiparação entre certos casos de cegueira deliberada com os de dolo segue suscitando um problema sério de proporcionalidade, que faz com que se trate um indivíduo com pleno conhecimento da conduta ilícita da mesma forma do que um que a desconhece, ainda que deliberadamente.

Em realidade, esse problema não é encontrado apenas em relação à cegueira deliberada, já que também ocorre na equiparação entre o dolo direto e eventual, que trata de maneira idêntica os casos de intenção e aceitação. Atualmente, a questão somente pode ser resolvida, parcialmente e não sem grande esforço, no âmbito da determinação da pena, embora os tribunais não pareçam muito dispostos a isso. A solução definitiva deveria passar por uma redefinição geral do sistema de imputação, tanto no âmbito da lei como da ciência penal, que reconheça como genericamente puníveis certas configurações subjetivas (como o dolo eventual e algumas modalidades de ignorância deliberada), mas com consequências punitivas menos severas do que em outras formas de dolo[61].

57 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, p. 538.

58 Mendroni, Marcelo Batiouni, *Última instância. Crime de lavagem de dinheiro: consumação e tentativa*, Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=23077. Acesso em 12/07/2012.

59 Moro, Sergio Fernando, *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*, pp. 99-100.

60 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 18-19.

61 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 20.

Sobre a utilização da ignorância deliberada na jurisprudência espanhola, Ragués i Vallès aponta diversas objeções, que podem ser tranquilamente "importadas" para a realidade brasileira, dentre as quais podem ser destacadas: 1) não há uniformização de entendimento, que oscila do apontamento da culpa até a equiparação ao dolo direto; 2) não há demonstração da sua necessidade e utilidade, já que não resta claro quais casos ela poderia resolver que não tivessem condições de antes já serem decididos pelos conceitos tradicionais de dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente (os casos em que é aplicada são geralmente resolvidos pelo dolo eventual); 3) na prática, é utilizada para fundamentar condenações em que o órgão julgador não se esforça para colher provas do elemento subjetivo ou quando tais provas não existem no processo; 4) igualmente em casos concretos, a sua aplicação usualmente vem desacompanhada de fundamentação acerca dos elementos concretos de prova acerca da "cegueira deliberada"; 5) a dificuldade de prova da "alta probabilidade" da origem criminosa do bem, direito ou valor é ainda maior do que a da "previsão" exigida para o dolo eventual; 6) a doutrina parece criar uma nova forma de imputação subjetiva sem qualquer base legal, ferindo a legalidade; 7) muitas vezes, representa um mero recurso retórico que permite afastar os deveres de motivação do juiz em relação à prova de delitos que apresentam penas altas, como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro[62]. Assim, para o autor, a doutrina da ignorância deliberada não pode merecer, ao menos por ora, uma valoração positiva[63].

Assim, as conclusões que podem ser extraídas, tendo por base o ordenamento espanhol (mas que, repita-se, não se distanciam da situação brasileira), são basicamente as seguintes: 1) atualmente, a doutrina da cegueira deliberada, tal como vem sendo aplicada pelo Tribunal Supremo, pode ser na prática uma ferramenta útil –sobretudo para aqueles que desempenham a função de acusadores em um processo– para evitar a impunidade em razão de déficits de imputação subjetiva; 2) apesar disto, em uma perspectiva mais teórica, esta equiparação cria problemas de adequação ao sistema vigente de responsabilidade subjetiva que distingue unicamente o dolo da culpa, além de suscitar dúvidas de proporcionalidade[64].

Em suma, essa "nova" teoria é adequada para a rediscussão de alguns aspectos importantes acerca da dogmática do tipo subjetivo, que pouco têm a ver com os casos levados a julgamento pelo Tribunal Supremo espanhol (tal como nos casos apresentados perante o Judiciário brasileiros). Assim, o primeiro ponto a ser superado é a falta de reflexão em seu uso, fundamentação e consequências[65].

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Originada dois séculos antes do atual, em um direito penal muito distinto do contemporâneo e em países com tradição jurídica de *common law*, a cegueira deliberada foi "redescoberta" nos anos 1970, nos Estados Unidos, para auxiliar na punição pelo crime de tráfico de drogas.

Referido país não possui a previsão de dolo eventual e, no começo dos anos 1980, como visto, o Código Penal Federal apresentava setenta e oito formas distintas de imputação subjetiva. A confusão quanto ao elemento subjetivo que já existia àquela época alcança os dias atuais quanto aos requisitos e consequências da *willful blindness*.

Disseminada para outros lugares, a doutrina alcançou a Espanha –reconhecidamente muito ligada ao Brasil em matéria penal– e, via América do Norte e Europa, chegou ao território brasileiro.

Mais: foi usada como fundamento para a condenação em uma decisão de caso com destaque nacional[66] e objeto de questionamento em concurso público. A partir daí, parece ser questão de tempo para que esteja em todos os manuais de direito penal e aulas sobre tipo subjetivo, sem que –provavelmente– seja aprofundada por mais de algumas linhas ou segundos.

62 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 58-61.

63 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 60-61.

64 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 20-21. No Brasil, é o que ocorre, por exemplo, no caso da "tortura-omissão" (art. 1, §2, da Lei 9.455/97), que pune aquele que se omite em face da tortura, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, com uma pena de detenção de um a quatro anos (enquanto a pena da tortura é de reclusão, de dois a oito anos). Ainda assim, o texto legal deixa clara a necessária existência do "dever de evitá-las ou apurá-las", o que não existe – ao menos de forma clara – nos casos de cegueira deliberada.

65 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, p. 212.

66 Aliás, em 2011, inclusive transformou-se em filme, chamado "Assalto ao Banco Central".

Não se pretende condenar ou desautorizar a doutrina da cegueira logo de início, mas sim esse "modo-de-fazer-as-coisas" que há muito impera no Brasil. Concordando-se ou não com ela, o que não pode ser tolerado é que ela seja aplicada, repetida e "ensinada" sem que se possa compreender o que realmente representa.

Como resultado disso, surgem decisões que, quanto a um mesmo fato, justificam a condenação com base no dolo direto, dolo eventual e cegueira deliberada. Que as partes ou a própria sociedade escolham um deles (algo próximo a um "tipo subjetivo *self-service"*), como se pudessem coexistir ou representassem a mesma coisa.

As objeções trazidas nos parágrafos anteriores (especialmente as de Ragués i Vallès) são contundentes, e servem de parâmetro inicial para a discussão que se impõe.

A reflexão sobre essas questões permite sejam respondidas as seguintes perguntas básicas: "quando" aplicar, "como" aplicar e "por que" aplicar a doutrina da cegueira deliberada?

Quanto à lavagem de dinheiro, a cegueira deliberada –enquanto teoria– até "pode" ser aplicada, mas desde que sirva como mero "fundamento" do dolo ou culpa (tipos subjetivos previstos no ordenamento pátrio). Jamais como "presunção" de suas existências, como seus "substitutos" e, muito menos, como um "terceiro elemento subjetivo".

Em outras palavras, "pode" ser aplicada, mas, ao menos por ora (antes de um maior aprofundamento), é conveniente que seja evitada, na medida em que o dolo direto e eventual (com todas as discussões já a eles inerentes) parecem bem resolver a questão, sem necessidade de um desconhecido intruso, estranho, desengonçado –com um avestruz– e obscuro – como a imagem obtida por aquele que fecha os próprios olhos.

Por derradeiro –inspirados pelo já saudoso José Saramago– que não haja cegueira quanto à cegueira, especialmente a dos cegos que veem e, vendo, não veem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baltazar Junior, José Paulo, Crimes federais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Barros, Marco Antônio de, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: RT, 2004.

Bolzan De Morais, José Luiz; Copetti, André, Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82

Brasileiro, Renato, Legislação especial criminal. Coleção Ciências Criminais. V. 6. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Callegari, André Luís, Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (org.). Salvador: Podivm, 2010. p. 341-360.

_____. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais da lei N° 9.613/98. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Cavali, Marcelo, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

De Sanctis, Fausto Martin, *Combate à lavagem de dinheiro*: teoria e prática. Campinas, SP: Millennium, 2008.

Feijoo Sánchez, Bernardo, Imputación objetiva en el derecho penal econômico y empresarial: un esbozo de una teoría geral de los delitos econômicos. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*. ed. 2/2009. Barcelona: 2009. p. 2-74.

Krebs, Pedro, Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva. Barueri: Manole, 2004.

Laufer, Christian, Silva, Robson A. Galvão da, A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 10-11, nov., 2009.

Maia, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem dos ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

Mendroni, Marcelo Batiouni. Última instância. Crime de lavagem de dinheiro: consumação e tentativa. Disponível em http://ultimainstancia.uol. com.

br/colunas_ver.php?id Conteudo=23077. Acesso em 12/07/2012.

Morais, José Luiz Bolzan De; Copetti, André, Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82

Moro, Sergio Fernando, Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Org. José Paulo Baltazar Junior, Sergio Fernando Moro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

Moura, Cláudia; Del Fiaco, Thais, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

Oliveira, Willian Terra de; Cervini, Raúl e Gomes, Luiz Flávio, *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998.

Pitombo, Antônio Sergio, *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2006.

Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

_____, La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*. ed. 3/2008. Barcelona: 2008.

Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Streck, Lenio Luiz, Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_ direito_ apresentam_ profundo_deficit_ realidade. Acesso em 12/07/2012.

U.S. Department of Justice, Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section (Disponível em http://www.justice.gov/criminal/afmls/, acesso em 12/07/2012).

SOBRE EL TIPO BÁSICO DE LAVADO DE ACTIVOS

Dino Carlos CARO CORIA*

SUMARIO: I. Generalidades. II. Antecedentes. III. El tipo objetivo de lavado de activos. IV. El tipo subjetivo de lavado de activos.

I. GENERALIDADES

Tras casi diez años de expansiva aplicación la Ley N° 27765 de 27.6.02, la llamada "*Ley penal contra el lavado de activos*", ha sido derogada. Toma su lugar el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 denominado *"De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado"*, publicado el 19.4.12 y vigente desde el día siguiente como señala la Primera Disposición Complementaria Transitoria. Ello con excepción de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de dicho Decreto que entró en vigor a los 60 días, y que ha reformado la Sexta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley N° 28306 de 29.7.04, relativa a la "*Obligación (administrativa) de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo*"[1].

Sin una exposición de motivos oficial no se puede conocer la "*voluntad del legislador*". Los considerandos del D. Leg. N° 1106 y su fuente, el art. 2.b de la Ley N° 29815 de 22.12.11 de delegación de funciones en el Poder Ejecutivo para legislar sobre la "*Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal*", y en concreto, sobre la "*Investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal, mediante la modificación de la normativa sobre las funciones y competencias de la Policía Nacional del Perú y normativa procesal penal*", conducen a sostener que la reforma es un complemento esencial del sistema de prevención y persecución del delito de minería ilegal[2], en la medida que las grandes ganancias, productos y efectos de este ilícito[3], necesitan un destino que solo el lavado de activos se lo puede dar. Si a ello sumamos que, como exponen diversos enfoques criminológicos, la minería ilegal ha profundizado en nuestro país otros fenómenos delictivos como la trata de personas con fines de explotación y servidumbre, la corrupción de funcionarios para garantizar la impunidad administrativa y penal, y evidentemente la evasión y el fraude tributario por parte de estos mineros ilegales, existen en consecuencia sobradas razones para adecuar la regulación del lavado de activos a estas nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada local.

Lo anterior no enerva las dudas de constitucionalidad que el extenso contenido del D. Leg. N° 1106 despierta. No solo tenemos toda una Nueva Ley Penal contra el Lavado de Activos, sino un conjunto de reformas en el estamento que lo precede, es decir en el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

1 Texto entre paréntesis fuera del original.

2 Regulado como delito ambiental, concretamente como una manifestación del delito de contaminación, dada la ubicación sistemática que el D. Leg. N° 1102 de 29.2.12 otorgó a los tipos de los arts. 307-A a 307-f del Código Penal. El glosario de las nuevas 40 Recomendaciones del GAFI, "*Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*", identifica a los delitos ambientales como posible delito fuente para el lavado de activos.

3 Según un reciente estudio de Macroconsult, las exportaciones de oro proveniente de la minería ilegal alcanzaron en el año 2011 la cifra de US$1.793'000.000,00, frente a los US$1.208'000.000,00 del narcotráfico en el mismo año, Vid. *El Comercio* de 27.5.12, p. a18. Esta cifra ha sido ampliada por los autores de este estudio, se considera que en el año 2011, "*el valor de las exportaciones de procedencia Ilegal habría llegado a cerca de US$ 2,900 millones. De ellos, cerca de US$ 1,100 millones proceden de la explotación aurífera de Madre de Dios, según cifras del MEM. Los otros US$ 1,800 millones provendrían del resto del país (...), esta actividad informal alberga a cerca de 100,000 trabajadores directos y otros 400,000 trabajadores indirectos*", Vid. http://blog.macroconsult.com.pe/contenido/mineria/la-mineria-ilegal-del-oro#more-1907

Financiamiento del Terrorismo (el llamado SPLA-FDT). Y ello, como ya es lugar común en los últimos 30 años, excede largamente las facultades delegadas previstas en la Ley N° 29815, aunque conforme a la práctica parlamentaria también de los últimos años, es poco probable que el Congreso de la República controle la estricta sujeción del Poder Ejecutivo a los términos de la delegación.

II. ANTECEDENTES

Descontando los aspectos relativos al tipo subjetivo que se abordarán más adelante, la nueva Ley mantiene en el plano del tipo objetivo la sistemática heredada desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20.12.88, la llamada Convención de Viena[4], que tipifica el blanqueo de capitales diferenciando los actos de conversión y transferencia, frente a los de ocultamiento y tenencia[5], aunque circunscripto a ese ámbito del tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas como delito fuente. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo[6] adoptada el 15.11.00, mantiene esa diferencia[7], pero con una perspectiva más amplia porque extiende el concepto de delito fuente, o "*delito determinante*" como lo llama la Convención, para incluir otros ilícitos graves como la corrupción, la obstrucción a la justicia y las múltiples formas de delito de organización[8].

4 Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25352 de 26.11.91, y ratificada el 12.12.91.

5 "*Artículo 3–Delitos y sanciones*

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente; (...)

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.

i) la adquisición, la posesión a la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (...)".

6 Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 27527 de 8.10.01 y ratificada mediante el D.S. N° 088-2001-RE de 20.11.01.

7 *"Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito (...)"

8 *"Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito (...)*

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre estos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí (...)".

Durante sus primeros diez años la legislación penal contra el lavado de activos no adoptó esta sistemática. El D. Leg. N° 736 de 12.11.91, siguiendo el modelo de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89, introdujo por primera vez en nuestro sistema la penalización del blanqueo de capitales derivado del tráfico ilícito de drogas, mediante el art. 296-A del Código Penal que reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del TID, y el art. 296-B que sancionaba el lavado de dinero cometido a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. Estas normas fueron prontamente derogadas por la Ley N° 25399 de 10.2.92, y mediante la Ley N° 25404 de 26.2.92 el lavado de activos, siempre derivado del TID, pasó a ser considerado como una modalidad agravada del delito de receptación patrimonial, y se introdujo como pf. 2 del art. 195 del CP. Tal regulación tampoco trascendió, en menos de dos meses la Ley N° 25428 de 11.4.92 la derogó, y reinstauró los arts. 296-A y 296-B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N° 736 de fuente argentina como se ha señalado[9]. Las posteriores reformas del art. 296-B, a través de la Leyes N° 26223 de 21.8.93 y N° 27225 de 17.12.99, no cambiaron esta sistemática.

Las limitaciones de este régimen penal que no tuvo como fuente directa las Convenciones de Viena y de Palermo, y en particular por la limitación del blanqueo de capitales a los activos derivados del tráfico ilícito de drogas, dio lugar a una serie de propuestas prelegislativas, entre las que destacó el "*Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos*", de la Comisión encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS[10]. El Anteproyecto propuso el tratamiento del blanqueo de activos como una modalidad de los delitos contra la administración de justicia, "*Considerando que la finalidad principal en este delito es asegurar la incolumidad de las ganancias o bienes obtenidos ilícitamente*"[11], y adoptó la sistemática impulsada desde la Convención de Viena de 1988 que diferencia entre actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, aunque con la ubicación sistemática propia de los delitos de encubrimiento real[12].

La Ley N° 27765 de 27.6.02, la denominada "*Ley Penal contra el Lavado de Activos*", siguió varios de los lineamientos del Anteproyecto. Aunque se decantó por la instauración de una ley penal complementaria o ley penal especial, evitando así la discusión sobre el bien jurídico protegido y la ubicación de este delito en el Código Penal acorde con ello, la Ley N° 27765 recogió en esencia las descripciones típicas y las agravantes del Anteproyecto. Por un lado se tipificaron las conductas de conversión y transferencia (art. 1), ocultamiento y tenencia (art. 2), y un conjunto de circunstancias agravantes (art. 3), y se

9 Prado Saldarriaga, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima, Idemsa 1994, pp. 54-62.

10 Publicado como Separata Especial del Diario Oficial *El Peruano* de 17.6.01. La Comisión estuvo integrada por Luis Lamas Puccio, quien la presidió, Víctor Prado Saldarriaga, Julio Bueno Tirado, Oscar Kea Velaochaga, Rosa Mavila León, Ricardo Soberón Garrido y Aldo Figueroa Navarro.

11 Ibid., p. 4.

12 El Anteproyecto planteaba la creación de una Sección II-A denominada "*Lavado de Activos*" en el Capítulo III de "*Delitos contra la administración de justicia*", del Título XVIII de "*Delitos contra la administración pública*" de la Parte Especial, y con el siguiente contenido:

"*Artículo 406 A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.*

Artículo 406 B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406 C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365 a 730 días-multa cuando los delitos previstos en los artículos 406 A y 406 B se cometen bajo las siguientes circunstancias:

a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.

b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.

c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal".

penalizó la omisión de reporte de operaciones sospechosas (art. 4). También se incluyeron reglas procesales de investigación relativas al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil (art. 5), así como disposiciones sobre la amplia gama de delitos fuente, la autonomía o independencia del blanqueo de capitales frente al delito antecedente y la punición del autolavado (art. 6). Finalmente, se establecieron limitaciones y prohibiciones de acceso a beneficios penitenciarios (art. 7). Las reformas de la Ley N° 27765 a través de la Ley N° 28355 de 6.10.04, la Ley N° 28950 de 16.1.07, y del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, no modificaron sustancialmente la estructura de esta "*Ley Penal contra el Lavado de Activos*".

III. EL TIPO OBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

1. Conductas típicas

Teniendo en cuenta la evolución de estos antecedentes, el D. Leg. N° 1106 reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa. A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme al texto reformado por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, los actos de transporte dentro y fuera del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el nuevo art. 3 del. D. Leg. N° 1106. La consideración de este "*nuevo delito*" como una modalidad de blanqueo de capitales, concuerda con la decisión del legislador de establecer la misma escala de penas que la prevista para los actos de conversión y transferencia, y ocultamiento y tenencia.

Los actos de **conversión** equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se "*lavan*" mediante conversión cuando el autor los transforma en otros[13]. Ello implica "*transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito*"[14]. Es indiferente si la conversión es reversible o no[15]. La conversión puede ser material, por ejemplo la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro, y tales supuestos pueden darse por adición o supresión de una parte de la cosa[16]. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. Como corolario de lo anterior, debe aceptarse que los bienes pueden ser convertidos en otros de igual (conversión impropia) o de distinta naturaleza (conversión propia), ejemplo de lo primero es el cambio de billetes de baja denominación por otros de alta denominación, y ejemplo de lo segundo es la compra de acciones en la bolsa de valores con un cheque de gerencia adquirido en un banco con dinero en efectivo de origen ilícito.

Se ha sostenido que los actos de conversión corresponden en general a la llamada primera etapa de "*inversión*", "*ocultación*" o "*colocación*" del blanqueo de capitales[17], lo que conllevaría a calificar como actos de conversión las sucesivas transformaciones del bien, aun cuando el bien originario ya haya desaparecido o no quede nada de él tras esa cadena de transformaciones[18]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta las dificultades para deslindar el proceso de reciclaje en periodos diferentes, y "*la mayor complejidad que entraña la subsunción de cada comportamiento en una fase del itinerario blanqueador*"[19]. Y es que en

13 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2011, p. 490.

14 Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Edersa 2000, p. 429.

15 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona, Marcial Pons 2000, p. 226.

16 Ibid., p. 226.

17 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 178-179. Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima, Grijley 2007, p. 142. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, T. II. Lima, Grijley 2007, p. 496. Galvez Villegas, Tomás Aladino, El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765, 2ª ed. Lima, Jurista Editores 2009, p. 76.

18 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 496.

19 Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, Barcelona, Bosch 2005, p. 113.

estricto, desde la Convención de Viena de 1988, los tipos penales de lavado de activos han sido configurados con una orientación omnicomprensiva que conduce a una inevitable superposición de conductas que impide deslindar plenamente por ejemplo, con todas las exigencias de una dogmática acorde con el principio de certeza, entre actos de "*conversión*" y actos de "*transferencia*". Una expresión de dicha ausencia de claridad estriba en la propia definición de actos de "*sustitución*" y a su consideración como actos de "*conversión*"[20] o de "*transferencia*"[21]. Lo mismo sucede respecto a si la transferencia de bienes a título oneroso no debiera considerarse como un acto de "*conversión*" sino de "*transferencia*"[22], o si el caso en que un bien circula en el mercado sin cambio de titularidad no configura una conducta de "*transferencia*" sino de "*conversión*"[23].

Ante ello, es lugar común entre los penalistas sostener que se trata de cuestiones teóricas sin efecto práctico, en la medida que bajo una expresión u otra la ley penal ya abarca estos supuestos[24]. Pero ello a mi juicio es un error si tenemos en cuenta la garantía de imputación necesaria que, como expresión suprema del derecho de defensa, demanda que ya desde la actividad investigativa del Ministerio Público, el imputado conozca con precisión los hechos atribuidos y la correspondiente subsunción típica, con el detalle de la concreta modalidad o conducta investigada[25].

El art. 1 del D. Leg. N° 1106 sanciona también los actos de **transferencia**, que involucran tanto la "*transmisión de bienes*"[26] como el traslado de los mismos. La transmisión implica "*la salida de los bienes del propio patrimonio, para incrementar el de otra persona*"[27], como corolario, la transmisión de bienes al mismo titular, es decir una transferencia entre cuentas propias por ejemplo, no configura un acto de "*transferencia*" sino de "*conversión*" de activos en el contexto del art. 1 del D. Leg. N° 1106. Dado que la transmisión "*se produce mediante cualquier forma de transferencia, cesión o traspaso de los capitales a terceras personas*"[28], esa transmisión puede darse a título gratuito u oneroso[29], y puede implicar la transferencia del dominio o propiedad, de la posesión o de la simple tenencia[30].

Esto último importa un distanciamiento de aquel sector de la doctrina española que traslada a la dogmática del lavado de activos el concepto de transmisión del derecho civil, entendida "*como traspaso de derechos sobre los bienes*"[31], es decir la cesión del dominio sobre los bienes de un patrimonio para integrarlos a la esfera jurídica de un tercero[32], lo que dicho de

20 En esa línea, Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 77. Gómez Iniesta, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona, Cedecs 1996, p. 48. Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", en: *Estudios Penales*. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias. Lima, San Marcos 2003, p. 523, equipara los actos de conversión con los de "*receptación sustitutiva, puesto que estamos ante un proceso de sustitución del bien, es decir donde se sustituye el bien materia del delito previo por otro*".

21 Así, García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial,* cit., p. 497.

22 Así, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed. Pamplona, Aranzadi 2002, p. 337.

23 Aránguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 226.

24 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 497. Blanco Cordero, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 337.

25 Reátegui Sánchez, James, *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*. Lima, Palestra-C&A 2008, pp. 87ss. Castillo Alva, José Luis, "La necesidad de determinación del "delito previo" en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. T. 4, oct 2009, pp. 345ss.

26 Es la expresión usada por el art. 301.1 del Código Penal español

27 Lombardero Expósito, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona, Bosch 2009, p. 170. Similar, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte especial, cit., pp. 490-491.

28 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 227. Blanco Cordero, Isidoro,*El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 313.

29 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*. *Parte especial*, cit. 491. Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid, Iustel 2011, p. 277.

30 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 144.

31 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 276.

32 Ibid., p. 276.

otra manera y llevado al extremo implicaría que el autor del delito deba ostentar la propiedad sobre el bien y transmitir ese derecho de propiedad. Bajo ese entendimiento se restringiría de modo ostensible la criminalización del lavado de activos, al no encontrar asidero típico los actos de transferencia de posesión o de la mera tenencia sobre los bienes, o los casos en que el autor ostenta únicamente un poder fáctico de disposición sin un título de propiedad, vacíos que en la regulación española son cubiertos por la fórmula abierta "*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*" del art. 301.1 del CP español, salida que no se contempla en la regulación peruana. Esta limitación interpretativa no puede superarse con la simple exigencia de que los actos de transferencia ostenten apariencia de legalidad desde el punto de vista jurídico-civil[33], ello solo incide en las posibilidades de éxito de una conducta de blanqueamiento, en la idoneidad del riesgo creado por el autor, pues una mayor apariencia de legalidad conlleva mayores posibilidades de diluir el origen ilícito de los activos.

Se trata más bien de asumir una concepción amplia del concepto de "*transferencia*" utilizado por el legislador peruano, a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos relacionados con la llamada etapa de intercalación o estratificación del lavado de activos[34], en el que se producen múltiples y sucesivas transacciones para ocultar aún más el origen delictivo de los bienes, entre ellas las que no importan el traslado del dominio, como sucede con la transmisión de la posesión o la tenencia. Puede sostenerse por ello, desde la perspectiva de la legislación peruana, un concepto penal de transferencia que abarque tanto los casos de transmisión material o fáctica, como la llamada transmisión jurídica, siempre que exista poder de disposición[35]. La transmisión jurídica supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bienes[36], como se aprecia en una transferencia electrónica de fondos a través del sistema financiero y en favor de un tercero.

En cuanto a la transmisión material o fáctica, entendida como el transporte, traslado o remisión física de bienes de un lugar a otro, al margen del debate antes referido sobre los alcances del concepto de transmisión, la doctrina en general suele incluirlo dentro del concepto general de transferencia que usa la legislación nacional[37]. Se ha criticado por ello que la reforma del art. 2 de la Ley N° 27765, a través del D. Leg. N° 986, hubiere incorporado en el año 2007 dentro del tipo de "*ocultamiento y tenencia*" la punición de quien "*transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo*" activos de origen delictivo, dado que tales supuestos equivalen, al menos en parte como veremos luego, a auténticas conductas de conversión o transferencia que habrían tenido mejor asidero en el art. 1 de la Ley N° 27765[38]. El D. Leg. N° 1106 ha corregido esta inconsistencia, el nuevo art. 3 sanciona de modo independiente el "*Transporte, traslado, ingreso o salida del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito*", con lo que el transporte de otros bienes, distintos al dinero o títulos valores, quedará abarcado por el art. 1 del D. Leg. N° 1106 que criminaliza la conversión y transferencia, aunque también, y como se detallará más adelante, por el art. 2 en tanto sanciona los actos de posesión.

Las conductas típicas reunidas bajo el nombre "***actos de ocultación y tenencia***" están recogidas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106 a través de ocho verbos típicos, se incluyen los actos de "*adquirir*", "*utilizar*", "*guardar*", "*administrar*", "*custodiar*", "*recibir*", "*ocultar*" y "*mantener en su poder*" los activos de origen ilícito. El texto original del art. 2 de la Ley N° 27765 recogía las mismas conductas, excepto la administración que fue incorporada en el año 2007 a través del D. Leg. N° 986[39]. A diferencia del tipo de conversión

33 Como parece entender García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 498.

34 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 143.

35 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 183-188. Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 227.

36 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 183.

37 Saavedra Rojas, Edgar y Rosa Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*. Bogotá, Temis 1991, p. 38. Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", cit., p. 524. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 497.

38 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial,* cit., p. 497.

39 Siguiendo con ello el modelo del art. 247-A del CP colombiano de 1980, reformado por la Ley 365 de 1997, y posteriormente sustituido por el art. 323 del CP de 2000, normas que expresamente previeron la sanción de los actos de administración de bienes.

y transferencia del art. 1, el amplio casuismo del delito de ocultamiento y tenencia del art. 2 deriva del mismo carácter que tiene el art. 3.1 literales b.ii y c.i de la Convención de Viena de 1988 y que menciona las conductas de "*ocultamiento*", "*encubrimiento*"[40], "*adquisición*", "*posesión*" y "*utilización*". El art. 6.1 literales a.ii y b.i de la Convención de Palermo de 2000 recoge las mismas conductas, excepto el "*encubrimiento*" que la reemplaza por "*disimulación*", supuesto que tampoco ha sido contemplado por la regulación peruana.

Como es evidente, las conductas tipificadas van más allá de los actos de conversión y transferencia[41], seguramente porque la orientación político criminal es abarcar los principales supuestos que se dan en la llamada etapa de integración del lavado de activos, pues se trata de conductas que se dan una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad producto de anteriores actos de conversión o transferencia[42]. Según el grado de injerencia del autor del delito sobre los bienes lavados, es posible identificar cuatro grupos de comportamientos: a) adquirir, b) recibir, mantener en su poder, c) guardar, custodiar y ocultar, y d) utilizar y administrar. En estricto, solo los supuestos del grupo b) corresponden a la tenencia, pero en sentido amplio suele considerarse como tenencia todos los casos del art. 2 salvo el de ocultamiento[43]. La **adquisición** supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito[44], es en parte la faceta contraria de los actos de transferencia, "*Adquisición y transmisión parecen contemplar los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial*"[45]. Pero a diferencia de los actos de transferencia que involucran la transmisión de propiedad, posesión o tenencia, la adquisición se limita solo a las que involucran la propiedad[46], aunque por cualquier título[47], aquellas que signifiquen la adquisición de la posesión o la tenencia ya están cubiertas por los verbos típicos "*recibir*" y "*mantener en su poder*", según el caso.

Los actos de **recibir** y **mantener en su poder** tienen en común que dan lugar a situaciones en las que el autor ejerce el poder fáctico sobre la cosa. La recepción solo implica el inicio de la tenencia material y efectiva, transitoria o permanente, del bien de origen delictivo[48], se trata de un delito instantáneo ("*recibir*") a raíz del cual se dará paso a otros comportamientos típicos como la posesión, administración, ocultamiento, transmisión, etc. A su vez, la conducta de "*mantener en su poder*" incorpora desde la simple

En la legislación argentina también se sanciona el lavado mediante administración de bienes, en el art. 278.1 del CP, conforme a la reforma mediante la Ley 25.246 publicada el 10.5.00. El art. 2.2 del Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves (1992-2006), también prevé esta modalidad.

40 Supuesto que, de modo acertado, no recoge la norma nacional porque ello daría lugar a comunes situaciones de concurso aparente con el delito de encubrimiento, como se aprecia en el art. 301.1 del CP español o en el art. 323 del CP colombiano que sancionan, como una modalidad de blanqueo de capitales, la realización de actos para encubrir el origen ilícito de los bienes

41 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 498.

42 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 146.

43 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., pp. 498-500.

44 Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, cit., pp. 109-110. Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 425. Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 225. Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 123. En la doctrina nacional, Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., pp. 147-148, y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", cit., p. 524, consideran sin exponer los motivos que solo existe espacio en la ley para las adquisiciones a título oneroso, aunque concluyen que las efectuadas a título gratuito están cubiertas por el verbo típico "*recibir*". Antes bien, el sentido de la criminalización del lavado de activos también alcanza a mi juicio las adquisiciones a título gratuito como la donación o la herencia que, desde el punto de vista criminológico, son modalidades recurrentes de blanqueo de capitales. Reticente a la punición de las adquisiciones por herencia, Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 271, quien postula enfrentar estos casos con las reglas del comiso.

45 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 227.

46 Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 425. Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 147.

47 No se entiende las razones que conducen a Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, "*Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02*", cit., p. 524, a sostener que adquirir es sinónimo de comprar. La amplitud del verbo adquirir abarca supuestos diversos como la compraventa, la permuta, la cesión de derechos de crédito en un juicio, etc.

48 Galvez Villegas, Tomás Aladino, El delito de lavado de activos, cit., p. 125. Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 148. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 498.

tenencia del Derecho civil clásico[49], hasta la posesión del bien que corresponde con el ejercicio fáctico de los atributos de la propiedad, como señala el art. 896 del Código Civil. El verbo "*mantener*" conlleva a que estemos ante una conducta de tracto sucesivo[50], ante un delito permanente. Así, no puede asumirse ni es necesaria una diferencia subjetiva entre "*recibir*" y "*mantener en su poder"*[51].

La **guarda**, **custodia** u **ocultamiento** presuponen la tenencia o posesión del bien. En tales casos el agente no se limita a tener el bien a su disposición sino que realiza determinadas prestaciones de hacer, de diferente grado, con el objeto de mantener o conservar el bien al margen de los riesgos habituales del entorno social (pérdida, sustracción, robo, deterioro) y legal (decomisos, incautaciones, etc.). **Guardar** involucra actos externos de protección física del bien, sin necesidad de ocultarlo[52], es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor[53]. En la **custodia** el autor va más allá, si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión[54], ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen[55]. En relación a los actos de **ocultamiento**, conforme al art. 2 del D. Leg. N° 1106 estos deben recaer sobre los bienes de origen ilícito, y deben ser idóneos para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, por ese motivo se considera que no solo involucran el ocultamiento físico del bien, sino también el contable o jurídico[56], lo que da cabida a las modalidades de ocultamiento previstas en la Convención de Viena, que describe acciones que no afectan directamente a un bien, sino que ocultan o encubren algunas características relativas a los bienes, entre ellas la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos relativos a ellos[57].

El último grupo de los llamados actos de "*tenencia*" en sentido amplio compete a las conductas de "***utilizar***" y "***administrar***", aquí el común denominador es que estamos ante comportamientos de explotación o aprovechamiento del bien. Sobre el primero de ellos, se descartan de plano los usos socialmente adecuados que no tienen por finalidad ocultar los activos de origen delictivo[58], y suele recurrirse a una interpretación gramatical, en la medida que la Real Academia de la Lengua Española define "**utilizar**" como "*aprovecharse de algo*"[59], entonces no se alude al simple uso de bien derivado de un delito anterior, es necesario que el autor "*le saque provecho, sacarle el máximo rendimiento para sí o para un tercero y, en esos términos, también debe suponer un incremento patrimonial*"[60], se trata por lo tanto de un uso en sentido

49 Conforme a la teoría subjetiva de Savigny del Derecho civil clásico, "*la tenencia tiene un elemento común con la posesión: el poder sobre la cosa (corpus). La diferencia radica en el reconocimiento del tenedor, de que la propiedad sobre aquella pertenece a otro. Mas ha de entenderse –añádese- que ese reconocimiento refiérese en realidad a la "titularidad de un derecho real" del que el tenedor admite carecer*", Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXVI. Buenos Aires, Omeba 1968, p. 35. Esta concepción fue superada con el Código Civil de 1936 y el de 1984, textos que asumen la concepción objetiva de posesión de Ihering, que la equipara únicamente con el poder de hecho o fáctico sobre la cosa, de modo que la noción de tenedor quedó así absorbida por la de poseedor, Vid. Avendaño Valdez, Jorge, Derechos reales. Lima, PUCP 1989, p. 128, quien pone de relieve la inconsistencia del Código Civil que por una parte define la posesión en términos puramente objetivos (art. 896) para luego volver sobre el ánimo, como en la concepción de Savigny, al exigir para la prescripción adquisitiva la posesión "*como propietario*" (arts. 950 y 951).

50 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 149.

51 Según García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., pp. 498-499, el verbo típico "*mantenerse en su poder*" se aplicará solo si la procedencia ilícita es conocida o posible de conocer después de haber recibido los activos.

52 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 147.

53 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 499.

54 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 125.

55 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 499.

56 Tiedemann, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia, Tirant lo Blanch 2010, §7/283 de la parte especial, comparando la conducta de blanqueo de capitales del §261.1 del StGB con la de quiebra del §283.(1).1, en el sentido de que ambas persiguen "*impedir el acceso, en este caso por parte de una autoridad pública, al objeto*". Y en la bancarrota, "*junto a la desaparición física de cosas muebles, también realiza el tipo cualquier transformación del estado jurídico de los bienes*" (§9/num.420). Del mismo modo, García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 500.

57 Abel Souto, Miguels El blanqueo de dinero en la normativa internacional, Santiago de Compostela, UdSC 2002, p. 94. Saavedra Rojas y Del Olmo, cit., p. 40.

58 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 129.

59 Vid. cualquier edición del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*.

60 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 279.

amplio que incorpora la noción de disfrute o usufructo del bien[61], sin que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas per se ilícitas[62].

El mismo principio debe aplicarse para la interpretación de la conducta de "***administrar***", no se trata aquí de la asunción de una posición de garante frente al patrimonio ajeno de modo que se reprima la administración infiel del gerente general, el director o el CEO de una empresa. En el contexto del lavado de activos la administración ilícita corresponde a los actos de gestión o manejo, *de iure* o de facto, del patrimonio propio o ajeno que tiene un origen delictivo, de manera que no existe énfasis alguno en la diligencia del gestor para manejar el objeto ajeno a favor de terceros, sino en la violación del deber de no introducir en el circuito comercial bienes de gestación ilícita, deber que en muchos casos es previo al derecho penal. Me refiero con ello a los llamados sujetos obligados[63], como los bancos, las financieras, las agencias de viaje, las empresas mineras, etc., que han sido identificados por la regulación administrativa, el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como actores en el mercado propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación impone deberes específicos, un deber o posición de garante, a la gerencia y al directorio de los sujetos obligados, como nombrar un oficial de cumplimiento, implementar un sistema de prevención del lavado de activos[64] y reportar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten[65]. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes[66], así como la optimización de su rendimiento[67], de las cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener[68]. Pero en la medida que los actos de administración pueden superponerse a otras conductas ya tipificadas de modo específico como actos de conversión o transferencia, ocultamiento o tenencia, la función político criminal del verbo típico "*administrar*" no puede ser otra que llenar los vacíos de punición, cumpliendo por ende una función residual.

Finalmente en lo que respecta a las conductas típicas, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación administrativa, también reformada recientemente[69], ha ratificado por una parte la conocida **obligación de declarar** el ingreso o salida del país de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "*al portador*" por sumas superiores a US$10.000,00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Asimismo, impone la **prohibición de transportar** dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "*al portador*", cuando se trata de sumas superiores a US$30.000,00 (treinta mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Se prevé un conjunto de sanciones administrativas para la infracción de estas reglas, y se establece que el infractor/portador deberá acreditar ante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, el origen lícito del dinero o instrumentos financieros en el término de 72 horas desde la retención, y que en caso contrario se considerará tal omisión como "*indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la comisión de otros delitos*", como podría ser el caso del ilícito de falsa declaración en procedimiento administrativo del art. 411 del Código Penal o alguna de las formas de delito tributario que tipifica el D. Leg. N° 813.

61 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 147.

62 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos,* cit., p. 124. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial,* cit., p. 499, se refiere también a los usos con "*aplicación a fines lícitos*", lo que es difícil de entender en la medida que la ley penal se refiere a usos propios del lavado de activos y no a conductas neutrales o habituales que no significan la realización de un riesgo jurídicamente relevante.

63 Vid., el art. 8 de La Ley N° 27693, "*Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera–Perú*" de 12.4.02, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306 de 29.7.04, y el art. 3 de La Ley N° 29038, "*Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*", de 12.6.07.

64 Vid. el art. 10.2.1 de La Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

65 Vid. el art. 11 de la Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

66 Orsi, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*. Buenos Aires, Hammurabi 2007, p. 567.

67 Salas Beteta, Christian, "El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 35, mayo 2012, p. 23.

68 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 127.

69 Vid. la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, reformada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del D. Leg. N° 1106.

Solo la puesta en vigencia de este nuevo régimen administrativo parece explicar porqué el legislador ha incorporado, en el art. 3 del D. Leg. N° 1106, un "*nuevo tipo penal*" bajo el rótulo "***transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito***", que en parte corresponde a los actos de transferencia tipificados en el art. 1. Si se tiene en cuenta que la pena prevista en los arts. 1 y 3 es la misma, la criminalización específica prevista en este último sería en consecuencia superflua. Sin embargo, como también se ha explicado anteriormente, el traslado o transmisión de bienes tipificado por el art. 1 debe darse siempre a favor de un tercero, a título gratuito u oneroso, e implica el traslado de la propiedad, la posesión o la simple tenencia del bien, de manera que el art. 1 sanciona en estricto los actos de transporte realizados a favor de terceros. La conducta de transportar bienes propios tendrá relevancia penal en el marco del art. 2 porque corresponde a los actos de posesión que se incardinan en el concepto "*mantener en su poder*", como se ha detallado antes. Bajo estas premisas, todo el contenido del art. 3 tiene cabida como actos de transferencia o de posesión de bienes de origen ilícito, pero en la medida que el legislador ha impuesto una criminalización específica para el transporte de dinero o títulos valores, entonces el reconocimiento de su propio contenido típico viene impuesto por el principio de especialidad. Como corolario, el transporte o traslado de bienes inmuebles –en los términos de la ley civil- que pueden ser llevados de un lugar a otro, como una nave o aeronave, o de bienes muebles diferentes al dinero o títulos valores que también sean susceptibles de ser movilizados, siempre de origen ilícito, tiene relevancia típica dentro de los alcances de los arts. 1 y 2, según el traslado se ejecute en favor de un tercero o se trate de bienes propios, respectivamente.

2 El objeto material del delito

En cuanto al objeto material del delito el D. Leg. N° 1106, al igual que la Ley N° 27765, recurre desde el nombre de la Ley al término general "*activos*" ("*lavado de activos*"), y de modo específico los arts. 1 y 2 del D. Leg. N° 1106 se refieren en común al "*dinero, bienes, efectos o ganancias*", y el art. 3, como se acaba de ver, establece como objeto el "*dinero o valores*". En cuanto a la característica esencial de estos activos, los arts. 1, 2 y 3 indican que estos deben tener "*origen ilícito*", el art. 10 pf. 1 relativo a la autonomía del delito de lavado de activos dice que deben ser "*producto*" de actividades criminales ("*actividades criminales que produjeron*"), los pf. 2 y 3 se refieren a los ilícitos que generan activos ("generar ganancias ilegales", "actividades criminales generadoras"), mientras que al regular las agravantes el art. 4 pf. 2 señala que los bienes, etc., deben "provenir" de la minería ilegal, etc. En suma, para la Ley se trata de activos que deben provenir o haberse originado, producido o generado en actividades delictivas.

Este innecesario casuismo para definir el objeto material no solo contrasta por ejemplo con regulaciones como la del CP español que en la definición del tipo básico de blanqueo de capitales se refiere en general a "*bienes*" que "*tienen su origen en una actividad delictiva*" (art. 301.1), sino además con la regulación supranacional y nacional. En cuanto a la primera, el art. 3 de la Convención de Viena concreta el objeto material solo con la expresión "*bienes*" y los define en el art. 1 como "*los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*", tales bienes deben provenir o ser producto de un delito, es decir que se trata de "*bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito*". De modo semejante, el art. 6 de la Convención de Palermo refiere que el blanqueo debe recaer sobre "*bienes*" que "*son producto del delito*", conceptos que define, casi en los mismos términos que la Convención de Viena, en el art. 2 literales d) y e).

Respecto a la regulación nacional, los términos usados para concretar el objeto material del lavado de activos tampoco coinciden con los previstos en el art. 102 del CP, modificado por el art. único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el decomiso a los "*objetos de la infracción penal*", los "*instrumentos con los que se hubiere cometido*" y a los "*efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción*". Tampoco se guarda homogeneidad con la regulación de la incautación del art. 316.1 del Código Procesal Penal de 2004 que se refiere a los "*efectos provenientes de la infracción penal*", "*los instrumentos con que se hubiere ejecutado*", "*así como los objetos del delito*". La relevancia de estas comparaciones cobra mayor sentido al apreciarse que el art. 9 del. D. Leg. N° 1106 establece que el Juez ordenará en todos los casos de lavado de activos la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a las reglas del art. 102 del CP.

Estas diferencias, cuando no inconsistencias de la regulación, no han sido suficientemente advertidas por la doctrina nacional. Así por ejemplo, no parece existir un argumento sólido para entender que los instrumentos del delito previo (*instrumenta sceleris*), es decir los objetos que, puestos en una relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación[70], puedan considerarse como objeto material de lavado de activos[71], lo que no enerva la necesidad de que conforme al art. 102 del CP dichos instrumentos deban ser incautados y decomisados en el proceso que se instaure por el delito precedente, o incluso sean objeto de un proceso de pérdida de dominio en aplicación del art. 2.1 del nuevo D. Leg. N° 1104 de 19.4.12.

De hecho la propia legislación sobre pérdida de dominio define en la Disposición Complementaria Final Duodécima literal b), los "*Instrumentos del delito*" como los "*Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito*", y lo hace diferenciándolo del "*objeto del delito*" (literal a), los "*efectos del delito*" (literal c) y "*las ganancias del delito*" (literal d). Efectivamente, la Ley de Pérdida de Dominio define el objeto como los "*bienes muebles o inmuebles sobre los que recae el delito*", los efectos son los "*Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva*" (sic) y las ganancias "*Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir los frutos y rentas de este*". Estos conceptos, si bien son ilustrativos para la interpretación del objeto de la conducta de lavado, son imprecisos frente a los alcances que la doctrina suele asignar a estas expresiones.

Y es que a mi entender, ya el concepto de bienes abarca tanto la noción de dinero, como de efectos y ganancias, lo que se aprecia con claridad en las amplias definiciones previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo. Conforme al texto de la Ley, el lavado de activos puede recaer sobre el dinero que es una clase de bien mueble y corresponde a toda forma de *cash* o efectivo, nacional o extranjero, en moneda o billetes. También puede cometerse sobre los efectos o producto del delito (*producta sceleris*) que comprende los objetos o bienes que hayan sido producidos mediante la acción delictiva[72], por ejemplo una máquina fabricada violando una patente, el oro extraído mediante la minería ilegal, etc. Pueden lavarse igualmente las ganancias del delito (*scelere quasita*), definida como todo beneficio o ventaja económica, un bien desde luego, que obtiene el autor con la ejecución del delito[73]. Con todo, puede ser objeto de lavado cualquier bien que haya sido directamente generado por la comisión de un delito anterior como el producto del delito, el beneficio, la utilidad o la ganancias, incluyendo entre estas últimas el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito, e incluso en algún caso el mismo objeto material del delito antecedente[74].

A esta amplitud debe añadirse dos notas específicas. Por un lado, el bien debe ser susceptible de valoración económica, y por ende debe ser pasible de incorporación al patrimonio o de incorporación a un derecho transmisible o ser objeto de derecho[75], pues el blanqueo persigue la integración de bienes de apariencia legítima en el patrimonio del autor[76]. Como corolario, los bienes carentes de relevancia económica son objetos inidóneos para la comisión del lavado de activos. En segundo término, los bienes deben ser susceptibles de tráfico mercantil lícito[77], tal exigencia está implícita en la idea de circulación del bien por la economía legal que subyace en la *ratio legis* del precepto y en la finalidad del lavador[78], se excluyen por

70 Gracia Martín, Luis, Miguel Ángel Boldova Pasamar y M. Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 397.

71 Galvez Villegas, Tomás Aladino, El delito de lavado de activos, cit., p. 85. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 502.

72 Gracia Martín, Luis y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 398.

73 Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 310. Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 204.

74 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 484.

75 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 311.

76 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 483.

77 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 311.

78 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* cit., p. 182.

ello del tipo penal aquellos productos o efectos del delito de comercio prohibido, por ejemplo los billetes falsificados o los productos adulterados.

A diferencia por ejemplo del art. 278.1.a del CP argentino que estable en 50.000 pesos el valor mínimo de los bienes objeto de lavado, la regulación peruana no establece un umbral similar, lo que ha conducido a entender que el valor económico o el monto dinerario son irrelevantes para la tipicidad y la punición[79]. Para efectos de salvaguardar el principio de proporcionalidad, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 propuso tomar como referencia que el art. 3 del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria[80], preveía una pena atenuada cuando el tributo defraudado no superaba las 5 UIT[81], planteamiento que motivó que el art. 4 *in fine* del D. Leg. N° 1106 establezca como circunstancia atenuante del lavado de activos que el valor de los bienes reciclados no supere las 5 UIT. A la par, la nueva legislación ha previsto como circunstancia agravante, en el art. 4 pf. 1 num. 3, que el bien supere la 500 UIT. Estas reglas cuantitativas no enervan la atipicidad de la bagatela, aunque teóricamente podría sostenerse que el sistema está configurado para la persecución de todos los casos de lavado de activos sin importar el valor de los bienes, lo cierto es que el sistema de prevención cuya operatividad depende de la práctica de los sujetos obligados, se rige bajo el criterio de gestión, administración y mitigación del riesgo de lavado de activos, de modo que los sistemas de detección de operaciones inusuales, y en tanto corresponda su posterior calificación como sospechosa y el reporte ante la Unidad de Inteligencia Financiera, ya está predeterminado para pasar por alto o excluir *ex ante* potenciales conductas de lavado de activos de escasa trascendencia económica que, conforme a ello, pasan a conformar una amplia zona o franja de riesgo penalmente permitido, y más aún porque se trata de prácticas certificadas como suficientes o aceptables por las propias autoridades fiscalizadoras del sistema de prevención, las empresas auditoras externas y las áreas de auditoría interna. Con un ejemplo, el comerciante informal que evade impuestos y deposita pequeñas cantidades mes a mes de la renta que ha ocultado al fisco en la cuenta de un familiar, difícilmente podrá ser detectado por los sofisticados y costosos software que utiliza la industria financiera, salvo que en algún momento se genere una alerta específica, como ser elegido alcalde, y deba aplicarse un proceso de debida diligencia reforzada por ser un PEP o personaje políticamente expuesto.

3. El delito previo

Como se detalló antes, el D. Leg. N° 1106 usa hasta cuatro verbos para referirse al llamado proceso de contaminación del objeto material del delito. Los bienes blanqueados deben tener un "*origen ilícito*", provenir de determinados delitos, haberse producido por "*actividades criminales*" o haberse generado "*ilegalmente*". Originar, provenir, producir o generar son las cuatro formas con las que el legislador designa la conexión de los activos lavados con el llamado "*delito fuente*", "*delito precedente*", "*delito determinante*", "*delito antecedente*" o "*delito previo*", es decir con el pasado delictivo de los bienes.

Aunque el legislador se refiera en varias ocasiones, de modo general, al origen ilícito de los bienes, expresión que comprendería ilícitos de menor significado social como los civiles o administrativos[82], el art. 10 pf. 2 cierra el concepto cuando señala que el origen ilícito "*corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal*", etc.[83], de modo que no existen dudas en torno a que la fuente de los bienes corresponde a la comisión de delitos. Es más, aunque la cláusula abierta del citado pf. 2 solo pone el acento en la capacidad del delito previo

79 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 152. Igual, el Fundamento Jurídico 28 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10 relativo a "El delito de lavado de activos".

80 Fundamento Jurídico 29.

81 De modo inconveniente el D. Leg. N° 1114 de 5.7.12 ha derogado esta atenuante que se fundaba en el menor desvalor del resultado defraudatorio.

82 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 90.

83 La norma cita de modo expreso 13 delitos en especial: 1) minería ilegal, 2) tráfico ilícito de drogas, 3) terrorismo, 4) los delitos contra la administración pública, 5) secuestro, 6) proxenetismo, 7) trata de personas, 8) tráfico ilícito de armas, 9) tráfico ilícito de personas, 10) los delitos tributarios, 11) la extorsión, 12) el robo y 13) los delitos aduaneros. A diferencia del art. 6 pf. 2 de la Ley N° 27765, ahora se añade tres nuevos delitos al catálogo abierto: la minería ilegal, el tráfico ilícito de armas y los delitos tributarios en general (antes se mencionada solo la defraudación tributaria). A su vez, se elimina de la lista los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada, incorporados en el 2 párrafo del art. 6 de la Ley N° 27765 por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07.

de "*generar ganancias ilegales*", conforme al principio de mínima intervención se considera que debe tratarse de delitos de cierta gravedad[84]. Así, la determinación del delito precedente en el caso de delitos semejantes, deberá tener en cuenta que se trate de un delito grave y que a la vez genere una ganancia económica[85]. En efecto, frente a los diferentes sistemas de determinación legal del delito fuente en el Derecho comparado[86], la regulación peruana los precisa "*relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de (...) delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares –obviamente graves: sancionados con penas privativas de la libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada– que generen ganancias ilícitas –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación o decomiso–, con excepción del delito de receptación*"[87].

Esta gran apertura del art. 10 pf. 2 a todo tipo de delitos graves que generen ganancias, no ha evitado que el legislador, al igual que en la Ley N° 27765, excluya de modo expreso el delito de receptación del art. 194 del CP del catálogo de delitos fuente, exclusión que debe considerarse tan justificada como contradictoria. Por una parte, la plurialudida diferencia de bien jurídico protegido, la receptación tutela el patrimonio[88] y el lavado de activos el sistema de administración de justicia[89], y la semejante redacción de ambos preceptos, no parecen ya una justificación suficiente para dicha exclusión. Las sucesivas reformas del tipo penal agravado de receptación del art. 195 del CP, hasta la actual redacción conforme al art. único de la Ley N° 29583 de 19.9.10, han ampliado el objeto material de la receptación a delitos no patrimoniales como el secuestro, la extorsión y la trata de personas. A su vez, el propio art. 10 pf. 2 del D. Leg. N° 1106 considera que el lavado de activos también puede recaer sobre los bienes derivados del secuestro, la extorsión[90] y la trata de personas, e incluso sobre el robo que sí es un delito patrimonial. Ante esta realidad legislativa, si aún se defendiera que la propia receptación y los delitos que la pueden preceder, no pueden considerarse delito fuente de lavado de activos, tendría que llegarse a la absurda conclusión de que cualquier delito patrimonial, junto con el secuestro, la extorsión y la trata de personas, no pueden configurar el delito previo del lavado de activos, pese a

84 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial,* cit., p. 501.

85 Caro John, José Antonio, "Consideraciones sobre el "delito fuente" del lavado de activos y su incidencia para determinación del "riesgo reputacional" de una institución financiera", en: Dogmática penal aplicada. Lima, Ara 2010, p. 161, quien extiende esta doble exigencia incluso para restringir el ámbito de aquellos delitos expresamente mencionados en la Ley, por ejemplo no puede aceptarse que todos los delitos contra la administración pública se consideren delito fuente sino aquellos graves y generadores de ganancias (p. 162) como el cohecho (art. 393ss.), el peculado (art. 387) o la colusión desleal (art. 384), quedando por ende al margen delitos como la malversación (art. 389) que por definición no dan lugar a la producción de ganancias. Finalmente, de modo referencial detalla algunos delitos equivalentes o similares que pueden considerarse delito previo: los delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, contra los bienes culturales, contra el orden financiero y monetario, contra los recursos naturales y el medio ambiente, el lavado de activos y la falsificación de documentos (p. 164).

86 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 185-186, describe el sistema de *numerus clausus* (enumeración cerrada de un conjunto de supuestos que sirvan de base al blanqueo), de remisión a una categoría de delitos (descripción más abierta pero con un criterio delimitador, por ejemplo "*delitos graves*"), y el sistema mixto que conjuga las dos técnicas antes mencionadas.

87 Fundamento Jurídico 30 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

88 Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*. 4ª ed. Lima, Grijley 2010, p. 264. García Cavero, Percy, Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 491.

89 Vid. en detalle, Caro Coria, Dino Carlos y Diana Marisela Asmat Coello, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en: *Libro homenaje al Prof. Dr. César Augusto Paredes Vargas*. Lima, 2012, en prensa, apartado I. Del mismo modo, Caro John, José Antonio, "Impunidad del "autolavado" en el ámbito del delito de lavado de activos". En: *Dogmática penal aplicada*, cit., pp. 184-185. Ragués I Vallès, Ramón, "Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención de los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo", en: Silva Sánchez, Jesús-María (Dir). *¿Libertades económicas o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresari*al. Madrid/Barcelona, Marcial Pons 2003, p. 153. Tiedemann, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, cit., § 7/278 de la parte especial.

90 Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, cit., p. 366, considera que aquí se protege el patrimonio y la libertad personal.

que el art. 10 pf. 2 los reconoce como tales de modo literal. O tendría que entenderse que el lavado de activos sí puede recaer sobre esos bienes cuando no han sido objeto de receptación alguna, lo que podría conllevar que verdaderos casos de lavado de activos terminen siendo tratados de modo privilegiado con las menores sanciones que se prevé para la receptación.

La única forma de compatibilizar estos dispositivos es bajo la comprensión de que el art. 10 pf. 2 solo excluye como delito fuente al delito de receptación del art. 194 y no a los posibles delitos fuente de la receptación. Así, puede haber lavado de activos derivados del robo agravado, el secuestro o de la extorsión, pero no hay espacio para el reciclaje de capitales provenientes de la receptación, pese a que ello es teóricamente posible: un reducidor de carros compra autopartes robadas, luego las vende e invierte las ganancias en la compra de un auto nuevo. En este caso el reducidor solo podrá ser perseguido por receptación (comprar y vender las autopartes), pero también por el delito de lavado de activos derivado del robo de las autopartes (conversión o inversión de las ganancias en la compra del auto), en base a conductas diferenciadas y conforme a las reglas del concurso real. La posibilidad de aceptar legalmente el concurso ideal entre receptación y lavado solo es posible tratándose de la receptación aduanera tipificada por el art. 6 de la Ley N° 28008 de 19.6.03, recientemente reformado por el art. 3 del D. Leg. N° 1111 de 29.6.12, que puede erigirse como delito previo del lavado de activos porque el art. 10 pf. 2 del D. Leg. 1106 reconoce como delito fuente a los delitos aduaneros en general: el comerciante que compra a sabiendas bienes derivados del contrabando y los oculta perfecciona así la receptación aduanera, y si además lo hace para evitar la incautación por parte de las autoridades que han detenido al contrabandista, también se configura el lavado de activos.

El delito precedente debe ser en esencia doloso, aunque excepcionalmente podría admitirse la modalidad culposa siempre que genere ganancias y se considere grave[91], pero ello no acontece *de lege lata* en nuestro sistema que prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que pueden generar beneficios[92], como es el caso del tipo de disminución culposa del patrimonio concursal (art. 210, privación de libertad de 18 meses a 3 años) o de contaminación ambiental imprudente (art. 304 pf. 2, pena de hasta 3 años de privación de libertad). En cuánto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa[93], también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo[94].

De acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal[95], los Tribunales peruanos tienen competencia para conocer y juzgar el delito de lavado de activos cometido en el extranjero solo si produce efectos en el territorio nacional, aunque esta regla excepcional no puede extenderse sin más al delito precedente que por definición es autónomo e independiente del ilícito de lavado. Se ha sostenido sin embargo que el delito precedente puede haberse cometido en el territorio nacional o en el extranjero, en este último caso suele exigirse la doble incriminación como en la extradición, el hecho debe ser punible tanto en el Perú como en el lugar donde se cometió[96], pero esta solución carece hasta la fecha de soporte en el Derecho nacional, a diferencia de regulaciones como la española (art. 301.4 del CP) y la alemana (§ 261 (8) del StGB) que sí contemplan previsiones expresas en tal sentido. Con ello subsisten las dudas sobre si el carácter grave del delito previo debe determinarse conforme al Derecho peruano o extranjero, o si la acreditación del delito previo debe darse conforme al estándar probatorio local o foráneo.

La autonomía del delito de lavado de activos fue esbozada primero por el art. 6 pf 3 de la Ley N° 27765, según el cual "*En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias,*

91 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 189.

92 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 95.

93 Así, el Fundamento Jurídico 11 del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 de 6.12.11.

94 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte especial, cit., p. 486.

95 Modificado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que amplió el principio real o de defensa, Vid. Caro Coria, Dino Carlos. "Comentarios sobre el Decreto Legislativo N° 982, que reforma el Código Penal", en: JuS Legislación 7/2007, pp. 274-275.

96 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 487. Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 96. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., pp. 504-505.

se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria". Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes[97], ante lo cual se llegó a proponer, en contra del Derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse[98]. Esta interpretación correctiva fue complementada en nuestro medio con los aportes de la doctrina española[99], en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal[100], lo que ha venido a identificarse como el criterio de la "*accesoriedad limitada*"[101], la "*relación de accesoriedad limitada*" entre el delito previo y el blanqueo de capitales[102], o la "*relación de integración*" porque el hecho previo es solo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo[103]. Aunque como veremos luego, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, solo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido "*que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado*", sin embargo "*El delito fuente, (...), es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva*"[104]. Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una mínima actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que "*El tipo penal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (...); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (...) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal*"[105]. Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y

97 Bramont-Arias Torres, Luis, "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, agosto 2002, p. 64.

98 Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos,* cit., p. 308. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico*. Parte Especial, cit., p. 505.

99 En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación "*se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena*". Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

100 Bramont-Arias Torres, Luis, "Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos", cit., p. 522. Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 95. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., pp. 503-504.

101 Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

102 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 198.

103 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., pp. 314-315, p. 325 nota 243.

104 Fundamento Jurídico 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

105 Fundamento Jurídico 35 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa está ausente[106]. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2 del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual "*El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*", norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena[107] y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo[108] que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria[109]. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos[110].

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de "*autonomía*" del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que "*El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria*". Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular[111] y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que este haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos[112] y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma

4. La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material

En la medida que el bien a reciclar puede provenir de modo directo o indirecto de cualquier delito previamente cometido, se acepta que el lavado de activos también se configure como delito fuente de un nuevo acto de lavado, con ello se da paso a la sanción del llamado "*lavado sustitutivo o por sustitución*", en donde el bien se sustituye o se transforma completamente al punto de no quedar nada del bien originario, así como del "*lavado en cadena"* que implica la sucesión de diversos actos de reciclaje en base al mismo

106 Fundamento Jurídico 33 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

107 "*El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso*".

108 "*El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas*".

109 Abel Souto, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, cit., pp. 102-103, 251.

110 Fundamento Jurídico 34 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

111 Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que "*de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva*". Vid., Camargo, Pedro Pablo, El delito de enriquecimiento ilícito, 4ª ed. Bogotá, Leyer 2002, pp. 43ss.

112 Castillo Alva, José Luis, "La necesidad de determinación del "delito previo" en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", cit., pp. 341ss.

bien u otros que deriven del mismo[113]. Los procesos de sustitución y blanqueo en cadena pueden corresponder, según cada caso, a supuestos de conversión de activos, específicamente a conductas de transformación, o transferencia de bienes, y en ellos es común que se produzca la mezcla o contaminación de activos de origen lícito con los de procedencia ilícita. La admisión de estas modalidades típicas requiere sin embargo la identificación de límites precisos a fin de evitar una sobrecriminalización *ad infinitum* o la punición de conductas por la simple conexión causal, por lejana que fuera, con bienes que han sido objeto de actos de blanqueo de capitales. El injusto del lavado de activos no puede reducirse "*a cualquier contacto con los bienes originarios en la ejecución de conductas delictivas, dado que se termina atribuyendo a los bienes de origen ilícito una capacidad ilimitada de contaminación respecto a los de procedencia lícita, cuando estos se intercambian o se mezclan*"[114]. Por esa vía, en un corto tiempo podría llegarse a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal[115].

La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquellos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena[116] y de Palermo[117]. Conforme a esta regulación de Derecho penal internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, solo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas no han sido implementadas en el Derecho interno, debe aceptarse su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional[118], y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley Fundamental[119]. Evidentemente

113 Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., pp. 92-93. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 502. Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 193.

114 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 325.

115 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 288.

116 *"Artículo 5.- Decomiso (...)*

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

i) el producto.

ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (...).

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)"

117 *"Artículo 12. Decomiso e incautación (...)*

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (...)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)"

118 Novak, Fabián y Elizabeth Salmón, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Lima, PUCP 2000, p. 108. San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, Vol. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2003, p. 19.

119 Novak, Fabián y Elizabeth Salmón, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, cit., p. 123.

las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre Derechos Humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del Código Procesal Penal de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad[120] que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, solo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

Zanjado lo anterior, la cuestión que se plantea es otra y consiste en establecer las reglas de imputación, o de no imputación, cuando el objeto material del delito es el producto de la mezcla entre activos de origen lícito e ilícito, o cuando dicho objeto ha sido transformado o sustituido. Los planteamientos más difundidos en esa dirección son los de **Barton**[121], expuestos y adaptados para el Derecho español por **Blanco Cordero**[122], quien propone resolver o establecer los nexos entre los bienes y la conducta delictiva previa aplicando los mismos criterios que sirven para atribuir un determinado resultado a una conducta[123], por ello analiza el valor de las teorías de la causalidad, en concreto la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva, decantándose por esta última: "*un bien no procede de un hecho delictivo (...) cuando según la teoría de la imputación objetiva se rompe el nexo causal existente conforme a consideraciones normativas. Se podría decir que la causalidad exigida con un delito previo no se da cuando este no es jurídicamente significativo para el bien*"[124]. Bajo esa línea, considera por ejemplo que los casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos sobre los cuales se ejecutan conductas de lavado posteriores, y la hipótesis de plusvalía y rendimiento de los bienes mezclados, deben resolverse conforme al criterio de la "*significancia jurídica*": "*allí donde la correlación entre elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeros no son significativos para el bien, la mezcla no debe considerarse proveniente de un delito previo*"[125], significancia que Barton concreta en base a criterios "*socioeconómicos*", o más bien matemáticos, si la parte del bien que se origina en un delito anterior fluctúa entre el 1/1000 y el 5/100, entre 0.1% y 5%, entonces el bien no puede considerarse de procedencia ilícita, si supera el 5% ya se erige como un bien idóneo para el blanqueo[126]. Pero en estricto, Barton apuesta por una teoría de la imputación objetiva que no aplica, identifica una serie de supuestos en los que a su juicio no existe "*significación jurídica*" sin explicar si ello corresponde al criterio de peligrosidad de la acción (riesgo permitido o no creación de un riesgo jurídicamente relevante) o al ámbito de protección de la norma (no realización del riesgo en el resultado)[127].

Partiendo igualmente del nivel de significancia, **Blanco Cordero** considera que "*el recurso al principio de proporcionalidad y al análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva, han de ser utilizados por el juez en la decisión de estos supuestos*"[128]. Así, junto a las teorías de la causalidad impone otros correctivos jurídico-civiles, la adecuación social y las reducciones teleológicas[129], aunque sacrificando la coherencia de su planteamiento, por ejemplo considera en base a la equivalencia de las condiciones que los bienes producidos por una corporación no están contaminados aún cuando el delincuente ha

120 Cáceres Julca, Roberto, *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial,* Lima, Idemsa 2006, pp. 39ss.

121 Su conocido trabajo sobre el objeto de la acción en el lavado de dinero, Barton, Stephan. "Das Tatobjekt der Geldwäshe: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?", en: Neue Zeitschrift für Strafrecht, vol. 4, 1993, pp. 159ss.

122 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 294ss.

123 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 208.

124 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 295.

125 Ibid., p. 297.

126 Ibid., p. 297, notas 332 y 335.

127 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 208.

128 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 300.

129 Ibid., pp. 295 ss. Le sigue, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 488.

adquirido una participación en la empresa con dinero de origen ilegal[130], o con base en la teoría de la adecuación también concluye que no está manchado el jugoso premio obtenido mediante un ticket de lotería comprado con dinero de fuente ilícita[131]. De esta manera Blanco Cordero "*resuelve cada uno de los supuestos problemáticos en base a una teoría de la causalidad distinta, con lo que su argumentación, aceptable caso por caso, pierde coherencia si es valorada en su conjunto*"[132].

También en la doctrina española, **Aránguez Sánchez** postula la incapacidad de rendimiento de la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación o de la imputación objetiva para fundamentar la descontaminación del bien, porque se trata de construcciones que por el contrario sirven para fundamentar o afirmar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, y no para romper ese nexo o vínculo entre el bien y el delito precedente[133]. Para este autor es necesario en consecuencia recurrir a una interpretación teleológica, es decir al fin de la regulación contra el blanqueo de capitales, "*que no es otro que el aislamiento de los beneficios procedentes de un delito grave del tráfico económico legal*"[134]. Pero la interpretación teleológica que postula Aránguez Sánchez parece jugar un rol meramente secundario o auxiliar, y es que pese a las críticas a Barton e Isidoro Blanco, el autor enfrenta el supuesto básico de mezcla de bienes de procedencia ilícita con los de origen lícito, adoptando los planteamientos del propio Barton, quien "*resuelve el supuesto en base a la significación jurídica de la parte sucia en relación a la limpia*" [135]". Ante el modelo de Barton, el autor español solo incorpora dos matizaciones, por un lado cuestiona la relevancia del criterio porcentual[136], plantea que un mejor criterio es "*considerar que siempre que se pueda conocer que una parte de un bien tiene procedencia ilícita, entonces ese bien puede ser objeto material del blanqueo*"[137]. En segundo término, dado que la descontaminación por mezcla solo tiene sentido cuando el bien tenga una unidad, si el bien es divisible –dinero por ejemplo– podrá escindirse la parte de origen delictivo, entonces "*si de un conjunto pueden separarse (antes de la mezcla) los bienes de ilícita procedencia, estos no pierden tal condición, aunque supongan una parte insignificante del conjunto (luego de la mezcla)*"[138].

Este mismo tratamiento de los casos de mezcla es extendido por el autor a otros cuatro supuestos generalmente referidos en la doctrina como casos autónomos, pero que en rigor configuran modalidades de aquella: 1) los beneficios ordinarios producidos por el bien de origen ilícito (los intereses de un depósito bancario, las utilidades de las acciones) también adoptan ese origen ilícito, porque derivan directamente de dicho bien y se mezclan con este, salvo que el bien originalmente ilícito sea divisible en cuyo caso solo se contamina el beneficio en la proporción correspondiente[139]; 2) los beneficios extraordinarios (ganar la lotería!) producidos por el bien de origen ilícito (el ticket) no se contaminan porque solo una ínfima parte del capital tiene origen ilegal, careciendo de la significación necesaria para extender el efecto contaminante[140]; 3) las trasmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito grave (una cuenta bancaria mezcla capitales de origen ilícito y lícito, y se transfiere una parte de dicho capital a otra cuenta), están contaminadas en la proporción

130 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 291.

131 Ibid., p. 293.

132 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 209, extendiendo tal crítica a Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal,* cit., p. 109, quien también ha postulado acudir a la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva.

133 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 209. Del mismo modo, Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 325, nota 244.

134 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 209-210.

135 Ibid., p. 211.

136 Como se explicó antes, para Barton si la parte de origen delictivo no supera el rango de 0.1% a 5%, entonces el bien no se reputará contaminado, si supera el 5% será lo contrario, y "*Entre esos límites la cuestión ha de resolverse atendiendo a cada caso concreto, dependiendo del tipo de objeto que se trate y la forma en la que se mezcló con bienes de ilícita procedencia"*, Ibid., p. 211.

137 Ibid., p. 211.

138 Ibid., pp. 211-212, textos entre paréntesis añadidos.

139 Ibid., pp. 212-213.

140 Ibid., p. 213.

que de origen ilícito tenía el bien producto de la mezcla[141]; y, 4) si se transforma el bien por el trabajo de un tercero, no hay contaminación si dicho bien no tiene un valor significativo frente al trabajo realizado (lienzo/pintura)[142]. El autor analiza tres supuestos más distintos a la mezcla: 5) en los casos de devaluación (carro nuevo/carro depreciado o incluso chatarra) y revalorización (un inmueble que multiplica su valor por el cambio de uso o la mayor demanda) del bien de origen ilícito, dicho origen subsiste, porque se trata exactamente del mismo bien, y en el último caso se produce el contagio de la ilicitud originaria a la parte revalorizada; 6) si el bien de origen ilícito se adquiere "*de buena fe*", sin poder conocerse el origen ilícito, el bien se descontamina, al menos provisionalmente, aunque en su lugar queda contaminado el bien obtenido como contraprestación por la transmisión, el nexo de ilicitud resurge si luego otro adquiere el mismo bien sabiendo de su origen delictivo, por ello se considera en rigor que la adquisición de buena fe es solo un supuesto de "*transacción económica neutra*" incapaz de afectar el bien jurídico[143]; y, 7) si se produce la prescripción o despenalización del hecho delictivo, el origen delictivo del bien desaparece, el bien se descontamina[144].

La conocida vinculación entre contaminación/descontaminación y comiso ha sido defendida en el Derecho penal alemán por **Vogel**[145], y en Suiza por **Graber**[146]. Este último sostiene que solamente podría ser bien apto para la confiscación –y, por ende, para el lavado de activos[147]-, la parte de origen ilegal y no el resto, conclusión que viene avalada de cierta forma por el art. 5.6.b) de la Convención de Viena y el art. 12.4 de la Convención de Palermo que, en los casos de mezcla, resuelven que solo podrán decomisarse los bienes hasta el valor estimado del producto de origen delictivo mezclado. En la literatura española, **Palma Herrera** considera que quienes proponen resolver los casos de mezcla conforme a la "*significancia*" o la "*cognoscibilidad*" cometen el yerro de equiparar el objeto material con la totalidad del bien sobre el que recae la conducta típica[148], cuando en estricto "*el objeto material será el bien pero solo en la proporción en la que el mismo procede de un delito (...) Y sí, como hemos visto, basta con una sola peseta de procedencia delictiva para entender realizado el tipo penal, aunque solo sea de origen delictivo, el bien, en esa ínfima parte, podrá ser objeto material de un delito de blanqueo*"[149].

En esta línea de ideas, en los casos de revalorización del bien por el trabajo de un tercero, el incremento económico suscitado deberá estimarse de origen lícito[150]. En el supuesto de transformación no se pierde el origen ilícito porque el art. 127.1 del Código Penal español impone que el decomiso procede "*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*" los bienes[151], conclusión compatible con el art. 102 del Código Penal peruano, reformado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el comiso a "*cualquier producto proveniente*" de la infracción. En los casos de sustitución, y concretamente en la adquisición por un tercero de buena fe, Palma Herrera interpreta que el nexo del bien con el delito previo no se pierde nunca, aunque en los casos de buena fe decaiga la pretensión estatal de decomisar para salvaguardar de modo excepcional al adquirente[152], como establece expresamente la parte final del art. 127.1 del texto español, solución que para un sector de la doctrina nacional también contemplaría el texto actual del art. 102 del texto peruano[153], aunque esto pueda ponerse en duda por la ausencia de una declaración expresa de tutela al

141 Ibid., p. 215.
142 Ibid., p. 216.
143 Ibid. p. 217.
144 Ibid., pp. 218-219.
145 Citado por Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 209.
146 Citado por Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 298.
147 Ibid., p. 298, vid la nota explicativa 341.
148 Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., pp. 363-364.
149 Ibid., pp. 363-364.
150 Ibid., p. 364.
151 Ibid., p. 364.
152 Ibid., p. 366.
153 García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Lima, Grijley 2008, p. 750, "*el decomiso debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial*".

adquirente de buena fe, la que sí podía deducirse del texto anterior del art. 102 que excluía el comiso de bienes "*que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción*"[154], y más porque el art. 948 del Código Civil, pese a la buena fe, excluye la adquisición *a non domino* de bienes muebles "*adquiridos con infracción de la ley penal*". Finalmente, Palma Herrera señala que únicamente la despenalización del hecho previo tiene la aptitud suficiente para descontaminar o desvincular el bien de su origen delictivo, lo que no acontece con la prescripción que "*no niega la existencia de un hecho típico y antijurídico previo*"[155], aunque también aquí se pierda el interés estatal de perseguir el blanqueo de capitales porque no existen bienes decomisables[156].

Arias Holguín adopta los postulados de Palma Herrera, para ella el comiso define el límite para la constitución del objeto material del blanqueo, "*porque justamente este es el instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico proscribe la circulación por el sistema financiero de los activos que son originados en la ejecución de conductas delictivas. Fuera de estos eventos los bienes son transferibles y disponibles*"[157]. Y frente a críticas que inciden en la evidente diferencia de fines entre el blanqueo y el comiso[158], la autora niega que la función del tipo de blanqueo estribe en el aseguramiento del comiso, pues "*tan solo se trata de buscar el recurso para realizar el juicio sobre si los bienes que se han originado en la comisión de conductas delictivas, pero que mediante otras operaciones o transacciones se han sustituido o transformado, reúnen las características requeridas para ser el objeto material de esta incriminación*"[159]. Bajo esta perspectiva, la verdadera complicación de los casos de mezcla son, como en el comiso, los problemas de prueba para determinar qué bienes o qué parte de estos tienen origen ilícito y cuáles no. Por ejemplo, no es aceptable calificar como íntegramente de origen ilegal un bien mezclado respecto del cual solo se ha probado su ilegalidad en una parte, y cargar al titular de los bienes con la prueba de que si existe una parte de origen legal[160]. Aunque, como concluye Arias Holguín, dicho debate no puede afectar el juicio sobre la idoneidad de los límites del comiso para constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales[161].

La revisión de todos estos aportes evidencia los esfuerzos de la doctrina de la parte especial por delimitar o acotar la conexión entre el bien y su origen delictivo, o dicho de otro modo por determinar en qué casos el objeto material del delito es un objeto idóneo para la comisión del lavado de activos. No se enfrenta por lo tanto un problema de determinación de la relación o grado de accesoriedad o integración entre el delito precedente y el blanqueo como se ha sostenido, tampoco se trata de un problema de causas equivalentes o de adecuación social, al menos no como ha sido descrito por la doctrina referida. El asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la **imputación objetiva**. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*[162], si los actos

154 Castillo Alva, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Lima, Idemsa 2001, pp. 230-231.

155 Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit., p. 367.

156 Ibid., pp. 368-369.

157 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., pp. 325-326.

158 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p 209.

159 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 326.

160 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 298. Precisamente los arts. 5.7 y 12.7 de la Convenciones de Viena y de Palermo, respectivamente, postulan un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, el imputado deberá probar el origen licito de los supuestos bienes blanqueados, regla que no puede adoptarse conforme al Derecho peruano que reconoce a nivel constitucional la presunción de inocencia (art. 2.24.e).

161 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 326.

162 Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, Caro Coria, Dino Carlos, Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Lima, Gráfica Horizonte 1999, p. 492 y ss.

de conversión o transferencia recaen sobre objetos descontaminados, son tan atípicos como la tentativa inidónea por la "*absoluta impropiedad del objeto*" (art. 17 del CP). En efecto, esta última se define precisamente recurriendo a "*la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumar el delito, porque (...) el objeto (es) inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio (...) y por consiguiente de la acción, debe hacerse ex ante e in concreto. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo legal. (...) El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros*"[163].

Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende "*contaminado*" o "*manchado*" por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un **objeto peligroso**, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*. La peligrosidad del objeto, o de la "*cosa*" como solía denominarse en la literatura antigua, no es una categoría nueva en el Derecho penal si tomamos en cuenta la existencia de múltiples tipos de la parte especial que fundan la antijuricidad material, entre otros elementos, con la descripción de una situación o circunstancia en la que un objeto o un bien, de lícito o ilícito comercio, aparece también, para usar la misma expresión que en el lavado de activos, "*contaminado*" o "*manchado*" por: 1) una condición intrínseca al objeto, 2) por la propia conducta típica, 3) por su conexión con un hecho del pasado, o 4) por su vinculación a una conducta futura. Ejemplos del primer grupo son el tipo de tráfico ilegal de "*residuos o desechos tóxicos o peligrosos*" (art. 307 del CP), el delito de manipulación de "*armas químicas*" (art. 279-A del CP) o la conducta de posesión de "*drogas tóxicas*" (art. 296 pf. 2 del CP), en estos casos la peligrosidad del objeto es inherente al bien independientemente del tipo de conducta que pueda recaer sobre el mismo. El segundo caso corresponde por ejemplo al delito de hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero (art. 427 pf. 1 del CP), en este supuesto la peligrosidad del objeto es producto de la propia actividad delictiva, peligrosidad que en el ejemplo citado estriba en que el documento falso o adulterado "*pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho*". En el tercer grupo la peligrosidad deriva de un hecho pasado, como en la receptación (art. 194 del CP) o el lavado de activos, aquí la peligrosidad se profundiza o se proyecta en nuevos cursos peligrosos o lesivos, a través de las conductas típicas que recaen sobre el objeto. Finalmente, el cuarto caso puede ejemplificarse con el tipo de posesión, transporte, adquisición o venta no autorizada de "*insumos químicos o productos*" (art. 296-B del CP), aquí la peligrosidad de la cosa solo puede explicarse por su conexión con un futuro hecho ilícito, que para la ley se concreta en "*el objeto (el fin) de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita de drogas*"[164].

En varios de estos casos la peligrosidad del objeto material demanda, además de las prohibiciones penales, diferentes grados de inocuización, una serie de reglas previas o coetáneas a la norma penal[165] para la administración eficiente del riesgo de uso, manipulación, transporte, resguardo, tenencia, etc., que pueden ir desde la aplicación de reglas administrativas indicadoras de los niveles de riesgo permitido, para el transporte de residuos peligrosos por ejemplo, hasta el embargo, la incautación, el decomiso, la pérdida de dominio o incluso la destrucción del objeto, como en el caso de las drogas o los billetes falsificados que son de ilícito comercio. En el caso concreto del lavado de activos provenientes de un delito anterior, las reglas de interdicción de los capitales de origen ilegal abarcan: 1) la aplicación de la incautación y/o el comiso como consecuencia del delito anterior; 2) el sistema de prevención que impone obligaciones administrativas o de *compliance* a diferentes sujetos obligados, dentro y fuera del sistema financiero, para la evitación de potenciales conductas de lavado y la identificación del presunto patrimonio ilícito: conocimiento del

163 Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de Derecho penal. Parte general*. T. II, 4ª ed. Lima, Idemsa 2011, §19/2176-2178.

164 Texto entre paréntesis fuera del original.

165 Propias de la norma penal secundaria, como el comiso.

cliente, debida diligencia, desvinculación del cliente, monitoreo constante de operaciones inusuales, e identificación y reporte de operaciones sospechosas (incluso reforzada penalmente a través del delito del art. 5 del D. Leg. N° 1106); 3) las prohibiciones propiamente penales de negociar con bienes de origen ilegal, las diferentes modalidades del lavado de activos; y, 4) las consecuencias patrimoniales del propio delito de lavado y su tutela cautelar.

Frente a este panorama, la determinación normativa de la peligrosidad *ex-ante* del objeto material deberá obedecer en primer término a criterios teleológicos derivados del ámbito de protección de la norma: no están permitidas las conductas de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia, únicamente si el objeto de origen delictivo es idóneo, desde una perspectiva general *ex-ante*, para insertarse en el tráfico legal o lícito de bienes. En segundo lugar, y como complemento necesario para dicha determinación, deberá atenderse al sistema de reglas previas o coetáneas a la norma penal para el tratamiento de tales objetos, las que se erigen como *ratio cognoscendi* de los niveles de riesgo permitido[166] porque, para decirlo en palabras de Jakobs, "*deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o multa administrativa*"[167].

Desde esta perspectiva de valoración que estimo como dogmáticamente correcta, quedan sin espacio las propuestas que definen la descontaminación del objeto en casos de mezcla con criterios de gran acento cuantitativo como el de Barton de la "*significancia jurídica*", que incluso acude a fórmulas matemáticas como el límite del 5% que si bien aporta seguridad jurídica, carece de asidero legal y dogmático desde la perspectiva de la imputación objetiva, porque ni siquiera implica una determinación del riesgo permitido conforme a una ya opinable razón de cálculo de costes y beneficios[168]. Si bien Blanco Cordero recurre a correctivos cualitativos como el principio de proporcionalidad, que en rigor inspira a todo el Derecho punitivo, finalmente se ciñe a criterios cuantitativos cuando postula el análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva. La perspectiva de Aránguez Sánchez tampoco es convincente porque solo se funda en la perspectiva teleológica que conecta el objeto al bien jurídico protegido, sin referencia alguna a la regulación que soporta el tratamiento jurídico del objeto material.

A su vez, la delimitación del objeto material bajo los mismos límites del comiso, como defienden Palma Herrera y Arias Holguín, tiene la virtud de emparentar dos conceptos con tres elementos comunes: 1) el objeto material del lavado y el objeto del comiso derivan de un injusto penal (conducta típica y antijurídica)[169], que eventualmente puede ser el mismo; 2) dentro de las múltiples posibilidades del tipo alternativo de lavado se tiene el caso en que el objeto material es un bien decomisable –"*(...) con la finalidad de evitar (..) su (...) decomiso*"–; y, 3) la peligrosidad del objeto del lavado se asemeja a la peligrosidad objetiva de la cosa que fundamenta el comiso y emana del "*pronóstico de probabilidad de que (los objetos peligrosos) pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquel*"[170]. Esa última semejanza es de la mayor trascendencia porque abona en la delimitación del objeto material del lavado aquí defendida con base en la imputación objetiva, pues la peligrosidad objetiva de la cosa decomisada sirve también para la fundamentación de las consecuencias accesorias contra la persona jurídica, peligrosidad corporativa que se ha venido construyendo partiendo de la imputación objetiva, bajo conceptos como el riesgo

166 Caro Coria, Dino Carlos, "El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico", en: *ADPE* N° 1/2011, pp. 20-21.

167 Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Lima, Grijley 1998, p. 48.

168 Ibid., p. 43.

169 En relación al comiso, Gracia Martín, Luis y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,* cit., p. 394. García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*., cit., p. 749.

170 Gracia Martín, Luis y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 394. García Cavero, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.*, cit., p. 747, texto entre paréntesis añadido.

o defecto de organización, o deficiente administración del riesgo[171], como ha establecido el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.09[172]. Como señala Feijóo Sánchez, "*La "teoría de la imputación objetiva" es una teoría normativa que pretende averiguar el sentido y fin de las normas con relevancia penal. Por ello para solucionar esta problemática es preciso –una vez más- determinar la finalidad político criminal de las consecuencias accesorias para las personas colectivas. Partiendo, como ya he defendido, de la idea de que estas consecuencias tienen como finalidad combatir la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación basada en un defecto de organización que facilita la comisión de hechos antijurídicos, las ideas desarrolladas por la doctrina alemana, especialmente por Tiedemann y Schünemann, tienen gran utilidad para resolver esta problemática. La consecuencia para la persona jurídica solo tiene sentido en aquellos casos en los que la actuación delictiva de la persona física se debe a un defecto de organización o a una gestión empresarial criminógena de la empresa o asociación que se mantiene o que se puede repetir después de la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física. En ese momento se muestra necesaria la adopción de una medida preventiva para que no se vuelvan a repetir hechos de esas características*"[173]. Ahora bien, esta gran conexión entre el objeto material del delito de lavado y el comiso no justifica concluir que el objeto material equivale a un bien decomisable, con ello se dejaría de lado tanto la perspectiva teleológica ya expuesta, como la extensa regulación que permite configurar sistemáticamente la noción de riesgo permitido conforme a la imputación objetiva y que, conforme se ha visto, trasciende el ámbito del decomiso que en tal contexto solo puede aceptarse como un criterio más, acaso auxiliar o incluso irrelevante en determinados casos, por ejemplo se puede decomisar los instrumentos del delito conforme al art. 102 del CP, pero estos no conforman el objeto material del tipo de lavado.

En esta perspectiva, el recurso a la imputación objetiva para la concreción de la peligrosidad del objeto material del delito de lavado, implica dejar de lado las no poco comunes soluciones subjetivas, consistentes en bloquear la punición cuando es difícil o imposible probar el dolo del agente más allá de toda duda razonable[174], estas son insatisfactorias porque no contemplan la exclusión de grupos de conductas en las que el sujeto por ejemplo conoce de modo actual o potencial el origen ilícito del bien, pero sencillamente no tiene el deber de evitar la conducta de traficar con dichos bienes. En el estado actual de la teoría del delito no solo el dolo es un filtro de la tipicidad, sino y antes que él, el tipo objetivo, de modo que es dogmáticamente incorrecto resolver casos con el filtro subjetivo cuando estos ni siquiera implican la realización de una conducta no permitida[175]. La jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Sala Penal Nacional sigue este derrotero, la Sala Penal Permanente ha establecido por ejemplo que la canalización de una transacción a través del circuito financiero formal elimina la presunción respecto del origen ilícito de los fondos[176], si el dinero proviene del propio canal financiero entonces dichos activos, y el cliente en particular, han tenido que ser sometidos a las reglas de prevención por parte del o los sujetos obligados del sector financiero que han servido de canal previo para su incorporación en dicho mercado. Aunque el imputado desde el punto de vista fáctico o natural haya podido sospechar del origen ilegal, ello es irrelevante porque conforme a la imputación objetiva ha actuado bajo el principio de confianza, no ha realizado una conducta no permitida al operar con activos provenientes del propio circuito financiero y cuyo tránsito a través del mismo, en caso los bienes tuvieran origen ilegal,

171 Caro Coria, Dino Carlos, "Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en: Guzmán Dálbora, José Luis. *El penalista liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires, Hammurabi 2004, p. 1022ss.

172 Fundamentos Jurídicos 11 y 15 B.

173 Feijoó Sánchez, Bernardo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?", en: *RPCP* N° 9, p. 283.

174 Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, Colex 1998, pp. 300 y 390. Córdoba Roda, Juan y Mercedes García Arán, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. T. I, Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2004, pp. 1155-1156.

175 Cancio Meliá, Manuel, "Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva", en: *Estudios de Derecho penal*, Lima, Palestra-C&A 2010, p. 148.

176 Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de 26.5.04, Recurso de Nulidad N° 2202-2003/Callao, considerando 8 y 9, en: San Martín Castro, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Lima, Palestra 2007, pp. 549-550.

debió ser bloqueado y reportado oportunamente por el operador financiero competente. La Sala Penal Nacional es más explícita en la tesis de que el circuito financiero es un medio de descontaminación del objeto material, en el caso Duany Pazos señaló que "*es de tenerse en cuenta que la transferencia de las acciones se sustentó en el pago de cheques de gerencia de un Banco como el Atlantic Security Bank, que como es parte del sistema financiero formal estaba en la obligación de realizar los controles por transacciones sospechosas, debiéndose estimar que la entrega de cheques por parte de quien había contratado sus servicios profesionales generaba confianza sobre su licitud (principio de confianza)*"[177].

La capacidad de rendimiento de la imputación objetiva para la delimitación del objeto material del delito en general[178], también puede apreciarse frente a los casos de lavado de activos enunciados por la literatura de la parte especial. Los casos de despenalización y de prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser "*peligroso*" a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal[179]. En el llamado supuesto de "*adquisición de buena fe*" –el órgano recaudador del tributo (la Sunat) cobra el impuesto que el lavador paga por la renta de un negocio inexistente con dinero de origen ilegal–, la descontaminación del bien no se debe a la ausencia de dolo sino a la realización de una conducta neutral o habitual en el marco de la prohibición de regreso.

Si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de estos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje, quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios solo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa. Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque este ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal– con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede "*ganar*" si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. Conforme a este razonamiento, en los casos de transmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito previo -el lavador compra un inmueble y paga el 30% del precio con dinero de origen ilegal y el saldo con dinero limpio, luego vende a otro el 60% del bien-, la fusión entre los bienes de origen legal e ilegal justifica el tratamiento de toda la masa o parte de ella como de origen ilegal.

La misma regla debe aplicarse al tratamiento de los beneficios ordinarios y extraordinarios producidos por el bien de origen ilícito, los primeros -las ganancias, los intereses, las rentas, los frutos del bien- forman parte del resultado esperado y perseguido por la conducta, de modo que se integran –se contaminan– al patrimonio ilícito, a diferencia de los beneficios extraordinarios –ganar la lotería!– donde el resultado es obra absoluta del azar o de la casualidad y no es, por ende, objetivamente imputable a una conducta que, desde una perspectiva *ex-ante*, ni siquiera puede entenderse como el inicio o la continuación de un proceso orientado a ocultar el origen ilegal de un bien. Llevada esta concepción al terreno de la transformación de bienes de origen ilícito por el trabajo o la obra

177 Del mismo modo, el Auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09, Expediente N° 945-08-C, caso Juan Duany Pazos y otros, fundamento séptimo.

178 Vid. por ejemplo, Pastor Muñoz, Nuria, *Los delitos de posesión y de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier 2005, pp. 33ss. Silva Sánchez, Jesús María. "La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de acción". En: *Estudios de Derecho penal.* Lima, Grijley 2000, pp. 180ss. Caro Coria, Dino Carlos, "El delito de enriquecimiento ilícito", en: San Martín Castro, César, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima, Jurista Editores 2002, pp. 216-220.

179 Meini Méndez, Iván, "Sobre la prescripción de la acción penal", en: *Imputación y responsabilidad penal*. Lima, Ara Editores 2009, pp. 281, 291.

de un tercero –el terreno de origen ilegal es edificado con el aporte de fuente lícita, el oro producto de la minería ilegal que es altamente refinado mediante un proceso técnico–, y descontando los supuestos de "*buena fe*" o conductas neutras como se ha señalado antes, estos casos de mezcla corresponden a actos que subordinan o contaminan ese mayor valor de origen lícito con el bien de fuente ilícita.

Y finalmente en relación a los casos problemáticos para la literatura de la parte especial, pocas dudas cabe albergar en torno a los supuestos de devaluación –el inmueble que pierde valor tras un terremoto o el sometimiento a un proceso judicial de reivindicación con inscripción de la demanda– y revalorización –las acciones de empresas mineras que ganan valor por la extraordinaria subida del precio de los metales– del bien de origen ilícito, se trata de procesos esperados desde una perspectiva *ex-ante*, por ordinarios o extraordinarios que puedan ser. La regla social no varía, así como nadie discutiría si el menor o el mayor valor siguen correspondiendo al mismo bien si este hubiera sido adquirido con fuentes lícitas, tampoco cabe hacerlo cuando la fuente fue ilícita.

IV. EL TIPO SUBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

La faz subjetiva en las primeras versiones del tipo de lavado, entonces limitado a los bienes procedentes del tráfico de drogas, en el contexto del art. 296-A del Código Penal -y sus diversas reformas- que tipificaba el delito de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes, vino marcada por la expresión "*siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*", que tuvo como fuente el art. 25 de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89 que definía el tipo subjetivo de lavado con la misma fórmula: "*siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*". La doctrina nacional interpretó estas elocuciones como referencias al dolo directo (hubiese conocido) y al dolo eventual (hubiera sospechado), respectivamente, y señaló que el tipo no exigía la presencia de un ánimo de lucro a diferencia del delito de receptación[180]. En cuanto al tipo del art. 296-B –y sus modificaciones– de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero, pese a no usarse la citada elocución también se consideró que recogía tanto el dolo directo como el eventual, aunque en el caso de repatriación se interpretó que era necesario un elemento subjetivo especial diferente del dolo, definido con la expresión "*de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos*"[181], interpretación discutible porque no parecía definir una intención sino el resultado que debía alcanzar el autor.

Durante el corto periodo de vigencia de la Ley N° 25404, entre febrero y abril de 1992, el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del terrorismo era una modalidad agravada (art. 195.2 del CP) del delito de receptación del art. 194, de modo que el tipo subjetivo del lavado era el mismo de la receptación, definido con la expresión "*bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito*", y que ha sido interpretado doctrinal y jurisprudencialmente como referencias al dolo directo y al dolo eventual[182], manteniéndose con ello la comprensión también mayoritaria de la frase "*debía presumir que provenía de un delito*" del tipo de encubrimiento del art. 243 del Código penal de 1924, a su vez inspirado en el art. 125 del Proyecto suizo de 1918[183]. La actualidad de estos antecedentes no puede ser mayor porque los actuales delitos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, vuelven sobre estas mismas expresiones al referirse a los bienes "*cuyo origen ilícito conoce o debía presumir"*.

Son dos las construcciones subjetivas que se conocieron bajo la vigencia de la Ley N° 27765, aunque de modo constante se recurrió a la fórmula "*cuyo origen*

180 Prado Saldarriaga, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú,* cit., p. 69.

181 Ibid., p. 75.

182 Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*. T. II-A, Lima, Ediciones Jurídicas 1995, pp. 259-261. Ángeles Gonzáles, Fernando y otros, *Código penal.* T. III, Lima, Ediciones Jurídicas s/f, pp. 1276-1277. Bramont-Arias Tórres, Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano, *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 3ª ed. Lima, San Marcos 1997, p. 344. En la doctrina nacional, solo Salinas Siccha, Ramiro, Delitos contra el patrimonio, cit., p. 267-268, defiende que la receptación culposa está prevista bajo la fórmula "*debía presumir que provenía de un delito*", aunque acepta que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en general interpretan que solo hay espacio para la punición dolosa.

183 Roy Freyre, Luis E, *Derecho penal peruano*. T. III, Parte especial. Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales 1983, pp. 143-144, 146. Sin embargo, Péña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho penal*, Vol. III. Parte especial. Lima, Sagitario 1986, pp. 274-275, interpretó que el tipo de receptación sancionaba tanto el dolo eventual como la culpa con representación.

ilícito conoce o puede presumir" en los tipos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), fórmula que ratificaba el art. 6[184], solo el texto original de la ley incorporó un elemento subjetivo diferente del dolo que definía el delito como uno de tendencia interna trascendente, ello mediante la frase "*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso*". Esta construcción tuvo como fuente inmediata el ya referido "*Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos*", de la Comisión Encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS que contemplaba además como intención alternativa la de evitar el "*descubrimiento*" de los bienes, la cual fue inexplicablemente eliminada[185]. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, "*El tipo subjetivo es estructurado, como en el delito patrimonial de receptación, considerando el conocimiento directo o eventual del agente respecto al objeto que transfería o convertía. Sobre la base de las circunstancias en que se adquiere, posee u oculta el bien, el agente sabía o podía conocer el origen irregular del mismo. La finalidad del agente en cualquier circunstancia es evitar el descubrimiento –ubicación física del bien; la identificación de su origen– establecimiento del nexo causal de la procedencia real del mismo; la adopción de una medida cautelar –incautación– o de una consecuencia accesoria –decomiso–*"[186]. De esta manera, el tipo de lavado se estructuraba como un delito de peligro[187] abstracto[188], el dolo del lavador debía abarcar tan solo el conocimiento de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen delictivo, al cual debía sumarse esa especial intención "*de asegurar la ganancia ilícitamente generada*"[189] para completar la tipicidad subjetiva.

El artículo único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07 reformó los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, convirtiendo este elemento subjetivo, la especial intención, en el resultado típico[190], elevando con ello la carga de la prueba para la persecución de estos delitos. Se pasó a exigir, ya en el plano del tipo objetivo, que el autor realice actos de conversión, trasferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen ilícito y que logre con ello un resultado: dificultar ("*y dificulta*") la identificación del origen, la incautación o el decomiso de esos bienes. Y todo ello, la conducta y el resultado, debía se abarcado por el dolo, la tipicidad subjetiva no demandaba la concurrencia de otros elementos subjetivos[191].

La vertiente subjetiva de los actuales tipos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 es el fruto de esta evolución. Se ha retornado en esencia a la construcción original de la Ley N° 27765, por una parte se incorpora el dolo solo en relación a los actos de conversión o transferencia (art. 1), ocultamiento o tenencia (art. 2), y transporte o traslado (art. 3) de los bienes de origen ilícito, recurriéndose para ello a la fórmula del tipo de receptación del art. 194 del CP, el agente ha de conocer ("*conoce*") o "*debía presumir*" ese origen ilícito de los bienes[192]. Y de otra parte, se reinstaura la especial intención del autor, "*la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*", lo que convierte nuevamente al lavado de activos en un tipo de peligro abstracto e incongruente por exceso subjetivo, en un delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado[193]. De esta manera, para efectos del tipo subjetivo se zanja la diferencia entre la receptación y el lavado según concurra o no esa especial intención, o dicho de otra manera, el ánimo de lucro es el elemento subjetivo especial de la receptación, mientras que en el lavado de activos la finalidad especial es impedir

184 "*El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente*" (pf. 1), y "*El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente*" (pf. 2).

185 Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., pp. 154-155.

186 Separata Especial del Diario Oficial *El Peruano* de 17.6.01, cit., p. 5.

187 Fundamento Jurídico 21 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

188 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, cit., p. 512.

189 Fundamento Jurídico 21 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

190 Fundamento Jurídico 15 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

191 Fundamento Jurídico 21 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

192 El art. 10 del D. Leg. N° 1106 utiliza las mismas elocuciones: "*El cocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente*" (pf. 2 *ab inicio*), "*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente*" (pf. 2 *in fine*).

193 Hinostroza Pariachi, César, *El delito de lavado de activos*. Delito fuente, Lima, Grijley 2009, p. 128. Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 343-344. Por su parte, Reátegui Sánchez, James, *Criminalidad empresarial*. Lima, Gaceta Jurídica 2012, p. 212, considera más bien que estamos ante un delito mutilado de dos actos.

la identificación del origen, la incautación o el decomiso del bien, el blanqueo de capitales no precisa del llamado *animus lucrandi*[194].

Ahora bien, en cuanto al dolo el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 señala que el "*sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintas actos y modalidades de lavado de activos de manera conciente y voluntaria*" (sic)[195], lo que conllevaría a asumir una concepción voluntarista del dolo que debe ser rechazada por las razones generales que he expuesto en otras ocasiones[196] y que, específicamente en el caso del lavado de activos, no ha sido acogida al menos por una parte de la literatura nacional que concreta el dolo del lavado únicamente en el conocimiento directo o eventual del origen ilícito de los activos y de los actos subsecuentes de conversión, transferencia, etc., sin referencia alguna a una voluntad que ya resulta típicamente irrelevante. Así, bajo la legislación anterior se ha señalado que "*La norma no solo exige como elemento subjetivo configurador del delito el dolo directo, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado dolo eventual que está presente en el supuesto de poder presumir el origen ilícito del activo. Con el dolo eventual (...) basta con que tenga la probabilidad de saberlo, o lo hubiera podido presumir*"[197], esto es, "*el conocimiento sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que resultará suficiente la probabilidad sobre dicha procedencia*"[198].

Sobre el grado de conocimiento, es suficiente saber que los activos derivan de un hecho delictivo grave[199]. El Acuerdo Plenario establece que no se exige del autor conocer qué tipo de delito previo generó los bienes, ni cuando se cometió dicho delito, y menos quiénes intervinieron en su ejecución, tampoco se demanda conocer la situación procesal del delito fuente o de sus autores o partícipes, y en el caso específico de las conductas de ocultamiento o tenencia no es necesario conocer de las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni saber quiénes participaron en ellas[200]. Antes bien, se ha defendido que, en tanto el tipo excluye como delito fuente la receptación, el autor debe al menos conocer que el bien no proviene de dicha infracción[201], apreciación que no puede estimarse correcta si se entiende que tal exclusión es una simple condición objetiva de punibilidad que, en consecuencia, no necesita ser abarcada por el dolo.

Como ya se puso de relieve, el término "*puede presumir*" de la Ley N° 27765 que en general se ha considerado como inclusivo del dolo eventual, no ha sido reproducido por el D. Leg. N° 1106 que introduce la expresión "*debía presumir*" del tipo de receptación del art. 194 del CP, lo que se viene entendiendo como una ampliación por parte del legislador de los deberes de conocimiento en torno al origen ilícito del bien con el que se trafica. Esto es, "*el término "debía presumir", en lugar del "puede presumir" (...), expresa una mayor exigencia (...), la norma en vigencia le otorga un deber de presunción en el entendido que, en una valoración paralela en la esfera del profano, es perfectamente factible sospechar la ilicitud de la procedencia de los bienes en cuestión*"[202]. Así, se afirma que "*se convierte en una exigencia para el*

194 Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 27. Este Fundamento, al igual que otras partes relativas al tipo subjetivo (§ 3 del Acuerdo), ha sido redactado mediante la reproducción casi literal, aunque sin cita o referencia específica, de los aportes de Prado Saldarriaga, Víctor, Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 152ss., autor que a la vez fue el ponente del Acuerdo Plenario, como se lee el Antecedente 6. Bramont-Arias Torres, Luis Alberto, "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02", cit., p. 527, también excluye el ánimo de lucro del tipo subjetivo de lavado.

195 Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 17.

196 Caro Coria, Dino Carlos, "El delito de enriquecimiento ilícito", cit., pp. 221 ss. "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 3/2002, pp. 159-160.

197 Caro John, José Antonio, "Consideraciones sobre el "delito fuente" del lavado de activos y su incidencia para determinación del "riesgo reputacional" de una institución financiera", cit., p. 157.

198 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, cit., p. 506.

199 Ibid., p. 506.

200 Fundamento Jurídico 18.

201 Gálvez Villegas, Tomas Aladino, *El delito de lavado de activo*s, cit., pp. 98-99, y nota 124. En contra, Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, cit., p. 153.

202 Hernández Miranda, Edith, "Comentarios sobre la regulación sustantiva del delito de lavado de activos: a propósito del Decreto Legislativo N° 1106", en: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 35, mayo 2012, p. 82.

ciudadano, pues en una investigación o proceso no se analizará si él podía presumir, esto es, que hubiera contado con algunos datos que le hubieran permitido suponer que el dinero, efectos, bienes y ganancias tenían proveniencia ilícita, sino –solo- si debía presumirlo. Esto obliga a la ciudadanía a tener un deber de cuidado en relación con activos de dudosa procedencia"[203].

Dado que luego volveremos sobre esta discusión, es relevante tener en cuenta que pese al menor sentido constrictivo de la fórmula "*puede presumir*" usada en la legislación anterior, la doctrina nacional ha debatido si esta cubría los supuestos de culpa[204], indiferencia[205] e "ignorancia deliberada"[206]. Sobre el primero, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia niegan de modo rotundo la punición del lavado de activos por imprudencia, porque el art. 12 pf. 2 del Código Penal establece un sistema de *numerus clausus* en materia de delitos culposos y la expresión "*puede presumir*", semejante a la prevista en el tipo de receptación del art. 194 del Código actual y del encubrimiento del art. 243 del Código de 1924, ha sido en general interpretada sin incluir la culpa, de modo que "*por tradición interpretativa doctrinaria, legislativa y jurisprudencial no se puede asumir la presencia de un supuesto imprudente de lavado de activos a partir de la fórmula asumida por nuestra legislación*"[207]. El art. 2 del "*Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves*" de la CICAD-OEA tipifica el lavado de activos incorporando tres modalidades subjetivas: "*a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional*", y según las notas 2 y 3 del Reglamento, "*debiendo saber*" se interpreta "*como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico*", mientras que la "*ignorancia intencional*" se interpreta "*como dolo eventual*". A partir de este precepto de *soft law*, se ha querido defender que la fórmula "*puede presumir*" del Derecho nacional no puede equipararse a la culpa que, en todo caso, debiera ser prevista con la elocución "*debiendo saber*"[208], conclusión que a mi juicio no puede aceptarse por algo evidente, la nota explicativa N° 2 del Reglamento de la CICAD-OEA no establece que el único modo de tipificar la culpa es con dicha expresión puesto que cada Estado podrá hacerlo conforme a sus propias reglas y tradición jurídica. En efecto, la asimilación entre "*debiendo saber*" y culpa tiene sentido bajo determinada concepción de negligencia del sistema anglosajón, concretamente la del § 2.02(2)(d) del *Model Penal Code americano*[209], que presupone la realización de una conducta y una "*no percepción del riesgo*", el sujeto "*debía conocer el riesgo sustancial e injustificable (lo que implica que no lo conocía)*"[210]. En el sistema inglés, la negligencia se concibe de modo similar, aunque no exactamente igual, "*Una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar*

203 Salas Beteta, Christian, "*El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106*", cit., p. 23.

204 A favor de esta interpretación minoritaria, García Cavero, Percy, Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 507, quien considera que "*podría tratarse de un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso*", culpa grave que no ha terminado de definir (Vid. Derecho penal económico. Parte general. T. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2007, pp. 567-568). Admite en general la culpa en el delito de lavado de activos, Frisancho Aparicio, Manuel, Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, Lima, Jurista Editores 2003, pp. 296-297, 307.

205 Así, García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial,* cit., pp. 507-508.

206 En esa línea, Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activo*s, cit., pp. 101-102.

207 Ibid., pp. 105-106.

208 Así, Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo,* cit., p. 154, y el Fundamento Jurídico 19 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

209 *"§ 2.02. General Requirements of Culpability (...)*
(2) Kinds of Culpability Defined (...)
(d) Negligently.
A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation (...)".

210 Fletcher, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 1997, p. 175.

exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo"[211], estándar de valoración que, como puede deducirse, demanda un "*deber saber*" o "*deber conocer*" sobre dicho riesgo. Sin embargo, desde la perspectiva eurocontinental que inspira nuestro sistema jurídico-penal, la elocución "*debiendo saber*" no puede interpretarse como una característica privativa del comportamiento culposo, la normativización del tipo subjetivo conlleva que múltiples formas de imputación subjetiva, desde la culpa inconciente hasta el dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, pudiera fundarse, entre otras condiciones, en la defraudación de un deber de saber o un deber de conocer.

La no punición de la imprudencia en el marco de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 obedece a razones sistemáticas, la exigencia de una tipificación expresa de la culpa en un sistema de *numerus clausus* se ve confirmada ahora porque la nueva Ley prevé un único caso de imprudencia, el art. 5 pf. 2 sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas e impone solo una pena de multa que es sustancialmente menor que las consecuencias señaladas para la omisión dolosa (pf. 1). Ello en concordancia con la menor desvaloración que acarrea la conducta negligente de lavado de activos, como puede verse en regulaciones como la alemana[212], la española[213] o la argentina[214] que, también bajo un sistema taxativo de la culpa, sancionan de modo específico, pero a la vez atenuado frente al tipo doloso, el blanqueo de capitales cometido por "*imprudencia grave*" y no por culpa leve, sin aceptarse una equiparación entre el comportamiento doloso y la negligencia grave. Como puede verse en el citado auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09 del caso Duany Pazos, la jurisprudencia no alberga dudas sobre la no punición de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia imprudentes, se considera que "*La mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica (...) El solo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito. Por último, aseverar que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien o dinero, no es más que la expresión de un proceder culposo, el mismo que en nuestra legislación de lavado de activos no es típico*"[215].

Finalmente en cuanto al tipo subjetivo, la "*indiferencia*", la "*ceguera*", la "*ignorancia deliberada o intencional*" o "*willful blindness*" del sistema anglosajón[216], que para un sector de la doctrina nacional ya tenían asidero bajo el rótulo "*puede presumir*" de la Ley N° 27765, pese a la ausencia de una equivalencia material entre estas categorías dogmáticas incluso entre quienes defienden, como aquí, que son compatibles con una concepción cognitiva de dolo, deben aceptarse como manifestaciones subjetivas que también pueden calzar con la expresión "*debía presumir*" del D. Leg. N° 1106. Esta fórmula parece encerrar una contradicción manifiesta entre un precepto normativo y un requerimiento ontológico, se parte del dato nomológico de que el sujeto tiene un deber, pero el objeto del deber no se expresa en un requerimiento objetivo como el conocimiento ("*deber de conocer*") o la información ("*deber de informarse*"), sino en una circunstancia sicológica, contingente y natural: una presunción, es decir la representación hipotética o "*sospecha fundada*" del origen ilícito del bien que se lava[217]. Así, el amplio margen de posibilidades que el marco literal de la ley dispensa, con exclusión de la culpa por las razones ya expuestas, otorga cabida a

211 Piña Rochefort, Juan Ignacio, *La estructura del la teoría del delito en el ámbito jurídico del "Common Law"*, Granada, Comares 2002, p. 102.

212 § 261 (5) del StGB, sanciona el lavado de bienes por "imprudencia grave" con una pena por debajo de la mitad que la prevista para el tipo doloso.

213 Art. 301.4 del Código Penal, penaliza la "*imprudencia grave*" con una sanción privativa de libertad máxima equivalente a un tercio de la estipulaba para el caso de dolo.

214 Art. 278.2 del Código Penal, también criminaliza el lavado por "*temeridad o imprudencia grave*" y solo con pena de multa.

215 Cit., Fundamento Noveno.

216 Ambos, Kai, *La parte general del Derecho penal internacional*. Bases para una elaboración dogmática, Montevideo, KAS 2005, pp. 331-332, con referencia al § 2.02 (7) del *Model Penal Code*, según el cual: "*Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist*".

217 Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 99.

la "*ignorancia intencional*" recogida en el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y que según la nota 3 del mismo se interpreta "*como dolo eventual*", y que corresponde al sujeto "*que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o concientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas*"[218]. La indiferencia o ceguera también encuentra espacio en el amplio abanico de la cita legal "*puede presumir*", hay indiferencia y esta se entiende como dolo respecto a la realización del tipo si el agente, "*de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que ponen en juego sus intereses. Estos intereses por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses*"[219].

La punición de todos estos casos como conductas dolosas es razonable porque el déficit de representación derivada de la ignorancia, la ceguera o la indiferencia, se ve ciertamente compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo[220], motivación que en términos del D. Leg. N° 1106 debe cifrarse en la violación deliberada o la huída de ese deber de representación. Pero sí como ha señalado la Sentencia 1034/2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 14.9.05, "*existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas*"[221], o si se quiere ser más estricto o radical, parece estarse construyendo "*un mandato general de sospechar, indagar, conocer, tener especial diligencia, etc., cuando se trata de entablar contactos sociales que tengan por objeto bienes, ganancias o capitales*"[222], entonces la imposición de límites es fundamental porque así lo demanda el principio de certeza. Esta tarea tiene como punto de partida la extensa regulación administrativa que configura el Sistema de Prevención del Lavado de Activos, del cual emanan deberes específicos para los diversos sujetos obligados expuestos al riesgo de efectuar transacciones, incluso anónimas, con potenciales lavadores de activos.

218 Ragués I Vallès, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal.* Barcelona, Atelier 2007, p. 158. Le sigue, Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., pp. 101-102.

219 Jakobs, Günther, "Indiferencia como dolo indirecto", en: *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid, Tirant lo Blanch 2004, p. 355. Le sigue, Caro John, José Antonio, "Imputación subjetiva y conocimientos especiales", en: *Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de derecho penal funcionalista*. Lima, Ara Editores 2010, pp. 178-179, quien interpreta consecuentemente que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero producto de su indiferencia llega a realizarlo. También asume la perspectiva de Jakobs, García Cavero, *Derecho penal económico*, T I, cit., p. 517, TII, cit., p. 508.

220 Ragués I Vallès, Ramón, "De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico", en: *InDret* N° 3/2012, p. 9.

221 Fundamento de Derecho Cuarto.

222 Arias Holguín, Diana Patricia, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, cit., p. 342, de modo crítico.

INTERDISCIPLINARIA

EL PROGRAMA DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Luis Miguel REYNA ALFARO*

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Su origen histórico. III. Justificación jurídico- política y justificación jurídico penal del principio de legalidad. IV. Consecuencias prácticas del principio de legalidad.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

El Derecho penal se enfrenta a obstáculos cada vez mayores en su tarea de enfrentar a las variadas tipologías delictivas imperantes en nuestros días: Criminalidad de empresa, criminalidad organizada, terrorismo, violencia intrafamiliar, y frente a las cuales la eficacia de la respuesta penal parece limitada.

El surgimiento de una sensación de *miedo al delito*[1] es así bien aprovechada por quienes ven en la legislación penal el mejor mecanismo para la obtención de réditos políticos. De esto, como puede anticiparse, solo pueden derivar a*ctitudes punitivistas, c*aracterizadas por el recurso e implementación *irracional* de la ley. En este contexto, los principios limitadores del poder punitivo constituyen el único medio de contención capaz de enfrentarse al ejercicio irracional del poder del Estado. Queda así plenamente justificada la decisión de abordar *el programa dogmático y político criminal del principio de legalidad*[2].

II. SU ORIGEN HISTÓRICO.

El principio de legalidad, no obstante ser expresado comúnmente en la fórmula latina "*nullum crimen sine lege*" no tiene su origen en el Derecho romano; dicho ropaje fue dado por Anselm von Feuerbach[3] al postular su conocida *teoría de la coacción psicológica*.

Aunque no se tiene certeza respecto al origen histórico del principio de legalidad, un importante sector de la doctrina afirma que el nacimiento de dicho principio rector del Derecho penal se ubica en la llamada "*Carta Magna*" de Juan sin tierra, en el año 1215, en cuya virtud la aplicación de penas a los hombres libres solo era posible como consecuencia de un juicio previo, de conformidad a las leyes de su país y ante sus iguales[4]. No obstante, el principio consagrado en

* Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE). Profesor de Derecho penal económico y Criminología en la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Profesor del curso de Derecho penal económico y de la empresa en las Maestrías en Derecho penal de las Universidades Privada Antenor Orrego (Trujillo), Nacional San Agustín (Arequipa), Continental (Huancayo) y Privada de Huánuco (Huánuco).

1 Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales,* Trotta, Madrid, 2003, p. 23 ss.

2 Término proveniente de Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas,* Grijley, Lima, 2004, p. 325.

3 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General,* tomo I, traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 146; Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I,* traducción de Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 83; Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte General,* Ara, Lima, 2004, p. 99; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, *Derecho penal. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General,* sétima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 114/ 203; Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales,* tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 110; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., pp. 319-320; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, *Derecho penal. Parte General,* traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 75; Padovani, Tulio, *Diritto penale,* sétima edición, Giuffre, Milán, 2004, p. 15; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo. *Elementi di Diritto penale. Parte Generale,* Cedam, Milán, 2002, p. 59; Vinciguerra, Sergio. *Diritto penale italiano,* volumen I, Cedam, Milán, 1999, p. 87; Ramacci, Fabrizio, *Corso di Diritto penale,* tercera edición, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 70; Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho penal*. *Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 98.

4 Así, por ejemplo, Ramacci, Fabrizio, Ob. cit., p. 69.

la "carta magna" inglesa tenía un sentido distinto, consistente en dar protección a determinadas clases sociales contra la arbitrariedad, por lo que constituía principalmente una garantía de orden jurisdiccional[5].

Su universalidad y real imperio es recién observada en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8 precisaba: "La ley no puede establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada". Y es que dicho principio, en su actual dimensión, aparece conjuntamente con la noción de Estado de Derecho, derivada de la teoría ilustrada del contrato social[6].

III. JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA Y JUSTIFICACIÓN JURÍDICO PENAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La legitimación del principio de legalidad se encuentra sustentada tanto en fundamentos de orden político (o externos al sistema jurídico penal) como en fundamentos de índole jurídico penal (o internos al sistema jurídico) que deben ser reconocidos conjuntamente para comprender la dimensión real del aludido principio[7]. No debe incurrirse en el error, puesto de relieve por Fiandaca & Musco, de privilegiar la justificación técnico penal del principio de legalidad, olvidando o subestimando los aspectos ideológico- políticos del principio de legalidad[8].

1. Justificación jurídico- política: El principio de legalidad como *garantía de libertad del ciudadano (seguridad jurídica).*

El principio de legalidad es un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual. Ya en su "Espíritu de las Leyes" Montesquieu señalaba: "La libertad del ciudadano depende, pues, principalmente de la bondad de las leyes criminales"[9]. Referencia similar se encuentra en Von Liszt cuando aludía al principio de legalidad con la conocida frase de: "*Magna Charta* del delincuente"[10].

Sin duda, el criterio de legitimación del principio de legalidad que menos inconvenientes genera es aquel que le considera un instrumento de garantía de libertad del ciudadano frente a los riesgos procedentes del ejercicio del poder punitivo del Estado[11]. Esta justificación del principio de legalidad exige reconocer la relación entre este principio y el liberalismo político[12].

El liberalismo político, surgido a consecuencia de la ilustración, entendía que la organización política del Estado debe sustentarse en la división de los poderes públicos. Esta división de poderes requería la adopción de un pacto o contrato que permitiese al ciudadano no solo participar sino fundamentalmente controlar la vida política de la sociedad. Justamente, mediante la función desarrollada por el Poder Legislativo, conformado por los representantes de los ciudadanos, era posible, por un lado, que la ciudadanía participe en la vida política y, por otro lado, que sea posible controlar los posibles abusos provenientes del Poder Ejecutivo[13].

En ese contexto, sustraída del gobernante la facultad de ejercer el poder punitivo, ahora en manos del legislativo, se evitaba su utilización arbitraria por parte

5 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General,* traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada. Comares, 2002, p. 140; García- Pablos De Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción,* Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 321.

6 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 140; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 115; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo. Ob. cit., p. 74; De Figueiredo Dias, Jorge, *Direito penal. Parte Geral,* tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 166.

7 De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 167.

8 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 76; implícitamente: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 110- 111.

9 Montesquieu, Charles- Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes,* tomo I, traducción de Siro García, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 272.

10 Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, segunda edición, Reus, Madrid, 1927, p. 80. En la actualidad resulta pertinente la aclaración realizada por Bacigalupo en el sentido de considerarla, más que *magna carta del delincuente, magna carta del ciudadano*: Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 103.

11 Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 99; Cuello Contreras, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte General,* tercera edición, Madrid, 2002, p. 199; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 315.

12 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 33; García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 320; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 108; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale,* Giuffre, Milán, 2004, pp. 27-28; Palazzo, Francesco, *Introduzione al principi del Diritto penale,* Giappichelli, Turín, 1999, p. 201; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 87.

13 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 115.

de aquel. El principio de legalidad pretende ser una barrera u obstáculo al poder punitivo que garantice al ciudadano sus esferas de libertad en tanto y en cuanto su conducta responda a las pautas de comportamiento establecidas en la ley penal, cuya creación no se encuentra más en manos del monarca o del Juez[14]. Siendo esto así, la intervención punitiva del Estado, autorizada mediante la ley penal, resulta mucho más predecible y calculable: El ciudadano solo podrá ser sancionado penalmente por el Estado si ha infringido su ley penal, en la medida prevista en la misma, dentro de un marco procesal predeterminado y conforme a las condiciones de ejecución preexistentes[15]. Esta predictibilidad en el cuando y cómo de la intervención punitiva del Estado se relaciona al denominado *aspecto material* del principio de legalidad que exige del legislador un cierto grado de precisión al momento de crear las leyes penales[16].

2. Justificación jurídico-política: El principio de legalidad como *garantía de la división de poderes.*

Si, como se ha reseñado anteriormente, el poder de crear leyes penales es extraído de las manos del ejecutivo y de la magistratura y se confía a favor de los legisladores, quienes –como destacaba BECCARIA- representan a toda la Sociedad única mediante el contrato social[17]. Se produce así una división de funciones entre los diversos poderes del Estado que permite un contrapeso teóricamente ideal entre los mismos[18].

Esta justificación se relaciona a su vez con el *aspecto formal* que corresponde a la dimensión política del principio de legalidad: Solo a través de un procedimiento como el que se desarrolla en el Poder Legislativo es posible que la ley pueda contemplar los intereses de las mayorías sin perder de vista los correspondientes a las minorías[19].

3. Justificación jurídico- penal: El principio de legalidad como mecanismo de prevención.

Desde la perspectiva jurídico penal, ya Feuerbach postuló legitimar el principio de legalidad en clave funcional, en tanto mecanismo adecuado para lograr el efecto de *coacción psicológica* que se pretendía lograr con la amenaza de la pena[20]. En tal virtud, entendía Feuerbach que solo si cada ciudadano sabía con certeza que la infracción era seguida de un mal mayor, podía este recibir el efecto coactivo de la pena e inhibirse de ejecutar el comportamiento reprochado por el Derecho penal[21].

Desde la perspectiva de la coacción psicológica y de la prevención, la función garantista del principio de legalidad no solo poseía un papel secundario sino que resultaba incluso disfuncional para sus propósitos, de allí que –como advierte Silva Sánchez– se tratase de recortar sus alcances[22].

4. Justificación jurídico-penal: El principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad.

Otra de las propuestas de legitimación del principio de legalidad se relaciona con el principio de culpabilidad y se puede formularse en los términos siguientes: Si la imposición de una pena puede obedecer solamente a la culpabilidad de su autor, es evidente que aquella requiere la preexistencia de la ley (predeterminación legal) y su conocimiento por parte del autor del delito. De hecho, debe recordarse que

14 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 144; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 201.

15 Silva Sánchez, Jesús Maria, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 252; Ferrajoli, Luigi, Ob. cit., p. 36.

16 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 253.

17 Beccaria, César, *De los delitos y de las penas,* traducción de Juan Antonio de las Casas, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 218. La referencia a Beccaria en este punto puede observarse en: García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 322.

18 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 145.

19 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 253; Mantovani, Ferrando, *Principi di Diritto penale,* Cedam, Milano, 2002, p. 05; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 167.

20 Roxin, Claus. Ob. cit., p. 145; Eser, Albin & Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá supervisada por Enrique Bacigalupo, Colex, Madrid, 1995, p. 50; Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 83; Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios superiores del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 09.

21 Bacigalupo Zapater, Enrique, Ob. cit., pp. 103-104.

22 Silva Sánchez, Jesús Maria, Ob. cit., p. 252.

dentro de los elementos de la culpabilidad se encuentra el conocimiento de la antijuricidad del hecho lo que, como es evidente, tiene como condición previa la existencia de la ley y su efectivo conocimiento por parte del autor del hecho[23].

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El aforismo latino "*nullum crimen, nullum poena, sine lege*" nos explica únicamente la expresión formal del principio de legalidad, con lo cual su condición de instrumento de protección del ciudadano queda soslayada. Si queremos dotar a dicho principio de contenido garantista debe exigirse que la ley que crea el delito o la pena sea escrita (*lex scripta*), sea previa (*lex praevia*), sea cierta (*lex certa*), y, sea estricta, (*lex stricta*)[24]. Para los propósitos de estos comentarios, debido a las cercanas relaciones existentes entre las exigencias de *lex certa* y *lex stricta,* ambas serán analizadas de modo conjunto.

1. Principio de ley escrita (exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y de las penas y reserva de ley)

Con la expresión "no hay delito ni pena sin ley escrita" se alude a la exigencia de formalidad en el origen de la ley que deriva no solo en la prohibición de la costumbre como posible fuente de los delitos y de las penas (I) sino que determina que la norma creadora (o derogatoria) del delito o de la pena debe poseer rango de ley (reserva de ley)[25] (II).

I. En relación a la primera de las consecuencias de la exigencia de *lex scripta* (prohibición del derecho consuetudinario), esta supone la imposibilidad de crear delitos, agravar sus consecuencias o descriminalizar conductas por medio de la costumbre[26], de lo cual se desprende la segunda consecuencia, esto es, que la determinación del ámbito y medida de lo penalmente relevante se encuentre reservada a la ley[27], cuya creación corresponde al Poder Legislativo.

La exclusión de la costumbre como fuente creadora del Derecho penal esta fundada principalmente en razones de seguridad jurídica: Al provenir la ley de los representantes del pueblo y ser consecuencia de un proceso de gestación, constituye, por un lado, la auténtica expresión de la voluntad popular, dado que toma en consideración –en la medida de lo posible y pese a sus imperfecciones– no solo los intereses de las mayorías sino también de las minorías, en base a la dialéctica propia del proceso legislativo[28]; y, por otro, se permite que el ciudadano conozca su contenido con cierta antelación debido a la discusión legislativa precedente[29]. Del mismo modo, al proponerse un monopolio a favor del Poder Legislativo respecto a la posibilidad de ser fuente del Derecho penal se evita que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial ejerzan arbitrariamente el poder punitivo[30].

Quedan por plantearse las siguientes interrogantes a) ¿Es posible, no obstante, que el derecho consuetudinario juegue un rol secundario en la determinación de los ámbitos de criminalización?, b) ¿Es posible que la costumbre determine la descriminalización de los delitos?

a) Respeto a la primera cuestión (rol de la costumbre en la determinación de los ámbitos de criminalización), esta puede ser planteada, en un primer momento, en relación a la utilización por parte de los Tribunales de criterios no contenidos expresamente en la ley penal pero que son determinantes en la delimitación de ciertos aspectos propios de la responsabilidad penal: Relaciones de causalidad, delimitación entre preparación y tentativa, imputación subjetiva, entre otros aspectos. Pues bien, es evidente –como pone de manifiesto Roxin[31]– que aunque en ámbitos

23 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 147; Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 102.

24 Estas exigencias constituyen *su esencia* pues como ha puesto de manifiesto Polaino Navarrete: "no es que las garantías deriven del reconocimiento del principio de legalidad, sino que sin esas garantías no hay principio de legalidad", véase: Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 325.

25 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 116.

26 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 92.

27 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 140.

28 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 78; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 29; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 63.

29 García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 339.

30 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte General,* cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 109; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 13; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 78.

31 Roxin, Claus, Ob. cit., pp. 159- 161.

como los antes reseñados el legislador penal ha dejado espacios abiertos (originados en las dificultades que supone la regulación de ciertos materias y en la intención de no obstaculizar el desarrollo de la dogmática jurídico-penal), los cuales deben ser cubiertos por la Jurisprudencia, esta no crea leyes penales sino que simplemente las interpreta[32]. En ese contexto, aunque es indudable la trascendencia de la costumbre, por ejemplo, en la determinación del contenido de los elementos valorativos del tipo penal[33], en la delimitación del riesgo penalmente relevante en ciertas actividades (piénsese, por ejemplo, en la *lex artis* propia del ejercicio de la medicina)[34] o en la determinación de los alcances de ciertas causas de justificación (como el derecho de corrección)[35], como se ha referido, la función desempeñada por la costumbre no es la de *fuente* del Derecho penal sino la de *delimitar* la ley penal[36].

b) Respecto a la segunda cuestión (aplicación de la costumbre para fines de derogación de leyes penales) puede citarse, el ejemplo propuesto por el delito de contumacia promulgado mediante el artículo N° 2 de la Ley N° 26641, del 26 de junio de 1996. De hecho, aunque se trata de una norma legal que no ha sido objeto de derogación expresa y, por lo tanto, tiene plena vigencia formal, lo cierto es que existe en los Tribunales penales una especie de consenso en su desaplicación. Pues bien, como destacan Fiandaca & Musco, este dato meramente sociológico no implica que dicho dispositivo haya perdido su vigencia formal, para cual sería necesaria una norma abrogatoria expresa[37].

II. En relación al segundo aspecto (reserva de ley), debe indicarse que esta tiene por propósito establecer una condición en las leyes penales vinculada a su rango y procedencia. En relación a la primera cuestión, la doctrina plantea la cuestión de si el principio de reserva de ley alude exclusivamente a fuentes normativas de carácter primario, leyes en sentido estricto (reserva absoluta) o si comprende también a fuentes normativas secundarias, como los decretos o reglamentos (reserva relativa)[38]. La solución a esta cuestión no resulta sencilla pues la praxis legislativa en materia penal de nuestro país revela un tendencial uso de los decretos legislativos y los decretos leyes[39]. Ejemplificativo es el hecho de que el propio Código penal es un decreto legislativo, sin mencionar la nutrida legislación penal expedida vía Decreto Ley (piénsese en la legislación antiterrorista).

Dando respuesta a la cuestión aquí en debate, debemos, en primer lugar, hacer una distinción entre la situación de los decretos legislativos y la de los decretos ley. Los decretos legislativos, a diferencia de los decretos ley, poseen título habilitante y se encuentran, por imperio del artículo 104 de la Constitución Política del Perú, sometido a ciertas limitaciones (especificidad de la materia objeto de delegación y plazo determinado), por lo tanto su legitimidad dependerá fundamentalmente de la verificación del respeto de la voluntad del legislador delegante[40].

La situación de los Decretos Ley resulta distinta debido a los problemas de legitimidad democrática que poseen[41]. En efecto, como ha tenido oportunidad de expresar el Tribunal Constitucional en sentencia del 03 de enero de 2003 (Expediente N° 0010-2002 AI) los decretos ley son "*disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las*

32 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 15; Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 26; corresponde, en este punto, hacer mención a la situación de las sentencias del Tribunal Constitucional que –vía acción de inconstitucionalidad- tiene capacidad de declarar la no vigencia de una norma penal; al respecto: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 126-127.

33 García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 343.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, Ob. cit., p. 101.

35 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 143.

36 En esa línea, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009 (Exp. N° A.V. 019-2001, fundamento N° 711, p. 618), que, sin embargo, incurre en el error de calificar al "Derecho internacional consuetudinario" como elemento de delimitación en sede de subsunción cuando, en puridad, le aplica como fuente creadora del Derecho penal.

37 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 88.

38 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 79.

39 Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 30; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 65.

40 Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 19.

41 Rechazando el recurso a los decretos ley: Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 30; Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, Ob. cit., p. 100.

formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza" (fundamento jurídico noveno). Esto supone, como es fácil de deducir, que se tratan de mecanismos normativos vedados desde la perspectiva de la legalidad[42].

Otro ámbito especialmente problemático en relación al principio de reserva de ley corresponde a las denominadas *leyes penales en blanco*, es decir, aquellas leyes penales en las que la *concreción* de los presupuestos de la punición surge de la integración, a modo de complementación, con otras fuentes normativas de índole extrapenal[43]. El punto álgido, a este respecto, tiene que ver con la determinación del rango de deberán tener las normas jurídicas que complementan la prohibición, esto es, determinar si es exigible que las normas de complemento posean rango de ley o, por el contrario, si es admisible la remisión a normas de rango inferior. Dar respuesta a la cuestión obliga a recordar la distinción, basada en el desarrollo dogmático originario de las *leyes penales en blanco*, entre *leyes penales en blanco propias* y *leyes penales en blanco impropias*[44].

Las *leyes en blanco propias* o *en sentido estricto* son aquellas en que la remisión legislativa se produce hacia leyes de rango inferior al de ley, en tanto que las *leyes en blanco impropias* o *en sentido amplio* son aquellas en que la fuente normativa de complementación posee rango de ley[45]. Como puede deducirse, los cuestionamientos que pueden formularse sobre este tipo de normas penales en relación a la reserva de ley, se vinculan exclusivamente a las *leyes penales en blanco propias* pues en estas, como pone de manifiesto Carbonell Mateu: "se produce no una delegación del legislativo al propio legislativo, sino al ejecutivo o al judicial; es aquí, pues, donde quiebra el principio de reserva de ley entendido como reserva de la voluntad del poder legislativo, de la voluntad general"[46].

Así vistas, la situación parecería bastante clara: Las leyes penales en blanco propias resultarían vulneratorias del principio de reserva de ley. Sin embargo, es necesario introducir un matiz, de carácter fundamental, vinculado a los nexos de relación que existen entre la ley penal y la ley extrapenal.

La doctrina y la jurisprudencia penales han reconocido la validez de las leyes penales en blanco recurriendo a dos planteamientos que resultan hoy en día dominantes: La teoría de la esencialidad y la teoría de la concreción[47]. En virtud a estos planteamientos, la ley penal en blanco será legítima siempre que contenga en la ley penal el *núcleo esencial* de la conducta prohibida, dejando en manos de la ley extrapenal la concreción de aspectos accesorios. Siendo esta la solución, los riesgos de vulneración de la garantía de reserva de ley se atenúan debido a que los aspectos que serían confiados a la norma de rango inferior solo tendrían una importancia menor para la determinación de la conducta prohibida[48].

2. Principio de ley previa (irretroactividad de la ley penal, retroactividad benigna de la ley penal).

Cuando se alude a la exigencia de una ley previa para imponer delitos y penas, se hace referencia a la necesidad que la ley resulte anterior al hecho que se pretende sancionar. En clave constitucional esto supone

42 No obstante, en la indicada sentencia el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de mantener los efectos de los decretos ley sujetos a examen; así, en su fundamento jurídico décimo cuarto señala: "En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui géneris* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable "paréntesis jurídico" que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos".

43 Tiedemann, Klaus, "La ley penal en blanco: Concepto y cuestiones conexas", traducción de Antoni Llabres, en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental,* Idemsa, Lima, 1999, p. 67; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 76; Pizarro Beleza, Teresa & Da Costa Pinto, Frederico, *O regime legal do erro e as normas penais em branco,* Almedina, Coimbra, 2001, p. 31.

44 Martínez- Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 122.

45 Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 151; Cuello Contreras, Joaquín, Ob. cit., p. 214; Cury Urzua, Enrique, *La ley penal en blanco,* Temis, Bogotá, 1988, pp. 40-41; García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte General,* Ara Editores, Lima, 2003, pp. 155-156.

46 Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 122.

47 García Cavero, Percy, Ob. cit., pp. 156-157.

48 De la misma opinión: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 122-123.

un mandato genérico dirigido, en primer término, al *legislador* que no podrá conceder efecto retroactivo a las normas penales, y, en segundo término, al *juez penal*, que no podrá aplicar disposiciones penales no vigentes a un concreto supuesto de hecho[49].

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tiene doble fundamento al encontrarse, por una parte, arraigado en la idea de la seguridad jurídica[50], y, por otra parte, al encontrarse vinculado a la función motivadora y la idea de la prevención[51]. En relación a la primera cuestión (seguridad jurídica), resulta bastante claro que el principio de ley previa busca evitar que el ciudadano sea *sorprendido* por una intervención punitiva impuesta de súbito, que sea sorprendido por leyes a*d hoc*[52]; en relación a la segunda cuestión (función motivadora de la ley penal y finalidad preventiva), una intervención no previsible haría perder a la ley penal su capacidad de ordenar el comportamiento de los ciudadanos (¡Poco sentido tendría obedecer las leyes penal para evitar sufrir una pena si luego una ley posterior puede sancionarle igualmente!), con lo cual su eficacia preventiva resultaría seriamente afectada.

Esta *prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales* acoge como excepción aquellos supuestos en que la utilización retroactiva de la ley penal resulte favorable al procesado, así se pronuncia el artículo 6 de nuestro Código penal. Mayores inconvenientes se producen para admitir la combinación de leyes penales. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, al analizar los dispositivos pertinentes.

3. Principios de ley cierta y de ley estricta (mandato de determinación y de taxatividad de la ley penal).

Tal como mencionamos en líneas precedentes, los principios de ley cierta y de ley estricta suponen un *mandato de determinación y taxatividad* a través del cual se exige, por un lado, (I) que el legislador al elaborar las leyes penales utilice términos precisos que permitan al ciudadano identificar con claridad cuál es el comportamiento que se pretende prohibir y la pena con la cual se encuentra conminado (principio de certeza) y, por otro, (II) que el juez encargado de la aplicación de la ley penal se circunscriba a su sentido, prohibiéndole su utilización analógica (prohibición de analogía en materia penal)[53].

I) La certeza en la ley penal. La situación de los elementos *normativos* y de las *leyes penales en blanco*.

La labor del legislador en aras de mantener la vigencia del principio de legalidad es elemental. Es lógico, de nada serviría la existencia formal de una ley penal si el legislador penal, al elaborar tipos penales de manera imprecisa, permite un amplio margen de arbitrariedad en la labor del juez. Es que, como bien indica Mantovani, a mayor certeza de la ley menor es el espacio para el subjetivismo y la ideología del juez[54].

El mandato de certeza impone al legislador la obligación de elaborar las leyes penales conteniendo, de forma clara e inequívoca, todos los elementos que permitan al ciudadano, receptor de las prohibiciones penales, reconocer los presupuestos de determinan la imposición de una pena así como la medida de las consecuencias jurídicas que por tal razón correspondan; asimismo, el principio de certeza exige que la ley penal sea elaborada recurriendo a un lenguaje claro y comprensible[55]. Como se observa, se trata de un principio referido a la técnica de redacción de los tipos penales[56].

La existencia de normas penales imprecisas o vagas erosiona los fundamentos jurídico- políticos del principio de legalidad al afectar el principio de división de poderes. En efecto, la creación de leyes penales indeterminadas o imprecisas termina destruyendo la

49 Cury Urzua, Enrique, Ob. cit., p. 08; de similar opinión: Jaén Vallejo, Manuel, Ob. cit., p. 15.

50 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 147; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 139; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., pp. 67-68.

51 Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 139.

52 Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 330.

53 Silva Sánchez, Jesús Maria, Ob. cit., p. 254; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 26.

54 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; similar: Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 73; Ramacci, Fabrizio, Ob. cit., p. 85; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

55 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

56 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 95; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

barrera divisoria entre instancias destinadas a la creación de leyes e instancias de aplicación de las leyes pues estas últimas, debido a los defectos propios de las leyes indeterminadas, se ven precisadas a realizar labor de creación del derecho[57]. De este modo, termina produciéndose –como bien advierte Silva Sánchez– una vulneración del contrato social al afectarse la deslegitimación material del mismo: "tal legitimación –señala el Catedrático español– solo se halla garantizada cuando el legislador promulga '*leges certae*' y el juez se atiene a ellas como '*leges strictae*'[58]".

Del mismo modo, pueden reconocerse ciertos efectos perniciosos de la ausencia de certeza en los tipos penales respecto a los propósitos de prevención perseguido por las leyes penales: Si el objetivo de las leyes penales es conformar conductas de modo no ofensivo a los bienes jurídicos, el reconocimiento del contenido de la disposición penal por parte del ciudadano guardará proporción directa con la consecución de dicha finalidad preventiva; digámoslo en otros términos, si el ciudadano, gracias a la precisión de la ley penal, entiende plenamente la prohibición y su sanción, se obtendrá mayores niveles de prevención que si el ciudadano no comprende los alcances de la ley penal[59].

De esta última idea se derivan las consecuencias procesales del principio de certeza, destacadas fundamentalmente por la doctrina penal italiana[60]: La ausencia de precisión en la ley penal dificultaría el ejercicio del derecho constitucional de defensa del imputado, debido a la imposibilidad de realizar una *imputación precisa* o *imputación necesaria.* Las expresiones de Vinciguerra resultan sumamente didácticas: "Cuanto más ambigua es la norma, tanto más difícil es defenderse negando la correlación entre hecho y norman y probar la falta de fundamento de la acusación"[61].

Cabe anotar que en materia penal la precisión absoluta resulta inalcanzable[62] y solo sería en un negado e imposible sistema casuista[63], lo que se pretende cuestionar y evitar a través de estas precisiones críticas es un nivel de indeterminación que resulte incompatible con la seguridad que deben irradiar las normas penales, en suma, el principio de legalidad prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisible[64]. Las expresiones de Stratenwerth a este respecto resultan sumamente elocuentes: "no hay ningún texto legal que excluya toda duda. En todo caso, la ley solo puede ser exacta en mayor o menor *medida*, y esta medida, a su vez, no es mensurable. *No está claro ni dónde está el límite de la indeterminación admisible, ni cuándo este se rebasa. Por ello, solo en casos extremos se podrá afirmar con alguna seguridad que ha sido vulnerada la prohibición de prescripciones penales indeterminadas*"[65]. Como se observa, lo que el principio de certeza pretende es la *máxima taxatividad posible*[66].

Especialmente conflictiva resulta la situación del principio de taxatividad en torno a los denominados *conceptos jurídicos indeterminados, c*aracterizados

57 Silva Sánchez, Jesús Maria, Ob. cit., p. 255; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 71; García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 344.

58 Silva Sánchez, Jesús Maria, Ob. cit., p. 257.

59 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 96; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 174.

60 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., pp. 20-21; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 96; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 113.

61 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 113.

62 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 170; Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 113; Cuello Contreras, Joaquín, Ob. cit., p. 206.

63 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p 113; Silva Sánchez, Jesús Maria, Ob. cit., p. 254.

64 En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de enero de 2003 (Expediente N° 0010-2002 AI, fundamento jurídico cuadragésimo sexto): "Esta exigencia de "*lex certa"* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad"*.

65 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 88 (cursivas nuestras).

66 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 256; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 326; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 22; similar: García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 345.

por la preponderancia de elementos normativos de orden valorativo[67]. En efecto, la opción de recurrir a una técnica de construcción de los tipos penales basada en elementos de índole descriptivo genera dos inconvenientes a ser indicados: por un lado, provoca un casuismo exagerado sobredimensionador de las leyes penales[68]; y, por otro lado, a pesar de su carácter descriptivo, no puede desconocerse que los elementos descriptivos pueden resultar también, debido a la no univocidad del lenguaje, imprecisos[69]; todo lo cual deriva en el uso prevalente de elementos normativos en la elaboración de los tipos penales.

Los problemas de precisión en el uso de elementos normativos se relacionan fundamentalmente a los *elementos normativos extrajurídicos* en los que la integración interpretativa deberá encontrarse referida a normas sociales o consuetudinarias que resultan, en la mayoría de ocasiones, excesivamente flexibles, por lo que su utilización debe ser recusada[70]. Piénsese, por ejemplo, en la expresión "acto contrario al pudor" utilizada en la construcción del tipo penal contenido en el artículo 176 del Código penal

Más conflictiva es la situación de las *leyes penales en blanco* debido a las características que le son inmanentes. Ciertamente, en tal clase de normas penales, al encontrarse parte de la conducta prohibida descrita en una norma jurídica extrapenal, la posibilidad de afectar los requerimientos de certeza de la ley penal se hace manifiesta. Pues bien, la neutralización de los riesgos de una afectación a la legalidad material a través del recurso a las leyes penales en blanco exige, previamente, determinar los criterios de legitimación de las mismas; en ese contexto, es de destacar que las dudas en torno a la legalidad del recurso a la ley penal en blanco tienen lugar en torno a su presunta condición de *leyes incompletas* y a los efectos de dicha condición en la exigencia de certeza e, indirectamente, la probabilidad del error[71]. Es lógico ¿Cómo considerar cierta una ley incompleta?

Para superar los cuestionamientos al recurso a la ley penal en blanco, la doctrina y la jurisprudencia –tal como adelantamos en líneas precedentes– han recurrido a dos planteamientos: La teoría de la esencialidad, utilizada por el Tribunal Constitucional español[72], considera que la compatibilidad de la ley penal en blanco con el mandato de determinación viene establecida por la identificación de los rasgos esenciales o nucleares de la conducta prohibida dentro de los contornos de la ley penal, dejando a la ley extrapenal solo la labor de complementación accesoria. La teoría de la concreción, proveniente de la Jurisprudencia alemana, propone la conformidad de la ley penal en blanco con el mandato de certeza cuando la ley extrapenal solo tenga por propósito *concretar* los criterios de decisión ya establecidos claramente en la ley penal.

Cualquiera sea la postura que se adopte[73], es evidente que la preservación del principio de certeza pasa, en primer lugar, por reconocer que la utilización de la técnica del reenvío debe mantener los estándares de claridad exigidos a toda ley penal y, en segundo término, por exigir que los contenidos definidores esenciales de la conducta prohibida penalmente se encuentran suficientemente precisados en la ley penal, dejándose solo aspectos accesorios o de complemento a la ley extrapenal.

II) La prohibición de analogía en materia penal (y sus límites con la interpretación).

Del principio de taxatividad se desprende la prohibición de analogía en material penal, esto es, la prohibición de que la interpretación de los tipos penales exceda los límites establecidos por el *sentido literal* de la ley penal y abarque conductas que resulte solo

67 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 170; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 100; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 131; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 174.

68 Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 115.

69 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 100.

70 Similar: Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 101; con matices: Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 41.

71 Terradillos Basoco, Juan, *Derecho penal de la empresa,* Trotta, Madrid, 1995, p. 36.

72 Bacigalupo, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en: El mismo (Director). *Curso de Derecho penal económico,* Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 39-40; Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 121.

73 Como ha destacado la doctrina más autorizada (Tiedemann, Klaus, Ob. cit., p. 73; García Cavero, Percy, Ob. cit., p. 157) se tratan de posiciones muy similares, por lo que, en mi opinión, una profundización sobre los contornos de ambas propuestas, resulta absolutamente improductiva.

en parte coincidentes con el referido sentido de la ley penal[74]. De esto se desprende que el de taxatividad es un principio íntimamente relacionado con la problemática de los límites de la interpretación en materia penal pues a través de esta, por un lado, se determinará el alcance normativo de los enunciados jurídicos[75] y, con ello, su aplicabilidad a una realidad concreta[76]; y, por otro, se verificará si las resoluciones judiciales respetan la voluntad colectiva contenida en las leyes penales[77].

La cuestión central es establecer los límites entre la interpretación y la analogía vedada por el Derecho penal. En ese contexto puede sostenerse: "mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su 'sentido literal posible', la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal"[78]. Como se observa, la analogía no es pues, en sentido estricto, una forma de interpretación pues esta última se mueve dentro de los márgenes del texto legal, lo que no ocurre con la analogía[79].

La doctrina penal mayoritaria[80] opta por considerar como el criterio de interpretación de las leyes penales más conveniente aquel que tiene como punto referencial de limitación del alcance de la ley penal el *tenor o sentido literal posible de la misma*. Su conveniencia debe postularse, por un lado, sobre la base de los principios jurídico-político y jurídico- penales en los que se asienta el principio de legalidad y, por otro lado, en el hecho de que la ley constituye una expresión del lenguaje.

Respecto a lo primero (fundamentación jurídico-política y jurídico penal del principio), debe reconocerse que dado que la actividad legislativa se manifiesta mediante palabras, lo que no se desprende de aquellas –como indica Roxin– no está prescrito y, por lo tanto, no 'rige' [81]. Atribuir a la ley penal un sentido que no se desprende de su tenor literal vulnera la idea de la legalidad penal como instrumento de limitación del poder punitivo. En relación a la segunda cuestión, debido a que la ley penal es expresión del lenguaje, encontrar su sentido debe tener apoyo en el lenguaje mismo[82]. Desde esta perspectiva es posible también conectar con la finalidad motivadora que corresponde a la ley penal: Los ciudadanos solo puede motivarse en el sentido que corresponde al lenguaje, en tanto código de comunicación social accesible a todos[83].

Queda, no obstante, por discutir si ese *sentido literal posible* constituye un factor de referencia exclusivo o si, más bien, debe ir acompañado de otros factores. Para responder a esta cuestión resulta indispensable reconocer las limitaciones y problemas que subyacen a la *interpretación conforme al sentido literal posible*.

En ese contexto, un primer problema es generado por el carácter polisémico de las palabras: Si la interpretación tiene por objeto extraer el *sentido literal posible de la ley penal*, nos enfrentaremos frente a una inexpugnable circunstancia, esto es, la ausencia de significado unívoco en las palabras. En efecto, si partimos de la idea de que el propósito del proceso interpretativo es encontrar el *sentido literal posible de la ley*, tendríamos que el texto de la ley permitiría, justamente por la polisemia de las palabras de la ley, encontrar *diversos* sentidos posibles de la ley[84],

74 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., pp. 95- 96;

75 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", en: Díaz y García Conlledo, Miguel & García Amado, Juan Antonio (Eds.). *Estudios de Filosofía del Derecho penal,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 368.

76 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 508; también: Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 128.

77 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 161.

78 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 124; similar: Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p 130; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 132; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 281.

79 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., pp. 132-133.

80 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 96; Bacigalupo Zapater, Enrique, Ob. cit., p. 123; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 124.

81 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 149.

82 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 96.

83 Roxin, Claus, Ob. cit., p.

84 Justamente del carácter polisémico de las palabras deriva la pérdida de validez de la afirmación latina "*in claris non fit interpretatio*"; en este sentido: Roxin, Claus, Ob. cit., p. 148; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 115; también: Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 164; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 130; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 281

lo que denotaría la insuficiencia de este método, en tanto dejaría un extenso ámbito a la discrecionalidad judicial, claramente incompatible con la idea de la legalidad penal como instrumento de predictibilidad de la reacción punitiva. El criterio del *sentido literal posible* resulta insuficiente, revelándose como una suerte de tautología, constatada acertadamente por Silva Sánchez mediante esta expresión: "lo cierto es que el 'sentido posible' de un enunciado no constituye sino el producto de una primera operación interpretativa. Con lo que lo anterior conduciría a afirmar que la interpretación es el límite de la interpretación"[85].

Que el *sentido literal posible* constituya un límite inicial a la labor de interpretación de la ley penal de ningún modo significa que dicha labor se agote allí. Por eso es que los más recientes desarrollos de la hermenéutica jurídica atribuyen al Juez, en sede de interpretación de la ley penal, una labor de *re-creación* o *reconstrucción* de la ley penal que supere las limitaciones propias del recurso al *sentido literal posible* del texto legal[86].

Queda por tarea establecer si los criterios que sirven para determinar, dentro de los límites impuestos por el *tenor literal posible* de la ley penal, el sentido de las normas jurídico- penales son de orden subjetivo (método histórico) u objetivo (método teleológico). En línea de definición de la postura a adoptar, la doctrina dominante ha destacado los inconvenientes de una interpretación histórica destinada a ubicar el contexto histórico y la voluntad del legislador, problemas a los que cabría agregar, en el caso peruano, las dificultades propias del reconocimiento de la voluntad del legislador en un país donde se recurre, como hemos cuestionado anteriormente, a la delegación de facultades legislativas, con lo cual la determinación de la voluntad del legislador se transforma en una actividad casi esotérica.

Por esa razón resulta preferible recurrir al método teleológico que tiene como referente central del proceso interpretativo las finalidades de la norma jurídico penal objeto de análisis concreto, esto es, un *método interpretativo orientado funcionalmente*. Desde esa perspectiva, la labor interpretativa correspondiente al juez más que de c*reación* –a todas luces cuestionable, desde la perspectiva de la legalidad penal- constituye una *reconstrucción racional*[87].Ciertamente, la racionalidad del procedimiento interpretativo depende en gran medida de la rigurosidad con la cual el Juez haya utilizado los conocimientos provenientes de la dogmática jurídico- penal.

La dogmática jurídico penal constituye un mecanismo de contención frente al posible ejercicio abusivo del poder punitivo, esto es, se trata de una *barrera intransgredible de la política criminal*[88]. Sin embargo, la utilización de la dogmática no asegura que la *reconstrucción* de las leyes penales realizada mediante la interpretación sea *racional* y esto debido a la *neutralidad de la dogmática jurídicopenal* que permite, por un lado y tal como advirtiera GIMBERNAT, interpretar no solo las leyes democráticas sino también las autoritarias[89] y, por otro lado, da lugar a la *reconstrucción en tono autoritario de leyes democráticas*[90].

Para evitar o, al menos, disminuir a su expresión mínima tales riesgos resulta indispensable proceder sistemáticamente[91]. Proceder de este modo, por cierto, no es tarea nada sencilla pues, como ha puesto de relieve HRUSCHKA, la dogmática jurídico- penal tiende a pronunciarse sobre cuestiones o casos específicos, perdiendo perspectiva general y configurando un mero *muestrario de opiniones*[92]. Pese a los obstáculos naturales de una interpretación teleológica-sistemática, es necesario reconocer, como *piedra de toque* del proceso de *reconstrucción racional* de la

85 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 369.

86 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 131.

87 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 395; cercano: Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., pp. 166-167; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 138; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., pp. 176-180.

88 Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal,* tomo segundo, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 65.

89 Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* Ara, Lima, 2009, p. 44.

90 Especialmente notoria en un contexto en que los *mass media* son una auténtica jurisdicción (jurisdicción mediática); al respecto: Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Presentación", en: Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* Ara, Lima, 2009, pp. 07-10.

91 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho penal", p. 395.

92 Hruschka, Joachim, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, traducción Pablo Sánchez Ostiz, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 66.

ley penal, la finalidad ulterior del sistema del Derecho penal, esto es, la protección de los bienes jurídicos[93]. Esta concepción tiene diversas manifestaciones prácticas: Delimitación entre actos preparatorios y tentativa, identificación de supuestos de tentativa no punible, determinación del alcance de los tipos penales a partir de la identidad del bien jurídico penalmente tutelado[94], por citar solo alguna de ellas.

93 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 168.

94 Especialmente: Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 133.

¿QUÉ ES LA IMPRUDENCIA?*

Urs KINDHÄUSER**

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Normas de comportamiento y reglas de imputación. III. Exigencias de cuidado. IV. Normas de comportamiento y exigencias de cuidado. V. Consecuencias. VI. Resumen

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En lo que sigue quisiera entrar en la pregunta de qué significa "imprudencia" en el derecho penal. En el Código Penal alemán, el concepto de imprudencia no se encuentra definido. El legislador alemán renunció conscientemente a definir el dolo y la imprudencia, para así dejar la determinación de estos conceptos a la jurisprudencia y la doctrina científica. Existen, sin embargo, proyectos de reforma del Código Penal alemán[1] de principios del siglo veinte, en los cuales se definía la imprudencia como la falta de observancia del cuidado esperable del autor en las circunstancias dadas, conducente a una falta de previsión de la realización del tipo delictivo o bien a una confianza infundada en su no-realización[2]. Similarmente, el Tribunal Imperial Supremo, máximo tribunal de revisión de la Alemania de aquel entonces, en una decisión fundamental del año mil ochocientos ochenta y cuatro, veía ya la esencia de la imprudencia "en un error vencible y reprochable acerca de la causalidad de la acción"[3].

En esta comprensión de la imprudencia, que constituye el punto de partida para las reflexiones siguientes, hay tres aspectos dignos de consideración:

Por de pronto, la imprudencia aparece referida a algo subjetivo, vinculado a conocimiento, previsión y confianza.

Pero entonces esta disposición subjetiva es negativamente determinada: como un error, una falta de previsión o una confianza infundada.

Y finalmente, esta disposición deficitaria es reprochada al autor: como un error vencible y una apreciación equivocada por descuido.

De acuerdo con esta compresión, entonces, la imprudencia constituye un déficit reprochable en la evaluación subjetiva de un suceso jurídico-penalmente relevante. Se comporta imprudentemente quien, de manera reprochable, juzga erróneamente una situación objetivamente dada.

De esta interpretación de la imprudencia se siguen dos consecuencias:

Por una parte, la imprudencia no concierne el injusto objetivo del hecho, sino su aspecto subjetivo.

Por otra parte, es necesario diferenciar el estándar para la valoración del injusto objetivo y el estándar para la valoración del aspecto subjetivo del hecho: la razón por la cual un comportamiento exterior – por ejemplo, la causación de una lesión corporal – ha de ser valorado como jurídicamente incorrecto, tiene que ser distinta de la razón para la incorrección jurídica del error [del autor] acerca de la causación de esa lesión corporal.

Estas reflexiones hacen posible concluir que tras la imprudencia se esconden difíciles preguntas de la construcción jurídico-penal del delito, cuya respuesta vuelve necesario revisar la teoría de las normas y la teoría de la imputación. A tal efecto, hemos de analizar cuáles son las reglas que han de tenerse a la vista en la constitución de un hecho punible.

---

* Traducción del alemán por Juan Pablo Mañalich R.

** Catedrático de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich- Wilhelms- Universität, Bonn, Alemania. Doctor Honoris Causa Múltiple.

1 Así el § 18 I del proyecto de 1962.

2 Similarmente el § 6 I del Código Penal austríaco; véase también el § 18 III del Código Penal suizo de 1937.

3 RGSt 9, 422 (424); véase también RGSt 56, 343 (349 s.); 61, 318 (320); 67, 12 (18); *Frank* § 59 nota VIII 4; *Mezger*, Strafrecht, 3ª ed. 1949, § 46 III.

II. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

1. Por "hecho punible" cabe entender la responsabilidad jurídico-penal por un determinado comportamiento prohibido. Con arreglo a esto, un hecho punible se constituye con ayuda de dos sistemas de reglas: por una parte, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales ha de considerarse prohibido un comportamiento; y por otra, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales se atribuye responsabilidad por ese comportamiento prohibido.

Las reglas de conformidad con las cuales un comportamiento es juzgado como prohibido o permitido, como bueno o malo, poseen, en términos de la lógica del lenguaje, un carácter prescriptivo o valorativo, y pueden ser denominadas "normas de comportamiento". En este sentido, los tipos delictivos de la parte especial pueden ser interpretados como normas que están dirigidas a alguien y que formulan el comportamiento respectivamente prohibido. Así por ejemplo, de la tipificación del homicidio puede inferirse la prohibición de matar a otro. El fin de las normas de comportamiento del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos; en el caso de la prohibición del homicidio, el bien jurídico protegido es la vida [humana de otro].

Estas normas de comportamiento indican, únicamente, qué formas de comportamiento se encuentran prohibidas u ordenadas. Ellas no indican, sin embargo, en qué medida el destinatario de la norma queda vinculado por esta, esto es, en qué medida se espera de él que ejercite sus capacidades para actuar con arreglo a la norma. Así, la prohibición del homicidio no indica qué es lo que el destinatario de la norma tiene que saber y ser capaz de hacer físicamente, para así evitar dar muerte a otro ser humano. La respuesta a esta pregunta la dan, en cambio, las reglas de imputación jurídico-penal. Se trata de reglas que determinan bajo qué presupuestos alguien puede ser hecho responsable por un determinado comportamiento prohibido.

Por ello, los presupuestos de la imputación se encuentran referidos a la finalidad de la pena. El fin de la pena, por su parte, y de acuerdo con la actualmente predominante teoría de la prevención general positiva, consiste en la imposición de la vigencia fáctica de las normas de comportamiento del derecho penal, esto es, la imposición de su efectivo seguimiento. Así, ha de imponerse pena si el destinatario de la norma expresa, a través de su comportamiento, que él no quiere seguir la norma, es decir, que esta no es vinculante para él. A través de la punición se declara, entonces, que el ordenamiento jurídico no acepta esta contradicción de la norma y que la generalidad puede seguir confiando en el carácter vinculante de la norma de comportamiento.

El presupuesto del reconocimiento de una norma a través de su seguimiento es la capacidad del destinatario de realizar en el hecho lo que es debido como si fuera querido. Por de pronto, el destinatario tiene que estar en posición, física y cognitivamente, de realizar lo debido. Ello significa, tratándose, por ejemplo, de la prohibición del homicidio, que él tiene que saber que puede causar la muerte de otro ser humano a través de un comportamiento, así como tiene que ser físicamente capaz de evitarlo. Adicionalmente, él tiene que poder reconocer lo debido y poder convertirlo, psíquicamente, en el motivo dominante de su actuar. Para seguir con el ejemplo: él tiene que saber que está prohibido –y no, por ejemplo, permitido en virtud de alguna causa de justificación– causar la muerte del ser humano en cuestión. Y él tiene que disponer de la capacidad de formarse la intención, en pos del seguimiento de la norma, de evitar el comportamiento mortal. En otras palabras, él tiene que ser capaz de controlar su comportamiento mediante una motivación conforme a la norma.

La capacidad cognitiva y física de realizar un determinado objetivo puede ser denominada "capacidad de acción"; y la capacidad de formarse una intención, en pos del seguimiento de una norma, "capacidad de motivación". En referencia a estas dos capacidades es atribuida la responsabilidad jurídico-penal. La vinculación del destinatario a la respectiva norma de comportamiento, con arreglo a su capacidad de acción, puede ser denominada "deber"; y su vinculación al deber, con arreglo a su capacidad de motivación, "capacidad de culpabilidad".

2. Un hecho punible se constituye a través de la aplicación de las normas de comportamiento y las reglas de imputación, por medio de los siguientes pasos:

Primero ha de preguntarse si el comportamiento del autor es subsumible bajo algún tipo delictivo. este es el caso, por ejemplo, si una persona A no ha salvado de la muerte por inmersión a otra persona B, a pesar de corresponderle una posición de garante. En tal medida, el comportamiento de A es objetivamente antinormativo, con arreglo a la norma [dirigida al

garante] que ordena impedir la muerte de otro ser humano. Como también cabe decir, A ha realizado, a través de una omisión, el injusto de resultado de un homicidio.

En un segundo paso, es necesario aplicar una regla de imputación. Hay que preguntar si es imputable a A, también subjetivamente como infracción de deber, el comportamiento objetivamente prohibido. Esto presupone que A haya sido capaz de acción, al momento relevante para el salvamento, esto es, que él haya sabido que B se encontraba en peligro de muerte y que haya estado en posición de nadar y así sacar a B del agua. Si este es el caso, entonces H ha infringido el deber resultante del mandato de impedir la muerte de otro.

En un tercer paso se plantea nuevamente la aplicabilidad de una norma de comportamiento. Ahora hay que examinar si son aplicables normas permisivas en la forma de causas de justificación, por ejemplo, una colisión de deberes justificante. Si no se dan tales causas de justificación, el juicio normativo sobre el hecho permanece intacto: A ha realizado el injusto del homicidio mediante omisión.

Ahora, y en un último paso, ha de recurrirse nuevamente a una regla de imputación. Hay que comprobar si A conocía los presupuestos de su infracción de deber y si estaba en posición de formarse y realizar efectivamente la intención de salvar a B en pos del cumplimiento de su deber. Lo que hay que comprobar, en otros términos, son los presupuestos relevantes de su capacidad de motivación. Podría ser el caso, por ejemplo, que A no estuviera en capacidad de controlar normativamente su comportamiento, en virtud de un grave defecto psíquico. En este caso A no resultaría culpable; en caso contrario, su infracción de deber le sería imputable a título de culpabilidad.

Este modelo del hecho punible, orientado al juego recíproco de normas de comportamiento y reglas de imputación, se corresponde con la así llamada teoría de la culpabilidad, hoy dominante en la dogmática jurídico-penal alemana. La teoría de la culpabilidad distingue entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación, situando la capacidad de evitación en el injusto subjetivo, mientras que considera la capacidad de motivación como criterio de la culpabilidad.

La historia de la evolución dogmática ofrece otras posibilidades. Hasta mediados del último siglo, en la dogmática del derecho penal alemán prevalecía la teoría del dolo, que examinaba la totalidad de los presupuestos de la imputación en el nivel de la culpabilidad, y por ello refería el dolo tanto al conocimiento del hecho como a la consciencia del injusto. Por esto, también el error de prohibición conducía a una exclusión del dolo. Y en paralelo al dolo, la imprudencia era ubicada, como "culpa", en la culpabilidad.

3. En nuestro contexto solo son de interés las capacidades que posibilitan la atribución de un comportamiento como infracción de deber. En la medida en que se trata del saber como elemento de la capacidad de acción, el criterio de imputación relevante es el dolo. El dolo representa la forma de infracción de deber, en la cual el autor es actualmente capaz de seguir la norma, a pesar de no querer hacerlo. En el dolo confluyen elementos fácticos y normativos, en el sentido de que mediante el concepto de dolo se define, normativamente, bajo qué presupuestos el comportamiento del autor ha de considerarse una expresión de su déficit de voluntad de cumplimiento del deber.

Aquí son determinantes, ante todo, dos elementos. Por una parte –como presupuesto positivo–, el autor tiene que advertir la posibilidad concreta de que él, por el hecho de comportarse de determinada manera, realice un tipo delictivo. Por otra parte –como presupuesto negativo–, no debe haber razones que indiquen que el autor quiso evitar la realización del tipo.

A modo de ejemplo: quien deja rodar una roca pendiente abajo, a pesar de advertir que así pueden resultar lesionadas personas que se encuentran al pie de la pendiente, actúa dolosamente. Pues a través de su comportamiento él hace reconocible que él no quiere lo que es debido según la norma, la evitación de la lesión de otros. En cambio, quien con su auto adelanta en una curva con escasa visibilidad, quizá advierta el riesgo de lesionar o incluso matar a otros a través del choque con un vehículo que se desplace en la dirección opuesta. Puesto que en caso de un infortunio él también probablemente resultaría con graves daños, puede asumirse que él ha confiado en que ningún auto se desplaza en la dirección contraria, o bien en que él podrá evitar el choque gracias a su habilidad en la conducción.

El dolo comprende una situación que sugiere, de un modo reconocible, una voluntad de negación del derecho. El autor se encuentra actualmente en posición de poder seguir la norma, pero a través de su comportamiento expresa no querer seguir la norma. Que el déficit de fidelidad al derecho solo resulta sugerido, se sigue de la circunstancia de que este indicio todavía pueda ser derrotado por una causa de justificación o de exculpación.

4. Por el contrario si el destinatario de la norma realiza el tipo delictivo sin dolo, entonces él ha desconocido o estimado erróneamente el riesgo asociado a su comportamiento. En tal medida, él se encuentra en un error. El error puede estar referido, desde luego, a aquellas circunstancias de las cuales resulta la posibilidad de una realización del tipo a consecuencia del comportamiento. Pero el error también puede concernir las razones por las cuales el autor cree poder evitar la realización del tipo. Ambos puntos de referencia del error son enunciados en la versión del proyecto de reforma del Código Penal alemán, mencionada al principio, al hablarse ahí de una falta de previsión de la realización del tipo o una confianza infundada en su no-realización.

Se plantea, sin embargo, el siguiente problema: rige el principio de que alguien solo puede quedar vinculado a una norma de conformidad con su propia capacidad de acción. Nadie está obligado más allá de su capacidad: *ultra posse nemo obligatur*. Quien juzga erróneamente una situación, no puede actuar correctamente en persecución de un objetivo. Si falta el conocimiento del hecho, que es objeto del dolo y el elemento esencial de la capacidad de acción conforme a la norma, entonces la realización del tipo no puede imputarse al autor como infracción de deber.

El derecho penal reconoce, no obstante, una excepción al principio de que el déficit de conocimiento exonera. El destinatario de una norma es privado de la posibilidad de invocar su incapacidad actual de actuar de conformidad con la norma, si esta incapacidad, por su parte, hubiese sido evitable, y precisamente si el destinatario se hubiese preocupado, en la medida que de él se esperaba, de su capacidad de seguimiento de la norma.

Esta excepción al principio, según el cual el déficit de conocimiento exonera, está justificada. Pues es contradictorio querer seguir una norma sin querer estar en posición de poder hacerlo. Quien quiere no lesionar a otro, no solo tiene que omitir acciones a través de cuya ejecución, desde su punto vista, él pueda lesionar a otro, sino que también tiene que preocuparse de reconocer las condiciones bajo las cuales él puede llegar a lesionar a otro. Esto se sigue del fin de la pena identificado con la prevención general positiva. El fin de la pena es la garantía de la vigencia fáctica de la norma, lo cual significa: la pena tiene que asegurar la justa medida de motivación leal a derecho, necesaria para el efectivo seguimiento de la norma. Así visto, la imposición de la pena también tiene sentido si por esta vía ha de asegurarse la capacidad de seguimiento de la norma. Un no-saber también puede expresar un déficit de reconocimiento de la norma, si el correspondiente saber hubiese capacitado al autor para la evitación de la realización del tipo.

Ciertamente, el no-saber solo puede gravar con responsabilidad dentro de un marco bien determinado. Quien casualmente llega al lugar de un accidente y no es capaz de auxiliar a un herido por no disponer de conocimientos médicos, no puede ser hecho responsable de la omisión de socorro con el argumento de que él podría haber estudiado medicina en vez de derecho.

III. EXIGENCIAS DE CUIDADO

1. Las exigencias de cuidado se encuentran referidas al aseguramiento de la capacidad de acción, la cual se compone del saber y la capacidad física necesarios para evitar la realización del tipo. En esta medida, la definición del Tribunal Imperial, que restringía la imprudencia al desconocimiento evitable, resulta demasiado estrecha. También la incapacidad física puede ser imprudente.

En el delito de comisión activa, la capacidad física de evitación normalmente no juega papel alguno. El autor solo necesita omitir el correspondiente comportamiento activo. En el delito de omisión, en cambio, resulta evidente la exigencia de capacidad física para ejecutar la acción ordenada. A quien no es capaz de nadar tampoco puede imputarse, como infracción de deber, la omisión del salvamento de alguien que se ahoga. Por ello, es más exacto referir la imprudencia a la capacidad cognitiva y física de acción, que se espera para la evitación de la realización del tipo.

2. Consideremos ahora, con mayor detenimiento, cómo han de concretarse las exigencias de cuidado. La incapacidad solo grava con responsabilidad si ella resulta reprochable al autor. Por ello, el Tribunal Imperial hablaba correctamente de un error vencible y reprochable. De conformidad con esto, hay que clarificar cuándo es responsable el autor de su incapacidad de seguimiento de la norma. A modo de eslogan se dice habitualmente que el autor sería responsable si él hubiese contado con las capacidades correspondientes, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Si bien esta fórmula es acertada, resulta demasiado indeterminada en su contenido. Para precisarla han de responderse dos preguntas:

Primero: ¿según qué estándar se mide el cuidado requerido en el tráfico? O más simplemente: ¿Qué significa "cuidado"?

Segundo: ¿Quién es la persona a quien se aplica este estándar ¿Se trata de una figura estandarizada o del concreto autor?

3. Por de pronto, en cuanto a la primera pregunta: ¿qué significa "cuidado"? Dado que el cuidado constituye un criterio de imputación, el estándar aquí relevante ha de estar orientado hacia el fin de la pena. Si el fin de la pena consiste en la garantía de una medida justa y útil de motivación leal al derecho en pos del seguimiento de la norma, entonces el estándar de cuidado es la precaución que es posible y legítimo esperar de un destinatario de la norma leal al derecho, en pos del aseguramiento de su capacidad de seguimiento de la norma.

Para precisar estas expectativas, ha de advertirse que el cuidado es la contra-cara de la libertad. Si el derecho hace posible a sus ciudadanos configurar su espacio de juego para la acción de conformidad con sus propios intereses, entonces estos han de hacerse responsables de que de ello no surjan riesgos para otros que sean jurídicamente desaprobados. Rige, en tal medida, el principio de que aquel que pretende el dominio de un suceso carga con la responsabilidad de que nadie sufra un daño a consecuencia de ello. Es decir, quien crea riesgos tiene que preocuparse de que estos no se realicen. A modo de ejemplo: si una madre hace hervir agua en la cocina, entonces tiene que estar pendiente de que su hijo pequeño no resulte quemado. Quien escala un cerro tiene que estar pendiente de no soltar rocas que puedan ocasionar una avalancha.

Adicionalmente, existe una muy sencilla relación de proporcionalidad entre riesgos y exigencias de cuidado: mientras mayor sea el riesgo que alguien asume, mayor ha de ser el cuidado con el cual él se preocupe de que este riesgo no se realice.

4. La pregunta ulterior consiste en si este estándar de cuidado propio del ciudadano leal al derecho y capaz de decisión racional ha de ser aplicado a una persona ficticia o al concreto autor. La respuesta a esta pregunta es controversial en la dogmática alemana.

Un sector de la doctrina refiere el estándar a un destinatario de la norma ficticio, dotado con capacidades y conocimientos promedios. Con arreglo a esto, en el delito imprudente se trata de la comprobación de si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el autor, de haber observado este el cuidado esperado de un destinatario de la norma con capacidades promedio. A modo de ejemplo: V, el conductor de un vehículo de carga con remolque, adelanta al ciclista C en un camino rural, quien súbitamente no puede controlar su bicicleta y es letalmente impactado por el remolque. Aquí habría qué preguntar qué distancia de seguridad habría tenido que mantener un conductor de un vehículo de carga con conocimientos promedios, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Asumamos que esta distancia, en consideración a las reglas del tráfico vehicular, al estado del camino y a la situación del tiempo, hubiese sido de un metro y medio. Entonces ello quiere decir lo siguiente: Si V mantuvo esta distancia de seguridad, la causación de la muerte de C no le es imputable. En caso contrario, él ha causado imprudente la muerte de C.

Esta solución solo es plausible bajo el presupuesto de que el saber de V de hecho también haya sido promedio, esto es, que haya implicado un desconocimiento del estado de ebriedad de la víctima. Esto se muestra claramente si se modifica la situación en relación con los conocimientos del autor, en el siguiente sentido: V reconoce al ciclista en el camino como su compañero de barra, que un cuarto de hora antes que él había abandonado el local, tambaleándose en estado de alta alcoholización. Sería manifiestamente insensato ignorar este conocimiento del concreto autor y negar la imprudencia de V. Antes bien, en el delito imprudente también es necesario atender al saber individual del autor en la imputación de la producción del resultado. Así, las exigencias de cuidado esperado se dirigen a los conocimientos de la situación de hecho que posee el autor individual. De conformidad con esto, en la variación del caso del ciclista tendrían que resultar aplicables exigencias de cuidado distintas de las correspondientes al "caso normal" de un nivel de conocimiento promedio. El conductor tendría que haber renunciado completamente a efectuar el adelantamiento en un estrecho camino rural.

Por esto, merece aprobación la opinión doctrinal que refiere el estándar de cuidado a la capacidad de acción del autor individual. La imprudencia se da, entonces, si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el concreto autor, de haber observado el cuidado de él esperado según su nivel de conocimiento.

Las normas de comportamiento del derecho penal se hallan dirigidas a individuos, de modo tal que ellas solo pueden seguir individualmente. Con la individualidad del destinatario de la norma también resultan individualizadas sus capacidades. Por esta vía no se ven gravados con responsabilidad quienes están por sobre el promedio, ni exonerados quienes están

por debajo. Esto vale, por de pronto y especialmente, para el caso básico del delito de comisión activa. Aquí solo se trata de asegurar el status quo de la capacidad ya existente.

Si el autor cambia de rol, por ejemplo, de lego a experto especializado, entonces las razones para este cambio también son razones suficientes para una modificación de las expectativas de cuidado. Aquí es posible, especialmente por la pretensión de desempeño de actividades especializadas, que capacidades especiales se conviertan en el estándar al cual el destinatario de la norma ha de orientar sus capacidades individuales. Por principio, la medida de cuidado se corresponde con el rol que el destinatario de la norma pretende desempeñar. Por ejemplo: quien amablemente da la mano a otro, no reclama más confianza en su preocupación por el peligro que la observancia de la higiene cotidiana. En cambio, quien experimenta con agentes patógenos, desencadenantes de enfermedades, y aun así da la mano a otro, pretende haber reducido, mediante una higiene específica, los riesgos específicos de su actividad experimental a la medida socialmente usual de ausencia de peligrosidad.

Con ello, puede mantenerse como resultado intermedio: la figura estandariza de cuidado se identifica con el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, que es presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.

IV. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y EXIGENCIAS DE CUIDADO

Todavía queda por clarificar, de acuerdo con las reflexiones precedentes, en qué relación se encuentran las exigencias de cuidado respecto del deber, que se sigue de la respectiva norma de comportamiento, de evitar la realización del tipo. Un ejemplo: el autor manipula un arma que él erróneamente tiene por no cargada; se escapa un disparo, y otra persona es impactada mortalmente. En este caso, se realiza el tipo objetivo de un delito de homicidio. El comportamiento causal que conduce a la muerte no es imputable a A como infracción de deber dolosa, pero sí como infracción de deber imprudente. Pues de alguien que manipula un arma se espera que él haya comprobado previamente que no estuviera cargada.

El deber de evitar dar muerte a otro, y la exigencia de cuidado de comprobar que el arma no esté cargada, son diferentes exigencias de comportamiento. La evitación de dar muerte a otro es el deber que resulta de la prohibición del homicidio. No comprobar si un arma está cargada, en cambio, no constituye un comportamiento prohibido. El desconocimiento de que el arma está cargada recién se hace jurídico-penalmente relevante, si el proveerse de ese conocimiento hubiese puesto al autor en posición de seguir la prohibición del homicidio.

Por ello, es necesario distinguir exactamente entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, por un lado, y la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición, por otro. La prohibición del homicidio es un imperativo categórico; este tiene que ser seguido incondicionalmente. La exigencia de cuidado, por el contrario, es un imperativo hipotético; este solo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico. Este imperativo hipotético de la exigencia de cuidado solo tiene la consecuencia de que su no-seguimiento puede fundamentar la imputación, mientras que su seguimiento conduce a una exclusión de la imputación.

Para quedarnos en el ejemplo: si A manipula un arma sin que se escape disparo alguno que pudiera resultar en la lesión de otro, es enteramente irrelevante que él comprobara con anterioridad si el arma estaba o no cargada. El cerciorarse de si el arma no está cargada no es, precisamente, un imperativo categórico; como tal uno no tiene que hacerlo. Pero si se escapa un disparo y alguien resulta lesionado, entonces se cumple la condición bajo la cual la exigencia de cuidado se hace eficaz. Si el autor no se cercioró de que el arma no estuviera cargada, entonces él no puede invocar que él –con arreglo al principio *ultra posse nemo obligatur*– no haya sabido que el arma estuviera cargada.

La diferencia normológica entre las normas de comportamiento y las exigencias de cuidado también se manifiesta desde otro punto de vista. La prohibición del homicidio sirve inmediatamente a la protección del bien jurídico "vida"; su seguimiento va en interés directo de otros seres humanos. La observancia de la exigencia de cuidado, en cambio, solo va indirectamente en interés de otros, directamente solo en interés del destinatario de la norma. este tiene que cumplir con la exigencia de cuidado, si él tiene interés en poder seguir las normas de comportamiento del derecho penal y no responder de las consecuencias lesivas de su comportamiento. En esta medida, cabe designar las exigencias de cuidado como

"incumbencias", esto es, exigencias de comportamiento en interés propio.

Para evitar cualquier malentendido: puesto que las exigencias de cuidado sirven a la evitación de formas de comportamiento riesgosos, el legislador puede convertirlas, independizándolas, en normas categóricas. Un ejemplo de esto se da con la ebriedad en el tráfico vehicular. Por de pronto, constituye una exigencia de cuidado para los conductores no ponerse, a través del consumo de alcohol, en un estado en el cual disminuya su capacidad de evitar causaciones prohibidas de daño. El legislador alemán, sin embargo, ha convertido la contravención de esta exigencia de cuidado en un delito autónomo, prohibiendo bajo pena tomar parte en el tráfico rodado conduciendo un automóvil en estado de inidoneidad para la conducción condicionado por el alcohol. Tales delitos que resultan del quebrantamiento de normas de cuidado así independizadas constituyen, entonces, delitos de peligro abstracto.

V. CONSECUENCIAS

Para terminar, brevemente quisiera extraer tres consecuencias de las reflexiones anteriores:

1. Primero: nadie está en posición de evitar, en todo momento y sin restricción alguna, las consecuencias lesivas de su comportamiento. En tal medida, la observación de las exigencias de cuidado tiene un efecto de exoneración. Esto vale, ante todo, en ámbitos vitales a los cuales se encuentran asociados riesgos generales. Un ejemplo de ello es el tráfico vehicular. Si está permitido mantener una velocidad relativamente alta conduciendo un vehículo motorizado, entonces al mismo tiempo se ve considerablemente comprometida la capacidad de evitar daños; las distancias de freno se alargan, el tiempo de reacción es menor y el control del vehículo disminuye. Ello significa, sin embargo: si está permitido, dentro de ciertos límites, reducir la propia capacidad de seguimiento de la norma, entonces esta incapacidad no puede fundamentar responsabilidad alguna. Sería una auto-contradicción de parte del derecho si este permitiese, por una parte, formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, pero considerara esta incapacidad como descuido fundante de responsabilidad. En tal medida, cabe hablar, tratándose de la permisión de formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, de un riesgo permitido.

Pero esto hay que entenderlo bien: el riesgo permitido solo excluye la responsabilidad por imprudencia, y no opera, por ejemplo, como una causa de justificación. Las reglas del tráfico vehicular no conceden una autorización para lesionar, o incluso matar, a otros. Ellas solo excluyen la imputación de una lesión corporal o un homicidio no doloso como infracción de deber imprudente.

2. Segundo: entre la realización de un tipo delictivo y la infracción de una exigencia de cuidado no se da una conexión causal. Pues la causalidad presupone que la realización del tipo no se habría producido si el autor se hubiese comportado cuidadosamente. Para quedarnos en el ejemplo del arma: si el autor hubiese sido cuidadoso y hubiese comprobado que el arma estaba cargada, él no habría tenido que evitar, con necesidad causal, dar muerte a la víctima. Pues él podría haber dicho entonces que el muerto era su enemigo y que él, de haber descubierto la bala, habría de todas formas disparado contra la víctima. Semejante causalidad solo puede ser asumida bajo la hipótesis de una motivación leal a derecho; solo si se supone que el autor habría querido omitir la manipulación del arma de haber advertido que estaba cargada, puede afirmarse la causalidad de la falta de cuidado.

Por ello, el objeto de la falta de cuidado solo está constituido por la incapacidad del autor para la evitación de la realización del tipo, y no por su causación. Así, el objeto del reproche a título de imprudencia consiste en que el autor podría haber evitado la realización del tipo, de haber observado el cuidado requerido; y no consiste, en cambio, en que él pudiera haberla evitado con necesidad causal. La invocación de circunstancias de exoneración que uno mismo ha creado de modo imputable no es admisible para la solución de conflictos a través de la imputación jurídico-penal; el autor no puede distanciarse del conflicto por referencia a defectos de fidelidad al derecho, si la solución del conflicto a través del derecho penal sirve al aseguramiento de una suficiente medida de motivación leal al derecho. esta es, podría uno decir, la moraleja de la responsabilidad por imprudencia.

3. Tercero: aun cuando no existe causalidad entre la falta de cuidado y la realización del tipo objetivo, entre ambas tiene que darse una conexión específica, que fundamenta la imputabilidad del resultado. Este vínculo es designado como conexión de contrariedad a deber, y se traduce en que debe confirmarse la hipótesis de que el autor efectivamente podría haber evitado la realización del tipo, si él se hubiese atenido a la exigencia de cuidado. La verificación de esta

hipótesis no representa, normalmente, dificultad alguna. En el caso del arma de fuego es posible establecer sin dificultades que el autor podría haber evitado el disparo mortal, si él hubiese examinado el arma.

La comprobación de la conexión de contrariedad a deber da lugar a dificultades, sin embargo, cuando el autor se mueve en el ámbito de riesgos permitidos. A modo de ejemplo: si el autor conduce a cien kilómetros por hora en una calle en la cual el máximo permitido es de sesenta, impactando a un peatón que súbitamente aparece en la calle, entonces es necesario comprobar que la falta de evitabilidad de la producción del resultado mortal justamente se base en haberse sobrepasado el margen de riesgo permitido. En consecuencia, hay que fijar con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor habría podido evitar el infortunio, de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora. Si el autor tampoco hubiese podido evitar el infortunio de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora, porque tampoco a esa velocidad podría haber frenado o haberse desviado, entonces él no responde de la producción del resultado mortal, y ya con total presidencia del hecho de que él, al sobrepasar manifiestamente el límite de velocidad permitida, se comportó de modo descuidado.

VI. RESUMEN

Resumo brevemente mis reflexiones:

- La imprudencia es la incapacidad, contraria a cuidado, de evitar la realización del tipo.
- Ella no constituye un elemento del tipo objetivo, sino un criterio de imputación subjetiva que subroga el dolo faltante.
- La figura estandarizada para la determinación del cuidado es el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.
- Las exigencias de cuidado, desde la perspectiva de la teoría de las normas, son exigencias hipotéticas de comportamiento y tienen carácter de incumbencias.
- Entre la infracción de la exigencia de cuidado y la realización del tipo objetivo tiene que darse una conexión de contrariedad a deber, que indique con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor podría haber evitado la realización del tipo, si él hubiese observado el cuidado que de él se esperaba.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CORRUPCIÓN EN CHINA

Margaret K. LEWIS* **

SUMARIO: Introducción. Perspectiva fuera de China: La presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito II. La perspectiva dentro de China: La Presunción de Inocencia en el Enriquecimiento Ilícito III. China: El caso para un enfoque de responsabilidad inversa de la carga de la prueba. IV. Interacción entre la presunción de inocencia y otros derechos. V. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Los beneficios públicos que se obtenían por ser Teniente Alcalde de las ciudades prósperas no eran suficientes. Atraídos por los promotores de bienes raíces que buscaban contratos lucrativos, los Tenientes Alcaldes utilizaban sus posiciones para realizar operaciones directas, así como apropiarse del dinero de las empresas estatales bajo su mando. Tales historias de abuso de poder para obtener beneficios personales se encuentran en todo el mundo, sin embargo China enfrenta una crisis que minimiza la batalla contra la corrupción de la mayoría de los países. Como respuesta a la indignación pública[1], el gobierno está tomando medidas drásticas para demostrar que está capacitado para enfrentar el problema. Recientemente, en julio de 2011, los Teniente Alcaldes de Hagzhou y Suzhou fueron ejecutados por aceptar gran cantidad de sobornos y abusar de sus poderes oficiales[2]. Al anunciar las ejecuciones, el Portavoz del Gobierno explicó: "Para los delitos en los que una persona se aprovechó de su cargo, especialmente en los casos de corrupción y soborno que por ser tan graves pueden ser castigados con la pena de muerte, el Tribunal no será blando, sino que ordenará las ejecuciones decididamente (…)"[3].

Estos casos de corrupción no son meras anomalías. Un infiltrado del Banco Popular de China reportó que entre mediados de 1990 y 2008, 10 000 oficiales chinos corruptos trasladaron colectivamente aproximadamente $ 120 billones fuera del país[4]. Así, la República Popular de China (RPC o China) está lidiando con graves acusaciones de corrupción contra

* Profesora asociada, Facultad de Derecho de la Universidad Seton Hall, Estados Unidos de América. Quiero agradecer a los participantes en la conferencia "Justicia Penal en China: Pespectivas comparativas", organizada por la Universidad China de Hong Kong en Mayo de 2011. Agradezco también a Jenny Carroll, Barbara Fredericks, Maya Grosz, Guo Zhiyuan, Kristin Johnson, Carl Minzner, Jordan Paradise, Michael Risinger y Thoman Stutsman por los comentarios a ediciones anteriores, así como a Patrick Messner, Tara Toner, y Ma Xiao por su colaboración como asistentes de investigación. Asimismo, este artículo fue auspiciado por una beca de investigación de verano de la Escuela de Leyes de la Universidad Seton Hall.

** Este artículo apareció inicialmente en su idioma original en el volumen 50, número 2 (2012) del Columbia Journal of Transnational Law, Columbia Law School, New York, Estados Unidos de América. Traducción del inglés a cargo de Virginia Naval (Universidad de San Martín de Porres) y Raúl Pérez (Universidad Alas Peruanas), asistentes de investigación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Corrección de la traducción a cargo de Luis Reyna Alfaro.

1 Véase, e.g., Teng Biao, Blood, Justice and Corruption: Why the Chinese Love Their Death Penalty, Time. com, disponible en http://www.time.com/time/world/article/ 0,8599,2075010-1,00. html (traducción al inglés del artículo publicado en Economic Observer, http://www.eeo.com.cn/) (informe de aceptación pública de las sentencias de pena de muerte contra los teniente alcaldes de Hangzhou y Suzhou).

2 Véase Two Former Officials Executed, China Daily Online, July 20, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2011-07/20/content_12939151.htm (informe que concluye que Xu Maiyong y Jiang Renjie aceptaron el equivalente a decenas de millones de dólares estadounidenses en sobornos y malversación de fondos).

3 Id.

4 Leo Lewis, Mistakenly-Released Report Reveals Embarrassing Extent of Chinese Corruption, The Australian, June 17, 2011, disponible en http://www.theaustralian.com.au/news/world/accidentally-released-report-reveals- embarrassing-extent-of-chinese-corruption/story-e6frg6so-1226076938605.

los funcionarios del gobierno. Esta corrupción endémica[5] afecta la vida cotidiana de más de 1.3 billones de la población china y, por extensión, amenaza la legitimidad de su liderazgo[6]. El Gobierno de la RPC hace hincapié en la necesidad de adoptar nuevos mecanismos anti-corrupción y ha reconocido que "la situación en la lucha contra la corrupción sigue siendo muy seria y las tareas siguen siendo abundantes"[7]. En un discurso de enero de 2011, el Presidente Hu Jintao declaró que la situación con respecto a la corrupción seguía siendo complicada[8].

La pregunta clave es cómo China puede aplicar efectivamente el Derecho penal para combatir la corrupción. Por ejemplo, en la actualidad, la pena de muerte es aplicada cuando el Gobierno oficial participa en severos actos de corrupción[9]. Este artículo se centra en la manera en que el Gobierno de la República Popular de China está utilizando el Derecho penal para hacer frente a la corrupción desenfrenada: el artículo 395 del Código Penal prescribe hasta 10 años de prisión cuando existe una gran diferencia respecto a la propiedad de un funcionario de gobierno o sus gastos, en relación a sus ingresos legales[10] y el funcionario es incapaz de explicar que los activos provienen de fuentes legítimas[11]. El artículo 395 exige que el denunciado refute el elemento fundamental delito (es decir, que los activos no son de origen legítimo), en lugar de que el fiscal tenga que probar la naturaleza de los activos en cuestión. En este artículo se utiliza el término "inversión de la carga de la prueba" para hacer referencia al tratamiento de los delitos que, al menos de manera parcial, colocan sobre los hombros de la parte denunciada la carga de probar un elemento del delito[12].

En este trabajo se argumenta que, a pesar de la sólida presunción expresada en normas internacionales de derechos humanos, el enriquecimiento ilícito en China constituye un ejemplo convincente de las circunstancias en las cuales una estricta disposición de inversión de la carga de la prueba resulta apropiada. Al mismo tiempo, propongo incidir en los derechos procesales de manera integral y no aisladamente. Una vez que reconozcamos que la inversión de la carga de la prueba debilita el principio de presunción de

5 Es difícil pero no imposible medir la corrupción, pero para cualquier aproximación cercana, la corrupción es una de las principales preocupaciones de la población china y del gobierno. La sabiduría convencional de la comunidad internacional demuestra que los procesos de corrupción son frecuentes en China. La ONG Global Integrity ha creado el siguiente sistema de medición: "Los indicadores integrales evalúan el marco legal del ámbito nacional de mecanismos anticorrupción, luego, determinan qué tan bien está funcionando ese marco y si todos los ciudadanos del país se pueden acoger a él". Global Integrity Report, http://report.globalintegrity.org/. En el 2009, China era considerado un país "débil", a pesar de que fue eliminado de the Grand Corruption Watch List, lo cual "refleja que es importante (aunque incompleto) el progreso que ha tenido con relación al establecimiento de un mínimo de claves de salvaguardas contra la corrupción". Global Integrity Report: 2009 Key Findings, http://report.globalintegrity.org/ globalindex/findings.cfm.

6 Véase, e.g., Assoc. Press, China's Premier Visits Official Complaint Bureau, Enero 26, 2011, disponible en http://news.yahoo.com/s/ap/20110126/ap_on_re_as/as_china_public_ criticism ("Una visita sin precedentes del Primer Ministro chino a la oficina donde los ciudadanos presentan quejas relacionadas a la corrupción, entre otras problemáticas, puso de manifiesto un sistema ampliamente resquebrajado que Pekín no ha podido evitar).

7 PRC Government, White Paper: China's Efforts to Combat Corruption and Build a Clean Government, Information Office of the State Council, Dec. 29, 2010, disponible en http://in.china-embassy.org/eng/xwfw/xxfb/t782350.htm [en adelante, 2010 White Paper].

8 Senior CPC Official Urges "People First" in Combating Corruption, Xinhua Gen. News Serv., Jan. 13, 2011, disponible en http://www.nbcp.gov.cn/article /English/Updates/201101/20110100011938.shtml (Versión en chino, disponible en http://www.nbcp.gov.cn/article/zxxw/201001/ 20100100005411.shtml).

9 中华 人民 共和国 刑 法 [Código Penal de la RPC] (promulgado por la Asamblea Popular Nacional de China, 01 de Julio de 1979, modificado el 14 de Marzo de 1997, vigente desde 1 de octubre de 1997) art. 383 (China) [en adelante, Código Penal].

10 Para aclarar qué constituye "gran" e "ingresos legales," veáse infra notas 185-188 y el texto que se acompaña.

11 Código penal, supra nota 9, art. 395.

12 Véase, e.g., Myles F. McLellan, Bail and the Diminishing Presumption of Innocence, 15 Can. Crim. L. Rev. 57, 62 (2010) (se critica la creación canadiense de "las primeras disposiciones de inversión de la carga de la prueba" en situaciones de libertad bajo fianza); Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, 123 S. African L.J. 63, 76 (2006) (se señala la negativa de Sudáfrica y el Reino Unido de permitir la "inversión de la carga de la prueba" que "coloque sobre el imputado la carga de refutar un elemento esencial del delito"); Ndiva Kofele-Kale, Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes, 40 Int'l Law 909, 912 (2006) (se proporcionan ejemplos de cómo "la inversión de la carga de la prueba alivia la elevada carga de la persecución penal en los casos de enriquecimiento ilícito").

inocencia, así como el derecho a guardar silencio, estaremos en mejor posición para tener una seria discusión acerca de otras medidas que puedan ayudar a aliviar ambas preocupaciones respecto a la equidad procesal para el denunciado y a la posibilidad de condenar a acusados inocentes al no haber podido estos cumplir con su carga. Además, planteo que el mejoramiento del derecho a contar con un abogado podría mitigar las preocupaciones respecto al uso concreto de esta diluida presunción de inocencia.

La relación entre la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito en China es un tema particularmente oportuno, en razón de que China está en proceso de reforma de su Código de Procedimiento Penal. A pesar de que la versión de 1996 de la reforma de la ley ha estado en la agenda legislativa desde el año 2002, no fue hasta el 30 de agosto de 2011 que el Gobierno de China publicó un proyecto de reforma integral (El Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011)[13]. El proyecto de reforma, que aumenta el número de artículo de 225 a 285, se refiere a disposiciones que van desde la prisión preventiva a los procedimientos impugnatorios[14]. Sin embargo, el derecho a guardar silencio y a la presunción de inocencia brillan por su ausencia en el Proyecto. El Gobierno estableció un periodo de un mes de comentarios públicos, durante el cual la población envió más de 70 000 comentarios a través del Internet[15]. A pesar de los comentarios, la opinión convencional es que la Asamblea Popular Nacional de China conservará el Proyecto en su forma actual cuando el Congreso se reúna en marzo de 2012.

En este debate sobre cómo el Código de Procedimiento Penal se desarrolla, anuncios por parte del Gobierno de la RPC contribuyeron a la especulación de que China podría ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[16], el cual establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"[17]. No obstante, China ya se ha unido a otros países en el sentido de adoptar la inversión de la carga de la prueba como un mecanismo para castigar a funcionarios corruptos que tengan éxito en el encubrimiento de negocios ilegales, pese a que no obtengan frutos de aquellos.

Este artículo está dividido en cuatro partes. En la Parte I se describe el marco general del debate internacional relacionado a la intersección de la presunción de inocencia (Parte I.A) y las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito (Parte I.B). El debate involucra tanto a los instrumentos multilaterales como a las disposiciones nacionales. Y la naturaleza clandestina del enriquecimiento ilícito genera que simplemente se exija que el imputado explique el origen de sus bienes. Sin embargo, la comunidad internacional está lidiando con el hecho de colocar esta gran carga sobre los hombros de los acusados de manera temeraria, pues coloca en peligro otros valores por el bien de la conveniencia. Los Estados Unidos de América y Canadá, por ejemplo, han realizado reservas a las disposiciones de los Tratados que proclaman la inversión de la carga de la prueba en los casos de enriquecimiento ilícito, mientras que otros países la han incorporado fácilmente a su legislación.

13 Véase Enmiendas al Código de Procedimiento Penal de la República Popular China (Borrador) y Notas Explicativas (刑事诉讼法修正案（草案）条文及草案说明) (publicado por la Asamblea Popular Nacional de China el 30 de Agosto de 2011), disponible en http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-08/30/content_ 1668503. htm [en lo sucesivo, Proyecto de reforma de 2011 del Código de Procedimiento Penal].

14 Véase id.

15 陈丽平 (Chen Liping), 刑诉法修正案草案公开征集意见已到截止时间, 法制网 [LegalDaily.Com.Cn], Sept. 30, 2011, http://www.legaldaily.com.cn/index_ article/content/2011-09/30/content_3026577.htm (informe que establece que, antes de las 4:00 p.m. del último día para presentar observaciones, se recibieron 72,815 observaciones: "到今天下午16时，中国人大网已征集到72815条意见。").

16 Véase Frank Ching, China Gov't Announces Plans To Ratify 1998 ICCPR Treaty, The China Post, 20 de Julio, 2011, disponible en http://www.chinapost.com.tw/ commentary/the-china-post/frank-ching/2011/07/20/310434/p1/China-gov%27t. htm (se discute la manera en la que China ha cumplido con las reformas citadas, las cuales constituirían las razones para lo no ratificación del PIDCP); véase también Jiang Zhuqing, Country Praised for Progress on Rights, China Daily Online, Set. 3, 2005, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/03/content _474672.htm (reportando cambios en preparación de las leyes para la ratificación del PIDCP).

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A, U.N. Doc. A/RES/21/2200A, art. 14(2) (Dic. 16, 1966) [en adelante, PIDCP]; véase también Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/810, at 71, art. 11(1) [en adelante, DUDH] ("Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa").

Luego, en la Parte II se describe la situación de China respecto a las disposiciones de larga data sobre la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B). Así, resulta necesario establecer en primer lugar la estructura básica del sistema penal chino antes de conectar el contexto nacional con la amplia opinión internacional. En específico, las leyes chinas no cuentan con una disposición explícita relativa a la presunción de inocencia ni al derecho a guardar silencio[18], a pesar de que estos temas han sido planteados como parte de las reformas pendientes al Código de Procedimiento Penal. Al mismo tiempo, China está estudiando otros mecanismos para combatir la corrupción, ya sea mediante la modificación de las leyes penales como por la búsqueda de nuevas formas de erradicar ganancias ilícitas.

Después de haber expuesto los contornos del debate sobre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, en la Parte III se afirma que, si algún país puede defender de manera convincente la necesidad de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es China. Mi punto de vista es que el debate de cómo encuadrar las disposiciones de la inversión de la carga de la prueba con la presunción de inocencia no es exclusivo de China. Los beneficios persecutorios de esta disposición son tentadores para cualquier país que busca frenar el enriquecimiento ilícito, a pesar de que estos beneficios estén a expensar de otros valores. Al sopesar las ventajas y desventajas, la situación de China tiene un énfasis especial tanto por la magnitud del problema como por la ausencia de conflictos directos ente las leyes nacionales y las obligaciones internacionales. Para dejarlo en claro, yo no abogo por apartar la presunción de inocencia con la esperanza de que cierta "presunción de corrupción" ayude a combatir la corrupción de manera eficiente. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de la férrea presunción de inocencia dentro de los parámetros limitados, existen argumentos sólidos para hacerlo en el contexto del enriquecimiento ilícito, particularmente en China.

La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, dispuesta en el artículo 395, es defendible como una cuestión propia de la ley positiva (Parte III.A)[19]. En la actualidad, la inversión de la carga de la prueba no se encuentra en conflicto con las normas internas de procedimiento penal, ya que la legislación china carece de una disposición explícita de presunción de inocencia. Tampoco el principio de presunción de inocencia se encuentra incluido en el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011. Por otro lado, a la luz de la aprobación de las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba contenidas en los convenios multilaterales en los que China es parte y respecto a la postura adoptada por un número de países que invierten esta carga, ello es compatible con la presunción de inocencia, por lo que el artículo 395 tampoco viola las obligaciones de China en el ámbito internacional.

Aunque China puede defender la inversión de esta carga en las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito contenidas en el artículo 395, al ser compatible con sus obligaciones legales nacionales e internacionales, continúa la interrogante de si tal disposición es algo bueno. He tomado la siguiente posición práctica: la inversión de la carga de la prueba no es necesariamente un ideal debido a la fricción que se genera con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China (Parte III.B). La masiva escala de los funcionarios que utilizan sus posiciones para obtener beneficios personales ilícitos es ampliamente conocida, existiendo una fundada conexión entre la desproporción de sus activos y los negocios ilícitos.

Al mismo tiempo, el incipiente sistema de declaración de bienes impide a los fiscales descubrir la inesperada manera en que los funcionarios obtienen su riqueza y, por el contrario, no resulta particularmente oneroso para estos funcionarios indicar el origen de su riqueza.

18 Utilizo el término explícito porque la presunción de inocencia no está directamente articulada en la legislación china. Algunos comentaristas interpretan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en el sentido que sí se encuentra contenida la presunción de inocencia. Véase, e.g. Gerald S. Ramsey, Innovation or Renovation in Criminal Procedure: Is the World Moving Toward A New Model of Adjudication?, 27 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 694, 721 (2010) ("A pesar de que la presunción de inocencia no se menciona de manera directa y clara, se encuentra implícita en diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal de 1996"). (notas de pie de página omitidas). Como será analizado más adelante en la Parte II.A, encuentro estos argumentos poco convincentes.

19 Black's Law Dictionary 1182 (7ma. ed. 1999) ("El derecho positivo tipicamente consiste en la ley promulgada- los Códigos, Estatutos, y regulaciones que son aplicadas o impuestas en las Cortes").

Propongo que China revise la redacción actual del artículo 395, así como reforme el sistema de justicia penal para facilitarlo en la práctica. (Parte III.C). Pues la necesidad real de que el imputado explique las fuentes de sus activos es menos problemática que el hecho de aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado armar una defensa sólida. Podría decirse que una clara disposición de inversión de la carga de la prueba junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades es más beneficiosa que una disposición directa de responsabilidad, aunada al fracaso actual de China para dar fuerza a las normas procedimentales que se dirigirían a favor de la igualdad de armas en los procesos. Por lo menos, en el escenario anterior el imputado conoce la tarea por delante y, en consecuencia, puede responder como corresponda.

Por último, en la Parte IV se vuelve a reflexionar sobre el debate entre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, respecto a un tema tan amplio: la determinación de cuánto tiempo debe esperarse, o incluso exigirse, la información que deben brindar los imputados. ¿Cuándo se espera que la defensa vaya más allá de simplemente realizar agujeros en la investigación fiscal con la esperanza de que el gobierno declare que el investigador no ha cumplido con su obligación y, solicite expresamente que en virtud del sistema penal se lleve algo a la mesa? ¿Cuán fuerte es nuestro compromiso con la presunción de inocencia? La inversión de la carga de la prueba pone en relieve la tensión entre el ideal de la presunción de inocencia y la realidad de los países, los cuales diluyen este ideal a favor de los objetivos políticos. Propongo que cualquier erosión de la presunción de inocencia deba considerarse en el marco de su relación con otros derechos fundamentales, en particular con el derecho al silencio y el derecho a contar con un abogado. Como la presunción de inocencia se ve disminuida, también lo esta el derecho a guardar silencio[20]. Cuando se exige la inversión de la carga de la prueba, el imputado no puede permanecer en silencio, sino que es compelido a producir la evidencia del origen del las actividades. ¿Cómo se puede "explicar" el origen de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio imputado permanece en silencio, a la defensa se le exige que tenga una voz en el proceso, llamándose a alguna persona que hable en nombre del imputado.

Con respecto a la interconexión de la presunción de inocencia y el derecho a contar con un abogado, postulo que estos dos derechos deberían ser vistos mediante una relación inversa: Cuánto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de contar con un abogado, el cual debe ser competente y tener acceso a la información exculpatoria. Es decir, cuanto más pesada es la carga contra el imputado, un abogado es más necesario a efectos de ayudarlo a cumplir con dicha carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, debe en parte aliviar las preocupaciones respecto a la injusticia contra el imputado mediante el fortalecimiento de otros derechos.

La provisión de un abogado no es el sustituto perfecto de las dificultades y preocupaciones del acusado para tener un papel más activo en el caso, sino es una privación del derecho fundamental a no tener que demostrar su inocencia. Sin embargo, tomando en consideración las formas que permitan hacer posible que el imputado se defienda, se ofrece una manera de disminuir al menos las preocupaciones respecto a la inversión de la carga de la prueba mientras continúe el aprovechamiento de los beneficios. Fuera del alcance limitado del enriquecimiento ilícito, la compensación de la diluida presunción de inocencia con el derecho a contar con un abogado puede presentar un dilema más complicado, pero un dilema que es mejor abordar de frente en lugar de aferrarnos a un preciado ideal de la presunción de inocencia, sin enfrentarnos a cómo este ideal se ve comprometido en un tribunal.

20 El "derecho a guardar silencio" y el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo" no son necesariamente coexistentes, es decir, un determinado sospechoso podría tener derecho a guardar silencio respecto a cualquier tema o solo ese derecho respecto a la información que lo incrimine. No obstante, ambos derechos están estrechamente relacionados. Véase Office of the High Commission for Human Rights, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers 227 (2003), http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf ("Del derecho a no ser obligado a declarer contra uno mismo fluye **el derecho a guardar silencio**…") (énfasis en el original) [en adelante, Human Rights Manual]; véase también PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(g) ("A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable").

I. PERSPECTIVA FUERA DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La batalla de China contra el enriquecimiento ilícito puede ser mucho más aguda que la de varios países, sin embargo está lejos de ser la única en la que se lucha por encontrar formas para frenar a los funcionarios del Gobierno de usar sus posiciones para llenar sus propios bolsillos. Los esfuerzos por facilitar la persecución del enriquecimiento ilícito han puesto de manifiesto la tensión entre la inversión de la carga de la prueba y los principales derechos humanos relacionados con la presunción de inocencia. Existe un amplio apoyo internacional a favor de la presunción de inocencia, sin embargo, las respuestas varían respecto a la manera de redactar las disposiciones que tipifican como delito el enriquecimiento ilícito.

Esta sección inicia con una breve introducción del amplio compromiso que respalda a la presunción de inocencia en el derecho internacional (Parte I.A). A pesar de que una revisión exhaustiva de las leyes de los distintos países escapa de este artículo, la Parte I.A también plantea algunos ejemplos de la manera en que las leyes nacionales estipulan la presunción de inocencia.

Luego, en la parte IB se analiza cómo viene siendo respaldada la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los Tratados multilaterales que desafían el sólido principio de la presunción de inocencia. Para finalizar la sección, expongo la situación de los Estados Unidos de América como el ejemplo de un país que ha rechazado abiertamente la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito, en cumplimiento del compromiso asumido en favor de la presunción de inocencia. No obstante, bajo un análisis riguroso se observa que, en ciertas ocasiones, los Estados Unidos de América diluye el principio de presunción de inocencia cuando se enfrenta a objetivos que se contraponen.

A. Apoyo Internacional a la Presunción de Inocencia

La frase "presunción de inocencia" con frecuencia se relaciona e invoca de manera generalizada como un principio fundamental de los derechos humanos, es así que se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales más importantes. En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"[21]. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"[22]. En esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que "(…) a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: (i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"[23].

En un ámbito más específico, los Tratados regionales consagran, de manera similar, la presunción de inocencia, incluso la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)[24] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[25]. En el sistema europeo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se aplica a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, dispone que "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada"[26]. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que "por la protección del derecho a un juicio justo y, en particular, al derecho a la presunción de inocencia, el artículo 6 tiene la intención de consagrar el principio fundamental del imperio de la ley (…)[27]". Esta Corte, en su jurisprudencia, ha adoptado una visión amplia de este derecho:

21 PIDCP, supra nota 17, art. 14(2).

22 DUDH, supra nota 17, art. 11(1).

23 Convención sobre los Derechos del Niño, G.A. Res. 44/25A, art. 40(2)(b)(i), U.N. Doc A/44/49 (1989, entered into force Sept. 2, 1990) [en adelante, Derechos del Niño].

24 CADH Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (June 27, 1981), art. 7(1)(b).

25 1144 U.N.T.S. 123 (Nov. 22, 1969), art. 8(2).

26 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6(2), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

27 Caso de Salabiaku v. Francia (application no. 10519/83, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, Oct. 7, 1988, para. 28.

En la sentencia del Tribunal, se violaría la presunción de inocencia cuando –sin que el acusado haya sido previamente declarado culpable según la ley y, especialmente, sin que haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa– una decisión judicial que recaiga sobre él refleje la opinión de que es culpable. Esto puede ser así, incluso en ausencia de cualquier declaración formal, siendo suficiente la existencia de un razonamiento que sugiera que el Tribunal se refiera al imputado como culpable[28].

El principio de presunción de inocencia se encuentra, además, en dispersos Tratados internacionales, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares[29]. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como "Las Reglas de Beijing", pues fueron redactadas principalmente en una conferencia en Beijing- establecen que "en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia"[30]. También, este principio está reconocido en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda[31], el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia[32] y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[33].

La presunción de inocencia es "aceptada en la mayoría de los países"[34], aunque está sujeta a varias interpretaciones. Por ejemplo, la Constitución de Egipto "establece la presunción de inocencia (asl o iftirad al-bara'ah)" [35]. Del mismo modo, la Constitución de Rusia incluye la presunción de inocencia[36] y la Constitución de Sudáfrica establece que todo acusado tiene el derecho "a que se presuma su inocencia, a guardar silencio y a no declarar durante el proceso[37]". En otros países, como los Estados Unidos, las palabras "presunción de inocencia" no aparecen en la Constitución, no obstante los Tribunales han interpretado la Constitución a fin de que la contenga[38]. Sin embargo, otras jurisdicciones reconocen la presunción de inocencia en la ley estatutaria, incluyendo Taiwán[39] y Francia[40].

En suma, la presunción de inocencia es uno de los principios más reconocidos y un derecho fundamental del imputado. Si leemos únicamente los pronunciamientos en documentos internacionales de derechos humanos y en leyes nacionales, la presunción de inocencia se presenta como uno de los cimientos del inalienable derecho del acusado. A pesar de la prevalencia de la frase "presunción de inocencia", continúa el debate acerca de qué es exactamente lo que significa, existiendo varias aristas subyacentes a este axioma jurídico.

28 Minelli v. Switzerland, Ap. No. 8660/79, 5. Eur. H.R. Rep. 554, para. 37 (1983).

29 2220 U.N.T.S. 3 (Dic. 18, 1990), art. 18(2) ("Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley").

30 G.A. Res. 40/33, U.N. Doc. A/RES/40/33 (Nov. 29, 1983), art. 7.1

31 33 I.L.M. 1602 (Nov. 8, 1994), art. 20(3).

32 S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009), art. 21(3).

33 2187 U.N.T.S. 90 (Julio 17, 1998), art. 66(1); véase también Lynn Miriam Baum, Pursuing Justice in a Climate of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the International Criminal Court, 19 Wis. Int´l L.J. 197, 203 (2000) (evaluación de la importancia de los derechos de los acusados en el marco del Estatuto de Roma); véase Sara Stapleton, Note, Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 535 (1999) (análisis de los derechos procesales en la persecución internacional, especialmente en la persecución de la Corte Penal Internacional).

34 Rinat Kitai, Presuming Innocence, 55 Okla. L. Rev. 257, 260 & n.14 (2002).

35 Sadiq Reza, Egypt, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 107, 138 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007).

36 Catherine Newcombe, Russia, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 397, 400 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007)

37 PF Schwikkard & SE van der Merwe, South Africa, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 471, 473 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007); véase también Peter W. Schroth, The United States and the International Bribery Conventions, 50 Am. J. Comp. L. Supp. 593, 615, n.125 (2000) (listado de los países miembros de la Organización de Estados que reconocen la presunción de inocencia).

38 Véase Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453 (1895) (se sostiene, bajo la claúsula del debido proceso, lo siguiente: "El principio de que existe la presunción de inocencia en favor del acusado es ley indudable, axiomática y elemental, y su aplicación está en la vase de la administración de nuestra ley penal").

39 Véase, e.g., 中华民国刑事诉讼法) [Código de Procedimiento Penal de la República China] art. 154 (promulgado por el Yuan Legislativo, 28 de Julio de 1928, vigente desde el 01 de Septiembre de 1928, modificado el 01 de Junio de 2010) (Taiwan) ("Antes de una condena definitiva a través de un juicio, el acusado se presume inocente" (traducción de la autora)).

40 François Quintard-Morénas, The Presumption Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions, 58 Am. J. Comp. L. 107, 139 (2010) ("El derecho de los sospechosos de ser presumidos inocentes hasta que se prueba la culpabilidad es ahora solemnemente afirmado en el Código de Procedimiento Criminal Frances").

En primer lugar, a pesar de ser denominado como una presunción, la "presunción de inocencia" no es una presunción paradigmática[41]. Tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha explicado, "La principal inexactitud es el hecho de que no es técnicamente una "presunción" – una inferencia obligatoria extraída de un hecho en evidencia. Por el contrario, es caracterizada por un "supuesto" que es reconocido como tal frente a la ausencia de evidencia o prueba en contrario"[42]. Herbert Packer describió la presunción de inocencia de la siguiente manera: "Hasta que se produzca el fallo por la autoridad competente que declare la culpabilidad, el sospechoso debe ser tratado –independientemente de las probabilidades del resultado– como si su culpabilidad fuese una cuestión abierta"[43]. En otras palabras, debemos entender que el acusado está libre de culpa hasta el momento en que es encontrado culpable, mediante sentencia o a través de un procedimiento alternativo, como el plea bargaining. En este artículo se utiliza el término convencional "presunción", a pesar de que el término "supuesto" pueda ser más preciso.

En segundo lugar, incluso si estamos de acuerdo en que el imputado debe ser considerado inocente hasta la emisión de un fallo de culpabilidad, es una cuestión más espinosa el cómo llevarlo a la práctica. Los comentaristas se han preguntado si la presunción de inocencia se entiende mejor como un poderoso escudo que protege al imputado de la detención mediante la sentencia condenatoria firme o simplemente como una regla de la prueba que se aplica solamente en el juicio[44]. Por ejemplo, la versión de la presunción de inocencia más extensiva y sustantiva[45] se ve reflejada en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el siguiente sentido: "la presunción de inocencia puede ser vulnerada no solo por un Juez o Tribunal, sino por otras autoridades públicas"[46]. La explicación de Wigmore se resume en la estrecha regla de la prueba: La presunción de inocencia es un derecho del imputado a "permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía asuma la carga, produzca las pruebas y se genere convicción; por ejemplo decir que el oponente de una denuncia o cargo se presume inocente quiere decir, en otros términos, que el proponente de la denuncia o cargo deberá acreditar la misma"[47].

Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos, mediante el órgano de expertos independiente encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, describe la presunción de inocencia como "fundamental para la protección de los derechos humanos" y ha aclarado que esta significa que "la carga de la prueba recae sobre el persecutor penal, mientras que el imputado goza del beneficio de la duda"[48]. Al mismo tiempo, el Comité parece reconocer un alcance más amplio de la presunción: "La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo a este principio (exigir prueba más allá de toda duda razonable). Por lo tanto, "es deber de todas las autoridades estatales abstenerse de prejuzgar con anterioridad al resultado de un juicio". El presente artículo se centra en quién debería probar y qué se necesita probar en un caso de enriquecimiento ilícito y, por ello, se refiere principalmente a la "regla de la prueba" y a la presunción de inocencia. Dicho esto, no se trata de elegir entre estas dos interpretaciones: Una jurisdicción puede apoyar tanto el amplio entendimiento de que el acusado debe ser "tratado con la dignidad y el debido respeto de las personas que se presumen inocentes"[49] y, a la misma vez, una comprensión estrecha de que la carga de la prueba recae en el Fiscal dentro del procedimiento.

41 Véase infra Parte I.B.1.

42 Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 483 n.12 (1978) (citando Carr v. State, 192 Miss. 152, 156, 4 So.2d 887, 888 (1941).

43 Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction 161 (1968).

44 Véase Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 108 (diferenciando "dos funciones distintas" de la presunción, "a saber un estado de prueba y un escudo contra la pena antes de la condena"); Kitai, supra nota 34, p. 272 (explicación de muchos países del uso de la presunción hasta antes de generar convicción: "La presunción de inocencia es un principio normativo, dirigiendo a las autoridades estatales sobre la forma correcta de tratar a la persona que aún no ha sido condenada").

45 Ashworth, supra nota 12, p. 76; id. p. 76-81 (explorando la diferencia entre la concepción de la presunción en "sentido procesal reducido" y la amplia).

46 Corte Eur. DH, Caso de Allenet de Ribemont v. France, sentencia del 10 de Febrero de 1995, Series A, No. 308, p.16, para. 36.

47 9 J. Wigmore, Evidence § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940).

48 Comité de Derechos Humanos, Comentario General 13: Igualdad ante los Tribunales y el derecho a un juicio justo y público por un Tribunal independencia establecido por la ley (Art. 14), (Apr. 13, 1984), U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.1.

49 Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 148.

Utilizando el enfoque de la presunción de inocencia como regla de la prueba y aplicándolo al enriquecimiento ilícito, la inquebrantable presunción de inocencia implicaría que la mera posesión de activos desproporcionados no sería suficiente para un veredicto en el sentido de que los activos provienen de fuentes ilegales. Sino que, el Fiscal tendrá que demostrar tanto la existencia de los activos como las fuentes ilícitas. En otras palabras, si la naturaleza de los activos es un elemento del delito, bajo una rígida presunción de inocencia, debe presumirse que el imputado posee los activos legalmente hasta que el Estado supere esta presunción y demuestre lo contrario. Sin embargo, como se explica más adelante, el panorama es mucho más complicado.

B. Diversas Respuestas al Enriquecimiento Ilícito

Las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito ponen en relieve la incómoda pregunta de quién debe probar qué, y a qué nivel debe hacerlo, en un caso penal. Debido a la contraposición de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, a menudo el debate se centra en la forma en que el Estado y el imputado se deben desenvolver, por ello esta sección comienza con una breve introducción acerca de la cargas y las presunciones en el derecho penal (Parte II.B.1). En específico, se analiza el enriquecimiento ilícito y la variedad de opciones de las jurisdicciones para la asignación de cargas (Parte II.B.1). Esta sección concluye explicando cómo están enmarcadas las disposiciones del enriquecimiento ilícito en la actualidad (Parte II.B.3).

1. Cargas y Presunciones en Procesos Penales

La carga de la prueba se compone comúnmente por dos vertientes: la carga de producir la prueba (carga de la producción) y la carga de afirmación del hecho (carga de generar convicción). Esta distinción generalmente atraviesa la división de los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivo/acusatorio, pero tiene mayor importancia en un sistema acusatorio[50]. Así, en un paradigmático sistema inquisitivo, el Juez domina los procedimientos del juicio, mientras la Fiscalía y la defensa juegan roles más pasivos[51]. En un sistema acusatorio, las partes presentan pruebas en el juicio y se espera que el Juez adopte una relativa pasividad, como la posición de un árbitro[52]. Mirjan Damaška explica las implicancias de las diferentes estructuras del juicio: "La polarización resultante (dos litigantes compitiendo) otorga a la carga de producir la prueba una significación mayor en el sistema acusatorio que en el sistema continental, basado en un modelo inquisitivo. "Si una parte falla en la producción de pruebas suficientes, la otra parte puede resultar beneficiada sin la necesidad de introducir medio de prueba alguno"[53].

En los casos penales, las partes no son dos actores privados vistos como iguales[54]. Es decir, en términos coloquiales, un juicio penal no es el equivalente a los Yankees enfrentándose a los Red Sox. Por el contrario, son los Yankees (es decir, el Estado) frente a un equipo de béisbol de ligas menores (es decir, la parte denunciada). En este sentido, la presunción de inocencia garantiza, al menos en teoría, que el imputado sea considerado inocente y que el Fiscal sea quien

50 Las categorías tradicional del sistema "acusatorio" y "adversarial" se han ido flexibilizando en las recientes décadas, dado que los países han optado por explorar los modelos mixtos. Véase, v.g., Margaret K. Lewis, Taiwan's New Adversarial System and the Overlooked Challenge of Efficiency-Driven Reforms, 49 Va. J. Int'l L. 651, 664-65 (2009) (variedad de puntos de vista relativos a la distinción de los sistemas acusatorio e inquisitivo y su mixtura reciente); Jonathan L. Hafetz, Pretrial Detention, Human Rights, and Judicial Reform in Latin America, 26 Fordham Int'l L.J. 1754, 1760 (2003) (discussion sobre "el cambio histórico desde un sistema inquisitorial a uno adversarial esta en marcha en países de Latinoamérica").

51 Véase Richard L. Marcus, Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context, 53 Am. J. Comp. L. 709, 712 (2005) ("En el sistema de civil law, la aproximación inquisitive significa que el Juez controla en gran medida el derecho de la información fáctica, quizás compilada en un dossier, sobre la que se basa la decisión").

52 Mirjan R. Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 563 (1973) (se describe el procedimiento del sistema acusatorio de la siguiente manera: "debe estructurarse como una disputa entre dos lados en una posición de teórica igualdad ante un Tribunal que debe decidir sobre el resultado de la competencia"); Martin Marcus, Above the Fray or Into the Breach: The Judge's Role in New York's Adversarial System of Criminal Justice, 57 Brook. L. Rev. 1193, 1218 (1992) ("Los sistemas adversariales se construyen sobre el supuesto de que dos partes deben ser presentada, que cada parte está mejor posicionada para presentar su propia visión, y que los jueces imparciales no pueden descubrir mejor la verdad a través de su propia iniciativa").

53 Mirjan R. Damaška, Evidence Law Adrift 82 (1997).

54 Esto no quiere decir que en la práctica no haya igualdad de armas cuando las partes se enfrentan en los Tribunales, sino que legalmente no se aplica de la misma manera el supuesto legal que en aquellos casos criminales en que el Gobierno está mejor armados con recursos e información sobre el caso.

deba probar cada elemento del delito. El imputado puede decidir, de acuerdo a su mejor interés, presentar pruebas para refutar la acusación, sin embargo, no hay una carga directa sobre sus hombros que lo obligue a hacerlo.

Un claro ejemplo de un fiscal que incumple con su carga se produce en un juicio con jurado, cuando un Juez emite una sentencia absolutoria[55], como resultado de una práctica en la que el Juez toma la decisión fuera de la declaración del jurado, al ser insuficiente la evidencia de la acusación que permita sostener un veredicto de culpabilidad[56]. Según lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, "una oportunidad significativa para defenderse, no solo supone el derecho a un juicio justo, sino también que ante una falta total de evidencia que sustente la carga se concluirá el caso en favor del imputado"[57]. Estas sentencias absolutorias son tradicionalmente anglo-americanas, no obstante también se reflejan en algunos sistemas que han adoptado recientemente el sistema de jurados[58].

Además de analizar los elementos del delito, el Fiscal necesita probar que se ha generado convicción, la cuestión clave es alcanzar el punto adecuado que permita superar la presunción de inocencia. En consecuencia, la presunción de inocencia está frecuentemente ligada a la exigencia de que los Fiscales prueben cada elemento del delito más allá de toda duda razonable, a comparación de los casos civiles, donde los niveles son menos exigentes[59]. Al respecto, el PIDCP no establece una norma respecto al estándar de prueba, sin embargo el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que "la inocencia se presume hasta que se pruebe lo contrario más allá de toda duda razonable" [60].

2. Posibles Formulaciones respecto a las Disposiciones del Enriquecimiento Ilícito

Las jurisdicciones tienen diversas opciones para la asignación de cargas de producción de prueba en los casos de enriquecimiento ilícito. En un extremo, partiendo de que todos los activos son presuntamente legítimos, una regulación de enriquecimiento ilícito podría requerir expresamente que el Fiscal pruebe, más allá de toda duda razonable o cualquier otro estándar, que los activos del imputado exceden sus ingresos lícitos y que esos bienes proceden de fuentes ilícitas. En este caso, el imputado no asumirá la carga de la producción probatoria, ni de generar convicción al respecto.

Así, si rechazamos esta presunción de legitimidad, una disposición de enriquecimiento ilícito podría determinar que, una vez que el Fiscal demuestre que los bienes del imputado exceden sus ingresos legales, se presumirá que dichos activos adicionales en posesión del imputado constituyen ganancias ilícitas[61]. En pocas palabras, el persecutor del hecho podrá concluir que los activos provienen de un origen ilícito

55 Las jurisdicciones en ocasiones usan los términos relacionados "sentencia a pesar del veredicto" y "veredicto directo" dependiendo de la costumbre y cuando la sentencia es dictada. Véase Wayne R. Lafave Et Al, Criminal Procedure: Post-Investigation § 16.11(a) (2da. ed. 2009) (describiendo una sentencia de absolución como "una absolución a pesar de un veredicto de jurado contrario" y explicando que "esta opera básicamente como una moción para una absolución directa).

56 Black's Law Dictionary, supra nota 19, p. 847 ("El fallo dictado a partir de la moción del acusado o la moción del Tribunal, que absuelve al acusado del delito acusado cuando la evidencia es insuficiente".); véase Fed. R. Civ. P. 29(a) La Corte a partir de la moción de los acusados debe ingresar un fallo de absolución de cualquier delito para el cual la evidencia sea insuficiente para sostener una condena. El Tribunal puede por si mismo considerar si la evidencia es insuficiente para sostener una condena").

57 Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307, 313-14 (1979).

58 Véase Ryan Y. Park, The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea, 58 Am. J. Comp. L. 525, 570 (2010) (describiendo la habilidad de los Jueces coreanos para anular una recomendación del jurado como "algo que recuerda el 'fallo directo'").

59 Ashworth, supra nota 12, p. 69.

60 Comité de Derechos Humanos, supra nota 48. El estándar "más allá de una duda razonable" es un principio fundamental del Derecho Americano. In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula del debido proceso protege contra la condena excepto si se prueba más allá de una duda razonable). Sin embargo, su mérito está aún sujeto a debate. Véase, v.g., Erik Lillquist, Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability, 36 U.C. Davis L. Rev. 88, 91 (2002) (basándose en "criticas de los modelos de utilidad tradicionalmente esperada" para "sugerir que el estándar de prueba en casos penal debería varias de caso a caso") (cursiva en el original).

61 Cf. Sandstrom v. Montana, 442 U.S. 510, 524 (1979) (sosteniendo que las presunciones obligatoria que invierte la carga de la persuasión al acusado son inconstitucionales porque ellas mitigan el imperio de la carga de probar cada elemento del delito más allá de una duda razonable).

si encuentra que el imputado poseía activos más allá de los directamente atribuibles a fuentes legales. Este método es equivalente a la redacción del tipo penal que implica solamente "un aumento significativo en los activos de un funcionario público, en relación con sus ingresos lícitos" y, por lo tanto, la eliminación del elemento "que él o ella no pueda justificarlo razonablemente". De esta manera, el imputado será estrictamente responsable de todos los activos más allá de los clasificados como ingresos lícitos. Según esta formulación, la definición de "ingreso lícito" sería vital para la definición de la labor fiscal en la obtención de convicción: Cuanto más estricta sea la definición de "ingreso lícito" (por ejemplo, el salario único oficial), más fácil será para el Fiscal demostrar que los activos en manos de la parte denunciada superan esta corriente de fondos[62]. De otro lado, cuanto más amplia sea la definición de "ingreso lícito" (por ejemplo, la inclusión de dinero por contratos de discursos, publicaciones, etc.), será más compleja la investigación que debe llevar a cabo el Fiscal para demostrar que los activos que posee la parte denunciada se encuentran fuera de la categoría de activos lícitos. Sin embargo, aún con una definición relativamente amplia de "ingreso lícito", una vez que el delito se ha despojado de una formulación muy limitada que no requiera del elemento de prueba de fuentes ilícitas, el trabajo del Fiscal se vuelve notablemente más fácil. Los escenarios se vuelven más complejos cuando las cargas respectivas caen en el punto medio entre estos dos extremos, los cuales no tienen ninguna carga legalmente establecida en la defensa y la presunción de carácter obligatorio.

Una forma más matizada de redactar una norma legal de enriquecimiento ilícito es que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de proporción de los ingresos lícitos, se dará lugar a la inferencia de que dichos activos son de fuentes ilícitas. Inferencias similares se ven regularmente en otras áreas del Derecho penal, como en la posesión de grandes cantidades de drogas ilegales, la cual puede provocar una inferencia de la intención de distribuir la droga[63]. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que las inferencias, a veces llamadas "presunciones permisivas", son constitucionales siempre que el hecho presumido sea más contundente que los hechos que en concreto pudiera probar el Fiscal[64].

Un paso más allá de la inferencia, una norma legal de enriquecimiento ilícito podría ser redactada a fin de permitir que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, se de lugar a una presunción iuris tantum, que implica que el imputado deba responder. Expresado de otra manera, si el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción, el denunciado tendrá que presentar algunas pruebas para refutar la presunción de que los activos provienen de fuentes ilícitas. De manera más coloquial, el imputado se enfrentaría a la "presunción de corrupción" una vez que el Fiscal demuestre la existencia de activos desproporcionados. Por ejemplo, para objetar la presunción, el imputado quizás podría demostrar que los bienes fueron un regalo de un familiar, no sujeto a alguna condición. Una vez que el imputado presenta alguna evidencia de fuentes legales y, por lo tanto, logra rebatir la presunción, la carga se desplazaría a la Fiscalía a fin de probar que los bienes eran en realidad de fuentes ilícitas[65]. Si, por el contrario, el denunciado no presentó ninguna evidencia de refutación, entonces el investigador concluiría que los

62 Estoy agradecida con el Prof. Donald C. Clarke por sus apreciaciones en relación a cómo podría incidir la definición de "ingresos ilícitos" en la labor del Fiscal.

63 Véase, v.g., United States v. Gayle, 406 Fed. Appx. 352, 361 (11vo. Cir. 2010) (un jurado razonablemente podría inferior a partir del tamaño de la carga que los 1,000 kilogramos o más de marihuana estan destinados para la distribución, en lugar de para el uso personal); United States v. McCreary–Redd, 475 F.3d 718, 724 n. 8 (6to. Cir.2007) (citando United States v. Jackson, 55 F.3d 1219, 1226 (6to. Cir.1995)) (el jurado puede inferior la intención de distribuir cuando la cantidad de drogas es "demasiado grande para el uso personal solamente").

64 Véase Country Court of Ulster County v. Allen, 442 U.S. 140 (1979); véase también infra notas 89-94 y el texto que lo acompaña.

65 Cf. Harold A. Ashford & D. Michael Risinger, Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview, 79 Yale L.J. 165, 169 (1969) ("Mediante la aproximación de Thayer, una vez que el oponente de la presunción ha introducido evidencia que justifique que un jurado se encuentre a su favor, la presunción 'se retira' del caso, y el asunto es presentado al jurado como si la presunción nunca hubiese existido"). (citando a J. Thayer, Preliminary Treatise on Evidence 337 (1896)).

66 Véase Foucha v. Louisiana, 504 U.S. 71 (1992) (sosteniendo que, una vez que la carga de la prueba se satisfecha, y se demuestra que el acusado ha cometido un delito, el acusado tiene la carga de establecer una defensa de insanía); Reid v. True, 349 F3d 788 (4to. Cir. 2003) (afirmando que en la Ley de Virginia el acusado tiene la carga de probar la enfermedad mental).

activos tienen procedencia de fuentes ilícitas. Es así que, visto de esta manera, el imputado solo tiene que generar dudas tendientes a refutar la presunción para que el Fiscal deba probar lo contrario de acuerdo al estándar debido de prueba.

Una carga aun mayor se coloca sobre el imputado, pues una vez que el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, el imputado no solo necesita aportar alguna evidencia se las fuentes lícitas -lanzando el balón al Tribunal o al Fiscal-, sino también convencer al persecutor que los activos provenían de fuentes lícitas, es decir, además asumir la carga de generar convicción de acuerdo al estándar establecido. Este enfoque se utiliza para la defensa de la demencia en algunas jurisdicciones estadounidenses[66]. Asimismo, volviendo al ejemplo de las drogas, en Singapur, respecto a una persona en posesión de cierta cantidad de drogas ilícitas se ha regulado lo siguiente: "se presumirá que posee la droga para fines de tráfico ilícito, a no ser que pruebe que dicha posesión era para otro propósito"[67].

Al analizar las cargas respectivas de la acusación y la defensa, es fácil preponderar la forma sobre el fondo mediante la participación en un juego estratégico que evite abiertamente que se entre en conflicto con la presunción de inocencia. Dejando a un lado la terminología legal, nos referimos a un asunto fundamental: a cómo el imputado es visto cuando ingresa al Tribunal y las tareas que tiene por delante. Por otro lado, la carga que se avecina una vez que el imputado está siendo juzgado se filtra de nuevo en el proceso e informa las decisiones previas al juicio. Por ejemplo, si el demandado es consciente de que sobre él recae la carga de la producción y la carga de generar convicción respecto a las fuentes de los activos sospechosos y está convencido de que no será capaz de cumplir con esta carga, será más probable que opte por participar en el plea bargaining u otra forma de resolución previa al juicio. La siguiente sección explica cómo se expresan en la actualidad estas dinámicas en las disposiciones de enriquecimiento ilícito.

3. La carga de la prueba en la regulación del Enriquecimiento Ilícito

El reconocimiento internacional de las disposiciones que aligeran la carga probatoria de la Fiscalía en los casos de enriquecimiento ilícito se refleja en varios Tratados multilaterales[68]. El más sobresaliente es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) –de la cual China es parte– que establece lo siguiente:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él[69].

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (UNTOC, por sus siglas en inglés), de la cual China es parte, incluye una disposición similar[70]. La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito está además contenida en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la *Convención* de la *Unión Africana* para prevenir y combatir la corrupción[71].

Los redactores de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consideran la disposición de enriquecimiento ilícito en términos de una presunción iuris tantum. En la Guía legislativa para la aplicación de la Convención se establece que: "queda claro que no hay ninguna presunción de culpabilidad y que la carga sigue siendo de quien imputa el

67 Misuse of Drugs Act (Cap. 185, 2001 Rev. Ed. Sing.), § 17

68 Véase, v.g., Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, G.A. Res 58/4, U.N. Doc. A/58/422 (Oct 31, 2003) [en adelante, UNCAC, por sus siglas en inglés]; United Nations Convention Against Illicit Traffic of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, art. 5, Dic. 20, 1988, 28 I.L.M; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 7, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/RES/55/25 (En. 8, 2001) [en adelante, UNTOC].

69 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

70 Véase UNTOC, supra nota 68, art. 12(7) ("Los Estados Parte pueden considerar la posibilidad de requerir que un ofensor demuestre el origen legal de la alegada procedencia del delito u otra bienes expuestos a confiscación, en la medida que tal requerimiento es consistente con los principios de su ley doméstica y con la naturaleza de los procedimientos judiciales u otros").

71 Thomas R. Snider & Won Kidane, Combating Corruption Through International Law in Africa: A Comparative Analysis, 40 Cornell Int'l L.J. 691, 728 (2007).

delito, teniendo que demostrar que el enriquecimiento es superior a los ingresos lícitos". Por lo tanto, puede considerarse como una presunción iuris tantum[72]. La preocupación es si este enfoque coloca los elementos fundamentales de la delincuencia sobre la defensa, mientras aparentemente se pretende mantener el principio de la presunción de inocencia[73].

Además de estos instrumentos internacionales, algunos países han incluido la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito en sus disposiciones de derecho interno[74]. Hasta el 2010, el Acta de Prevención de la Corrupción establecía que, cuando se demuestre que cualquier monto de dinero, regalo o cualquier otra consideración se ha dirigido o ha sido entregado a un funcionario público por una persona que pretenda obtener un beneficio por parte del Estado, "el dinero, regalo o deferencia se considerará pagado o entregado y recibido corruptamente, a no ser que se demuestre lo contrario"[75]. En un caso de 1995 en Hong Kong, mientras Hong Kong permanecía bajo el dominio británico, la Corte de Apelaciones sostuvo que la disposición de inversión de la carga de la prueba, contenida en la Ordenanza de Prevención del Soborno, no contravenía el principio de presunción de inocencia[76]. Tras hacer énfasis en el principio básico de la presunción de inocencia, el Tribunal señaló que: "hay situaciones excepcionales en las que es posible y compatible con los derechos humanos desviar en cierto grado el principio común de que el persecutor debe probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable"[77]. Tras esta decisión, la cuestión fundamental no es si una ley penal puede desviarse del reposo completo de la carga de la prueba sobre el persecutor, sino ¿hasta qué punto puede hacerlo?[78]

Al respecto surge la pregunta si hay algo en especial en los delitos de enriquecimiento ilícito que justifique esta aplicación de la carga de la prueba. Por un lado, no solamente en los casos de enriquecimiento ilícito el control de la delincuencia se ve comprometido como resultado de la defensa de los derechos procesales del imputado[79], por otro lado, la transferencia de la carga estatal a los imputados genera que el trabajo de la Fiscalía sea más fácil en cualquier caso penal.

72 U.N. Office on Drugs & Crime [UNODC], Div. of Treaty Aff., Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption, U.N. Sales No. E.06.IV.16 (2006), disponible en http:// www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_ Legislative Guide.pdf.

73 Incluso dentro de los órganos de las Naciones Unidas, la flexibilidad de la presunción de inocencia no es clara. Véase Ivan Šimonović, Keynote Statement, United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force, Expert Symposium, Bangkok, Thailand, Feb. 17-18, 2011 ("Es importante notar que, aún [en caso de emergencia pública], algunos derechos fundamentales no puede ser derogados- por ejemplo, la presunción de inocencia…").

74 Véase Peter J. Henning, Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law, 18 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 793, 815 n.79 (2001) (indicando los países Latinoamericanos con disposiciones legales sobre enriquecimiento ilícito)]; ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, C. 2, Sanctioning and Prosecuting Corruption and Related Offenses, p. 37 ("Para mejorar la efectividad de su regulación [de enriquecimiento ilícito], India, Malasia, Nepal, Pakistan y Filipinas ha desplazado la carga de la prueba al acusado").

75 United Kingdom, Prevention of Corruption Act, 1991, c. 64, § 2. Véase también Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 133 (anotando excepciones "a la regla general" de la presunción de inocencia del derecho inglés, tales como la recepción de bienes robados, que "requiere a los sospechosos probar su inocencia"). La Ley de Prevención de la Corrupción (Prevention of Corruption Act) fue derogada en el marco de la Ley de Corrupción (Bribery Act) del 2010, que establece "un nuevo esquema consolidado de los delitos de corrupción para cubrir la corrupción tanto en el Reino Unido (UK) y el extranjero". Sweet & Maxwell, United Kingdom Law in Force, Bribery Act 2010, Capítulo 23, Explanatory Note, para. 3. Una crítica principal de la antigua Ley "era que esta era confusa y dificil de manejar". Jacqueline L. Bonneau, 49 Colum. J. Transnat'l L. 365, 372 (2010).

76 Attorney General v. Hui Kin-Hong, [1995] 1 HKCLR 227.

77 Id. p. 231.

78 Más allá del enriquecimiento ilícito, el derecho ingles históricamente requiere a los acusados explicar las fuentes de sus bienes in larceny misdemeanors. Véase Bruce P. Smith, The Presumption of Guilt and the English Law of Theft, 1750-1850, 23 L. & HIST. REV. 133, 135 (2005) (argumentando "que muchos acusados criminales ingleses a finales del siglo dieciocho y comienzos del siglo diecinueve no se beneficiaron de una presunción de inocencia sino, más bien, luchaba contra una presunción legal de culpabilidad") (cursiva en original).

79 Véase Herbert L. Packer, The Courts, the Police and the Rest of Us, 57 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 238, 239 (1966) (describiendo los dos modelos compitientes del sistema norteamericano de justicia criminal en que se enfocó el eficiente modelo de "Control del Delito" y el modelo individual de "Debido Proceso" enfocado en los derechos individuales). Además véase Mirjan R. Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 574–77 (1973) (criticando a Herbert Packer sobre la base de que la "tensión interna [entre eficiencia y la protección de los derechos del acusado] es parte integrante de la dialéctica de cualquier proceso criminal") (énfasis omitido)).

Cabe señalar que la regulación de la prueba en el enriquecimiento ilícito, que no contemple una disposición de inversión de la carga, convierte el debate sobre la reasignación de esta carga probatoria en una controversia muy rígida. Así, existen dos argumentos distintos pero relacionados que están en favor del uso de las disposiciones de inversión de la carga de la prueba: (i) existe una conexión racional entre el patrimonio injustificable de un funcionario público y la conclusión de que dicho patrimonio proviene de fuentes ilícitas y (ii) el funcionario público en posesión de los activos está en mejor posición para explicar las fuentes de los mismos (comodidad comparativa)[80].

Con respecto al análisis de la conexión racional, se podría llegar a la conclusión de que el patrimonio proviene de fuente ilícita si, por ejemplo, un funcionario con un sueldo fijo estatal obtiene un aumento repentino en su riqueza o, incluso si no hay aumento, si el funcionario ha estado viviendo más allá de sus reales condiciones económicas por un largo periodo de tiempo. Asimismo, estos activos en desproporción con los ingresos lícitos son más sospechosos si el funcionario tiene acceso a fondos públicos que podría utilizar y/o si tiene el poder de conceder favores potencialmente lucrativos, mediante sobornos.

Como se desarrollará más adelante, en la Parte III.B, respecto a la situación en China, este pensamiento racional de que la riqueza proviene de fuentes ilícitas varía drásticamente en distintos países. Incluso, podría variar entre diferentes ciudades o Estados dentro de un país, en función de si existe un historial de casos de corrupción, si la supervisión de los bienes del Estados es laxa u otros factores[81]. El pensamiento más estricto es el que reconoce la conexión lógica entre los activos desproporcionados y las fuentes ilícitas, en consecuencia, el menor malestar que genera esta conexión se traduce en personas inocentes siendo condenadas.

En cuanto al análisis comparativo de lo más conveniente, tenemos que para un caso típico de robo la persona que realmente tomó el objeto robado es sin duda la que se encuentra en mejor posición para encontrarlo. El problema es si la Policía ha identificado al ladrón. Si la Policía identificó erróneamente a una persona como el autor, ¿cómo demuestra el investigado la ausencia de los objetos? (es decir, "Yo no tengo el collar robado"). La situación es distinta en el enriquecimiento ilícito, pues la pregunta es ¿por qué tienes el collar?, esto siempre y cuando el Fiscal haya probado que los activos están en manos del investigado (o nadie puede negar el hecho). Entonces, la cuestión es ¿por qué la persona no puede explicar la existencia de algo en su poder? Visto de esta manera, la disposición plantea una presunción iuris tantum después que el persecutor ha cumplido con su carga inicial.

Desde una perspectiva práctica es razonable esperar que la persona refute esta presunción al ofrecer una explicación lógica, respecto del exceso de riqueza. Además, en la medida en que el objetivo del sistema de justicia penal es sin duda buscar la verdad de los hechos –como se destaca en China[82]–, la persona que generalmente se encuentra en mejor posición para explicar los "hechos" de la existencia de los activos es la persona en posesión de dichos activos. Como un académico australiano comentó una vez: "Para determinar si la inversión de la carga de la prueba es compatible con la presunción de inocencia, debería analizarse el manejo de dicha prueba en la práctica: ¿Qué tan difícil será para el persecutor demostrar la culpabilidad sin la inversión de la carga? ¿Con qué facilidad podrá liberarse de la inversión de la carga una persona inocente?"[83]

Así, desde la perspectiva más benigna, el Fiscal tiene una carga, aunque no sea la más exigente. Las disposiciones de inversión de la carga probatoria únicamente desplazan la carga de producir la prueba, mas

80 Véase Ashford & Risinger, supra nota 65 (se presenta un panorama teórico sobre el papel de las presunciones y supuestos en el Derecho penal).

81 Véase, v.g., Daniel Engber, Why is Chicago so Corrupt?, Slate.Com, Dic. 9, 2008, http://www.slate.com/id/2206364/ (respecto a la corrupción en Chicago, se da una Mirada a: "una cultura que ha estado en el lugar por más de 100 años").

82 Véase Matthew T. King, Security, Scale, Form, and Function: The Search for Truth and the Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems, 12 Int'l Legal Persp. 185, 187-88 (2002) (comparando el énfasis del sistema Chino sobre la búsqueda de la verdad con el "sistema norteamericano adversarial [que] se conforma por una vedad más pragmática o comprometido").

83 David Hamer, The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act, 66 Cambridge L. J. 142, 171 (2007).

no alivian la carga final de demostrar que el imputado es culpable de los cargos[84]. Desde la perspectiva del Estado, la práctica es clara: "es lógico pensar que algo anda mal cuando un funcionario público posee una vasta riqueza y no es lo suficientemente acaudalado para pensar que esta proviene de su propia producción financiera".

Un análisis más nefasto es que el Estado está generando una serie de amenazas a la presunción de inocencia, mediante el uso de sutilezas legales y tecnicismos de prueba. Se considera entonces que exigir al Fiscal que únicamente demuestre que el imputado posee una riqueza más allá de los activos que se consideran ingresos lícitos y, a continuación, que exija al imputado que explique la naturaleza de esa riqueza, es colocar un elemento fundamental del delito sobre los hombros de la parte denunciada. Bajo este punto de vista, el imputado se ve como culpable de enriquecimiento ilícito hasta que pueda demostrar su inocencia.

Los Estados Unidos de América ejemplifican un país que ha tomado esta última posición, considerando a la inversión de la carga de la prueba como una disposición indecorosa. A pesar de ser un elocuente defensor de una respuesta internacional a la corrupción[85], los Estados Unidos de América han sido cuidadosos para articular objeciones a las reglas que representan una erosión de la presunción de inocencia. Así, los Estados Unidos de América expresó su objeción a la regulación del enriquecimiento ilícito, a través de una reserva a la Convención Interamericana contra la Corrupción:

El delito de enriquecimiento ilícito, según lo establecido en el artículo IX de la Convención, hace recaer la carga de la prueba sobre el acusado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema legal de los Estados Unidos. Por lo tanto, Estados Unidos entiende que no está obligado a establecer un nuevo delito de enriquecimiento ilícito en virtud del artículo IX de la Convención[86].

Asimismo, Canadá presentó una reserva casi idéntica[87]. Sin embargo, destacando la confusión de lo que realmente implica la presunción de inocencia, otros países parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción que cuentan con el principio constitucional de la presunción de inocencia no presentaron reserva alguna sobre este punto[88]. La preocupación de los Estados Unidos de América respecto a la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito deriva de cláusulas constitucionales del debido proceso aplicables a la prueba en casos penales[89]. Como lo ha establecido la Corte Suprema: "Para que no queden dudas respecto del estatus constitucional del estándar de duda razonable, explícitamente debemos sostener que la cláusula constitucional del debido proceso protege al imputado contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable que es culpable de los cargos"[90]. Establecido lo anterior, puede ser una tarea difícil discernir cuando una

84 Kofele-Kale, supra nota 12, p. 914 ("Este artículo rompe con la jurisprudencia tradicional sobre las cláusula de obligación inversa, tratando de salvar estas excepciones a la presunción de inocencia de invalidación constitucional leyendo aquellas como la imposición de solo una carga probatoria sobre el acusado. Esta aproximación deja imperturbada la carga legal del acusador de probar la culpabilidad del acusado de cada elemento del delito bajo el exigente estándar de 'más allá de una duda razonable'").

85 Véase Schroth, supra nota 37, p. 610-13 (se describe los principales esfuerzos de los Estados Unidos de América para persuadir a los países de adoptar una Convención multilateral contra la corrupción).

86 Convención Interamericana contra la Corrupción, reserve de los E.E.U.U. al artículo IX; 146 Cong. Rec. S7809 (2000) (anotando que la ley de los EE.UU contiene disposiciones que permitan alcanzar el mismo resultado del Article IX, tales como la punición por defectos en la realización adecuada de las declaraciones financieras y la evasión de impuestos). Para antecedentes sobre la IACAC, véase generalmente Giorleny D. Altamirano, The Impact of the Inter-American Convention Against Corruption, 38 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 487 (2007). Para información sobre la práctica de hacer reservas a los Tratados más genetalmente, véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Mayo 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331; id. art. 1(d) ("'[R]eserva" significa una afirmación unilateral, sin embargo su enunciado o denominación, hecha por un Estado, cuando firma, ratifica, acepta, aprueba o accede a un Tratado, para excluir o para modificar el efecto legal de ciertas disposiciones del Tratado o su aplicación para este Estado…").

87 Canada–Statement of Understanding of Article IX, Illicit Enrichment, disponible en http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-58.html ("Como el delito contemplado por el artículo IX sería contrario a la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canada, Canada no implementará el artículo IX, como esta previsto por esta disposición").

88 Véase Schroth, supra nota 37, p. 615-16.

89 Véase William F. Fox, Jr., The "Presumption of Innocence" as Constitutional Doctrine, 28 Cath. U. L. Rev. 253 (1979) (análisis constitucional de la presunción de inocencia).

90 In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970).

convicción de culpabilidad se encuentra en conflicto con un principio constitucional, sin embargo, la carga de la prueba es más manejable en la práctica que en lo que sugiere a primera vista la declaración de la Corte Suprema.

En primer lugar, el trabajo del Fiscal de probar "que los hechos constituyen necesariamente un delito"[91] se hace más fácil cuando en determinados casos se le permite al Fiscal satisfacer su carga a través de la inferencia[92]. La Corte Suprema ha permitido expresamente el uso de tales inferencias[93], explicando que "la inferencia viola la cláusula del debido proceso solo si la conclusión sugerida no responde a la razón y al sentido común, a la luz de los hechos probados ante el jurado"[94]. Por ejemplo, los jueces norteamericanos suelen instruir al jurado que se puede "inferir las intenciones de una persona si se observan consecuencias naturales y probables de actos u omisiones delictivos"[95]. Por lo tanto, si una persona, a sabiendas, aprieta el gatillo de un arma cargada mientras apunta a otra persona, el Jurado puede inferir que la persona intentó herir a la otra persona. Entonces, en el caso del enriquecimiento ilícito, ¿puede un jurado inferir que el imputado obtuvo los bienes ilegalmente por el hecho de que los activos superan con creces sus ingresos considerados como lícitos?

En segundo lugar, la Corte Suprema ha permitido una redistribución limitada de las cargas en el contexto de las "defensas afirmativas" [96]. Como puede afirmar cualquier estudiante de primer año de derecho en los Estados Unidos, la primera parte de los cursos de derecho penal tiene que ver con la función del fiscal. Más adelante en el semestre, cuando el sílabo llega a las "defensas afirmativas", de repente se dice que el imputado a veces necesita aportar ciertas pruebas. Por ejemplo, en el Estado de New York la categoría de la perturbación emocional extrema es considerada una defensa afirmativa a ser probada por la parte denunciada, resistiendo el escrutinio de la Corte Suprema[97]. En el caso Patterson vs. New York, la Corte sostuvo que los Estados son libres de asignar la carga de la prueba en los procesos penales a no ser que dicha asignación "ofenda algún principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y conciencia del pueblo como para ser clasificado como fundamental"[98]. En consecuencia, para determinar cuándo un hecho es un elemento del delito y cuándo se trata de una defensa afirmativa es fundamental que una ley penal pase por un examen constitucional.

Respecto al enriquecimiento ilícito, la pregunta que surge a partir de Patterson es si la asignación de la carga de la prueba de las fuentes atenta contra

91 Id.

92 Véase supra notas 63-64 y el texto que lo acompaña. Una práctica más controversial que las inferencias permisivas es si los acusadores pueden usar suposiciones de culpabilidad hipotéticas como una estrategia de juicio cuando contra-examina a los testigos de carácter (v.g., preguntando si una persona que se involucra en un cierto comportamiento es un ciudadano respetuoso de la ley), con algunos Tribunales de EE.UU. permitiendo la práctica. Véase Eric M. Kubilus, case comment, Innocent Until Proven (Hypothetically) Guilty: The Third Circuit Condones the sue of Guilt-Assuming Hypotheticals in United States v. Kellogg, 53 Vill. L. Rev. 666, 673-74 (2008) (analizando la división del Circuito en el uso de asunciones de culpabilidad hipotéticas).

93 Véase Leslie J. Harris, Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness, 77 J. Crim. L. & Criminology 308 335-36 (explicando la division de los Tribunales de presunciones en categorias de permisivas y obligatorias); Charles R. Nesson, Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity, 92 Harv. L. Rev. 1187, 1187-88 (1979) (proveyendo ejemplo de inferencias permisivas).

94 Francis v. Franklin, 471 U.S. 307, 314-15, 105 S.Ct. 1965, 1971, 85 L.Ed.2d 344 (1985), citando Ulster County Court v. Allen, 442 U.S. 140, 157-163, 99 S.Ct. 2213, 2224-2227, 60 L.Ed.2d 777 (1979).

95 United States v. Mejia, 597 F.3d 1329, 1341 (DC Cir. 2010).

96 Véase, v.g., Engle v. Isaac, 456 U.S. 107 (1982) (afirmando la ubicación de la carga a proponer sobre el acusado cuando afirme una defensa afirmativa); Martin v. Ohio, 480 U.S. 228 (1987) (requerir a la acusada que pruebe que ella actúo en auto-defensa no vulnera el debido proceso); Dixon v. United States, 548 U.S. 1 (2006) (el Gobierno no tiene la carga de desacreditar la defensa de coacción más allá de la duda razonable). Dos ejemplos distintos donde la ley de los EEUU ubica una carga más pesada sobre el acusado son (1) los estatutos sobre cyber-acoso, véase también, A Balancing of Convenience: Burden-Shifting Devices in Criminal Cyberharassment Law, 52 Boston College L. Rev. 289 (2011) (criticando el uso de las disposiciones de reversión de la carga en los estatutos sobre cyber- acoso) y (2) ciertos casos tributarios, véase Kofele-Kale, supra nota 12, p. 926-27 (discutiendo que "los Tribunales fiscales de los Estados Unidos de América que rutinariamente imponen sobre el obligado tributario la carga de probar la exactitud de la declaración de impuestos . . . "); Henning, supra nota 74, p. 814 n.78 (explicando el método de reversión de la carga del "patrimonio neto" en prosecuciones por evasión tributaria).

97 Véase Patterson v. New York, 432 U.S. 197 (1977).

98 Id. p. 202.

principios fundamentales de justicia. Los Estados Unidos de América adoptó una sólida posición, respecto a la regulación del enriquecimiento ilícito en la Convención Interamericana Contra la Corrupción: "es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos de América y contraria a los principios fundamentales del sistema jurídico estadounidense"[99]. Sin embargo, el reconocimiento de las defensas afirmativas por la Corte Suprema indica que el análisis es más complicado. Así, si el Congreso aprobó una ley de enriquecimiento ilícito y expuso el requisito de que el imputado producirá por lo menos alguna evidencia de legitimidad de sus fuentes, como una defensa afirmativa, considero que esta ley superaría el escrutinio de la Corte Suprema[100].

Los Estados Unidos de América se ha referido a la presunción de inocencia, centrándose en su uso durante la etapa de juicio[101]. Los debates surgieron en la década de los 60´s, preguntándose si violaba la presunción de inocencia el hecho de que los imputados detenidos que no podían pagar la fianza permanecieran en dicha condición. En ese entonces, la opinión del Gobierno de que la presunción no se aplicaría a los procedimientos previos al juicio se impuso en la Corte Suprema[102]. Cuando se le preguntó para que decidiera si las condiciones de confinamiento previas al juicio en New York violaba el debido proceso, la Corte Suprema sostuvo que la presunción de inocencia "no es aplicable a la determinación de los derechos de un detenido durante la prisión preventiva antes de que el juicio haya comenzado" [103]. Este nuevo punto de vista prevaleció cuando la Corte confirmó la prisión preventiva basada en la necesidad de proteger la seguridad de la comunidad, a pesar de las críticas de que esta práctica era una afrenta a la presunción de inocencia (es decir, si una persona es verdaderamente inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, ¿en qué se basa para llegar a una conclusión prematura de que la persona es un criminal peligroso?). El Juez Marshall protestó en su voto disidente en Estados Unidos vs. Salerno, "Nuestros principios fundamentales de justicia declaran que el imputado es inocente tanto en el día anterior al juicio como en la mañana siguiente después de su absolución" [104]. No obstante, no pudo influir en la decisión de sus cuatro colegas restantes.

En suma, por un lado, la mayoría de los Tratados internacionales de derechos humanos y las leyes internas de los países defienden la presunción de inocencia. Por otro lado, las consecuencias de una presunción inviolable han provocado la consternación de la comunidad internacional. China es el único país que cuenta con ajustes a las leyes penales y procesales para hacer el trabajo del Fiscal más fácil o incluso solo para hacer el trabajo del Fiscal viable, sin embargo, los países varían en su tolerancia para flexibilizar la presunción de inocencia. Los Estados Unidos de América, por ejemplo, es mucho más cauteloso a la hora de hacer esos ajustes, sin embargo el ideal de la presunción de inocencia no está blindado. En cuanto al panorama internacional en la actualidad, hay un punto precario entre la presunción de inocencia y las disposiciones de inversión de la carga de la prueba. Si bien este debate está ocurriendo fuera de China, hay una discusión paralela dentro de China que se refiere a aspectos particulares de la propia tradición jurídica China. Precisamente, de este contexto nacional nos ocuparemos ahora.

II. LA PERSPECTIVA DENTRO DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

China es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

99 Véase supra nota 86 y el texto que lo acompaña.

100 Cf. Ashford & Risinger, supra nota 65, p. 173 ("es útil recordar que cuando una presunción opera contra el acusado, no hay nada más misterioso que imponerle una carga de persuasión sobre aquel y así crear una defensa afirmativa").

101 Véase, v.g., Daniel S. Kahn, Presumed Guilty Until Proven Innocent: The Burden of Proof in Wrongful Conviction Claims Under State Compensation Statutes, 44 U. Mich. J.L. Reform 123, 155 (2010) (anotando que "de larga data el principio legal de la presunción de inocencia aplica solo para procesos penales").

102 Véase John N. Mitchell, Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention, 55 Va. L. Rev. 99, 101 (1969). Cf. McLellan, supra nota 12, p. 74 (afirmando que, en Canadá, "la presunción de inocencia en la fianza procesal de ha convertido en un concepto ilusorio, en el mejor de los casos. La presunción ha sido disminuida tan dramáticamente que ahora es una idea de mínima trascendencia en las consideraciones para la liberación previa al juicio del acusado").

103 Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 533 (1979).

104 481 U.S. 739, 764 (1987) (Marshall, J., discrepando).

Transnacional, así como parte en los Convenios que establecen la presunción de inocencia y, además, ha firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[105]. En este sentido, China está involucrada en el debate internacional en torno a la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito. Al mismo tiempo, como en el contexto legal de los Estados Unidos, el enfoque de China sobre estas cuestiones está lejos de ser regulado exclusivamente por sus obligaciones jurídicas internacionales; pues hay un contexto complejo de la legislación nacional respecto a la situación de la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B).

A. China y la Presunción de Inocencia

Los primeros años de la República Popular China muestran poca aceptación al principio de inocencia (Parte II.A.1). La presunción de inocencia ha sido debatida en el marco de las reformas de 1996 al Código de Procedimiento Penal y en el debate sobre la reforma real (Parte II.A.2), sin embargo, continua siendo limitada la idea de adoptar una sólida presunción de inocencia (Parte II.A.3).

1. La Presunción de Inocencia en los primeros años de la República Popular China

En China, durante la época imperial, la presunción en los casos penales fue de culpabilidad[106]. Los debates relativos a la presunción de inocencia surgieron cuando la recién fundada República Popular China trató de establecer un sistema legal[107]. Estos debates fueron relegados en gran medida al ámbito académico, ya que el sistema de justicia penal se había concentrado en "buscar la verdad de los hechos" y mantener el orden durante los turbulentos años iniciales de la República Popular China. De hecho, la República Popular China no tuvo un Código penal o procesal penal durante 30 años (1949-79)[108].

Tras el final de la Revolución Cultural y el paso de Mao Zedong, el Gobierno de China comenzó a reconstruir el sistema legal. En 1979, China promulgó tanto el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal, los cuales en conjunto establecen el marco para el funcionamiento de la justicia penal[109]. Como es común en los países bajo la etiqueta del civil law, estas leyes fueron redactadas en un grado relativamente alto de abstracción con la intención de que los reglamentos, reglas, interpretaciones y otras formas de orientación legislativa y administrativa sean seguidos[110].

Las nuevas leyes también aclararon las funciones de los diferentes actores del sistema de justicia penal[111]. Este artículo emplea el término "Fiscal" para referirse a los funcionarios de Gobierno que son responsables de la presentación de cargos y argumentación de casos del Gobierno ante la Corte (en China, 检察官). Como parte de la Fiscalía, sus funciones incluyen la supervisión de los procedimientos penales[112]. Este rol de supervisión es más pronunciado en la ley que en la práctica, pues los fiscales se ven menos como una

105 Véase, v.g., Rights of the Child, supra nota 23, art. 40(2)(b)(i). China ratificó la Convención el 2 de Marzo de 1992. Véase China and the Convention on the Rights of the Child, Special Report by Mr. Frankie Chen, disponible en http://www.unicef.org/china/media_12006.html.

106 Véase Ira Belkin, China's Tortuous Path Toward Ending Torture in Criminal Investigations, 24 Colum. J. Asian L. (2011) ("En China imperial, había una presunción de culpabilidad que surgió a partir del respeto y obediencia a la Oficina de Oficiales Investigadores. Si ellos sospechaban que alguien cometió un delito, esta persona era presumida culpable").

107 Véase Timothy A. Gelatt, The People's Republic of China and the Presumption of Innocence, 73 J. Crim. L. & Criminology 259 (1982) (siguiendo el desarrollo histórico de la discussion alrededor de la presunción de inocencia en China desde los tiempos imperials hasta el Derecho penal de 1979).

108 Dai Yuzhong, The Pursuit of Criminal Justice, en China's Journey Toward The Rule Of Law 155, 157 (Cai Dingjian & Wang Chenguang eds., 2010) ("Casos penales durante este periodo [1949–79] fueron manejados inicialmente de acuerdo a políticas dictadas por el Partido o el Gobierno central y algunas veces incluso en forma de movimientos de las masas").

109 Véase Id. (describiendo antecedentes de las leyes de 1979); véase también 中华人民共和国刑事诉讼法 [PRC Código de Procedimiento Criminal] art. 8 (promulgado por el Nat'l People's Cong., Jul. 1, 1979, enmendado Mar. 17, 1996, vigente Ene. 1, 1997) (China) [en adelante, CPL]; Criminal Law, supra nota 9.

110 Véase 中华人民共和国立法法 [Estatuto de la Legislación de la República Popular China] (adoptada por el 9th Nat'l People's Cong., Mar. 15, 2000, vigencia Julio 1, 2000), disponible en http://www.novexcn.com/legislat_law_00.html. El Estatuto de la Legislación detalla la jerarquía de las leyes, regulaciones y reglas de los diversos niveles del Gobierno.

111 Véase Dai, supra nota 108, p. 164-65 (explicando el rol supervisor de la Fiscalía).

112 XIANFA (中华人民共和国宪法) art. 5 (1982) (China); CPL, supra nota 109, art. 8.

pantalla independiente de los méritos de un caso y más como la conexión entre la investigación policial y los procedimientos judiciales.

El Código de Procedimiento Penal de 1979 no incluye la presunción de inocencia, sino que en su lugar ordena a los Tribunales, Fiscalías y a los órganos de seguridad pública a "basarse en los hechos e interpretar la ley con criterio" cuando conduzcan procedimientos penales[113]. Esta política, denominada decision first, trial later (先判后审), significa que el destino del imputado fue determinado por lo general antes de que el juicio siquiera comience, convirtiéndose el Juicio en una cuestión más de forma que de fondo[114].

2. El Código de Procedimiento Penal de 1996 y el Proyecto de Reforma pendiente

Cuando la Asamblea Popular Nacional de China revisó el Código de Procedimiento Penal, en la década de los 90´s, "se hicieron propuestas –siendo rechazadas- para agregar al texto disposiciones que reconozcan la presunción de inocencia"[115]. Con posterioridad, aparece el Código de 1996 que aun conserva la disposición de que las reglas del procedimiento penal deben "basarse en hechos e interpretar la ley con criterio" [116]. Además, un acercamiento a la presunción de inocencia puede ser la obligación de usar el término "acusado" (被告人), únicamente con posterioridad a la decisión de procesar al "sospechoso" (犯罪嫌疑人)[117]. Este cambio indica que, al menos en teoría, hay una diferencia cualitativa entre una persona considerada como sospechosa y una persona sobre la cual los Fiscales han decidido formalizar los cargos. En seguida, se utiliza el término "culpable" (犯罪分子) para referirse a una persona que ha confesado su crimen o ha sido declarada culpable en el juicio[118].

El Código de Procedimiento Penal de 1996 fue aun más notable por mostrar un cambio sustancial desde un sistema inquisitivo hacia uno acusatorio[119]. El entusiasmo inicial de que las modificaciones pusieran mayor énfasis en los juicios y, en particular, en la capacidad de la defensa para participar en el juicio, se vio diluido en razón de los problemas prácticos que los acusados enfrentaban al intentar invocar protección legal[120].

Además, las modificaciones de 1996 no cubrieron las expectativas de muchos respecto a la clarificación de las cargas probatorias en los procedimientos penales. De acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, "Todos los hechos que demuestren las circunstancias verdaderas de un caso, serán prueba"[121]. El artículo 43 entonces establece que "los jueces, fiscales e investigadores deben, de conformidad con el proceso penal legalmente establecido, recoger diversos tipos de evidencia que pueda probar la culpabilidad del sospechoso o su inocencia y la gravedad del delito" [122]. Asimismo, la Corte ha adoptado la siguiente decisión, de conformidad con el artículo 162 del Código Adjetivo:

(1) Si los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente, y el imputado es hallado culpable de conformidad con la ley, este será declarado culpable (案件 事实 清楚，证据 确实，充分，依据 法律 认定 被告 人 有罪 的，应当 作出 有罪 判决);

113 CPL, supra nota 109, art. 4 (1979 version del CPL).

114 Lan Rongjie, A False Promise of Fair Trials: A Case Study of China's Malleable Criminal Procedure Law, 27 Ucla Pac. Basin L.J. 153, 209 (2010) (explicando la práctica "popularmente referida como 'decisión primero, juicio después' (xianding houshen)").

115 Lawyers Committee for Human Rights, Opening to Reform? An Analysis of China's Revised Criminal Procedure Law 43-44 (1996).

116 CPL, supra nota 109, art. 6 (en su version modificada en 1996).

117 Lawyers Committee for Human Rights, supra nota 115, p. 62.

118 Véase, v.g., CPL, supra nota 109, art. 2; Criminal Law, supra nota 9, art. 5.

119 Randall Peerenboom, What Have We Learned About Law and Development? Describing, Predicting, and Assessing Legal Reforms in China, 27 Mich. J. Int'l L. 823, 844-49 (2006) (describiendo el "rocoso camino hacia un sistema adversarial" de China).

120 Id.; véase también Mike Mcconville, Criminal Justice In China: An Empirical Inquiry 13-15 (2011) (se analiza el impacto del Código de Procedimiento Penal de 1996).

121 CPL, supra nota 109, art. 42. El artículo respectivo en el Borrador del CPL de 2011 (art. 47) utilize una redacción ligeramente distinta: "Cualquier material que pueda ser utilizado para probar los hechos de un caso se considerará evidencia" ("可以用于证明案件事实的材料，都是证据"). Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 47.

122 CPL, supra nota 109, art. 43; 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 49; véase también Gelatt, supra nota 107, at 296 (se cita el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1979, el cual establece: "requerimientos para la obtención de evidencia 'que puedan probar la culpabilidad o inocencia del acusado y la gravedad de las circunstancias del delito").

(2) Si el imputado es hallado inocente de conformidad con la ley, será declarado inocente (依据 法律 认定 被告人 无罪 的，应当 作出 无罪 判决);

(3) Si la evidencia es insuficiente y el imputado no puede ser hallado culpable, será declarado inocente, sobre la base de la insuficiencia de la evidencia y la carencia de fundamento de la acusación (证据不足，不能认定被告人有罪的， 应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决)[123].

El cuestionamiento siguiente es a qué punto de referencia debe llegar el Fiscal para probar que los hechos del caso son, en efecto, claros (案件 事实 清楚) y que la evidencia es confiable y suficiente (证据确实, 充分). El artículo 162 es aun más interesante, pues se especifica que el imputado puede recibir un veredicto de inocente si es "hallado inocente" o si no hay evidencia suficiente que confirme los cargos. Esto implica una distinción entre una persona considerada inocente, según los hechos, y una persona inocente, por una cuestión de derecho, pero sobre la cual persisten dudas sobre su culpabilidad[124]. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción previa del artículo 162 –aunque el artículo ha sido reenumerado como artículo 194– y añade una disposición instando a la Corte a tomar una decisión con relación a los bienes incautados como parte del caso[125].

Algunos comentaristas han invocado el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, señalando que contiene la presunción de inocencia aplicada hasta que el Tribunal tome la decisión correspondiente[126]. Si bien el artículo 12 aclara que el imputado no debe ser considerado culpable hasta que el Tribunal lo determine[127], existen críticas a esta disposición. Por ejemplo, al criticar la ley, el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (hoy, "Primero los Derechos Humanos") sostuvo que: "El artículo 12 no dice nada sobre la carga de la prueba, el estándar de culpabilidad o cualquier otro tema comúnmente asociado con la presunción de inocencia. Debe considerarse más bien como una declaración clara de la responsabilidad funcional, pues establece que solo un Tribunal –y no otra persona o institución– puede determinar la culpabilidad"[128].

No solo el imputado se encuentra privado de la presunción de inocencia en el marco del Código de Procedimiento Penal, sino que tampoco tiene derecho a guardar silencio. El artículo 93 obliga incluso a los presuntos delincuentes a responder preguntas con la verdad, aunque añada la advertencia de que el sospecho "tiene el derecho a negarse a contestar cualquier pregunta que sea irrelevante para el caso"[129]. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción anterior del artículo 93 (actualmente artículo 117), pero añade una frase, que al interrogar a un sospechoso, los investigadores deberán informar al sospechoso que una confesión sincera puede resultar en un manejo más indulgente de la causa[130]. Esta adición

123 CPL, supra nota 109, art.162; 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194. Lo anterior es la traducción official del estándar de prueba requerido ("los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente"), aunque hay algunas diferencias de opinión sobre si una redacción alternativa refleja con mayor precisión el idioma chino, v.g., "los hechos del caso son claros, la evidencia es precisa y completa". Ira Belkin, China, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 91, 105 (Craig M. Bradley ed., 2d ed. 2007).

124 Cf. Emily Hughes, Innocence Unmodified, 89 N.C. L. Rev. 1083, 1090 (2011) (argumentando en favor de un "inmodificado entendimiento de inocencia [que] continuaría protegiendo actualmente a las personas inocentes mientras que también se esfuerza por proteger a las personas que actualmente no son inocentes pero que tienen fuertes reclamos constitucionales que garantizan la reversión de sus condenas injustas").

125 [Véase 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194 ("人民法院在判决中，应当对查封、扣押、冻结的财物及其孳息的处理作出决定".).

126 Véase supra nota 18.

127 CPL, supra nota 109, art. 12 ("Nadie podrá ser encontrado culpable sin ser juzgado por un Tribunal del Pueblo de acuerdo a Ley".); véase también 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 12 (misma redacción en la ley actual).

128 Véase Lawyers Committee For Human Rights, supra nota 115, p. 44 (explicando que el artículo 12 debe ser entendido como un cambio de la ley de 1979 bajo la cual la Fiscalía podía determiner la culpabilidad law antes que los Tribunales); véase también Mcconville, supra nota 120, p. 213 ("El CPL de 1996 y la interpretación del SPC fallo en dirigir de una forma clara cuestiones centrales tales como la carga de la prueba, el estándar de la prueba y la presunción de inocencia").

129 CPL, supra nota 109, art. 93; véase también 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117.

130 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117 ("侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定").

hace explícita la política de larga data de la clemencia para aquellos que confiesan[131] y mantiene la política complementaria de la severidad para aquellos que se resisten[132].

Las diferencias antes mencionadas entre el Código de Procedimiento Penal vigente y el Proyecto de 2011 son modestas, pero es importante dar el primer paso tendiente a clarificar la regulación de la carga de la prueba en los procedimientos penales. En el año 2010, el Gobierno de China emitió dos series de reglas, llamadas comúnmente como "Reglas de la Prueba de 2010", las cuales contienen: (1) Reglas sobre cómo examinar y juzgar la evidencia en casos de pena de muerte (Las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte) y (2) Reglas sobre la exclusión de la prueba ilícita en los procedimientos penales (Las Reglas de Exclusión de Pruebas)[133]. Las Reglas de Exclusión de Pruebas dieron un paso innovador al establecer un procedimiento previo al juicio para determinar si una confesión es admisible[134]. Estas reglas establecen una carga, ya que si el Tribunal tiene dudas sobre la admisibilidad de una confesión después de escuchar el relato del imputado, el Fiscal deberá presentar evidencias de que la confesión no fue coaccionada. En otras palabras, la carga inicial de la producción probatoria (también llamada en inglés the burden of going forward y, en chino, 提供 证据 的 责任 o 推进 诉讼 的 责任) parece recaer en la defensa, y si se reunió con el fiscal, este debe generar convicción de que la coerción no se produjo. Sin embargo, la carga de afirmación del hecho o carga de generar convicción (说服 责任) es menos clara. Las Reglas de Exclusión de Pruebas reflejan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el sentido que una confesión no podrá servir como base para la condena si las evidencias presentadas para confirmar la legalidad de la confesión no son confiables o suficientes[135].

El segundo conjunto de normas –Reglas de Prueba en la Pena de Muerte– sigue el criterio del Código de Procedimiento Penal, al disponer que las determinaciones de los delitos deban basarse en evidencia fiable y suficiente[136]. Estas reglas son loables a fin de dar un paso hacia la clarificación del uso de la evidencia en casos penales. No obstante, vale notar que, fiel a su nombre, las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte no solo se aplican en casos de pena capital[137]. Por otra parte, aunque el artículo 1 enfatiza en la necesidad de que en casos de pena capital, "lo hechos sean claros, la evidencia confiable y suficiente, los procedimientos legales y la ley aplicada correctamente",

131 Véase Dai supra nota 108, at 191.

132 Cf. id. (traducción de "抗拒从严" como "severidad para los que se resisten").

133 Véase 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办 理死刑案件审 查判断证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, Reglas sobre ciertos aspectos relacionados al examen y juzgamiento de la evidencia en casos de pena de muerte] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente desde el 01 de Julio, 2010), http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428111.html [de aquí en adelante Reglas probatorias de la pena de muerte]; 最高人民法院、 最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia,, Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de prueba ilegal en casos penales] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente 01 de Julio, 2010), http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428112.html [de aquí en adelante Reglas de exclusión probatoria]; véase también 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、 司法部关于《关于办理死刑案件 审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知 [Comunicación de la Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, relacionada al tópico de "Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas al examen y valoración de la evidencia en casos de pena de muerte" y "Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de la prueba ilegal en casos penales"] (promulgado el 25 de Junio 25, 2010, vigente el 01 de Julio, 2010), http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428115.html [de aquí en adelante Comunicación sobre reglas probatorias 2010]. Traducciones al ingles de las reglas y comunicación antes citadas están disponibles en http://www.duihua.org/hrjournal/evidence/evidence.htm.

134 Véase Evidence Exclusion Rules, supra nota 133; véase también Margaret K. Lewis, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se analiza la esencia de la motivación en las nuevas reglas de la prueba).

135 Reglas de exclusión probatoria, supra nota 133, art. 12 ("提供的证据不够确实、充分的").

136 Reglas probatorias de la pena de muerte, supra nota 133, art. 5 ("证据确实、充分").

137 El comunicado emitido que acompaño las Reglas probatorias del 2010 concluye con la afirmación que las Reglas Probatorias de la pena de muerte "pueden ser utilizadas como una referencia para implementar en el manejo de otros casos criminales," pero esto es solo una indicación de paso de una ámbito mayor. Véase Comunicación de Reglas probatorias del 2010, supra nota 133.

una vez más es incierto cómo se debe traducir en la práctica los términos "claro" y "suficiente".

En atención a estas dificultades, los Tribunales chinos han ido tomando diversas medidas, mediante el trabajo en las reglas unificadas de la prueba. Sin embargo, la inclusión de disposiciones sobre la prueba en el Proyecto de 2011 deja en duda si las normas complementarias en materia de prueba para los casos penales estarán contenidas en un documento separado[138].

El Proyecto de 2011 incorpora en gran medida las Reglas de la Prueba de 2010, elevando el estado de las disposiciones, de mera regla a ley[139]. Tal vez, ante esta inclusión en el Código de Procedimiento Penal, se exigirá una aplicación más robusta de las disposiciones, a pesar de que los informes iniciales no lo refleja con claridad[140]. Tian Wenchang, Jefe de la Asociación de Abogados de China, expresó su desilusión con las disposiciones revisadas en el Proyecto de 2011, al señalar que a la Fiscalía y Policía únicamente se les exige una declaración de que la confesión no fue forzada, lo cual es inútil para la defensa al momento de objetar[141]. Tian ha estado involucrado por mucho tiempo en las discusiones sobre las reformas procesales penales.

En julio de 2011, el diario oficial China Daily, informó la probabilidad de que el Código de Procedimiento Penal sea modificado este año y que "pueda dar inmunidad a sospechosos de declarar contra sí mismos, lo cual se considera un paso importante en la protección de los derechos humanos"[142]. De otro lado, analistas nacionales y extranjeros también han alentado a China a mejora la protección de los imputados[143]. Por ejemplo, en el Proyecto de Expertos para Modificación del Código de Procedimiento Penal de la República Popular de China de 2006 y su anotación, renombrados académicos chinos propusieron que la ley sea revisada para establecer que las personas "serán consideradas inocentes" ante el Tribunal[144]. El Proyecto de 2011 no está a la altura de estas expectativas.

El Proyecto de 2011 no aclaró de modo suficiente el requisito del estándar probatorio en los casos penales. El Abogado Tian señaló que persiste la controversia sobre si se mantiene o no el deber de probar "más allá de toda duda razonable" (排除 合理 怀疑)[145]. El proyecto es digno de alabanza por lo menos en la eliminación de la palabra "prueba" de la disposición que establece que la responsabilidad de los abogados de la defensa "será presentar, de acuerdo con los hechos y la ley, los materiales y las opiniones que prueben la inocencia del sospechoso o imputado…"[146]. Esta aclaración de que es deber de los abogados presentar pruebas, mas no demostrar la inocencia en estricto deberá armonizarse con el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Abogados de la República Popular China, revisada en 2007[147]. Aunque el lenguaje de las dos leyes referidas pueda ser consistente, el debate continúa entorno al nivel de duda que se requiere generar para refutar los cargos[148].

138 Véase 教育部重大项目成果《人民法院统一证据规定》试点工作总结研讨会召开, Enero 27, 2010, disponible en http://www.sinoss.net/2010/0127/10032.html (reportando encuentro de trabajo sobre la unificación de las reglas probatorias).

139 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, arts. 52-57.

140 Véase Jeremy Daum, Tortuous Progress: Early Cases Under China's New Procedures For Excluding Illegal Evidence in Criminal Cases, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se detallan los desafíos de los abogados para invocar las nuevas reglas).

141 田文昌 (Tian Wenchang), 刑诉法修正案问题很多值得探讨, Set. 2, 2011, http://wq.zfwlxt.com/newLawyerSite/BlogShow.aspx?itemTypeID=071c6217-86e0-4fda-b13c-9bf0010cee75&itemID=73212055-9e84-463a-82a9-9f5200f7048a&user=10420 ("...但是 很简单控方或者公安局出了一纸证明，没有（刑讯逼供），任凭你被告人有一百张嘴也没有用".).

142 Protection of Human Rights Gets Big Boost, China Daily Online, Julio 13, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/13/content_12888966.htm.

143 Véase, v.g., Belkin, supra nota 106 ("Para proporcionar un contrapeso a esta forma anticuada de pensar y aplicar la justicia penal de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, China debería adoptar de manera explícita la disposición de presunción de inocencia") (citando Chen Guangzhong, Reform of China's Criminal Evidence System, 中国刑事证据制度的改革, Peking University Information Network (北大法律信息网)).

144 Expert Draft for Re-Amendment to the Criminal Procedure Law of the Prc and its Annotation 4-5 (Chen Guangzhong, ed. 2006) ("在人民法院依法作出生效裁判确定有罪之前，任何人应当被推定为无罪").

145 Véase Tian, supra nota 141.

146 Véase CPL supra nota 109, art. 35.

147 Lawyers' Law of the PRC (中华人民共和国律师法), art. 31, aprobada el 15 de mayo de 1996 y modificada el 28 de octubre de 2007, http://www.gov.cn/flfg/2007-10/ 28/content_788495.htm

148 Véase Zhang Peihong, publicación en blog, segunda publicación en http://www.siweiluozi.net/2011/08/lawyers-express-criticism-of-criminal.html (original en http://www.weibo.com/zph977) ("但是是否意味着辩护人的责 任只是反驳有罪而 不是证明无罪，其实开不确定，因为原条文犯了同语反复的错误").

Incluso si el actual Proyecto es revisado más a fondo antes de la aprobación del 2012, es muy poco probable que el Estado escuche las propuestas de los estudiosos e incorpore la presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio. Al discutir el proceso de revisión, el profesor Chen Guangzhong, uno de los más antiguos y respetados estudiosos del procedimiento penal chino, comentó que todavía no era oportuno incluir el derecho a guardar silencio y tomó nota de la oposición universal de las autoridades gubernamentales[149]. Cuando el Proyecto de 2011 se convierta en ley, los abogados podrán argumentar que la nueva disposición, que exige que los interrogadores no obliguen a nadie a autoinculparse, incorpora de alguna forma el derecho a guardar silencio[150]. Sin embargo, el Proyecto de 2011 conserva el lenguaje de la ley actual en el sentido que los sospechosos deben responder a las preguntas con sinceridad[151]. En suma, los sospechosos deben contestar con la verdad, pero los interrogadores están limitados en la medida que no pueden obligar a los inculpados a hablar. Respecto a lo anterior, el abogado Xu Lanting declaró sin rodeos: "Establecer por un lado que una persona no podrá ser obligada a declarar contra sí misma, pero al mismo indicar que debe confesar sinceramente es fundamentalmente contradictorio e ilógico"[152]. Puede que sea así, pero parece que los abogados y los imputados no tendrán más remedio que trabajar con este lenguaje confuso en los próximos años.

3. Perspectivas futuras de la presunción de inocencia en China

Como una pura cuestión de procedimiento, si está en el camino del desarrollo jurídico procesal chino el reconocimiento o no de la presunción de inocencia, la decisión se canalizará a través de los órganos de gobierno que participan directamente en el sistema de justicia penal y, en última instancia, en la Asamblea Popular Nacional de China, para la inclusión de esta garantía procesal en el Código de Procedimiento Penal[153]. A diferencia de Estados Unidos de América, donde muchas de las garantías procesales reconocidas a los acusados tienen su origen en la Constitución Política, debiendo los tribunales interpretar cualquier norma sustantiva o procesal en simetría con dichas garantías[154], los Tribunales de la República Popular China no tienen, en consecuencia, la facultad para interpretar la Constitución de su país. Por lo tanto, incluso si los Tribunales quisieran llevar a la práctica el respeto de los derechos humanos establecido en la Constitución de la República Popular China[155], las disposiciones constitucionales no se podrían interpretar ni siquiera en bonan parte, o como base directa para reforzar la protección judicial para los acusados. El Tribunal Popular Supremo puede y ha publicado las interpretaciones que dan consistencia a las disposiciones de carácter general en las leyes más importantes, como la que regula el Procedimiento Penal[156], pero la Corte aún está limitada por el lenguaje de la propia ley y debe trabajar dentro de esos parámetros. En pocas palabras, hay poca o ninguna indicación de que los tribunales estén tratando de tomar un papel más activo en el establecimiento por lo menos jurisprudencial de los derechos procesales de los acusados, y mucho menos tratando de encontrar una manera de desenterrar todos esos derechos en el texto de la propia Constitución[157].

149 陈霄& 焦红艳 (Chen Xiao & Jiao Hongyan), 刑诉法修正案草案：六大方面有待完善, 法治周末, Set. 7, 2011, http://news.ifeng.com/mainland/special/xingshisusongfa/ content-3/detail_2011_09/07/9010529_0.shtml (陈光中:" 这次沉默权没有规定进来， 结合中国的实践，条件可能还是不成熟，讨论时所有实务部门也都反对".); véase también Zhang, supra nota 148 ("果然，没有规定犯罪嫌疑人， 被告人在刑事诉讼活动中享有"沉默权").

150 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 49. ("不得强迫任何人证实自己有罪").

151 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117; véase también supra nota 129-132 y el texto que lo acompaña.

152 Chen & Jiao, supra nota 149 ("许兰亭：不得强迫自证其罪， 又要如实供述，这根本就矛盾，不通").

153 Como un ejemplo, las Reglas Probatorias del 2010, supra nota 133, fueron emitidas por el Tribunal Popular Supremo, la Fiscalía Popular Suprema, el Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Seguridad del Estado, y el Ministerio de Justicia, y gran parte del contenido se ha incorporado en el Proyecto de la CPL 2011.

154 Véase, v.g., In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula de debido proceso protege contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable).

155 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 33 (2004) (China) ("El Estado respeta y garantiza los derechos humanos").

156 Véase, por ejemplo., 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》 干问题的解释, （法释(1998) 23号1998年6月29日, 最高人民法院审判委员会第989次会议通过) (la interpretación judicial aclara una serie de interrogantes a la Ley de Procedimiento Penal).

157 Véase, Ji Weidong, Legal Discourse in Contemporary China, en Building Constitutionalism i China 125, 139 (Stephanie Balme & Michael W. Dowdle eds., 2009) (discutiendo el retiro por parte del Tribunal Popular Supremo en el 2008 de la interpretación judicial en el caso Yuling Qi).

En la actualidad China considera más factible una política criminal sumamente férrea sin mucha observancia de garantías procesales con el fin de tener un efecto disuasivo efectivo en la sociedad[158]. Esta posición está en consonancia con la preocupación de la estabilidad del status quo social, así, la falta de presunción de inocencia simplifica el trabajo del Gobierno cuando se trata de condenar a presuntos delincuentes. Sin embargo, desde la posición del Gobierno de China, se sostiene que no es que el sistema de justicia penal solo deba enjuiciar y condenar a los acusados de cualquier tipo de hecho antijurídico, si no solo de los que impliquen el daño más contundente a los bienes jurídicos. De esta manera, el Gobierno ha reconocido y reprochado abiertamente los excesos de la aplicación del ius puniendi penal -personas inocentes han sido condenadas y hasta ejecutadas-[159]. Al dar a conocer las Reglas de la Prueba de 2010, los órganos de gobierno reconocieron posteriormente sobre esta modificación "que los métodos eran flojos e inadecuados, y que estos se han utilizado para recopilar, analizar y excluir las pruebas en varios casos, especialmente en aquellos que involucran la pena de muerte"[160]. Los críticos tomaron esta admisión abierta de opiniones como una oportunidad para criticar el hecho de que la "presunción de culpabilidad" es casi una regla general en los casos penales, siendo esto erróneo y anti garantista, dejando de lado la garantía procesal de que toda persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad[161].

La crítica práctica que subyace a la "presunción de culpabilidad" es la gran tasa de condenas y los altos costos penitenciarios que esto lleva, por lo que es ilógico mencionar que China respeta las garantías procesales derivadas del sistema acusatorio-adversarial, cuando las sentencias absolutorias son apenas de 1% por ciento[162]. Esta cifra desencadena que incluso en la etapa postulatoria del proceso penal los Fiscales omitan la aplicación de garantías como la imputación necesaria o la suficiencia probatoria, diciendo ejercer la acción penal por mera formalidad[163]. En China no existe jurisprudencia constitucional en materia de garantías procesales en la etapa postulatoria del proceso[164]. La explicación más probable es que los Tribunales rutinariamente ven a los acusados

158 Véase, por ejemplo, Randall Peerenboom, Out of the Pan and into the Fire: Well-Intentioned but Misguided Recommendations to Eliminate All Forms of Administrative Detention in China, 98 NW. U. L. Rev. 991, 1072 (2004) ("Muchos ciudadanos en China, como en otros lugares, se sienten que los derechos procesales de los sospechosos pueden ser utilizados para derrotar la meta de buscar la verdad y obstaculizar la justicia sustantiva al permitir que aquellos que han cometido delitos puedan escapar de la condena y el castigo"); Sida Liu & Terence C. Halliday, Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China's Criminal Procedure Law, 34 L. & Soc. Inquiry 911, 920 (2009) ("Una fuente más fundamental de características chinas proviene de una larga historia de la justicia penal que hace hincapié en el derecho sustantivo y de procedimiento de vistas").

159 Véase, por ejemplo, 湖北殺妻冤案事主佘祥林獲賠償近46萬元, 新华网, Abr. 13, 2005, http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2005-09/01/content_ 3427899. htm (Informe oficial del Gobierno sobre los medios de comunicación, como fuente de condenas erróneas).

160 Wang Guanqun, China Clarifies Evidence Law for Criminal Cases to Stem Miscarriages of Justice, Xinhua News Agency (Mayo 30, 2010), http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2010-05/30/c_13323861.htm.

161 Véase, 错案警示日:要警示的是"有罪推定," 新京报 [Beijing News], Junio 4, 2010, http://comment.bjnews.com.cn/2010/0604/22183.shtml. ("有罪推定"、"疑罪从有").

162 Véase, Fu Hualing, Institutionalizing Criminal Process in China 7 a 8, 24 (Abr. 13, 2010) (artículo no publicado), disponible en http://www.ssrn.com/abstract=1588733 (China reporta una tasa de absolución de 0.19 % en 2006); véase también, Gelatt, supra nota 107, p. 309 n.319] ("En 1979, el 95.8% de los casos vistos en los tribunales terminaron con una sentencia condenatoria"). Es cierto que China no es el único país que tiene una tasa de condenas extremadamente alta. Véase, también, Arne F. Soldwedel, Testing Japan's Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants, 41 Vand. J. Transnat'l L. 1417, 1419-20 (2008) ("La tasa de condenas en Japón es de 99%.); id. p. 1446 ("Con arreglo al sistema de justicia penal japonés, las únicas personas que están detenidas son las que ya han sido consideradas culpables".). También se ha determinado que el porcentaje de sentencias absolutorias fue extremadamente alto, lo que podría indicar que los fiscales no estaban subsumiendo cuidadosamente el tipo penal a los casos y por lo tanto someten a los acusados inocentes a los gastos emocionales y financieros de la persecución penal.

163 Fu, supra nota 162, p. 8 ("El retiro es un procedimiento de carácter legal dudoso y no está claramente definido en el Código de Procedimiento Penal. Pero este mecanismo es menos público y conlleva menos incentivos negativos por parte de los Fiscales y la Policía").

164 Hasta la fecha, no existen estudios completos y estadísticamente rigurosos sobre la tasa de ejecuciones injustas en China. Comparar 宋远升, 刑事错案比较研究,犯罪研究 [Criminal Research] vol. 1, 73, p. 75 (2008) (comentando que, debido a muchas razones, no hay estadísticas oficiales sobre condenas erróneas en China) con D. Michael Risinger, Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate, 97 J. Crim. Law & Criminology 761 (2007) (la realización de un estudio empírico de condenas erróneas en Estados Unidos).

como culpables y los acusados tienen un tremendo desafío de convencer a los tribunales de lo contrario. En la práctica, esta presunción de la culpabilidad disminuye la importancia de las disposiciones de responsabilidad directa al momento de probar, porque los imputados periódicamente entran en la Sala de Audiencias frente a la difícil tarea de convencer a los jueces de su inocencia, independientemente si el delito es imputado correctamente o no. Las pruebas finalmente asumen un papel más importante en la determinación de la culpa y los fiscales asumen una mayor carga de probar todos los elementos de un delito por una norma de la prueba que tiene la premisa ideológica que siempre debe haber en un proceso un culpable para que la sanción a imponerse tenga un efecto disuasivo.

Con respecto a las normas generales del procedimiento penal, el debate de larga data es si China debe o no apoyar la presunción de inocencia, lo cual aún tiene que ganar impulso sustancial. Con respecto a los delitos que no necesiten pericias estatales, la falta de la presunción es más evidente, dado que ponen la carga probatoria de lleno en el acusado. Como veremos más adelante, el artículo 395, es un ejemplo de este enfoque de responsabilidad inversa.

B. Marco legal de China para la penalización de Enriquecimiento Ilícito

El artículo 395, surgió de los esfuerzos de muchos años de la República Popular China para combatir la corrupción (Parte II.B.1) y está claramente destinada al enriquecimiento ilícito, pero sigue siendo menos claro cómo exactamente se debe interpretar el lenguaje del artículo (Parte II.B.2). Aunque esta parte se centra en el marco legal formal para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, se concluye con una breve descripción de las medidas contra la corrupción utilizadas por el Partido Comunista de China (PCC) (Parte II.B.3).

1. El camino a la redacción del artículo 395

Los tratadistas dentro y fuera de China han luchado por definir el término "corrupción"[165]. Ello se debe a la preocupación de que los funcionarios estén utilizando sus posiciones para obtener beneficios personales con el llamado quid-pro-quo, como mencionan los libros de delitos contra la administración pública (otorgar un favor dentro de la competencia funcionarial a cambio de dinero, bienes o servicios)[166]. En términos más generales, la corrupción se entiende generalmente como el monopolio del poder, sin rendición de cuentas, que se utiliza para uno mismo o para un tercero de su círculo inmediato. La lucha contra la corrupción ha sido una prioridad evidente del Gobierno de China desde la fundación misma de la República Popular China, como lo subrayó en los años 1951-1952 la campaña anti-tres (contra la corrupción, la lucha contra los residuos y en contra de la burocracia) y la campaña anti-cinco (contra el soborno, la evasión de impuestos, robo de propiedad estatal, engaños a los contratos del gobierno y el robo de información económica)[167].

Inicialmente la obtención de riqueza por canales ilegales floreció con las reformas económicas que aperturaron el mercado en la década de los 70´s[168].

En el anteproyecto del 2010, el Gobierno de China informó que: "de los años 2003 a 2009, las Fiscalías populares de todos los niveles aperturaron investigación en más de 240.000 casos de malversación, cohecho, incumplimiento de deberes e infracciones en materia de derechos"[169]. Las Fiscalías no son más que

165 Véase, por ejemplo, Henning, supra nota 74, at 801-05 (el examen de los esfuerzos para definir la corrupción pública); Véase, id. p. 801 ("El delito de cohecho es el núcleo negro de una serie de círculos concéntricos que representan los grados de irregularidad en la conducta oficial") (citando a Daniel Hays Lowenstein, Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics, 32 Ucla L. Rev. 784, 786 (1985)) (alteración al original).

166 Cf. Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 26-27 "En la medida en que las contribuciones ilegales se dan para asegurar un quid pro quo en los actos funcionales de los funcionarios públicos titulares de cargos actuales y potenciales, la integridad de nuestro sistema de democracia representativa se debilita".

167 Véase, Yong Guo, Political culture, administrative system reform and anticorruption in China: Taking the Official Car Management Institution Reform as an Example, 53 Crime L. & Soc. Change 493, 499 (2010).

168 Véase, Yufan Hao & Michael Johnston, "Corruption and the Future of Economic Reform in China," en Political Corruption: Concepts and Contexts 583 (Arnold J. Heidenheimer & Michael Johnston eds., 2006) (se dio un aumento en la corrupción durante la era de la reforma económica que proporcionó diversas modalidades).

169 Véase, el anteproyecto del 2010 White Paper, supra nota 7 ("2003年至2009年，各级人民检察院共立案侦查贪污贿赂、渎职侵 权案件24万多件".).

uno de los jugadores en la lucha contra la corrupción. Hoy en día, la Oficina Nacional de Prevención de la Corrupción formalmente encabeza la lucha contra la corrupción, aunque el esfuerzo implica una vasta red de organismos gubernamentales y del PCC[170].

En específico, respecto al castigo de las ganancias monetarias de los actos de corrupción, China ha incluido una disposición penal sobre el enriquecimiento ilícito dentro del título de los delitos contra la administración pública en el marco del Código Penal de 1988[171]. En 1993, la Fiscalía Popular Suprema destacó mediante su ISA (Informe Situacional Anual) la importancia de investigar y perseguir los casos de grandes cantidades de riqueza inexplicable[172]. Una disposición que penalice el enriquecimiento ilícito se introdujo posteriormente en la Ley Penal, mediante la revisión de 1997, que amplió considerablemente la descripción típica de la ley con el fin de suprimir los términos ambiguos que llevaban a una atipicidad relativa en el juicio de subsunción. Tal como fue originalmente promulgada, el primer párrafo del artículo 395 sancionaba con cinco años de prisión[173]. Adicionalmente, la revisión del año 1997 introduce un mecanismo para que el Estado pueda recuperar rápidamente los activos ilícitamente obtenidos[174].

A pesar de los cinco años de prisión como sanción, algunos critican el artículo 395 sobre la base de que los castigos de la modalidad agravada, es decir, cuando los caudales ilícitos provienen de fondos destinados a obras sociales de emergencia; se podrá aplicar "meritoriamente la pena de muerte" (贪污 罪), en virtud del artículo 383. Shao Daosheng de la Academia China de Ciencias Sociales explicó en un artículo del año 2005 publicado en el sitio web del Diario del Pueblo, que los funcionarios corruptos deberían ser procesados por el artículo 395, dado que la confesión y la devolución de los caudales no implica una falta de atipicidad, sino criterios a tomar en cuenta para la determinación de la pena[175]. En 2009, la Asamblea Popular Nacional aprobó la Séptima Enmienda a la Ley Penal, que eleva la pena posible en virtud del artículo 395 a los diez años de prisión. Lejos de disminuir la fuerza del artículo 395, el Gobierno ha indicado claramente su apoyo a un enfoque más severo del enriquecimiento ilícito.

Actualmente el artículo 395 se encuentra descrito de la siguiente manera:[176]

Cuando los bienes o gastos de cualquier funcionario estatal, sean superiores a sus ingresos legales en una relativa diferencia, y cuando este no haya respondido a la solicitud de fundamentar sus gastos, dichos ingresos serán tomados como ilegales, siendo detenido, y recibiendo una pena no mayor de cinco años, si los caudales observados son de gran desproporcionalidad a comparación de sus ingresos, será condenado a una pena de prisión no menor de cinco años, pero no más de diez años. Los caudales ilícitos serán expropiados inmediatamente mediante las medidas limitativas de coerción penal descritas en la ley de procesamiento penal[177].

170 Véase, Olivia Yu, Corruption in China's Economic Reform: A Review of Recent Observations and Explanations, 50 Crime L. & Soc. Change 161, 163 (2008) (descripción de las principales agencias involucradas en el trabajo contra la corrupción); 2010 White Paper, supra nota 7 ("在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中 国共产党纪律检查机关、国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局".).

171 Véase, 关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定, Ene. 21, 1988, 全国人大常委会公布, art. 11(1); "在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中国共产党纪律检查机关、 国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局"). Véase, en este mismo sentido 最高人民检察院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知（高检发研字 〔１９９３〕６号）.

172 Véase, 最高人民检察院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知 (高检发研字 〔１９９３〕６号).

173 Véase Dai, supra nota 108, p. 177 ("La revisión de 1997 integró 192 artículos y 25 disposiciones complementarias del Código Penal de 1979..".).

174 Código penal, supra nota 9, art. 395 (tal como fue promulgado en 1997).

175 David Fang, Corrupt Officials Use Law Loophole, S. China Morning Post, Feb. 19, 2005, p. 4. Debido a que las acusaciones en China puede incluir más de un cargo, los Fiscales pueden injertar cargos de enriquecimiento ilícito, y a menudo lo hacen. La búsqueda de casos sobre la base de datos China Law Info reveló que noventa y ocho casos relacionados con el artículo 395, incluyen otros cargos relacionados con la corrupción.

176 El párrafo segundo del artículo 395 exige que los funcionarios que tienen depósitos de ahorro en países extranjeros deben declarar sus depósitos en los procedimientos de supervisión pre judicial. Código penal, supra nota 9, art. 395.

177 Id. "国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令该国家 工作人员说明来源，不能说明来源的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴".).

2. Preguntas acerca de la interpretación del artículo 395

Además de las cuestiones generales planteadas anteriormente, en el Título II.A, en relación con el nivel de evidencia que se necesita para alcanzar el nivel de información clara, confiable y suficiente; la redacción del artículo 395 plantea varias preguntas específicas de interpretación de la ley: (1) ¿Cuál es "ingreso ilegal" (合法 收入), (2) la cantidad de dinero que se debe considerar como "relativa diferencia" (差额巨大) e incluso cómo esta se relaciona con la "muy enorme desproporcionalidad " (差额 特别 巨大), y (3) qué quiere decir "explicar "(说明)?

Comenzando con la primera cuestión, el significado de "ingreso ilegal" es interesante primero desde un punto de vista teórico, ya que se nutre de los debates más grandes en China: el del valor de la obtención de ingresos de fuentes no laborales y, desde un punto de vista práctico, ya que se debe determinar cómo las personas van a obtener la riqueza de otras fuentes que no sean de su propio trabajo: la forma de abordar el desarrollo de una disparidad entre ricos y pobres[178]. El sistema nominalmente comunista de China está notablemente alejado de la realidad de una "economía socialista de mercado". Deng Xiaoping nos señalaba que es común (y erróneo) el pensar que en la RPC: "Hacerse rico es glorioso"[179]. También es poco probable que la gente en la China de la época de Deng pueda haber previsto lo increíblemente rico que algunos ciudadanos chinos llegarían a ser[180].

Para efectos del presente artículo, la definición de salario legal es más directa e interesante en la medida en que, cuanto más estrecho es el elemento del tipo "ingreso legal", más fácil es el trabajo de subsunción del Fiscal[181]. Es decir, si el "ingreso legal" es el entendido como el salario oficial –que figura en las boletas de pago- que otorga el Estado a los funcionarios públicos, el imputado tendrá que explicar todos los activos y los gastos fuera de este alcance limitado. Sin embargo, si el "ingreso legal" se define ampliamente para incluir los ingresos de cualquier canal que no es abiertamente ilegal (por ejemplo, dando charlas, escribiendo libros, etc.), entonces el trabajo del fiscal se hace más difícil[182]. En la China actual, se espera normalmente que el sueldo sea solo una parte de los ingresos de un funcionario, y se conoce como el campo "gris" de ingresos, como el uso de vehículos oficiales, que complementan el nivel de vida. Este ingreso gris, de hecho existe en una zona gris, dependiendo de las interpretaciones individuales del tipo penal. Podemos plantear un caso curioso donde haya ingresos ilícitos, pero que el ingreso no es de sobornos u otras actividades relacionadas con la corrupción y las disposiciones de enriquecimiento ilícito directamente[183]. Por ejemplo, volviendo a la gallina de oro hipotética, ¿Qué pasa si la renta –en cuestión por el órgano persecutor- era de la cría ilegal de animales? Es más plausible, si el ingreso ilegal es de la venta de narcóticos o de juego ilegal? Es dudoso que el legislador haya querido dirigirse a los funcionarios que intervienen en la venta de drogas, o en la cría de

178 Véase, por ejemplo, Evan Osnos, China: See No Fortune, Hear No Fortune, Newyorker.com, Junio 17, 2011 (presentación de informes sobre la disparidad de ingresos cada vez mayor en China, basado en el coeficiente de Gini).

179 Véase, Evelyn Iritani, Great Idea but Don't Quote Him, L.A. Times, Set. 9, 2004, disponible en http://articles.latimes.com/print/2004/sep/09/business/fi-deng9 ("Deng nunca llegó a decir "hacerse rico es glorioso". "Por lo menos nadie ha podido probarlo").

180 Cf. Peter Foster, China's Richest Man "to Join the Politburo", The Telegraph, Set. 26, 2011, http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/8789803/Chinas-richest-man-to-join-the-Politburo.html (reportando rumores que concluyen que magnate de la construcción tiene un patrimonio de seis mil millones de libras esterlinas unidos al del Buró Político del Partido).

181 ¿Qué constituye exactamente "ingreso ilegal" (**合法 收入**) no se expresa claramente en el Derecho Penal y es una cuestión de debate, incluso si esto importa si el ingreso es de "trabajo" o no (劳动收入 o 非劳动收入). Véase, e.g., 郭燕 刘力, "合法的非劳动收入"之认定, Abr. 9, 2010, disponible en http://www. chinacourt.org/html/article/201004/09/403503.shtml ("合法的非劳动收入应做怎 样的理解？认定非劳动收入是否合法的标准是什么？"); 合法劳动 收入和非劳动收 入都应保护，《人民日报》，Abr. 20, 2003, http://news.xinhuanet.com/ newscenter /200304/20/content_840567.htm（"一切 合法的劳动收入和合法的非劳动收入，都应 该得到保护。"). El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado algunas orientaciones en forma de un anuncio de 2003. Véase, 最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知,（法 [2003]167号）Nov. 13, 2003.

182 Véase, Yong, supra nota 167, p. 493 ("Teniendo en cuenta la situación actual de China, especialmente los salarios relativamente bajos de los funcionarios públicos, los ingresos ilegales de "la zona gris" de actividades son a menudo considerados como un subsidio para ellos").

183 Mimi Lau, For Officials, the Colour of Money is Too Often Grey, S. China Morning Post, Julio 30, 2011 ("En general, además de los altos salarios y beneficios generosos que incluyen viviendas y automóviles, los funcionarios tienen varias maneras de malversar fondos públicos y aceptar sobornos. Ahí es donde vienen los ingresos ilegales, que son repartidos de forma sistemática en todo el continente").

animales, al aprobar el artículo 395, pero los ingresos de estas actividades ilícitas, podrían decirse que caen dentro de su ámbito de aplicación. Reflexiones académicas a un lado, el artículo 395, está fundamentalmente dirigido a los funcionarios que abusan de sus posiciones para obtener riqueza[184].

En segundo lugar, con respecto al significado del texto amplio de la conducta típica "relativa diferencia" y "muy enorme desproporcionalidad", en el Código Penal con frecuencia se plantean estas preguntas, que a su vez requieren de explicación por parte de los órganos de ejecución, del ejercicio de la discreción sustancial de los Fiscales y Jueces que deben aplicar el derecho en casos concretos[185]. De acuerdo a las normas dictadas por la Fiscalía Popular Suprema en 1999, los Fiscales deben presentar cargos, cuando la diferencia sea de más de 300.000 RMB (alrededor de EE.UU. $ 36,000 basado en enero de 1999, los tipos de cambio y de dólares EE.UU. de hoy $ 45.000)[186]. El importe de la diferencia requerida es necesario porque, si las autoridades interpretan el término "relativa diferencia" como una suma significativa, esto debería disminuir la probabilidad de que una persona sea enviada a la cárcel por la incapacidad de explicar una modesta suma. La redacción en el artículo 395 es aún más notable porque habla en términos de la diferencia entre el ingreso legal e ilegal, en comparación con el artículo 20 de la UNCAC, que se centra en un "aumento significativo del patrimonio de un funcionario público que no pueda ser razonablemente justificado en relación con su ingreso legal [,][187] y en el artículo 12.7 de la UNTOC, que se centra en "exigir a un presunto delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso[188]". UNTOC hace hincapié en que los activos en cuestión ya están vistos como criminales y no solo como superiores a los ingresos lícitos. La UNCAC mira a un cambio no explicado en la posición financiera del funcionario, en lugar de la diferencia sin ningún tipo de encuadre o justificación, en síntesis, los tres están conduciendo a la misma preocupación: un funcionario gubernamental que ha obtenido los activos a través de canales corruptos.

En tercer lugar, con respecto a lo que se espera que haga el acusado con el fin de "explicar" las fuentes, los desafíos prácticos de preparar una defensa en el contexto del procedimiento probatorio de China se abordará más adelante en el punto III.C del presente trabajo[189]. El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado solo una orientación general sobre cómo el término "explicar" debe ser interpretado en la práctica, en el supuesto de que a un acusado se le dé la oportunidad de explicar[190]. El acusado tiene más probabilidades de prevalecer inocente si el término "explicar" solo se entiende en el sentido de que el acusado debe presentar algunas pruebas (inversión de la carga de la prueba). En comparación, la definición in fine en el artículo 382 –tipo básico de corrupción– establece que la conducta "[d]el personal del Estado que se aproveche de su cargo para malversar, robar, estafar o utilizar otros medios ilegales para adquirir las propiedades del Estado constituye el delito

184 Véase, UNODC, supra nota 72, para. 296 ("El establecimiento del enriquecimiento ilícito como delito ha demostrado ser útil en un número de jurisdicciones. Se ocupa de las dificultades de la acusación cuando se tiene que probar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado en relación con sus ingresos lícitos".) (Se reproduce la nota).

185 Belkin, supra nota 123, p. 94 (explicando que el derecho penal "frecuentemente utiliza términos vagos, como 'circunstancias graves', 'circunstancias especialmente graves' y 'gran cantidad', con la implícita presunción de que los términos serán definidos a través de la interpretación judicial); Véase también; Li Li, Nulla Poena Sine Lege en China: Rigidity or Flexibility?, 43 Suffolk U. L. Rev. 655, 660 (2010) (la explicación de diferentes clases de "robo" bajo la ley República Popular China, en parte, dependiendo de si el importe en cuestión es "grande" o "titánico").

186 Véase, 最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定 , 高检发释字 [1999]2号 , Set. 16, 1999, p. pt.1-9 ("巨额财产来源不明罪是指国家工作人员 的财产或者支出明显超出合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。涉嫌巨额财产来源不明，数额在 3 0 万元以上的，应予立案。").

187 UNCAC, supra nota 68, art. 20 (即公职人员的资产显著增加， 而本人无法以其 合法收入作出合理解释).

188 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7 (要求由犯罪的人证明应予没收的涉 嫌犯罪所 得或其他财产的合法来源).

189 Véase, infra Parte III.C.

190 Véase,最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知,（法[2003]167号）Nov. 13, 2003 ("不能说明"，包括以下情况：(1) 行为人拒不说明财产来源； (2) 行为人无法说明财产的具体来源；(3) 行为人所说的财产来源经司法机关查证 并不属实 ；(4) 行为人所说的财产来源因线索不具体等原因，司法机关无法查实，但能排除存在来源 合法的可能性和合理性的".).

de corrupción"[191]. No hay ningún requisito de que el acusado deba explicar la naturaleza de sus acciones o las fuentes de los activos que ostenta. De hecho, solo hay una otra disposición en la Ley Penal –aparte de la del delito de enriquecimiento ilícito-, que exige explícitamente a la parte imputada "explicar". El artículo 282 tipifica como delito la posesión de diversos tipos de información clasificada del gobierno cuando el acusado "se niegue a explicar sus orígenes o el uso que le dará"[192].

El artículo 395, solo requiere que los funcionarios expliquen el origen de sus activos en el contexto de un proceso penal. Empero, esta exigibilidad de explicación puede estar en marcha mucho antes de cualquier investigación penal, China está haciendo hincapié en la importancia de las revelaciones de activos regulares por determinados funcionarios. En el 2010, China añadió una nueva capa a la evolución de las contramedidas contra el enriquecimiento ilícito mediante la introducción de un sistema activo de divulgación más amplio y agresivo[193]. Por supuesto, los fiscales están utilizando seriamente estas medidas para establecer la procedencia o no de la acción penal, al tener completamente a su alcance la cantidad dineraria y operaciones cuestionadas. Si los funcionarios deben informar con precisión sus activos, las nuevas normas podrían dar lugar a un aumento de la "carne" de los fiscales para perseguir el enriquecimiento ilícito. Dicho esto, algunos funcionarios enriquecidos ilícitamente ya son cualquier cosa menos discretos en sus gastos[194]. China también podrá decidir completar las nuevas normas de divulgación de los activos mediante la adición de delitos a la Ley Penal en relación con información falsa, lo que otorga a los Fiscales la opción de enjuiciar el enriquecimiento ilícito subyacente y/o falsedades dolosas sobre las formas de divulgación de los activos[195].

3. Más allá del artículo 395, el PCC y la lucha contra la corrupción

Por último, en la discusión sobre la respuesta del Gobierno de China para el enriquecimiento ilícito y la corrupción de manera más general, sería una flagrante omisión pasar por alto el papel del aparato del Partido. Para las personas que no están familiarizadas con la estructura del Gobierno de la República Popular China, es difícil no exagerar la naturaleza entrelazada de la estructura formal del Gobierno y el PCC (Partido Comunista China). Como ejemplo ilustrativo, recordé hace poco de la importancia de las posiciones de los principales líderes del Partido -en comparación con la estructura formal del Gobierno- durante las conversaciones entre una delegación estadounidense y china. Los traductores eran de primera clase. Sin embargo, cada vez que la parte china decía que: "Hu Jintao, Shuji", la traducción en inglés era "el Presidente Hu Jintao", en lugar de la más precisa, "el Secretario Hu Jintao". Del mismo modo, "El presidente Hu" en inglés se convertiría en "Hu Shuji" (el Secretario Hu). Los traductores dieron el simple uso de los términos en los respectivos idiomas que mejor expresan la estatura de Hu como el líder de más alto rango de China. Desde el punto de vista chino, su posición de Partido es más importante que su papel como Presidente.

Aparte de la sanción formal en el artículo 395, el enriquecimiento ilícito también es punible a través de los mecanismos disciplinarios del Partido[196]. Por ejemplo, las Directrices del PCC para los integrantes

191 Código penal, supra nota 9, art. 382 (国家工作人员利用职务上的便利， 侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪.).

192 Código penal, supra nota 9, art. 282 ("非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者 其他物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制").

193 Véase, 陈三勇, 彭鹏, 伍永亮, 关于国家公务员财产申报制度之探讨, Junio 9, 2011, http://www.studa.net/caiwufenxi/090611/14305845-2.html (explicando sistema de divulgación, 工作人员财产申报制度).

194 El Código Penal incluye disposiciones sobre información falsa en los formularios de impuestos (art. 204) pero el Capítulo VIII (contiene "corrupción y soborno") no incluye un delito separado por mentir en los formularios de divulgación de los activos. Véase, Código penal, supra nota 9.

195 Por ejemplo, El senador Ted Stevens fue declarado culpable- y posteriormente limpiado de todos los cargos- a sus fallas intencionales en las listas de regalos en los formularios de divulgación del Senado, no por la recepción efectiva de los obsequios. Véase, Neil A. Lewis, Alaska Senator is Guilty Over his Failure to Disclose Gifts, N.Y. Times, Oct. 27, 2008, http://www.nytimes.com/2008/10/28/washington/28stevens. html?scp=1&sq= Alaska%20Senator%20Found%20Guilty%20of%20Lying%20About%20Gifts,&st=cse.

196 中共中央关于印发《中国共产党纪律处分条例》的通知 (中发[2003] 18号).

de cuadros dirigenciales que desempeñan sus funciones oficiales, prohíbe a los miembros del Partido que se aprovechen de sus posiciones para buscar ganancias ilegítimas, además, el Reglamento de Sanciones Disciplinarias del PCC[197] prevé medidas para hacer cumplir la disciplina del Partido[198]. Las reglas sobre el Informe de los cuadros dirigenciales requieren anexos de informes sobre los ingresos, viviendas, y otras inversiones, tanto respecto al miembro del Partido como de sus familiares inmediatos[199].

Los funcionarios del gobierno suelen ser miembros del Partido[200]. En tales casos, los funcionarios están sujetos a la Comisión Central del Partido de Control Disciplinario (CCDI), además del sistema formal de justicia penal[201].

Mediante una condena penal formal, el operador jurisdiccional está obligado a enviar a una persona a la cárcel, pero el Partido tiene una serie de mecanismos preventivos generales como la revocación de membresías a las personas que incurran en este tipo de infracciones (shuangkai)[202], así también el Partido podrá ordenar la detención del miembro para que sea interrogado en un momento y lugar designados por los miembros del Partido y llevarlo ante la autoridad correspondiente (shuanggui)[203]. Como se aprecia, los procedimientos utilizados por el CCDI son notoriamente "antigarantistas", por lo que sería sorprendente que el proceso disciplinario del Partido reconozca la presunción de inocencia cuando el proceso penal formal no lo hace. El proceso disciplinario del PCC es importante, no solo porque se aplica a ochenta millones de ciudadanos chinos, sino también porque pone en relieve la importancia de mirar más allá del sistema formal de justicia penal cuando se evalúa en su totalidad el ámbito de las competencias que el Estado ejerce[204].

Después de haber expuesto el marco de la interacción y la tensión, entre la presunción de inocencia y la carga inversa de la prueba del imputado-, en el contexto de las disposiciones penales de enriquecimiento ilícito; se argumenta a continuación que el artículo 395 es compatible con las obligaciones nacionales e internacionales legales sobre las garantías procesales de China. Por otra parte, se deberá indagar si China debe utilizar este tipo de disposición, siendo la respuesta afirmativa.

III. CHINA: EL CASO PARA UN ENFOQUE DE RESPONSABILIDAD INVERSA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El debate sobre cómo cuadrar la presunción de inocencia y la responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no es un problema exclusivo de China, no obstante la situación en China es especial, debido a la magnitud del problema referido al conflicto directo entre la regulación interna de China y las obligaciones jurídicas internacionales. En esta parte, se debe mencionar el caso de la utilización de esta nueva titularidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y

197 党员领导干部廉洁从政若干准则(全文), Feb. 24, 2010, disponible en http://roll.sohu.com/20110406/n305400366.shtml (describiendo 中国共产党党员领 导干部 廉洁从政 若干准则).

198 中国共产党纪律处分条例, Feb, 18, 2004, disponible en http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-01/16/content_2467804.htm (describiendo 中国共产党纪律处分条例).

199 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 (explicando 关于领导干部报告个人有关事项的规定).

200 Véase, Yu, supra nota 170, at 163 (tomando nota de la superposición del Partido y las agencias gubernamentales formales del Gobierno contra la corrupción "desde que mayoría de los funcionarios del gobierno son miembros del partido"); Xiaogang Deng, Lening Zhang, & Andrea Leverentz, Official Corruption During China's Economic Transition: Historical Patterns, Characteristics, and Government Reactions, 26 J. Contemp. Crim. Justice 72, 83 ("Casi todos los funcionarios de alto nivel deben ser miembros del partido....").

201 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 ("中国共产党的纪律检查机 关在掌握党员违纪线索之后， 经调查认定为违犯党纪的，对其作出相应的党纪处分；对其 中涉嫌犯罪的，移送司法机关处理".); Véase, generalmente Fu Hualing, The Upward and Downward Spirals in China's Anti-Corruption Enforcement 4-10 (University of Hong Kong, Working Paper Series, 2011), disponible en http://ssrn.com/abstract=1883348 (detallando mecanismos de inspección disciplinaria del PCC).

202 Véase, Deng, et al., supra nota 200, p. 83 (descripción de las sanciones disciplinarias utilizadas por el CCDI). Para ver un ejemplo de un funcionario frente al shuangkai, Véase 国土资源部原副部长李元被"双开, 财经 [CAIJING], June 9, 2011, http://www.caijing.com.cn/2011-06-09/110741715.html.

203 Véase, Chu Zhaoxian, Where Corrupt Officials Fear Most: Exploring a Shuanggui Investigation Facility, Abr. 28, 2011, Traducido en: http://www.duihuahrjournal.org/.

204 Véase, China's Communist Party Members Exceed 80 Million, Xinhua News Agency, Junio 24, 2011, http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-06/24/c_ 13947698.htm.

como debe combinarse con reformas concomitantes a los procedimientos utilizados para aplicar tal disposición. Las modificaciones son necesarias para que los acusados realmente tengan una oportunidad significativa de satisfacer su carga.

En la parte A se explica cómo la inversa responsabilidad en la carga de la prueba del enriquecimiento ilícito del artículo 395 es defendible como una cuestión simple de la ley positiva[205]. La Parte B se va más allá de si China puede defender la inversa-responsabilidad en el enriquecimiento ilícito de la tipificación del artículo 395. El hecho de que un país sea capaz de conciliar sus leyes penales con otras normas legales no significa necesariamente que estas leyes sean factibles para sus problemas internos. Nuestra postura es que este revés de la titularidad de la carga de la prueba no es un método ideal debido a la fricción con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China. No estamos en desacuerdo con la redacción del artículo 395, así como con el sistema de justicia penal utilizado para ponerlo en práctica. En esta parte se concluye, con una breve reseña del artículo 395 y el sistema de justicia penal de China en general (Parte III.C).

A. Enriquecimiento Ilícito y las obligaciones legales de China

El artículo 395, concuerda con las obligaciones legales de China, tanto nacionales como extranjeras. Alentar a los Estados Miembros a que adopten disposiciones contra el enriquecimiento ilícito, como advierte la Convención, incluye claramente la circunscripción de la conducta, existiendo como elemento objetivo del tipo "un aumento significativo en los activos de un funcionario público que él o ella no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos legales"[206]. "La traducción oficial china de la UNCAC utiliza una palabra diferente para "explicar" (解释) [207] como se puede notar en la redacción del artículo 395 (说明), pero ambas redacciones transmiten que el demandado deba proporcionar una explicación de los activos dudosos. Del mismo modo, exhorta a los Estados miembros de la UNTOC a "requerir al presunto delincuente, que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso"[208]. La traducción oficial china de la disposición de enriquecimiento ilícito de UNTOC utiliza el verbo "Zhengming" (证明) [209], comúnmente referido a "probar" o "certificar" por la palabra "demostrar". Una vez más, al igual que en la UNTOC, tanto en chino como en inglés se expresan claramente que el presunto autor está obligado a articular una respuesta y no puede sentarse en silencio y esperar para evitar una condena.

Tanto la UNCAC y UNTOC califican las disposiciones sobre la llamada inversión de la carga de la prueba señalando que cada Estado deberá crear mecanismos que sean atendidos mediante su ley doméstica[210]. Cualquier maniobra podría estar ocurriendo en países que estén tratando de reconciliar las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba con la garantía constitucional de la presunción de inocencia u otra protección relacionada al acusado, la misma falta de tales requerimientos en la Ley de la RPC prescinde de los ejercicios legales para encajar una disposición inversa de la carga de la prueba con las normas legales domésticas[211].

Si bien el artículo 395 no contraviene la legislación interna de la República Popular China, todavía hay un debate entre los tratadistas chinos en cuanto a si debería invertirse la carga de la prueba o no[212]. Ya en 1991, los defensores de la disposición inversa de responsabilidad probatoria con respecto a la tipificación de

205 Black's Law Dictionary, supra nota 19, p. 1182 ("El derecho positivo consiste en la promulgación de normas –códigos, estatutos y reglamentos- que se aplican y ejecutan en los tribunales").

206 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

207 La versión oficial china de la UNCAC está disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025 _C.pdf.

208 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

209 La version official china de la UNTOC está disponible en. http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf

210 Véase, UNCAC, supra nota 68, art. 20; UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

211 Gelatt, supra nota 107, p. 298 ("En China [Código de Procedimiento Penal de 1979] no existe reconocimiento alguno a la asignación directa de la carga de la prueba, ni siquiera la "negativa" de tal asignación, como la disposición de la legislación soviética que establece que la carga no se desplazará hacia el acusado").

212 Véase, 邓君韬, 顺应的"苛严"：巨额财产来源不明罪"修正案草案解读, 《政治与法律》 (2009) (el debate entre los estudiosos con respecto a "举证责任倒置").

1988 –en lo referente a delitos de corrupción–, argumentaban que no se puede reemplazar la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad[213]. Sin embargo, a pesar de varias rondas de revisiones al Código Penal desde la introducción del artículo 395, la única modificación que ha sufrido dicha norma es el aumento de los tramos de la pena privativa de libertad. El artículo 395, aparece plenamente consagrados e inmodificable en la ley china[214].

Incluso si China inesperadamente se desvía del Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011 y adopta una presunción explícita de inocencia, no habría mayor problema pues seguiría el claro ejemplo de otros países que han comunicado oficialmente a través de sus disposiciones que la presunción de inocencia no puede coexistir con la presunción de culpabilidad manifestada procesalmente con la inversión de la carga de la prueba[215]. Un ejemplo claro es Francia, que incluye la presunción de inocencia en su Código de Procedimiento Penal y es parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención que también salvaguarda in fine, esta garantía procesal. Al mismo tiempo, la carga de la prueba a veces se desplaza a la parte acusada, por ejemplo, en el delito de proxenetismo "las personas que no pueden dar cuenta de los recursos que sean incompatibles con su estilo de vida, y que se relacionen con prostitutas, siendo esta relación de jerarquía laboral, serán presuntos autores del delito de proxenetismo"[216]. Los Tribunales franceses han permitido la carga inversa de la prueba, "siempre que las presunciones admitan prueba en contrario, se respete la totalidad de garantías del debido proceso, y los hechos tiendan a confirmar la probabilidad de la comisión del hecho imputado"[217].

En la actualidad, a diferencia de Francia, China tiene un argumento adicional para que se acepte –o al menos se justifique temporalmente- la inversión de la carga de la prueba en el artículo 395, este argumento es que China hasta ahora no ha ratificado el PIDCP[218]. La no ratificación se debe a que China está adaptando su legislación penal y procesal penal para cumplir la cláusula de "abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin" del Pacto[219]. Algunos tratadistas opinan que no hay necesidad de que China adapte sus estructuras jurídico–penales para ratificar el PIDCP, sino que bastaría que China se una a otras naciones que acepten la responsabilidad inversa de la carga de la prueba, siempre y cuando la presunción sea iuris tantum[220]. De la redacción del artículo 395 se desprende claramente la supremacía de la prueba -por parte del presunto funcionario responsable- que contradiga la presunción del enriquecimiento ilegal[221].

Puede haber mucho que criticar acerca de cómo se llevan las garantías procesales en un proceso penal en China, sin embargo, es difícil montar un ataque contra el artículo 395[222] sobre la base de las obligaciones jurídicas existentes de China. Desde la perspectiva de la aplicación directa de la ley actual, la inversa-responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito tiene un fundamento jurídico sólido. La pregunta más interesante sería ¿Cómo podría China hacer cumplir mejor con las garantías procesales en la carga inversa de la prueba?

213 王昌学, 非法所得罪并非有罪推定, 《法律科学》(No. 6, 1991) ("有罪推定").

214 Véase, Código Penal, supra nota 9, art. 395 (revisiones del 2009).

215 Véase, Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 139

216 Id. p. 140 & n.309.

217 Id. p. 140

218 China firmó el Pacto el 5 de octubre de 1998, pero aún no ha ratificado. Véase, United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, ICCPR, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4& chap ter =4&lang=en.

219 Convención de Viena, supra nota 86, art. 18

220 Véase, China Amends Laws for Ratification of ICCPR, China Daily Online, Julio 14, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/14/content_12904570.htm.

221 China podría unirse a otros países en la ratificación del PIDCP con reservas, aunque ningún país ha adoptado una reserva con respecto a la presunción de inocencia y es difícil ver cómo esa reserva de inicio no iría en contra de los límites de las reservas de la Convención de Viena. Véase, Convención de Viena, supra nota 86 art. 19(c); United Nations Treaty Collection, supra nota 218 (las declaraciones de inclusión y reservas).

222 Véase, v.g., Manfred Nowak, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, delivered to the Commission on Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/2006/6/Add.6 (Oct. 3, 2006), disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=12040.

B. Enriquecimiento Ilícito y el contexto social en China

En un mundo idealizado de fuertes protecciones procesales a los presuntos responsables, el Fiscal es el que debe cargar todo el peso de probar las relaciones ilícitas. Sin embargo, la realidad de la corrupción rampante ha incursionado en este ideal. Hoy en día, el uso de la inversión de la carga de la prueba en los delitos de enriquecimiento ilícito en China tiene sentido, debido a la magnitud del problema, existiendo conexión racional entre la inesperada gran riqueza por parte de los funcionarios y los actos de corrupción.

Para que quede claro, no abogo por lanzar a un lado la presunción de inocencia con el objetivo de establecer de manera absoluta una "presunción de corrupción", a pesar de que lo anterior ayudaría mucho a la lucha frontal contra la corrupción[223]. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de una presunción férrea dentro de parámetros limitados, hay un caso sólido para hacerlo en el contexto del enriquecimiento ilícito en China.

El uso de una carga inversa de la prueba en el enriquecimiento ilícito en China es comprensible a la luz de la magnitud del daño que este delito representa para la sociedad china. El enriquecimiento ilícito de funcionarios no es una mera amenaza hipotética, sino la cruda realidad. La escala real cuantitativa del enriquecimiento ilícito se desconoce en parte porque el delito por su naturaleza implica relaciones subrepticias que de darse a cabo como estaba previsto se ocultan de la vista pública[224]. No obstante, incluso el Gobierno admite que la acumulación de las ganancias mal habidas es enorme[225]. Por ejemplo, según ha informado el diario dirigido por el gobierno de China, "cifras del Ministerio de Seguridad Pública, publicadas en 2008 indican que más de 800 ciudadanos chinos acusados de enriquecimiento ilegal de más de 70 millones de yuanes huyeron al extranjero y que 500 siguen en libertad"[226].

Por otra parte, independientemente de la escala real, la percepción del público en China es que la adquisición de riqueza ilícita es rampante[227]. Un amigo americano profesor de derecho minero señaló que si fuera el presidente chino tomaría todos los BMW –por encima de la serie 3– de los empleados del Gobierno; y los vendería para invertir en la educación y el trabajo[228]. Este comentario medio en broma arroja la presunción de inocencia a los cuatro vientos, pero también capta la frustración que siente la gente cuando la riqueza sospechosa se deja sin investigar y, en caso de ser ilegal, en la impunidad[229]. Visto desde la perspectiva de que un propósito fundamental del Derecho penal es hacer frente a una conducta socialmente perjudicial, el enriquecimiento ilícito es un daño evidente a la sociedad china, por lo tanto se debe dar una respuesta severa[230]. Tiene gran razón el dicho social que: "los funcionarios gubernamentales miran sus propios bolsillos cuando están

223 Véase, supra Parte I.B.1.

224 Véase, v.g., Yong Guo, Corruption in Transitional China: An Empirical Analysis, 194 The China Quarterly 349, 250 (2008) ("Debido a la naturaleza oculta y sensible de la corrupción, es casi imposible descubrir su verdadero alcance").

225 Véase, Xinhua Gen. News Serv., supra nota 8 (citando al presidente Hu Jintao en grave situación con respecto a la corrupción); Hon S. Chan & Jie Gao, Old Wine in New Bottles: A County-Level Case Study of Anti-Corruption Reform in the People's Republic of China, 49 Crime L. Soc. Change 97, 100-01 (2008) (informando que el número de casos relacionados con la corrupción, según los datos presentados por la Fiscalía Suprema del Pueblo ", indican que el alto riesgo de corrupción de alto nivel, se ha intensificado de hecho en los últimos años").

226 Beijing Goes Global in Anti-Corruption Drive, China Daily Online, Julio 5, 2010, http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2010-07/05/content_10066757.htm.

227 Véase, Minxin Pei, Corruption Threatens China's Future, Carnegie Endowment for International Peace, Policy Brief No. 55, p. 1 (Oct. 2007) ("Las encuestas de opinión de los funcionarios públicos y ciudadanos comunes en los últimos años identifican la corrupción como una de las principales preocupaciones del público").

228 Reeducación por el trabajo es una sanción administrada policialmente que puede resultar en cuatro años en un campo de trabajo. Sarah Biddulph, Legal Reform and Administrative Detention in China 5-10 (2007) (donde se explica los tipos de facultades de detención).

229 Para un ejemplo reciente de la indignación pública sobre presuntos actos de corrupción, después de que decenas murieron en un accidente de tren, véase China faces public anger in train weekend aftermath, VOA News, 26 de julio 2011, disponible en http://www.voanews.com/english/news/China-Faces-Public-Anger-in-Train-Wreck-Aftermath—126171408.html ("Muchos cuestionan también la rápida construcción de las líneas ferroviarias nacionales de alta velocidad, en un programa que ha sido manchado por acusaciones de soborno y corrupción".).

230 Véase, Dressler, Understanding Criminal Law, § 9.10[A], p. 112 (5ta. ed. 2009).

en el ejercicio de una función pública delegada por el Estado"[231].

Dicho esto, es demasiado simplista decir que las garantías procesales para el presunto autor deben ser disminuidas solo porque el daño social es grande[232]. El uso de una responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito regulado en China, es más defendible cuando hay una relación racional entre los activos desproporcionados y los negocios incompatibles[233]. La fuente ilícita más común para los funcionarios es el participar en actos de corrupción como la colusión, el cohecho y la malversación de caudales públicos[234].

El argumento de conexión racional en la inversión de la carga de la prueba se contradice con la preocupación de que el funcionario inocente no pueda ocuparse de su propia carga de la prueba, dado que no tiene las mismas facultades administrativas-investigadoras que un Fiscal para la obtención de datos o la comparecencia de testigos. Lo anterior se complementaría con la preocupación de los casos en los que exista una diferencia "no muy notable" entre los ingresos ilícitos y los lícitos del funcionario, lo cual dejaría a la discrecionalidad del Fiscal el denunciar o no. La Fiscalía Popular Suprema, para solucionar este problema, ha interpretado el elemento normativo del tipo penal del artículo 395 "relativa diferencia", en una cantidad de 300.000 RMB[235]. Para la persona promedio con un salario del Gobierno, sería sorprendente poseer el equivalente a decenas de miles de dólares estadounidenses[236]. Por el contrario, si el dinero en cuestión es mera bagatela, es más fácil demostrar documentalmente la diferencia para lograr el archivo de la investigación prejudicial.

Volviendo a la discusión en la parte I.B infra con respecto a la manera de asignar las cargas en los casos penales, no es lógico decir que los activos que están muy por encima del ingreso oficial sean necesariamente productos de actos de corrupción, pues los funcionarios pueden ejercer otras actividades como la cátedra universitaria o la participación en negocios que no colisionen con su competencia funcionarial. El acusado enfrenta a una inferencia adversa permisiva, por lo que es probable que se sienta presionado para responder documentalmente con información que disminuya la fuerza de la inferencia. En un paralelo, la posesión de la riqueza más allá del ingreso lícito debe dar lugar no solo a una inferencia, sino también a la presunción de que la riqueza es ilícita como exige claramente la naturaleza del tipo. En la medida que el sistema de justicia penal se concentra no solo en los resultados típicos, sino también en que estos vayan contra el orden jurídico; y puedan reprocharse a uno o varios autores (es decir, que las

231 Una investigación de los funcionarios a cargo de los ferrocarriles pone de relieve la amenaza que representa la corrupción para la seguridad pública. Desde marzo de 2011 informes de que funcionarios de ferrocarriles malversaron 187 millones de renminbi (moneda china), aproximadamente $ 28,5 millones americanos, recibió una atención aún mayor después de que una colisión a alta velocidad mató a decenas de personas en julio de 2011. Véase David Barboza & Sharon LaFraniere, Crash Raises Questions on China's Push to Build High-Speed Passenger Rail Lines, N.Y. Times, Julio 26, 2011, http://www.nytimes.com/2011/07/27/world/asia/ 27china.html?pagewanted=all; Jonathan Shieber, New Revelations in China's Railway Corruption Scandal, Wall Street J., China Real Time Report, Mar. 23, 2011, http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2011/03/23/new-revelations-in-chinas-railway-corruption-scandal/.

232 Cf. Ashworth, , supra nota 12, p. 97 (advertencia de que la presunción de inocencia "está siendo socavada por los imperativos alegados de la gobernanza en la sociedad del riesgo").

233 Cf. Peter W. Schroth, Corruption and Accountability of the Civil Service in the United States, 54 Am. J. Comp. L. 553, 576 & n.138 (2006) (afirmando que la corrupción pura y simple de los funcionarios estadounidenses "no es un tema muy interesante" debido a la relativamente limpia fuerza moderna de la función pública).

234 Cf. Transparency International, Corruptions Perceptions Index 2010, disponible en http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results (la clasificación de países sobre la base de la percepción de corrupción con el ranking tiene a Estados Unidos en el puesto 78 y a China en el 22).

235 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña. Una revisión de las veinte más recientes condenas en el artículo 395, sobre la base de datos China Law Info mostró que la menor cantidad de ingresos no sustentados tenía como una cantidad mínima los 540.000 Renminbi y la mayor cantidad era de 33.640.000 RMB.

236 Los salarios de oficiales varía según la categoría y ubicación geográfica, pero palidecen en comparación con los 300.000 RMB. Véase Richard McGregor, The Party: The Secret World of China's Communist Rulers 140 (2010) ("Aun teniendo en cuenta las ventajas, tales como la vivienda, los automóviles y los beneficios de pensión de por vida, los salarios formales de efectivo incluso altos funcionarios son miserables e invariablemente incrementados por el ingreso ilícito"); 国家公务员级别和工资标准, Set. 5, 2009, disponible en http://blog.sina.com.cn/s/blog_ 664c519f0100m8ao. html (criterios para la inclusión de sueldos en los diferentes niveles funcionariales).

personas declaradas culpables de enriquecimiento ilícito sean realmente culpables), es necesaria también la equidad procesal, siendo importante tener en cuenta la facilidad con que los presuntos autores puedan ser capaces de responder con las pruebas de descargo para superar la inferencia o presunción.

Usemos un ejemplo extremo, supongamos que un cadáver es encontrado en el río y una persona es imputada por asesinato. Decirle a la parte imputada que se presume culpable hasta que se presenten pruebas para refutar esa presunción, lo pondría en una posición desfavorable de tener que probar un hecho negativo. Esto puede ser sencillo, si un imputado inocente tiene una coartada sólida o una evidencia que pueda dar con la identificación del verdadero asesino, pero podría ser muy problemático si este se encontraba en el lugar y momento de la muerte, o no existiera evidencia alguna del verdadero autor[237]. El imputado estaría en una posición aún peor si, como en el caso de Zhao Zuohai, el imputado fuese visto discutiendo con la víctima, o cuando muchas personas certifiquen el grado de enemistad de este con la víctima. En el caso de Zhao fue declarado culpable de asesinato en China, incluso sin una disposición de responsabilidad inversa de la carga de la prueba expresa en el tipo, luego fue declarado inocente una década más tarde; cuando se encontraron evidencias del verdadero asesino[238].

En el enriquecimiento ilícito, a comparación de nuestro ejemplo anterior, la carga de la prueba de la parte imputada no enmarca tanta complejidad: no se necesita probar un hecho negativo, más bien, se debe explicar la forma en se entró en posesión de los bienes cuestionados. Una inversa responsabilidad probatoria en el enriquecimiento ilícito puede presentar una trampa para las personas que son propensas a la falta de memoria y el registro impreciso, pero no es excesivamente incómodo el esperar que los funcionarios cuestionados realicen un propio seguimiento patrimonial, para explicar cómo importantes sumas de dinero llegan a sus manos, especialmente cuando la redacción del artículo 395 se encuentra vigente desde el año 1997. Exigir una explicación a la parte imputada en este escenario no es afectar el sentido de la justicia, de la misma forma que en el ejemplo del asesinato lo que se hace es la protección de bienes jurídicos[239].

Más allá del argumento de que existe una conexión racional entre la riqueza inexplicable y las prácticas de corrupción, la disminución de las preocupaciones tanto de las posibilidades de que hechos que estén dentro de lo jurídicamente permisible sean calificados como delitos y la disminución de la presunción de inocencia, por mirar al acusado como un presunto culpable y darle la titularidad de la carga de la prueba. Es importante mencionar que no existirá mejor ente persecutor para justificar la licitud de los activos de un funcionario en cuestión, que él mismo[240].

Es relativamente difícil para un Fiscal realizar un seguimiento de las finanzas personales del imputado, sobre todo cuando el acusado ha oscurecido las fuentes de sus activos. China está tomando medidas para aumentar la transparencia de las finanzas de los funcionarios[241]. Medidas complementarias del Partido Comunista Chino, tomadas en los últimos años incluyen: "la exigencia del nombre real –del funcionario– en las cuentas financieras", lo que prohibiría los actos jurídicos bancarios de interpósita persona, de esta manera se facilitarían los esfuerzos para encontrar activos específicos en el patrimonio de los funcionarios[242]. Sería muy extraño que un funcionario culpable de forma honesta informe abiertamente sus ingresos ilegales como parte de las revelaciones de activos regulares, pero las irregularidades o entradas

237 Véase, Tini Tran, Man Who Spent 11 Years in China Jail After Being Tortured Into False Confession Given $96,000, Assoc. Press, Mayo 13, 2010, http://news.guelphmercury.com/article/631953; 还原赵作海冤案形成过程:乡村道德 审判成推手,中国新闻周刊 [China News Weekly], Junio 3, 2010, http://news.sina.com.cn/s/sd/2010-06-03/111520403624.shtml.

238 赵作海获65万国家赔偿款:拿钱的时候我可没鞠躬, 中国网 [China.Com.Cn], Mayo 17, 2010, http://www.china.com.cn/news/local/2010-05/17/content_20055952.htm (presentación de informes sobre la compensación recibida por Zhao después de la condena por asesinato que fuese anulada).

239 Cf. Mirjan Damaška, The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 365, 381 (2011) (mirando a las salidas de los tribunales penales internacionales de los requisitos de los ensayos nacionales y pidiendo "si van más allá de los requisitos mínimos de exigencias internacionalmente reconocidas sobre juicios justos").

240 Para una discusión diametralmente diferente, Véase Ashford & Risinger, supra nota 65, p. 180.

241 Véase, supra nota 193 y lo siguiente del texto.

242 Yu, supra nota 170, p. 173

sospechosas en los formularios de declaración podrían alertar a las autoridades a continuar con la investigación. La aplicación de la ley de blanqueo de dinero de 2006, puede mejorar el tema de la identificación y el procesamiento de las transacciones que se oscurecen –disfrazan- como fuentes ilegales de riqueza[243]. Con el tiempo, el empuje de China para los requisitos de información de activos podría disminuir la comodidad comparativa de los acusados que producen la información contra el Gobierno. En la actualidad, sin embargo, la preocupación de que los funcionarios corruptos efectivamente puedan ocultar las fuentes de su riqueza parece fundada.

Además de otros argumentos políticos a favor de la presunción de inocencia y en contra de la inversión de la carga de la prueba impuesta en el enriquecimiento ilícito, podría decirse que las garantías procesales materia de análisis se aplican con menos fuerza en China que en otros países. En primer lugar, el mantenimiento de una presunción de inocencia demostraría de relieve la importancia más allá del interés individual de la parte acusada de que se "debe mantener la confianza del público en la integridad y seguridad del ordenamiento jurídico"[244]. A la luz de las circunstancias actuales de China, en contra de la opinión de que una fuerte presunción de inocencia es necesaria para mantener la confianza pública en el ordenamiento jurídico, la confianza del público en realidad podría ser satisfecha por el debilitamiento de la presunción en los casos de presunto enriquecimiento ilícito. En un sistema donde existe la preocupación a voces de que los ricos y políticamente bien conectados se escapan del castigo penal, la confianza del público en el sistema legal podría desintegrarse si los casos fracasan porque los Fiscales no pueden probar que los bienes fueron adquiridos a través de canales ilegales[245]. La conexión entre el artículo 395 y la confianza en el Gobierno es particularmente evidente, porque el artículo 395 está expresamente dirigido a personas que trabajan para el Gobierno[246], enviando así un mensaje directo a la opinión pública: que el Gobierno está tomando en serio el enriquecimiento ilícito de sus propios empleados.

Una preocupación que secunda a la anterior en el contexto chino es que los líderes del nuevo orden puedan utilizar esta disposición para consolidar el poder encarcelando a los antiguos gobernantes[247]. El Partido Comunista Chino ha mantenido el Gobierno ininterrumpido durante más de sesenta años. A pesar de informes de algunos desacuerdos entre los líderes, la cara pública del Partido comunica una transición ordenada y periódica, como se ve en la entrega del poder de los líderes de la tercera generación, de la cuarta generación de la década de 2000[248] y como se está llevando a cabo, con los líderes de la quinta generación. Es cierto que, a pesar de seguir un régimen partidario, el artículo 395 podría ser utilizado para atacar a los funcionarios que han caído en desgracia dentro del Partido[249]. Las rivalidades políticas se han acreditado como un factor en la remoción de funcionarios de alto rango por actos de corrupción. Es difícil, si no imposible, descubrir si los vientos políticos influyen en los procesamientos. Sin embargo, en base a los informes públicos disponibles, no hay ninguna indicación de que el artículo 395, esté siendo utilizado por funcionarios de alto rango como una espada legal contra sus rivales políticos[250].

243 Véase, China Adopts Anti-Money Laundering Law, China Daily Online, Oct. 31, 2011, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/2006-10/31/content_721316.htm ("La ley demanda a instituciones financieras y a algunas no financieras a mantener un registro de los clientes y de sus operaciones, además de reportar las transacciones grandes y sospechosas").

244 Kofele-Kale, supra 12, p. 920 (citando a Wigmore, Evidence § 2511, p. 407 (3ra. ed. 1940)).

245 Véase, Margaret K. Lewis, Leniency and Severity in China's Death Penalty Debate, 24 Colum. J. Asian L. (próximamente 2011) (la discusión pública se centra en los derechos procesales disminuidos a la parte imputada).

246 Véase, Criminal Law, supra nota 9, art. 395 (aplicado a "国家工作人员").

247 Cf. Okechukwu Oko, Subverting the Scourge of Corruption in Nigeria: A Reform Prospectus, 34 N.Y.U. J. INT'L L. & Pol. 397, 432 (2002) ("Órganos ad hoc, principalmente en forma de Comisiones y Tribunales de la investigación, han sido convocados por los regímenes militares entrantes para investigar las denuncias de corrupción y abuso de poder por la administración anterior").

248 Véase, Patrick Chovanec, Primer on China's Leadership Transition, Mayo 8, 2011, http://chovanec.wordpress.com/2011/05/08/primer-on-chinas-leadership-transition.

249 Véase, v.g., Richard Spencer, Party Boss Sacked After Shanghai Corruption Inquiry, The Telegraph, Set. 6, 2006, disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/ worldnews/ 1529867/Party-boss-sacked-after-Shanghai-corruption-inquiry.html ("Aunque la corrupción volvió a ser el motivo indicado, se creía que la víctima se había prestado para desafiar al entonces Presidente, Jiang Zemin, quien estaba tratando de consolidar su liderazgo en ese momento").

250 Sobre la base de una búsqueda de casos en la base de datos China Law Info, se reveló que el noventa y ocho por ciento de casos, están relacionados con el artículo 395.

A modo de comparación, en Taiwán, los funcionarios de más alto rango de ambos Partidos se han enfrentado a través de imputaciones penales, unos afirmaban que los funcionarios del Partido rival usaban sus posiciones políticas para obtener beneficios personales. El Presidente Ma Ying-jeou fue absuelto de los cargos después de que las alegaciones resultaron carente de mérito. En comparación, el ex Presidente Chen Shui-bian y varios miembros de su familia fueron declarados culpables de numerosos cargos relacionados con la corrupción de su gobierno[251]. El Presidente Ma está recientemente bajo el fuego de la acusación efectuada por ex Presidente Lee Teng-hui, por malversación de fondos[252].

Otra base para el conflictivo artículo 395, tiene sus raíces en la preocupación de que las obligaciones de divulgación de los activos e investigaciones sobre enriquecimiento ilícito potencial podrían infringir los derechos a la privacidad. Esta preocupación no tiene tanto asidero en China, esta preocupación solo se podría dar en países donde la privacidad es celosamente custodiada por la ley[253].

A modo de ejemplo, no hay ningún requisito para que la Policía de China pueda obtener una orden judicial emitida para llevar a cabo una búsqueda financiera, sino que los únicos límites de tal búsqueda son los procedimientos internos de la Policía[254]. De esta forma se obliga a los funcionarios a revelar los bienes personales que poseen, parece menos sorprendente cuando se ve en este contexto. Dejando de lado los argumentos normativos de que China debe mejorar la protección de la intimidad personal, hay pocas razones para que los ciudadanos chinos -por no hablar de los empleados del Gobierno-, deban esperar que el Gobierno no pueda exigir el acceso a sus finanzas personales[255]. La Constitución de la República Popular China estipula que los ciudadanos tienen el derecho al "secreto de la correspondencia", este derecho es protegido por otras normas de menor jerarquía, pero añade una excepción importante para cuando es necesario "atender las necesidades de seguridad del Estado, de la investigación penal y la seguridad pública o de los requerimientos fiscales fundados…"[256]. Si China ratifica el PIDCP, la disposición que este contiene de que: "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o su correspondencia", podría estimular un mayor debate interno sobre el derecho a la privacidad[257]. Sin embargo, no solo es el alcance de la calificación "arbitraria e ilegal"[258], sino que también es determinante el tremendo poder de la Secretaría de Seguridad Pública en las escasas disposiciones legales de restricciones a los registros y confiscaciones.

Al explicar lo atractiva que puede ser la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, se debe resaltar la atención jurídica dada a la situación actual de China, teniéndose un claro reconocimiento de los rendimientos decrecientes marginales que vienen con los mecanismos de control de la corrupción. El hecho de que la adquisición de riqueza ilícita sea una gran preocupación no significa que China deba lanzar un número ilimitado de recursos legales en el cumplimiento del artículo 395. Una crítica fundamental al Gobierno, en la implementación de los controles anticorrupción, es que son un

251 Véase, Shelley Huang, Chen Shui-bian Gets Life, Taipei Times, Set. 12, 2009, disponible en http://www.taipeitimes.com/News/front/archives/2009/09/12/2003453376; véase también Xing Shi Su Song Fa [Código de Procedimiento Penal] art. 154 (Taiwan) ("Antes de una condena definitiva por medio de juicio, el acusado se presume que es inocente". (traducción de la autora)).

252 Edward Wong, Ex-President of Taiwan is Charged with Graft, N.Y. Times, Junio 30, 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/07/01/world/asia/01taiwan. html?_r=2.

253 Véase, Richard Messick, Income and Assets Declarations: Issues to Consider in Developing a Disclosure Regime, U4 Anti-Corruption Resource Centre, Ur Issue 2009:6 p. 8 ("El inconveniente más importante de divulgación de información financiera no es ni el costo administrativo ni su impacto en la contratación de funcionarios públicos. Más bien es la invasión de la privacidad que da como resultado una intromisión de esta naturaleza").

254 Véase, CPL, supra nota 109, art.43; véase también, Borrador del 2011 del CPL, supra nota 13, art. 49.

255 La falta de protección contra registros e incautaciones gubernamentales está en contraste con los complejos debates en los Estados Unidos de América sobre el alcance de la Cuarta Enmienda. Véase, e.g., Lloyd L. Weinreb, Generalities of the Fourth Amendment, 42 U. Chi. L. Rev. 47, 47 (1974) ("A propósito [de la Cuarta Enmienda] se manifiesta que las búsquedas del Gobierno que invaden la privacidad individual, no son "razonables" salvo que se trate de situaciones de gran envergadura para el interés público").

256 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 40 (1982) (China).

257 PIDCP, supra nota 17, art. 17(1).

258 Human Rights Manual, supra nota 20, p. 227 ("El derecho internacional de derechos humanos no proporciona normas detalladas sobre la legalidad de búsquedas…").

vehículo defectuoso de la lucha contra la corrupción[259]. Disposiciones para el control del enriquecimiento ilícito podrían dejar de frenar la adquisición ilegal de la riqueza y, peor aún, llevarían a personas inocentes a ser condenadas porque simplemente no son capaces de documentar adecuadamente las fuentes de su patrimonio. Normas de divulgación de activos y otros dispositivos destinados a erradicar las ganancias ilícitas también, invariablemente, añaden capas de burocracia en el proceso, como las auditorías y otras formas de análisis de reportes. Las reglas son más gravosas para las personas que deben dedicar tiempo y energía a cumplir con los requisitos de divulgación.

En resumen, la corrupción controla los costos de los puntos de rendimiento marginal decreciente con que se cuenta, en la medida en que las normas de divulgación de los activos son vistos como una herramienta profiláctica para prevenir la corrupción, entonces puede ser rentable a la luz del costo-beneficio[260]. Sin embargo, si las reglas son tan onerosas como para crear un pantano de burocracia y, potencialmente, hasta disuadir a los candidatos honestos a iniciar una carrera en la administración pública, entonces la rentabilidad se hace más sospechosa. Estas preocupaciones no deben ser consideradas cuando se calibra adecuadamente el uso de los mecanismos anticorrupción en los procesos de enriquecimiento ilícito. Aunque más allá del alcance de este artículo, un animado debate continúa entre los eruditos y los profesionales respecto a la eficacia de los mecanismos de lucha contra la corrupción y el nivel óptimo de vigilancia. Por ejemplo, un punto de discusión es la posibilidad de que otras jurisdicciones puedan emular la Comisión Independiente de Hong Kong contra la Corrupción, la que es frecuentemente calificada como un excelente ejemplo de cómo los Gobiernos pueden utilizar un organismo de control para reducir sensiblemente la corrupción[261].

Incluso con una relajada carga sobre el Gobierno, el artículo 395 está lejos de ser una panacea para los problemas de China referidos a la corrupción. El Fiscal todavía tiene que identificar que el funcionario esté en posesión de la riqueza excesiva. El Tribunal también debe tener acceso a la parte imputada, mediante los requerimientos de extradición o algún otro tipo de procedimiento de repatriación en caso de que el funcionario haya huido al extranjero[262]. No se plantea en este punto la interrogante de encontrar y repatriar los activos ilegales generados en otra jurisdicción a través de empresas off-shore[263]. Estas barreras prácticas, a la luz de las actuales normas legales de China y la corrupción rampante, hacen que la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito sea una herramienta lógica y atractiva para hacer cumplir la ley. Dicho esto, la redacción del artículo 395 no requiere de una reforma radical ni de un sistema de justicia penal distinto para ponerlo en práctica.

C. Modificación del Enfoque de China para el Enriquecimiento Ilícito

En el caso de China, donde existe una inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, la disposición viene con varias

259 Véase, Frank Anechiarico & James Jacobs, The Pursuit Of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective XII (1996) ("No se debe suponer, como a menudo ha sido, que toda la corrupción controla más o incluso sobrepasa la eficiencia y la eficacia del Gobierno, o que tales medidas realmente reducen fácilmente la corrupción").

260 Por ejemplo, la razón primaria para valorar la revelación de los sistemas en los Estados Unidos de América es profiláctico. Véase, U.S. Office of Government Ethics, Public Financial Disclosure: A Reviewer's Reference, p. 1-1 (2da. ed. 2004) ("Aunque un informe de divulgación de información financiera a veces revela una violación de la ley o el reglamento, el objetivo principal de la divulgación es ayudar a las agencias a identificar los posibles conflictos de intereses entre las funciones oficiales de un archivador y sus intereses privados y financieros").

261 Véase, Raj Kumar, Human Rights Approaches of Corruption Control Mechanisms—Enhancing the Hong Kong Experience of Corruption Prevention Strategies, 5 San Diego Int'l L.J. 323, 325 (2004) ("De hecho, Hong Kong [ICAC] se percibe en todo el mundo como un modelo efectivo de cómo un marco institucional puede luchar contra la corrupción con éxito").

262 Un ejemplo notorio de un ciudadano chino que huye al extranjero para evitar los cargos relacionados con la corrupción es el de Lai Changxing, quien huyó a Canadá en 1999. Véase, Rod Mickleburgh, Rare Jail Access Offered in Case of Chinese Fugitive, Globe and Mail, Mar. 16, 2011. Aunque no es un funcionario del Gobierno mismo, Lai supuestamente realizaba su actividad lucrativa, sobornando a los funcionarios locales. Véase, Deng, et al., supra nota 200, P. 78. acaba de regresar a China de Canadá, Lai. Lai Changxing's Deportation is Upheld in Canada, Assoc. Press, July 21, 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/07/22/world/americas/22canada.html; Top suspect in China's biggest smuggling case repatriated from Canada, Xinhua News Agency, Julio 23, 2011, http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-07/23/c_131004091.htm.

263 Véase, Lewis, supra nota 4 (presentación de informes sobre Banco de la República Popular de China se filtraron informes sobre los funcionarios corruptos que movieron dinero al extranjero).

advertencias. El requisito de que el acusado deba explicar las fuentes de sus activos es menos problemático que el hecho de no aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado montar una defensa sólida. Con el fin de que los imputados tengan una oportunidad significativa para cumplir con su carga, sería importante hacer revisiones tanto al artículo 395 per se y, en una escala más amplia, al sistema de justicia penal. El artículo 395 es más fácil de defender cuando se ve como una disposición penal discreta destinada a un problema social acuciante. A medida que exploremos hacia atrás y coloquemos el artículo 395 en el contexto más amplio del sistema de justicia penal de China, su aplicación se verá cada vez más preocupante. Podría decirse que es una disposición de inversión de la carga de la prueba clara, junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades de manera más factible que la disposición de directa responsabilidad de la carga de la prueba –a cargo del Fiscal–, junto con el fracaso actual de China de no dotar de fuerza las normas de procedimiento que cumplen el rol del principio de igualdad de armas en el proceso de adjudicación[264]. Por lo menos en el escenario descrito el imputado conoce la tarea por delante y en consecuencia puede tratar de responder.

En cuanto a la redacción del artículo 395, el uso de palabras vagas como "relativa diferencia" y "enorme desproporcionalidad" da mucha discreción sustancial a los Fiscales y Jueces en el juicio de subsunción de la conducta en el tipo. Del mismo modo, el término "ingreso ilegal" carece de especificidad[265]. Por otra parte, el artículo 395 claramente pone una carga para el imputado de explicar, pero el Código Penal no aclara qué es exactamente lo que un imputado debe hacer para cumplir con esta carga (es decir, la explicación debe ser muy creíble, meramente posible. ¿Qué norma estipula como cumplir con la carga de la prueba?).

Esta falta de claridad, en el artículo 395, puede entenderse como una vulneración al principio de legalidad en su fase de taxatividad de la norma penal. El artículo 395 es un tanto inusual –en la mayoría de delitos la carga de la prueba le pertenece a la Fiscalía– pues se le requerirá al imputado que explique sus finanzas o de otra manera será tomado como culpable. La regla general para que se forme la convicción de los operadores jurídicos, depende de que haya prueba suficiente y bien cada operador jurídico tendrá una visión de la suficiencia o falta de prueba en los casos concretos, en este mismo orden de ideas el requisito establecido en el artículo 395, que el funcionario debe "explicar" el origen de los ingresos, debe ir acompañado de circulares fiscales y judiciales para hallar un punto común de criterios de imputación.

China ha dado los primeros pasos para solucionar este problema. Sin embargo, pese a los esfuerzos iniciales en las Reglas de la Prueba de 2010 y el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011[266] para especificar los estándares probatorios para los casos penales, las estadísticas han comprobado que la carga de casos del Fiscal en este tipo de delitos sigue siendo abundante. Ello porque, al no aplicarse o aplicarse incorrectamente tales disposiciones, para el Fiscal es más fácil denunciar, que archivar un delito; pues archivando corre el riesgo de ser sometido a una investigación por los órganos de control[267]. El significado de "más allá de toda duda razonable", por la cual el ente persecutor del delito está legalmente obligada a superar la presunción de inocencia que rodea a todo imputado, en los Estados Unidos y otros países, es en realidad difícil de articular. La frase anteriormente mencionada es una directiva más estricta para el órgano juzgador que para el persecutor, su uso durante las deliberaciones es muy difícil y solamente resultará en algunas instrucciones que tengan la naturaleza de "complejas" –por el tipo de delito y el número de autores–[268]. Aún con sus defectos, más allá de un estándar de toda duda razonable, con el artículo 395

264 Véase Peerenboom, nota supra 119, p. 844-49 (describiendo el "rocoso camino a un sistema adversarial" de China); véase generalmente Mike McConville, Criminal Justice in China: An empirical inquiry (2011) (presentando una visión detallada de la justicia criminal en China y la brecha entre teoría y práctica).

265 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña.

266 Véase, supra nota 133-137 y el texto que lo acompaña.

267 Véase, generalmente John J. Capowski, China's Evidentiary and Procedural Reforms, the Federal Rules of Evidence, and the Harmonization of Civil and Common Law, _ Tex. Int'l L.J. (próximo 2012) (borrador en el archivo de la autora) (análisis de las disposiciones de China Proyecto Ley de Evidencia de la Corte Popular).

268 Véase, generalmente Jon Newman, Beyond a Reasonable Doubt, 68 N.Y.U. L. Rev. 979 (1993); Sol Wachtler, Do Juries See Beyond a Reasonable Doubt? A View From the Bench en Beyond a reasonable doubt 3 (Larry King ed.) (ensayo de un Juez que describe desafíos que enfrentan los jueces que tratan de definir la expresión de los jurados).

se hace hincapié que no se está frente a una norma penal clara. Sin una presunción explícita de la inocencia y la articulación de una norma exigente de la prueba, queda la molesta pregunta: ¿El Fiscal necesita hacer muy poco para probar su tesis incriminatoria contra el imputado? Este problema persistirá incluso si China va tomando las medidas necesarias para caracterizar con mayor precisión las cargas legales, porque en realidad la internalización de la presunción de inocencia en la práctica diaria es un proceso largo y difícil. Como una indicación anecdótica de diferentes puntos de vista de la presunción de inocencia, un Juez estadounidense me habló de cuando un funcionario del gobierno chino que trabajó en temas de justicia penal visitó su Sala de Audiencias. En la Audiencia participaron varios miembros de una pandilla que fueron acusados de un asesinato macabro ante una evidencia irrefutable y una teoría del caso sólida. Cuando el Juez preguntó al visitante chino la impresión que tuvo sobre la audiencia, el visitante respondió: "Estoy impresionado por la seriedad con que se toma la presunción de inocencia".

Revisando la tasa de condenas en casi un cien por ciento de casos, los observadores internacionales hacen hincapié en que la parte imputada en China de hoy, tiene pocas esperanzas de obtener un veredicto de inocencia. Esto es sin duda en parte, debido a la falta de una norma que circunscriba claramente la conducta ilícita para la condena y a la falta de un compromiso arraigado de salvaguardar la presunción de inocencia. Quince años después de la aplicación del Código de Procedimiento Penal, existe un aspecto muy particular, el que los testigos rara vez aparecen en los Tribunales y los juicios son por lo general más acerca de abogar por una sentencia indulgente que de impugnar los méritos de los cargos con argumentos serios[269]. Sobre el Proyecto 2011, es loable destacar la importancia de los testigos y la potestad dada a los Tribunales para castigar –administrativa y penalmente- a los testigos que no comparezcan[270]. Lo que queda por ver es como los Tribunales invocan este poder en la práctica de los juicios y como este poder va a influir en la verdad material como objetivo del proceso penal. Debido a que el proyecto no va tan lejos como para incluir el derecho a la igualdad de armas, el Tribunal tendrá la potestad de aceptar o no una declaración testimonial y si media en el caso el careo de los testigos[271]. Como se discutió en la Parte IV, los abogados que tratan de invocar los derechos procesales de su cliente se encontraran con las manos atadas y el Proyecto de 2011 deja mucho que desear en lo que respecta a fomentar el acceso a una defensa técnica más sólida. Al examinar el proyecto, el abogado defensor Zhang Peihong llama una reflexión e irónicamente se pregunta: "¿Los abogados? ¿Dónde están los abogados?" [272].

Aunque se perciba que un país no quiera poner el listón tan alto como para frustrar el enjuiciamiento efectivo de los culpables imputados, el riesgo de poner el listón tan bajo, como para que imputados auténticamente inocentes sean fácilmente siendo encontrados culpables. Incluso si el desplazamiento la carga de la prueba no de lugar a la condena de imputados realmente inocentes, esto podría requerir que los acusados construyan sus casos de una manera que ofenda las nociones de justicia procedimental. Al evaluar el artículo 395, se debe estar consciente de su efecto costo–beneficio. Es importante mencionar que preventivo generalmente el bajar la barrera con respecto a la carga probatoria para el Gobierno y elevar el nivel con respecto a la carga que pesa sobre el imputado ha producido resultados positivos en la lucha contra la corrupción en China.

Reconocemos los méritos de un enfoque inverso de responsabilidad en la carga de la prueba, en el enriquecimiento ilícito como una herramienta para combatir la corrupción, pero lo hacemos "de mala gana" por temor a que en un futuro se abran puertas de responsabilidad inversa en varios tipos penales del Código Penal. Estas preocupaciones no son exclusivas de China. Si un país decide exigir que el imputado deba aportar pruebas a la mesa, ¿cómo puede disminuir la preocupación por la injusticia de la parte

269 Véase, Belkin, supra nota 123, p- 105 ("[Este procedimiento de juicio "se parece más a una alocución prolongada de guilty plea en un procedimiento penal estadounidense que un Juicio que pone a prueba los hechos controvertidos o las explicaciones impugnativas de la evidencia").

270 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, arts. 186-87

271 Véase, Jerome A. Cohen & Yu Han, China's Struggle for Criminal Justice, Set. 27, 2011, http://www.usasialaw.org/?p=5928.

272 Véase, Zhang, supra nota 148 ("律师哪？律师在那里？").

imputada que se presenta en un juicio pensando que lo salvaguarda la presunción de inocencia?

IV. INTERACCIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y OTROS DERECHOS

Si, como se argumentó en la Parte III, hay fuertes razones políticas para exigir que el imputado deba explicar el origen de los bienes en los casos de enriquecimiento ilícito, al menos en China, pueden darse reformas complementarias que disminuyan las preocupaciones sobre la injusticia que pesa sobre la doble responsabilidad de un imputado? Al analizar esta cuestión, proponemos que cualquier suspensión parcial o total de la presunción de inocencia, deba ser analizada en el contexto de su relación con otros derechos fundamentales de procedimiento, en particular el derecho al silencio y el derecho a un abogado (Parte IV). Sugerimos que se debería imponer métodos como el "test de proporcionalidad" si se desea diluir la presunción de inocencia, pero advertimos que este enfoque plantea desafíos especiales en el contexto de China (Parte IV B).

A. La interconexión de los derechos procesales

En primer lugar, en relación al derecho al silencio[273], como la presunción de inocencia se ve disminuida por una presunción de culpabilidad, el derecho al silencio va a ser también disminuido por la presunción anteriormente descrita. La presunción de inocencia en su forma más básica requiere que el órgano persecutor para construir una teoría del caso contra el imputado utilice la Fact-Finder. El imputado está obligado a no decir nada si este lo cree conveniente en su estrategia de defensa. Sin embargo, en realidad, los Fiscales, especialmente si están frente a un caso mediático consideran que están haciendo un buen trabajo cuando presentan cargos con argumentos aparentes, y sostienen contra los imputados que el silencio no sería más que una aceptación tácita de los cargos a la luz de la opinión pública. Esto cambia en un caso no mediático, el silencio es una decisión estratégica que el acusado hace para mejorar sus posibilidades de absolución, pero este silencio es idóneo cuando es la otra parte, la que debe mover la carga de la prueba. Por lo tanto, en un contexto donde el imputado está obligado a mover la carga de la prueba el silencio es prácticamente una condena segura.

Cuando se carga inversamente la titularidad de la carga de la prueba, como sucede en el enriquecimiento ilícito, el imputado no puede permanecer en silencio. ¿Cómo se puede "explicar" las fuentes de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio acusado no dijo una palabra, el derecho a la defensa sigue siendo necesario para tener una voz en el proceso, bien para llamar a alguna persona o presentar evidencia contable. La Corte Suprema de los EE.UU. ha citado a Wigmore en la descripción de la presunción de inocencia, definiéndola como "el derecho del acusado a permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía no haya logrado que se forme la convicción en el juzgador mediante las pruebas presentadas, es decir, el oponente de una reclamación o cargo se presume inocente, hasta que no haya certeza irrefutable de su culpabilidad en los hechos materia de imputación"[274]. Con una disposición de responsabilidad inversa, el acusado se enfrenta a una convicción casi segura de culpabilidad por el órgano juzgador, si es que este imputado permanece con una actitud pasiva. Resulta preocupante, como se explicó anteriormente, que la carga inversa de la prueba hacía el acusado, no solo lleve la disminución radical del derecho a la presunción de inocencia, sino también que disminuya derechos conexos a la misma, como lo es el derecho al silencio.

Mientras que la presunción de inocencia y derecho a guardar silencio tienen una relación directa en el sentido de que un cambio en una variable tiene efectos en la otra variable, en la misma dirección, el derecho a un abogado aparentemente tiene una relación diferente con la presunción de inocencia. La presunción de inocencia diluida no significa necesariamente aumentar o disminuir el derecho a un abogado. Sin embargo, muchos plantean que estos dos derechos deben ser vistos como que tienen una relación inversa. Cuanto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de un abogado y, en particular, que este abogado tenga completo acceso a la información que pueda exculpar al imputado. Cuando una carga más pesada se coloca en el imputado, un

273 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3) (g) ("A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable".); Véase también, Human Rights Manual, supra nota 20, p. 240-42 (discutir el apoyo al "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo / el derecho a permanecer en silencio" en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos).

274 Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 483 (1978) (citando 9 J. Wigmore, Evidence § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940)).

abogado es más necesario para ayudar al imputado a cumplir con esa carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, en parte podría aliviarse las preocupaciones sobre los imputados titulares de la carga de la prueba mediante el fortalecimiento del acceso a un abogado defensor y acceso a la información en posesión del gobierno. Como se explica en la Parte IV B, el derecho a un abogado y la falta de acceso a la información pública en China es un problema especialmente grave.

Normas internacionales de derechos humanos apoyan firmemente el derecho a asistencia letrada, independientemente de que exista o no una disposición legal que determine la inversa responsabilidad en la carga probatoria. Además, de esto establecen también que el imputado debe disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y comunicarse con su abogado defensor[275], el PIDCP establece que los acusados tienen como garantía procesal mínima, lo siguiente:

A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo…[276].

Esta garantía es importante para reconocer el derecho a un defensor de su propia selección. Por otra parte, existe la cláusula "el intereses de la justicia así lo exija", cláusula que debe aplicarse cuando el acusado se enfrenta a una disposición responsabilidad inversa. Cuando se enfrentan a la necesidad de refutar la presunción de culpabilidad, el imputado está en la necesidad especialmente grave de tener el acceso a un abogado defensor. La Corte Suprema de los EE.UU. describió con elocuencia la situación de un acusado uncounseled (no asesorado):

Incluso el hombre inteligente y letrado tiene poca y, a veces ninguna habilidad en la ciencia del derecho. Si es imputado de delito, es incapaz, en general, de determinar por sí mismo si la imputación es legal o arbitraria. No está familiarizado con las reglas de la prueba. Sin la ayuda de un abogado, podrá ser sometido a juicio, sin una imputación adecuada, y condenado con evidencia incompetente, o evidencia pertinente a la cuestión o la improcedencia de lo contrario. El imputado carece de la habilidad y el conocimiento suficiente para preparar su defensa, a pesar de que se pueda tener estudios superiores. Se requiere siempre la mano guiadora de un abogado en cada paso del proceso. Sin ella, aunque un imputado no sea culpable, se enfrentará al peligro de la condena, porque él no sabe cómo establecer su inocencia[277].

Un imputado que está acusado en virtud de una disposición de responsabilidad inversa de la carga probatoria y no está familiarizado con las reglas de la prueba, se verá seriamente en el reto de averiguar lo que es tanto su carga; y el tipo de prueba admisible para cumplir con esa carga.

Si el acusado es indigente, el abogado debe asistirlo a expensas del Estado. Para los casos de enriquecimiento ilícito, los acusados son funcionarios gubernamentales y por lo tanto es muy probable que tengan la capacidad para pagar un abogado. De hecho, los acusados que hayan participado efectivamente en el enriquecimiento ilícito estarían en una mejor posición para pagar, al contrario de los que no tuvieron tal enriquecimiento, porque tendrían que invertir sus ganancias lícitas en abogados, aunque el acusado inteligente debería tener cuidado de no levantar banderas rojas relativas a la fuente de los fondos utilizados para su defensa. Sin embargo, es posible que un imputado no tenga los medios para pagar un abogado. Como un ejemplo análogo, cuando dos ex banqueros de China fueron a juicio en el Distrito de Nevada por cargos derivados de la supuesta sustracción de casi medio billón de dólares de China y la entrada ilegal de este capital en los Estados Unidos de América, tenían un abogado de oficio, dado que parte de su tesis de defensa era acreditar su estado de quiebra[278]. Sin embargo, los banqueros fueron

275 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(b).

276 Id. art. 14(3)(d); véase también Human Rights Manual, supra nota 20, p. 235-36 (discutir el derecho a la asistencia jurídica en los Tratados de Derechos Humanos, incluido el Pacto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión).

277 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 69 (1932).

278 Véase, Supercrooks or Sitting Ducks?, Bloomberg Businessweek, Nov. 13, 2006, disponible en http://www.businessweek.com/magazine/content/06_46/b4009078.htm.

condenados posteriormente y se les ordenó pagar $ 482 millones en reparación civil[279].

No solo el imputado necesita un abogado, el imputado también debe tener acceso a la información y su letrado debe saber cómo utilizar esa información. El acceso a la información en el expediente contable de la entidad pública donde laboró el funcionario cuestionado es básica, pero es especialmente importante cuando el defensor debe preparar sus alegatos para refutar la presunción de culpabilidad. Sería terriblemente difícil entrar en cancha, para refutar la afirmación del fiscal sobre los activos ilícitos, si el acusado no está bien informado respecto a los activos en cuestión y la base fiscal para reclamar que son lícitos. Como tal, si una carga de prueba se desplazan a los imputados, los países que acepten este desplazamiento probatorio deben mejorar los derechos de acceso a información pública para reducir las preocupaciones tanto de que imputados inocentes sean declarados culpables como resultado de ser atrapados con la guardia baja y que los imputados, con independencia de que realmente poseen bienes ilícitos.

La provisión de un abogado, no sustituye completamente la preocupación que tendrá un imputado frente a la responsabilidad de tener una carga de la prueba y que antes de la elaboración de su teoría del caso ya se le tome como culpable. Aun así, el acceso gratuito a un letrado satisface en parte el derecho de defensa que goza el imputado, por el hecho de ser persona[280].

B. Los desafíos que encuentran los imputados en la China de hoy

Mejorar el derecho al acceso a un abogado como un contrapeso a la diluida presunción de inocencia, plantea desafíos especiales en el contexto de China. El derecho a un abogado en China está limitado por la ley y la práctica[281]. Hoy en día, hay una escasez de abogados defensores y, en la minoría de los casos en que se representa al imputado, los importantes retos de actuar como un celoso defensor y el montaje de una defensa eficaz crea la disyuntiva sobre si la elevación del nivel de prueba de parte, podrá generar –como debería ser- una antítesis sólida frente a la acusación del Fiscal, estudios estadísticos en China revelan que[282]: "Aunque no es difícil acceder a un abogado defensor, la mayoría de los acusados no están representados por un abogado durante el juicio… Incluso si la ley china exige que cada imputado sea representado por un abogado, China simplemente no tiene suficientes abogados para manejar todos los casos penales" [283]. Adicionalmente, debido a que el artículo 395, no entra en el ámbito de los delitos para los que pueda haber gratuidad en la asesoría legal, los acusados de cargos de enriquecimiento ilícito deben autofinanciar la asesoría de sus letrados[284].

En la práctica, la capacidad de los abogados para acceder a los clientes que requieren asistencia y a la información sigue siendo muy restringida[285]. En las reformas sugeridas a la Ley de Enjuiciamiento

279 U.S. Department of Justice, Press Release, Former Bank of China Managers and Their Wives Sentenced for Stealing More Than $485 Million, Laundering Money Through Las Vegas Casinos, Mayo 6, 2009, http://www.fbi.gov/lasvegas/press-releases/2009/lv050609.htm.

280 Cf. Damaška, supra nota 239, p. 387 ("Todo lo cual no quiere decir que no hay límites a la adaptación de las demandas de justicia a los contextos específicos. En todas las permutaciones a las que estas demandas pueden ser sometidas, a un núcleo mínimo elusivo, o kernel, no puede ser ignorado sin comprometer las duramente ganadas logros de la civilización".).

281 CPL, supra nota 109, art. 34; véase además Borrador del 2011 CPL, supra nota 13, art. 34.

282 Véase, Jerome A. Cohen et al., Report of the Mission to China of the Association of the Bar of the City of New York December 6–17, 2009, 48 Colum. J. Transnat'l L. 519, 525–27 (2010) (informar los impedimentos a la labor de los abogados en China); Dui Hua Human Rights Journal, Translation: How "Three Difficulties" of Criminal Defense Became "10 Difficulties" (Feb. 2, 2010), http://www.duihuahrjournal.org/2011/02/translation-how-three-difficulties-of.html (traduce y comenta en este artículo sobre las crecientes dificultades de llevar a cabo el trabajo de defensa penal en China).

283 Belkin, supra nota 123, p. 104; Véase también, MCCONVILLE, supra nota 120, p. 293-94 (informa de que "existen muchos acusados ante el tribunal sin ningún tipo de representación legal").

284 CPL, supra nota 109, art. 34; Véase también Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 34.

285 Véase, v.g., Qin Xudong, Rights of Defendants in Criminal Proceedings: To what extent can suspects defend themselves?, Caixin Online, Feb. 9, 2010, http://english.caing.com/2010-02-09/100117003.html ("Las actividades de los abogados bajo la mayoría de condiciones, incluidas las reuniones con su cliente, implica la participación o aprobación del personal de investigación, de acuerdo con la ley".); Belkin, supra nota 123, p. 103 (la crítica de las reformas en 1996, se constituyen con miras a detener el prejuzgamiento de los jueces a consecuencia de que limitan aún más el acceso de la defensa a la información).

Criminal, varios abogados de la República Popular China hicieron hincapié a los principales desafíos que enfrentan como: tratar de acceder a los archivos de casos, realizar investigaciones, y abogar por sus clientes en la Sala del Tribunal[286]. La revisión de 2007 efectuada a la Ley de Abogados[287] tomó medidas menores para remediar estos problemas, pero las disposiciones más favorables en la Ley para el Acceso a la Información de los Imputados, no son consistentes con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que con frecuencia se ve ponderada en perjuicio del imputado. El Proyecto del CPL 2011 indica modestas mejoras mediante la armonización de disposiciones relativas a las reuniones con los clientes en la Ley de Abogados[288], dar contenido a los procedimientos para acceder a los expedientes, e indicar claramente que los abogados pueden ser considerados letrados que ofrecerán la carga de la prueba (en comparación con solo la prestación de asistencia jurídica) durante la etapa de investigación[289]. La sugerencia del proyecto de un papel protagónico de la justicia gratuita aumenta las esperanzas de que las revisiones puedan dar lugar a algunos cambios significativos a pesar de que la mayor parte de la Ley, ha permaneciendo inalterada[290]. En términos prácticos, el Proyecto de CPL 2011 reformará algunas partes de las disposiciones actuales de procesamiento penal –más arraigadas al sistema inquisitivo–[291]. Cuando se habla de la capacidad de los sospechosos de tener abogados presentes, el profesor Zhang Jianwei de la Universidad Tsinghua señaló que la realidad judicial no cambiaría, si no existe un reglamento o un mayor presupuesto gubernamental para implementar estos nuevos mecanismos[292]. Más adelante, pidió a las autoridades del Gobierno limitar sus poderes para "medir a un tigre por su piel" (与虎谋皮) –un proverbio chino para pedir a una persona a actuar contra sus propios intereses–[293]. En cuanto a los proyectos de procesamiento penal, parece que el tigre ha logrado mantener su piel casi intacta.

En algunas áreas del Proyecto de CPL de 2011, donde los derechos de los imputados parecen fortalecerse, hay serias dudas de que estas revisiones se traduzcan en la práctica. Por ejemplo, el abogado de Tian Wenchang pregunta el significado de las disposiciones sobre el acceso a los expedientes, de los casos en que su experiencia personal ha demostrado que las autoridades del gobierno pueden impedir dicho acceso, declarando improcedentes las solicitudes de copias o subiendo excesivamente las tasas para las copias simples y/o certificadas[294]. Por otra parte, respetados tratadistas chinos especializados en el procedimiento penal como Chen Weidong, ven de manera positiva las disposiciones relativas a las reuniones entre abogado y cliente, como indica el Proyecto de la Reforma de 2011[295], a pesar que es necesario el consentimiento de los investigadores para cumplir la solicitud de entrevista con el defendido, en los delitos graves de cohecho y enriquecimiento ilícito[296]. Es muy necesario que si los abogados deben esperar una aprobación para acceder a la documentación, esta sea conservada en cadena de custodia para que se mantenga sin cambios[297]. El profesor Chen Guangzhong ha criticado que la Ley de Abogados siga con muchas lagunas y esto ocurre porque no se pone la defensa letrada al mismo peso que la parte acusadora representada por fiscal[298].

Las revisiones del Código de Procedimiento Penal son correctas al, no implantar ningún mecanismo

286 Tian Wenchang & Chen Ruihua (田文昌， 陈瑞华), <中华人民共和国刑事诉讼 法>律师建 议稿与论证 4-5 (2007).

287 Véase, Lawyer's Law, supra nota 147, arts. 33-34.

288 Véase, 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 37.

289 Véase, id. art. 33.

290 Véase, id. art. 34.

291 Véase, id. art. 38.

292 Chen & Jiao, supra nota 149 (张建伟：“法工委有他的难处，有一些规定如果写得太进步 了， 很有可能最后难以落实，最后摘掉。”.).

293 Id. (张建伟：“现在是“与虎谋皮”式的立法，要限缩国家机关权力，首先要经过国 家机关 同意才行”).

294 Véase, Tian, supra nota 141.

295 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈卫东: “草案的规定带来一 个重要的变化， 所有的案件都可以请律师了，这是个前提。限制会见的只有这三种，我觉得这是一种进步”).

296 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 37.

297 Véase, id. art. 41.

298 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈光中： ”草案确实与律师法有差距， 辩方调查取证都要经过批准、同意，规定得太死，控辩不平等”.).

legal para cambiar la redacción o interpretación del artículo 306 del Código Penal, que somete a los abogados de la responsabilidad penal si se falsifican pruebas o inducen a testigos para cambiar su testimonio[299]. Las condenas previstas en el artículo 306 no son comunes, pero la amenaza de la investigación y el enjuiciamiento, tienen un buen efecto disuasivo preventivo general. Sobre la base de 194 entrevistas con abogados dedicados a defensa penal de China y otros informantes, Sida Liu y Halliday Terence han encontrado que[300]: "el 62% de los encuestados sabía de casos de abogados locales que fueron detenidos o acusados de violar el artículo 306, y el 31% consideró que el artículo afecta sustancialmente su trabajo de defensa penal. Otro 42% informó de que el artículo no tenía un impacto relevante en su trabajo"[301].

Si por un lado le queda a la parte imputada su derecho a la impugnación, China no separa la culpa y las fases de la pena del juicio, un acusado que mantiene su tesis de inocencia se coloca en una situación precaria, dado que, al mismo tiempo deberá acreditar pruebas que podrán ser usadas en su contra y, las cuales al ser pruebas colectivas no podrán ser retiradas por estrategia procesal. No hace falta decir que esta es una posición difícil de sostener con eficacia, aunque sea por un abogado experto. El Proyecto de CPL 2011 tiene la desventaja potencial de implementar mecanismos en la determinación judicial de la pena, cuando el imputado se acoja a la confesión sincera, podemos observar como la tesis de reforma procesal en China se alinea más a un concepto que parte con la premisa que el imputado es culpable, en lugar de tener la premisa de que es inocente y darle mecanismos efectivos para que en un contexto de igualdad de armas demuestre su inocencia[302].

En vista de la gran cantidad de retos para plantear una defensa técnica en China, sin duda la inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es una disposición que tienen problemas en su uso. Si China finalmente procede a regular un derecho expreso al silencio y/o la presunción de inocencia en el Código de Procedimiento Penal, estos derechos quedarán solo en el papel, y seguirán siendo frágiles en la práctica, sin abogados defensores que puedan exponer las debilidades de la teoría del caso del fiscal, este desafío se amplificará con las disposiciones de responsabilidad inversa de la carga de la prueba.

V. CONCLUSIONES

Al escribir acerca de la presunción de inocencia en China, en un artículo de 1982, Timoteo Gelatt advirtió: "Los observadores extranjeros harían bien en tener cuidado con la formación de las primeras conclusiones sobre la presunción de inocencia en China, porque la última palabra sobre el tema está lejos de ser dicha" [303]. Treinta años después, seguimos sin conclusiones firmes. Sin embargo, las realidades políticas de la creciente preocupación sobre la corrupción, junto con las restricciones enérgicas al trabajo de la defensa penal indican; al menos en lo que respecta a los delitos de corrupción, que la garantía de la presunción de inocencia no tiene un futuro prometedor en China. Tomando una postura práctica, el enriquecimiento ilícito es un área donde las cifras estadísticas en China diluyen la presunción de inocencia a favor de los funcionarios implicados.

Teniendo en cuenta lo dispuesto sobre responsabilidad inversa en la carga de la prueba hacia el imputado, en el contexto del enriquecimiento ilícito, esta puede desencadenar un argumento que ilustre los horrores de los países que cada vez más reducen poco a poco la presunción de inocencia en nombre de otros valores. Cualquier asignación de flexibilidad debe hacerse con cautela y con franqueza. Si una mayor carga de la prueba se coloca sobre el hombro de la parte imputada, es particularmente importante centrarse en la capacidad del acusado para cumplir con esa carga. En consecuencia, propongo que, si la ley dice que "hay que explicar," es muy necesario dotar medidas complementarias para proporcionar primeramente un abogado que efectivamente pueda guiar a la parte demandada en el proceso. Si el acusado se ve incapaz

299 Código Penal, supra nota 9, art. 306.

300 Gelatt, supra nota 17, p. 316.

301 Sida Liu & Terence C. Halliday, Political Liberalism and Political Embeddeness: Understanding Politics in the Work of Chinese Criminal Defense Lawyers, Law & Soc'y Rev. (próximo 2011) (Feb. 8, 2011, borrador p. 10).

302 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 117 ("侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候， 应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从 宽处理的法律规定".).

303 Gelatt, supra nota 107, p. 316.

de cumplir con esta carga, a continuación, el abogado puede cambiar su enfoque –deducir medios técnicos de defensa- para ayudar con el plea bargaining.

Hoy en día, los acusados en China se enfrentan a una tarea de enormes proporciones cuando se trata de convencer al Tribunal que el imputado está entre ese uno por ciento que en realidad será absuelto de los delitos imputados. Este reto es aún más grande cuando el demandado tiene la carga de refutar un elemento del delito. China tras las reformas al Código de Procedimiento Penal presenta una oportunidad para reconocer este desafío de manera abierta y tomar medidas tanto para mejorar la presunción de inocencia en general, y para proporcionar posibilidades de una defensa más sólida, sobre todo cuando uno es imputado de un delito por el cual la presunción se vio diluida. En cuanto a las revisiones al Código de Procedimiento Penal, que están a punto de ser promulgados como ley, somos de la opinión, que al parecer es el mejor de los modestos pasos hacia la mejora de los derechos de los acusados. Sin embargo, la última palabra sobre la presunción de inocencia en China todavía está lejos de ser dicha.

A CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Elena BURGOA*

SUMARIO: I. O Contexto: Pacto Global e Corrupção. II. O Sector corporativo e as dinâmicas de corrupção. III. A repercussão dos métodos de integridade. IV. Alguns aspectos sobre o controlo legislativo (internacional e doméstico) sancionatório da corrupção. V. Considerações finais.

Actualmente ninguém duvida da importância do Global Compact, lançado pelas Nações Unidas para a solução dos vários desafios e ameaças globais, através da aceitação e da implementação de um conjunto de princípios básicos (*Ten Principles*) sobre Meio Ambiente, Direitos Humanos e do Trabalho, e corrupção. Reconhece-se, em forma de consenso universal, o valor dos 10 princípios do Pacto Global porque eles vêm da: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Declaração de Princípios da Organização Internacional do Trabalho, em matéria de direitos fundamentais no trabalho, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Neste cenário, cumpre, assim, destacar o último, o 10. Princípio acrescentado pelo Pacto Global da ONU, que tem assumido maior protagonismo e interesse no conceito de Responsabilidade Social Empresarial (SER), afirmando que "as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e suborno".

I. O CONTEXTO: PACTO GLOBAL E CORRUPÇÃO

Importa ter bem presente que o Pacto Global *(Global Compact)* pelas Nações Unidas (2000), a maior iniciativa global de cidadania corporativa, estimula as empresas de todo o mundo a alinhar as suas operações em dez princípios de conduta empresarial responsável e sustentável (*Ten Principles*)[1]. Ou seja, pretende-se que sejam parte da solução dos vários desafios globais, através da aceitação e da implementação de princípios básicos, em matéria de Meio Ambiente, Direitos Humanos e do Trabalho, e da corrupção.

Na verdade, os 10 princípios do Pacto Global consagram o mais exigente e completo código ético para as empresas da modernidade pautarem a sua conduta com as diferentes partes interessadas. E, desde então, estão a penetrar gradualmente no ambiente corporativo de forma particularmente surpreendente e, simultaneamente, com outro conjunto relevante de iniciativas voluntárias[2].

* Profesora de Derecho penal de la Universidad Nova de Lisboa, Portugal.

Este texto serviu de base à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, subordinado ao tema "A responsabilidade social das empresas", que teve lugar na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, a 26 de Novembro de 2010.

1 Refira-se que o Pacto Global das Nações Unidas, constitui uma rede lançada em 1999 pelo então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, para a implementação de uma série de princípios básicos relacionados com a Responsabilidade Social das Empresas. É uma iniciativa que compreende actores múltiplos. Assim, sob a coordenação da Oficina do Pacto Global, trabalham uma serie de agências da ONU: a Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (ACNUR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa de Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUDI) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Participando, além disso, outras partes interessadas: as empresas, trabalhadores, organizações da sociedade civil e governos.

2 Sem dúvida, o Pacto Global representa uma iniciativa de relevo lançada pelas próprias empresas. É importante salientar que partindo da importância da luta contra a corrupção como um aspecto que incide directamente sobre a gestão das empresas, e simultaneamente, do interesse do sector empresarial em promover a auto-regulação como alternativa das regulações estatais – e ainda, o interesse de algumas empresas líderes em responsabilidade social por elevar o nível do comportamento social e ambiental do sector empresarial, tem surgido, paralelamente aos instrumentos internacionais, uma variedade de alternativas de carácter voluntário em diversos âmbitos com projecção no sector corporativo. Além do Pacto Global, podem identificar-se as seguintes iniciativas surgidas nos últimos 15 anos: as Regras do Código de Conduta da Câmara Internacional de Comercio (ICC) para combater

É importante compreender que estes Dez Princípios assumem especial relevância porque partem de um consenso universal, já que eles derivam da: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Declaração de Princípios da Organização Internacional do Trabalho em matéria de direitos fundamentais no trabalho, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. De entre estes desafios e ameaças globais que têm moldado a agenda internacional da RSE, o tema da corrupção tem vindo a conhecer maior visibilidade nos últimos anos, facto a que não é porventura alheio o esforço de diversas instâncias internacionais (como a OCDE, Nações Unidas, União Europeia, etc.) no lançamento de instrumentos normativos internacionais, e o desempenho de organizações internacionais não governamentais como Transparência Internacional. E, certamente também, da repercussão nos meios de comunicação de grandes escândalos envolvendo figuras públicas.

Hoje é consensual que a corrupção não é uma questão periférica, mas sim uma preocupação central para o sector de negócios - seja nos países em desenvolvimento, com nos emergentes ou nos industrializados. Neste sentido, o Relatório Global de Corrupção de 2009 afirma de forma contundente que "A corrupção é um desafio central e crescente para as empresas e sociedade, desde os vendedores informais nos países menos desenvolvidos até às empresas multinacionais em países industrializados, para cidadãos, comunidades e nações, no mundo inteiro"[3].

Sendo, por isso, pacífico dizer que constitui um grave problema para grandes empresas, médias e pequenas empresas, e empreendedores individuais. Só assim se compreende que o 10. Princípio acrescentado em 2004 pelo Pacto Global da ONU, que afirma que "as empresas devem: [...] 10. *Actuar contra qualquer forma de corrupção, incluindo a extorsão e suborno*" tenha aparecido cada vez com mais interesse e protagonismo no conceito e agenda RSE.

Assim, o aspecto mais importante e digno de elogio será porventura o compromisso que surge para as empresas signatárias do pacto Global com a adopção deste princípio. Além da obrigação de evitar o suborno, a extorsão e outras formas de corrupção, obriga a desenvolver políticas e programas anti-corrupção. Neste sentido, interessa destacar que para a implementação destas políticas e programas, a Oficina do Pacto Global promove a utilização de ferramentas, nesta matéria, disponibilizadas pela Transparência Internacional e pela Câmara Internacional de Comercio[4]. Em Portugal, os dados estão também lançados, pois a Rede Portuguesa Global Compact (RPGC), através da Associação Portuguesa de Ética Empresarial (APEE); tem como objectivo a aplicação e difusão dos princípios do GC.

A tarefa não é fácil, pois a política do pacto Global[5] pede às empresas participantes (de todas as dimensões e sectores) o compromisso de fazer dos seus dez Princípios parte das suas estratégias e operações do dia-a-dia. Assim como, o de divulgar anualmente os avanços realizados na implementação dos dez princípios às partes interessadas (por exemplo, investidores, consumidores, sociedade civil, governo, etc.). Diga-se, já agora, que desde 2008 foram retiradas 630 empresas da lista

a Extorsão e o Suborno de 1996, sucessivamente actualizadas, v. http://www.iccwbo.org/ ; os Princípios empresariais para travar o Suborno, lançados por *Transparency International y Social Accountability International*, em Dezembro de 2002; a Iniciativa de Parceria Estratégica contra a Corrupção (os Princípios PACI), uma iniciativa do Foro Económico Mundial com o apoio de Transparência Internacional e o Instituto de Governabilidade de Basileia, de 2004 que promove um programa de tolerância zero envolvendo todas as partes interessadas na implementação de programas anti-corrupção internos efectivos; Na América Latina, o Pacto Empresarial para a Integridade e Contra a Corrupção, formulado em 2006 pelo Instituto Ethos; Directrizes da Câmara Internacional de Comercio (ICC) sobre o Canal de denúncias, de 2007, para a detecção de potenciais comportamentos corruptos ou fraudulentos realizados nas empresas; no sector das indústrias extractivas, está a Iniciativa para a Transparência das Industrias Extractivas (EITI), lançada em 2002 na Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Joanesburgo que envolve diversos actores (governos, organismos internacionais, investidores, empresas e sociedade civil com o objecto de apoiar a governabilidade nos países ricos em recursos naturais através da verificação e divulgação dos pagamentos das empresas e das receitas governamentais provenientes do gás, petróleo, e recursos mineiros.

Refira-se, ainda, que na base das iniciativas empresariais de combate à corrupção está a ideia de que uma maior coesão empresarial é um requisito básico para o sucesso das medidas no sector.

3 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xv, v.http://www.transparency.org/publications/gcr.

4 V. http://www.transparency.org/tools; http://www.iccwbo.org/policy/anticorruption/.

5 V. http://www.unglobalcompact.org/**.**

de participantes do Pacto Global por falta de comunicação sobre os progressos realizados durante três anos consecutivos.

Consolida-se, assim, neste Décimo Princípio, um "complemento em positivo" das outras iniciativas[6], ou seja, convida as próprias empresas a actuar contra a corrupção, a ter uma atitude pró-activa na gestão deste risco, enquanto que, na regulamentação das convenções internacionais, recomenda-se aos Estados que sancionem como crime determinados comportamentos. A consagração deste Décimo Princípio veio, também, confirmar e revalidar os mecanismos da ética privada empresarial, reforçando, por sua vez, a ética pública ao instar aos agentes privados a actuar contra as diversas formas de corrupção[7].

Além do mais, o Decimo Princípio acaba por compreender o fenómeno numa perspectiva abrangente, isto é, incorpora uma noção muito ampla de corrupção. De facto, constitui um aspecto positivo a abstenção de atribuir à matéria qualquer definição do que se deve entender por corrupção, pois não se apresenta como tarefa fácil dar conta dos vários sentidos que foram já atribuídos à expressão. O conceito mais difundido de corrupção, acolhido entre outros por Transparência Internacional, é o de uso em proveito privado de um cargo ou função (pública). Não é, assim, de nenhum modo estranho, que neste âmbito, tenha prevalecido como um dado adquirido esta concepção, pois, de facto, a fórmula "incluindo a extorsão e o suborno" parece apontar para um amplo sentido de "uso indevido de posição para a obtenção de ganhos privados".

No mundo dos factos, a escala e o alcance do suborno são inquietantes e dramáticos. Segundo dados do Relatório Global de 2009, duas de cada cinco empresas entrevistadas afirmam que os executivos foram solicitados a realizar pagamentos ao lidar com instituições públicas. E a metade estima que a corrupção aumenta os custos de projectos em, no mínimo, 10%. E uma em cada cinco empresas alega ter perdido negócios devido a pagamentos ilegais por parte de um concorrente. E mais de um terço percebe um aumento da corrupção[8]. Além de que, em concreto, o suborno (tradicional) de funcionários públicos para ganhar contratos públicos, e agilizar procedimentos é uma preocupação central e constante. Numa pesquisa realizada pela *Transparency International*, em 2008 no sector empresarial com mais de 2.700 executivos de 26 países, quase dois quintos informaram que no ano anterior lhes tinha sido exigido o pagamento de suborno durante contactos com uma série de instituições que oferecem serviços essenciais para o sector de negócios, como autoridades fiscais ou provedores de serviços básicos (*Bribe Payers Índex*" Berlim: TI, 2008). De igual modo, noutra pesquisa com mais de 1.000 executivos, quase um quinto alegou ter perdido oportunidades de negócios devido ao pagamento de subornos por um concorrente, e mais de um terço tinha a impressão de que a corrupção estava a aumentar. Idêntica leitura retira-se, também, de outro instrumento importante da TI: o Índice de Percepção da Corrupção de 2010, de representação ou percepção da corrupção pelos cidadãos. O CPI 2010 revela que quase 75% dos 178 países incluídos no Índice obtiveram uma pontuação abaixo de cinco, numa escala de 0 (percepção de altos níveis de corrupção) a 10 (percepção de baixos níveis de corrupção), indicando a existência de um grave problema de corrupção. Verifica-se que a tabela é liderada pela Dinamarca, Nova Zelândia e Singapura, com idêntica pontuação (9,3), seguidos da Finlândia e Suécia (9,2), sendo os últimos lugares ocupados pela Somália (1,1), Myanmar (1,4), Afeganistão (1,4) e Iraque (1,5)–quase sempre os países mais pobres, com governos instáveis ou envolvidos em conflitos. Portugal, com uma pontuação de 6 valores (em 10), encontra-se no 32 lugar dos 178 avaliados. Subiu uma posição no ranking anual da corrupção. Contudo, esta análise é superficial, uma vez que, como refere Paulo Morais, esta posição corresponde ao 34 lugar do ranking, sendo que dois dos países melhor classificados, Santa Lúcia e São Vicente & Grenadine, não foram este ano avaliados[9]. Repare-se que em 2009,

6 Pablo Garcia Mexia, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, N° 96, noviembre-diciembre 2004.

7 Como aponta Pablo Garcia Mexia, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, N° 96, noviembre-diciembre 2004.

8 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xv, v.http://www.transparency.org/publications/gcr.

9 Vice-presidente da TIAC, v. http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/ **.** A Transparência e Integridade – Associação Cívica (TIAC), ponto de contacto nacional da *Transparency International* em Portugal, foi criada em Lisboa, no 17 Setembro de 2010, tendo como missão contribuir para o fortalecimento da cidadania e promoção da transparência, da integridade e da responsabilidade.

Portugal ocupou a 35.ª posição, com 5,8 valores[10]. A propósito deste enquadramento é interessante notar, com Paulo Morais, que *"uma vez que a avaliação do comportamento destes índices internacionais deve ser feito ao longo do tempo, notamos que a tendência de Portugal na última década vem sendo de depreciação. No início da década, em 2000, ocupava a 23.ª posição, com um ranking de 6.4.". Porém, considera que apesar de "numa observação transversal ao longo dos últimos anos há [haver] pois uma queda de cerca de meio valor e uma perda de dez posições no ranking. A variação verificada este ano (uma posição no ranking e 0.2 no score) não é significativa, pelo que se pode concluir que Portugal se mantém estável na escala"*[11].

Ainda assim, a par dos referidos aspectos negativos há boas notícias. Predominam, apesar de tudo, os aspectos positivos. Sendo que o próprio Relatório Global de Corrupção de 2009 diz –como mensagem central– que "*após uma primeira onda de activismo contra a corrupção e actividades de responsabilidades social empresarial (SER), as empresas no mundo inteiro possuem, hoje, uma responsabilidade mais evidente, um interesse próprio mais profundo e um potencial maior para assumir um papel no combate à corrupção"*[12]. Note-se que também no sumário executivo de 2009 (TI, p. xiv), em jeito de conclusão, se acaba por afirmar que apesar destas representações e de grandes escândalos de corrupção divulgados, houve um progresso e desenvolvimento real em direcção a uma maior integridade empresarial.

II. O SECTOR CORPORATIVO E AS DINÂMICAS DE CORRUPÇÃO

Como facilmente se compreende, convém reconhecer que o sector privado é um agente principal, porque além de quem solicita ou recebe um suborno, está quem realiza o pagamento da vantagem. O que significa que é no sector corporativo que está a base das práticas corruptas, e também, a base, a linha de frente, na luta contra a corrupção. Vale a pena salientar que o sector privado tem um papel importante, e cada vez maior, no avanço do bem-estar das sociedades, comunidades e dos indivíduos. Ora, o sector privado também pode falhar nessa tarefa, dado o potencial destrutivo e consequências negativas das práticas corruptas para o desenvolvimento económico e social (eliminação de desigualdades e da pobreza).

Como se sabe, a palavra corrupção não tem um significado unívoco. Todavia, a acepção mais corrente continua a ser a acolhida pela *Transparency International* que define corrupção como o "abuso de poder confiado para ganhos particulares". O que para as empresas, isso representa mais do que a suposta necessidade de subornar funcionários públicos, isto é, vai além do conceito tradicional de corrupção. Consequentemente, embora na vida das empresas continue a ter grande relevo os pagamentos a funcionários e agentes políticos e públicos, uma parte significativa das práticas corruptas é localizada nas relações comerciais e relações internacionais. Novas formas de "realismo" de corrupção impõem-se, ameaçando um ambiente de negócios competitivo e sustentável. Assim, um amplo leque de práticas corruptas, que incluem corrupção no mercado e transacções transnacionais, vieram colocar em causa a tradicional visão redutora do fenómeno. Isto, através de evoluções normativas recentes com emergência de novas normas jurídicas consagradas neste domínio.

Contudo, o que é digno de nota e atenção é o facto de que em todas estas "realidades" de práticas corruptas as vantagens podem ser às empresas solicitadas, exigidas activamente (extorquidas) ou oferecidas pelas próprias empresas de forma proactiva. Porém, o discurso jurídico põe o foco na forma activa, isto é, na visão corruptora do terceiro (pessoa singular ou colectiva), como explicita o *nomen iuris* do ilícito: "Corrupção activa". O terceiro, a empresa, na verdade é figura central, mas também deve ser pensada diversamente, como personagem passiva ("vítima") em vez de apenas salientar uma ideologia corruptora. Mencione-se, a este respeito, a diferente linguagem do art. 1 (*A infracção por Corrupção de agentes públicos estrangeiros*) da Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, OCDE, em

10 V. uma tabela com a posição de Portugal nos últimos 10 anos, http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/.

11 **V.** http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/.

12 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xiv, v.http://www.transparency.org/publications/gcr.

que o termo "corrupção activa" não foi usado deliberadamente para evitar que um possível leitor, não especializado, entenda que o corruptor sempre toma a iniciativa e o receptor da vantagem meramente se comporta como um objecto ou vítima pacífica, alertando que em muitas situações a iniciativa activa parte do receptor da vantagem[13].

Ainda outro facto merece ser sublinhado: os riscos de corrupção no sector corporativo vão além dos pagamentos indevidos (suborno), pois incluem, entre muitos outros, fraude empresarial, manipulação de contas e uso de informação privilegiada. O que exige, claramente, uma abordagem integrada da integridade.

Mas as dinâmicas de corrupção mais significativas na vida das empresas vêm dos riscos relativos às interacções com fornecedores e clientes[14]. Quanto a esta dinâmica, é claro que a corrupção nas relações comerciais com clientes e fornecedores pode levar à forma clássica de pagamento indevidos a funcionários públicos, mas pode envolver também, por exemplo, na corrupção no sector privado, o suborno de agentes de compras para ganhar negócios em detrimentos de outras empresas do sector. E até, num ambiente de mercado mais amplo, o abuso do poder confiado pode envolver o conluio de preços com concorrentes, lesando os mercados e os consumidores.

Uma breve palavra, ainda, para os terceiros, que estão entre as empresas e os clientes. De facto, estes constituem um dos problemas mais perigosos. Certo é que quando uma empresa se expande internacionalmente, os riscos de corrupção, à partida, nas relações com fornecedores, clientes e prestadores de serviços podem aumentar drasticamente. Mas, para além desses riscos, há este grave risco, pois, é recorrente que empresas transnacionais sem conhecimento do mercado local ou contactos de negócio, geralmente contratem representantes ou actores locais, que sem uma selecção cuidada poderão apelar para o pagamento indevido de vantagens a fim de atingir os resultados para os quais foram contratados. O que implica uma externalização da corrupção.

Ora, um bom plano ou programa de prevenção de riscos requer considerar que a corrupção pode penetrar em todos os aspectos das operações de negócios. O denominador comum de todos os actos corruptos é que eles lesam, pelo menos, uma das partes envolvidas na transacção, resultando, assim, favorecidos um fornecedor ou prestador de serviços de qualidade inferior, ou menos diligente na prestação de serviços, um funcionário menos qualificado, etc. A longo prazo, todavia, todos os participantes do mercado, e a sociedade como um todo, resultam afectados. É claro que o pagamento de suborno aumenta a incerteza e os custos dos negócios para todos. Ao mesmo tempo, não se deve ignorar que fomenta uma cultura e prática de desonestidade e decadência moral, que abre as portas para a prática de outros tipos de actos empresariais ilícitos. Mas, talvez o efeito mais grave seja que o suborno solapa os princípios empresariais fundamentais da concorrência leal e da selecção baseada no mérito, pré-requisitos para que os mercados produzam inovação, eficiência, aumento de produtividade e crescimento. Em definitivo, em essência, a corrupção nas relações comerciais, tanto dentro do âmbito privado como entre os sectores público e privado, apresenta uma ameaça fundamental para a confiança nas economias de mercado e para o seu funcionamento.

Na verdade, existe hoje um forte consenso entre os economistas de que o suborno comercial, isto e, a chamada corrupção no sector privado tem consequências negativas para o funcionamento dos mercados e das economias. A corrupção no mercado impede a concorrência leal, os preços justos, provocando perda de oportunidades de negócio[15].

Por outras palavras, constitui uma barreira à competitividade, um grave obstáculo ao desenvolvimento económico e social. Deste modo, veja-se

13 V. Comentários à Convenção sobre a luta contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais, Generalidades (1), http://www.oecd.org**.**

14 Embora, também seja significativa o potencial de corrupção na dinâmica de obtenção de financiamento, isto é, na obtenção de empréstimos bancários.

15 Neste sentido, a Câmara de Câmara de Comércio Internacional refere: "O combate à corrupção no sector privado será um elemento primordial dos esforços em todo o mundo para criar um ambiente justo para todos os participantes do mercado, para promover a confiança dos sectores públicos e privado no Estado de Direito, e para reduzir os custos de operações transfronteiriças" Câmara de Comercio Internacional, 2006.

que, actualmente, o combate já ultrapassou a simples obrigação moral, para se transformar num problema económico. Aliás, exemplo desta equação corrupção/economia é dado na afirmação da OCDE, na sua Convenção contra a Corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transacções comerciais internacionais, de que "a corrupção deixou de ser um negócio como qualquer outro". Assim, a "revolução de costumes" imposta, dadas as consequências negativas, não deve surpreender. Aliás, o argumento das empresas em combater a corrupção nunca foi mais forte, porque a corrupção, além de corroer o funcionamento do mercado, coloca em risco a própria reputação das empresas (outro activo importante).

Porém, o problema da corrupção (no sector privado e comércio internacional) não deve ser visto como um problema das grandes empresas. As pequenas e médias empresas (PMEs) são também vulneráveis à ameaça da corrupção. Por isso, o Relatório Global da Corrupção de 2009 encarrega-se de lembrar que "Ajudar as PMEs a resistir à corrupção é um componente essencial de qualquer iniciativa abrangente contra a corrupção e pode evitar que elas se tornem o elo mais fraco". E, de facto, as empresas multinacionais apesar de enfrentarem riscos significativos de corrupção, estão excepcionalmente posicionadas para liderar (ajudar e apoiar) os mais pequenos a lidar com a corrupção.

III. A REPERCUSSÃO DOS MÉTODOS DE INTEGRIDADE

Pela enorme importância e interesse que a prevenção suscita em qualquer programa de combate à corrupção, como demonstra a própria Convenção das Nações Unidas ao dedicar o seu primeiro capítulo à prevenção, uma breve referência aos métodos de integridade não pode naturalmente ficar em claro nesta intervenção.

Assim, actualmente, o método mais promissor para o combate a corrupção nos negócios é preventivo: elevar a integridade corporativa para enfrentar os desafios que a corrupção coloca ao crescimento e desenvolvimento económico É necessário ter presente a constatação que resulta do Relatório Global de Corrupção de TI de 2009, de que empresas com programas anticorrupção e normas éticas reduziram em até 50% a incidência de corrupção, e se tornaram menos passíveis de perder oportunidades de negócios, comparadas com empresas sem esses programas.

Neste contexto, a forma mais sustentável de lidar com os riscos de corrupção é o desenvolvimento de um sistema amplo de integridade empresarial.

Esta cultura de integridade envolve princípios comuns (valores e atitudes) e práticas comuns (normas ou padrões de actuação). Também, é importante incluir elementos de dissuasão (ensinar que a violação das normas acarreta a punição).

Assinalando a importância de cultivar um amplo sistema de integridade, cumpre lembrar que as tentativas de combater os riscos de corrupção no sector empresarial e fortalecer a integridade corporativa passam, no âmbito empresarial, pela existência de uma variedade de mecanismos ou remédios internos para travar a corrupção, desde códigos de conduta, mecanismos de organização corporativa, incluindo a protecção de pessoas que informam sobre actividades ilegais (mecanismos de denúncia), e até o papel crescente dos investidores no incentivo à integridade empresarial. Ao mesmo tempo, convém não esquecer que o envolvimento de outras instâncias (auditores, média, organizações de consumidores e outros observadores da sociedade civil) é vital para deter a corrupção no sector privado. Combinadas, todas estas instâncias e actores anticorrupção formam um amplo sistema de integridade empresarial, proporcionando uma rede de controlos que tornam a integridade empresarial mais sólida e sustentável.

Decididamente, como assinalou o Relatório Global, o desenvolvimento de sistemas de integridade empresarial plenamente eficientes não é apenas uma questão de enfrentar a corrupção empresarial, mas também um mecanismo importante para a estabilidade financeira e económica[16].

Deve dizer-se que, no caso de empresas trans-nacionais, a cultura de integridade terá de ser uniforme e global, aplicada em todas as nações e não ceder às práticas locais, mesmo que, a curto prazo, possa significar a perda de negócios. Quanto às PMEs, a prática revela que frequentemente a falta de recursos também é um grande desafio, pois a

16 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xxi, v.http://www.transparency.org/publications/gcr.

quantidade de pessoas, tempo e dinheiro necessários para criar programas de combate à corrupção será geralmente mais limitada do que em empresas de maior dimensão. Mais, se obter o *quantum* necessário para sobreviver já é uma pressão para muitas PMEs, quanto mais afectar recursos para enfrentar a corrupção. Perante esta constatação, justifica-se, pois, o recurso a sistemas alternativos, às redes de apoio para que as PMEs possam enfrentar a problemática da corrupção de forma coordenada. Neste sentido, não pode ser desprezada a assistência oferecida pela sociedade civil, concretamente a *Transparency International*, que desenvolveu recentemente uma ferramenta para ser usada pelas PMEs, fornecendo orientações muitos claras e exemplos práticos sobre as questões envolvidas e os princípios empresariais para enfrentar as práticas corruptivas, isto é, para criar um programa efectivo de combate ao suborno[17].

Parece-me, também, de utilidade recordar que o que se deverá procurar assegurar, como um incentivo para incorporar ou desenvolver práticas ou uma estratégia preventiva anticorrupção nos negócios, é a compreensão e consciencialização dos outros danos que a mesma causa, tais como a perda de reputação e possíveis condenações. De facto, uma boa reputação de integridade tende a ser cada vez mais importante para que as empresas se tornem atraentes para as instituições financeiras, e até nos processos selectivos para participar por exemplo nas cadeias de fornecimento de grandes empresas, a reputação, é um factor objecto de consideração. De enorme interesse, podem resultar a adopção de outras medidas incentivadoras, como por exemplo, a prática de benefícios, uma taxa de juros mais favorável por parte das entidades bancárias para empresas que tenham implementado planos de combate às práticas corruptivas, para motivar as PMEs a investir nestas iniciativas.

Várias são as formas de minimizar riscos de corrupção. A mais digna de nota é, sem dúvida, a adopção de um Código de Ética. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, entre as medidas a adoptar para prevenir a corrupção, encara como fundamental, no seu art. 12, N° 2, al. b), relativo ao sector privado, "*a promoção da elaboração de normas e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluindo códigos de conduta para o correcto, digno e adequado desempenho das actividades económicas bem como para o exercício de todas as profissões pertinentes*".

Assim, o Código de Ética constitui um instrumento fundamental no quadro da Responsabilidade Social enquanto sistema de transmissão de valores e compromissos da empresa a todos os participantes envolvidos.

O conteúdo, de facto, é muito variado. Os códigos variam desde algumas folhas até uma centena. O seu conteúdo apresenta também diferenças. Existem planos específicos, mas a maioria contém tópicos ligados às questões de conformidade com as leis aplicáveis, isto é, baseiam-se apenas na legislação anticorrupção em causa.

A base para que um código ou plano de prevenção de riscos seja eficiente é que aborde questões que as partes interessadas esperam que a empresa ou instituição responda e que oriente sobre dilemas enfrentados por administradores e/ou funcionários, isto é, deverá ser completo. Curiosamente, sobre a aceitação de presentes, algumas empresas incorporam limites quantitativos para presentes (oferecidos ou recebidos), ou orientações claras (nada de presentes acima de um valor simbólico); outras são menos específicas ("na medida em que não comprometa ou "não viole a cultura local"). Muitas vezes funciona apenas como mecanismo de mera conformidade com as obrigações legais. Uma regra importante aqui seria adoptar padrões éticos superiores aos que exige a lei, por exemplo, nada de suborno, em nenhuma circunstância, em nenhum lugar.

O caso *Siemens* mostra a variedade e o tamanho das dificuldades a enfrentar para implementar os sistemas anti-corrupção. E fala, sobretudo, da inoperância na aplicação do Código de Conduta (que não faltava) e do sistema de integridade da empresa em particular. Embora, neste caso, não ficou claro, não foi apurado se os subornos praticados no estrangeiro foram resultado da política interna empresarial (um sistema de irresponsabilidade organizada de modo tácito) ou de concretas falhas na gestão.

17 Disponível em vários idiomas in www.transparency.org/tools v. Business Principles for Countering Bribary–*Small and Medium Enterprise (SME*). (2.ª ed. 2009).

Não basta, portanto, a adesão a pactos voluntários, pois não assegura um comportamento socialmente responsável por parte da empresa. Para dar vida ao código empresarial será fundamental a monitorização por meio de supervisão interna e externa.

Actualmente, muitas empresas possuem um Código de Ética para os negócios. Mas, curiosamente, o Relatório Global de 2009 divulgou que "quase 90% das 200 principais companhias do mundo inteiro que adoptaram códigos empresariais, menos da metade relata que o cumprimento à legislação é fiscalizado". E mesmo, nas mais de 3.000 empresas que publicaram relatórios de responsabilidade social empresarial em 2007, menos de um terço foi verificado por uma auditoria independente[18].

Por fim, deve fazer-se referência à importância de algumas iniciativas e instrumentos lançados no sector público administrativo e sector empresarial do Estado. Assim, a iniciativa promovida pelo Conselho da Prevenção da Corrupção, na sequência de um questionário realizado junto das entidades públicas, veio a revelar a existência de desconformidades ao nível da execução e acompanhamento de aquisições públicas e concessão de subsídios, através da Recomendação N° 1, de 1 de Julho de 2009, lançada a todas entidades públicas de elaboração de um plano de prevenção e gestão de riscos de corrupção e infracções conexas[19].

Mas, sem dúvida, mais importante do que ter um plano de gestão de riscos de corrupção, importa que cada entidade proceda realisticamente à respectiva implementação e acompanhamento e, em função dessa tarefa, proceder também às necessárias actualizações (correcções) que venham porventura a justificar-se. O que se justifica, pela natureza dinâmica do instrumento. De igual modo, é importante evitar a implementação de um código limitado, "padronizado", pois, é necessário o desenvolvimento de um plano ou código personalizado à situação particular da empresa ou instituição em causa, que reflicta a sua identidade, dilemas e estratégia. Predominam, apesar de tudo, a existência de planos desadequados, por terem adoptado uma espécie de modelo único, igual para instituições muito diferentes. De referir, também, que o CPC recomenda publicitar no *site* da respectiva entidade o Plano de Prevenção de Riscos de Corrupção[20].

Ora, tudo considerado, os planos de prevenção devem ser eficazes, por isso não podem, uma vez feitos, repousar no site das Instituições.

Como bem aponta Neville Cooper, fundador do *London's Institute of Business Ethics*, apesar de um Código, um Plano poder ser um instrumento importante: "*Um código de ética não torna pessoas ou empresas éticas, assim como martelos e serras não produzem móveis. Em ambos casos, são ferramentas necessárias, mas que precisam de design e utilização inteligente*"[21].

IV. ALGUNS ASPECTOS SOBRE O CONTROLO LEGISLATIVO (INTERNACIONAL E DOMÉSTICO) SANCIONATÓRIO DA CORRUPÇÃO

Por fim, mas não menos importante, cumpre apontar alguns aspectos da responsabilidade criminal dos diferentes instrumentos internacionais e nacionais de combate à corrupção.

Tendo em consideração, como pano de fundo, que o direito penal nunca será suficiente para a eliminação da corrupção, mas que a certeza da punição pode inibir a pratica de tais condutas.

Durante muitos anos as nações (desenvolvidas e em desenvolvimento) possuíram legislações pouco abrangentes e muito diversas. Apenas na década de 90 instituições regionais e internacionais como a OCDE, a ONU, esforçaram-se por combater o

18 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xix, v.http://www.transparency.org/publications/gcr

19 V. http://www.cpc.tcontas.pt/ . Segundo dados recentes, já mais de 900 organismos públicos se associaram a esta boa prática, provenientes das mais variadas entidades da Administração Pública. Como tal categoria de práticas era desconhecida na administração portuguesa, o CPC elaborou e divulgou um Guião para auxiliar as entidades a elaborar os seus próprios Planos de Gestão de Riscos (identificando os riscos de ocorrência de actos de corrupção e similares, e, em complemento, definir as medidas tendentes à respectiva prevenção. O mesmo esforço foi também desenvolvido pela Associação Nacional de Municípios (ANMP) que divulgou um Guião ajustado à realidade autárquica.

20 V. Recomendação N° 1/2010, de 7 de Abril, http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacao_cpc_001_2010.pdf . Também, nas acções recomendadas ao sector privado, o Relatório Global de 2009 de TI insta à divulgação das suas actividades contra a corrupção.

21 Neville Cooper, *Developing a Code of Business Ethics* (Londres, Institute of Business Ethics, 1990).

problema da corrupção através de convenções destinadas a harmonizar as leis anticorrupção das diversas jurisdições nacionais. Um impulso notável veio também de outras instituições internacionais, como o Banco Mundial, preocupado com o alto índice de corrupção em programas de desenvolvimento, e de ONGs comprometidas com o combate à corrupção, como a *Transparency International*.

Como é sabido, actualmente existem cinco grandes convenções internacionais anticorrupção. Por ordem cronológica de entrada em vigor, são: A pioneira Convenção Inter-Americana Contra a Corrupção (CILC), adoptada pela Organização dos Estados Americanos em 1996, com entrada em vigor em 7 de Março de 1997, que constitui o primeiro tratado internacional que aborda o tema da corrupção e a primeira iniciativa jurídica regional do mundo em desenvolvimento[22]; A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais, adoptada pela OCDE em 21 de Novembro de 1997, Fevereiro de 1999[23]; A Convenção Penal contra a Corrupção adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho de Europa (COE) em 27 de Janeiro 1999, Julho de 2002; A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ONU, assinada em 15 de Dezembro de 2003, Mérida, entrada em vigor em 14 de Dezembro de 2005[24], o tratado internacional universal de combate à corrupção; e A Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate contra a Corrupção e Ofensas Relacionadas, adoptada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (AU) em Moçambique em 12 de Julho de 2003, e que entrou em vigor em 5 de Agosto de 2006.

Deve sublinhar-se que esta superabundância actual de instrumentos, de bases jurídicas para o combate da corrupção representa um grande avanço e constituem exemplo, paradigma da tendência legal contemporânea na matéria. Contudo, esta profusão (e até confusão) de iniciativas mostra também as dificuldades que o mundo e os países enfrentam nesta matéria. Por outro lado, deve lembrar-se que, de forma geral, os instrumentos jurídicos internacionais não têm eficácia directa no âmbito estatal, já que dependem da implementação de legislação interna para que as suas disposições sejam efectivamente aplicadas. No que toca a este combate, o Estado português, assumiu as obrigações internacionais constantes na Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas de 2003[25], na Convenção de Direito Criminal contra a Corrupção do Conselho de Europa, de 1999[26], na Convenção contra a Corrupção da OCDE, de 1997[27], e na Convenção da União Europeia sobre o combate contra a corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados membros da União Europeia, de 1997.

Todas estas Convenções (excepto a da OCDE) ultrapassam os casos clássicos de corrupção, incluindo uma série de outras infracções conexas, como desvio de fundos públicos e privados, tráfico de influências, enriquecimento ilícito e abuso de poder. Deve notar-se, todavia, quanto ao âmbito de aplicação, que muitas delas incidem apenas sobre o sector público, não abordando a incidência da corrupção no sector privado. Já a Convenção de Direito Criminal contra a Corrupção do Conselho de Europa, a Convenção das Nações Unidas e a Convenção da União Africana dirigem-se também à corrupção no sector privado.

22 V. O texto da Convenção Interamericana Contra a Corrupção in **www.oas.org**. Esta convenção engloba um amplo elenco de práticas corruptas, incluindo desde a corrupção puramente doméstica até a corrupção internacional, embora, seja mais flexível quanto aos crimes de corrupção internacional e de enriquecimento ilícito. Quanto ao crime de enriquecimento ilícito, considerado também um acto de corrupção, dispõe no art. IX que os Estados-parte adoptarão as medidas necessárias para tipificar como delito na sua legislação o aumento do património de um funcionário público que exceda, de modo significativo, a sua renda legítima durante o exercício das suas funções e que não possa justificar razoavelmente, sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico".

23 Disponível em http://www.oecd.org**.** O que demonstra o reconhecimento, pelos países desenvolvidos, que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, a corrupção internacional – global–produz também efeitos adversos nos países fornecedores de pagamentos, comprometendo o desenvolvimento e o funcionamento das instituições ao distorcer a competição internacional livre e justa.

24 Disponível em http://www.un.org**.**

25 Aprovada pela resolução da AR N° 47/2007, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 97/2007.

26 Aprovada pela resolução da AR N° 68/2001, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 56/2001.

27 Aprovada pela resolução da AR N° 32/2000, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 19/2000.

Note-se, assim, que por este caminho, é conferida uma especial relevância jurídica (personalidade jurídica internacional), às entidades de carácter corporativo privado e entidades transnacionais, na medida em que muitas das normas convencionais de Direito Internacional são a estas dirigidas.

Importante, a este propósito, é lembrar que, segundo dados do Relatório Global de 2009, em França, na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos, todos os grandes investidores e exportadores estrangeiros e mais de 80% dos executivos fiscalizados admitiram "não estarem nada familiarizados" com uma das mais importantes bases jurídicas no comércio global, a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais. E que, somente aproximadamente um terço das empresas dos sectores económicos com altos riscos de corrupção – ex. sector de construção e energia – mantinha programas de treino para que os executivos aprendessem a evitar as práticas corruptas[28]. Ora, para o seu cumprimento caberá às distintas instâncias fornecer a informação adequada para a consciencialização das bases dos instrumentos.

Repare-se que, além do aluvião de instrumentos internacionais, no ordenamento português verifica-se, ao lado do regime constante do Código Penal, a existência de uma teia de diplomas avulsos que, além de constituir um obstáculo para os operadores jurídicos, dificulta o seu reconhecimento pelo público-alvo (funcionários, empresas e cidadãos) pelo que perdem visibilidade e potencial impacto para estimular o seu cumprimento. Aceitar, neste âmbito, uma presunção de conhecimento da lei equivaleria, hoje em dia, que se estabelecesse uma verdadeira ficção, tendo em conta a dispersão e abundância de legislação. Temos, ainda, o problema das PMEs que, de um modo geral, pelo contexto complexo em que actuam, será difícil reconhecer ou compreender os limites exactos das práticas corruptivas, pelo que o combate terá que passar, inevitavelmente, pela tomada de consciência das boas práticas incorporadas nos códigos de conduta e pela informação sobre a legislação anticorrupção.

Entre os vários aspectos da legislação internacional e nacional, neste contexto, interessará, em especial, lembrar que as empresas ou entidades corporativas, enquanto pessoas jurídicas, assim como os seus trabalhadores e administradores, podem ser legalmente responsabilizados por corrupção. De facto, uma das melhorias da legislação portuguesa (na senda proposta pelas convenções internacionais) com um impacto significativo é a ideia de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática dos actos corruptos previstos nos arts. 372 a 374 CP (arts. 11 e 90-A a 90-M do CP, através da Lei 59/2007). Rigorosas sanções contra empresas poderão constituir uma sanção tão eficiente como as sanções criminais contra indivíduos.

Uma questão de interesse, que cumpre realçar, ainda a propósito da possibilidade de uma empresa responder criminalmente por estes crimes, é relativo à (ampla) exclusão pelo art. 11, N° 3, al. a) e b) do CP das pessoas colectivas públicas (entidades públicas empresariais e entidades concessionárias de serviços públicos). Contudo, anota a doutrina que essas entidades respondem criminalmente sempre que tenham agido sem as prerrogativas de poder público[29]. Parece-me que essa é a decisão acertada, uma vez que a Convenção do Conselho de Europa excepciona apenas às "entidades públicas no exercício das prerrogativas de poderes públicos e das organizações internacionais públicas" (art. 1, al. d).

Em relação às sanções, numa referência sumária, os textos internacionais exigem sanções *efectivas, proporcionais e dissuasivas* para infracções de suborno, e exigem o confisco ou perda da vantagem do suborno ou de quaisquer ganhos dele provindos. A perda de vantagens é um tópico de alta relevância na agenda anti-corrupção. Repare-se que a Convenção das Nações Unidas dedica todo o Capítulo V à recuperação de activos. A este respeito, o legislador português, com a reforma operada pela Lei 32/2010, quis tomar posição e eliminar a restrição da perda das vantagens (directamente adquiridas) (art. 111, N° 2 CP).

É claro que a ameaça das sanções e consequências das sanções pode ser útil, mas também é importante que as empresas cumpram a lei por outros

28 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xix, v.http://www.transparency.org/publications/gcr.

29 Paulo Pinto de Albuquerque (2010, p. 94).

motivos tão importantes quanto as sanções, tais como, reputação, credibilidade e valores, pois isso, motiva uma cultura empresarial de integridade. De facto, houve uma mudança de paradigma e hoje parte-se do entendimento (por inspiração da legislação americana) que as empresas podem estar sujeitas a sanções com multas elevadas, visto que as multas não podem representar um risco calculável de negócio. É de assinalar que no caso *Siemens*, a multinacional alemã foi condenada a pagar elevadíssimas multas. Contudo, o principal temor da empresa não radicava tanto nas multas quanto na ameaça de proibição de concorrer a licitações públicas. Note-se que, entre as sanções previstas no CP para as entidades colectivas, há que lembrar que podem ser aplicadas como penas acessórias, por exemplo, a interdição do exercício de actividade, a proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, e a privação do direito a subsídios, subvenções e incentivos outorgados pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas (arts. 90-A, 90-H, 90-I e 90 -J). Atendendo ao conteúdo restrito da norma do 90-H do CP, a proibição não pode abranger todos os contratos nem pode abranger todas as entidades (apenas uma categoria de pessoas ou entidades).

Em relação aos diversos instrumentos internacionais, pode dizer-se que a Convenção da OCDE (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais)[30] é a que teve maior incidência no sector empresarial, em primeiro lugar, porque desencadeou um processo de reavaliação dos códigos de ética empresariais. Em segundo lugar, porque estabeleceu regras essenciais na actuação das empresas privadas que lidam com funcionários públicos estrangeiros em negócios internacionais, estabelecendo como objectivo a criminalização da corrupção transnacional ("global") pelos Estados-membros. Assim, este instrumento constitui, sem dúvida, uma conquista histórica na luta contra a corrupção além-fronteiras ("transfronteiriça").

Para além da Convenção, a OCDE formulou também uma das primeiras iniciativas anti-corrupção, em 1976 (e posteriormente revisadas), as *Directrizes para Empresas Multinacionais*, que incluem um capítulo sobre boas práticas em matéria de corrupção, dedicando a secção VI às medidas contra a corrupção a adoptar pelas empresas multinacionais. Convém lembrar o seu valor como recomendações dirigidas pelos Governos às Multinacionais mas que não constituem um instrumento internacional dotado de força jurídica obrigatória. Trata-se apenas de um instrumento da categoria *soft law*. Ora, apesar de estar dirigidas às Empresas Multinacionais, como assinalam as próprias *Directrizes*, o seu objectivo não é introduzir diferenças de tratamento entre as empresas multinacionais e nacionais, pois incorporam práticas recomendáveis para todas elas. Esperando-se, em consequência, das empresas multinacionais e nacionais a mesma conduta. Neste enquadramento, de carácter voluntário, as empresas multinacionais podem ser denunciadas, no caso da sua transgressão, através do sistema monitorização da OCDE.

Refira-se que a OCDE possui uma estrutura institucional, grupos de trabalho, para assegurar a monitorização e o cumprimento desta Convenção[31]. Além disto, os objectivos desta Convenção são ainda reforçados pelas Recomendações da OCDE. Assim, a última *Recomendação* realizada em 26 de Novembro de *2009*, justamente há um ano, dá passos concretos e significativos para o fortalecimento da Convenção, como a proibição de pagamentos de facilitação, tendo em conta o efeito corrosivo dos pagamentos de facilitação de pequeno porte, nomeadamente no desenvolvimento económico sustentável e para o Estado de Direito.

Apesar de todos os esforços adoptados, no âmbito da OCDE, que demonstram o reconhecimento pelos países desenvolvidos de que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros produz efeitos adversos também nos países dos fornecedores de pagamentos ilícitos, é inegável que a crise económica coloca problemas na concorrência internacional

30 A OCDE também desenvolveu As Directrizes.

31 No relatório sobre a aplicação da convenção da OCDE para combater a corrupção de funcionários estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, divulgado em Julho de 2010, mais da metade dos 36 integrantes receberam duras críticas. África do Sul, Áustria, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, México, Nova Zelândia, Polónia, Portugal, República Checa e Turquia, são os países referidos pela TI como não cumpridores das Convenções da OCDE. Em conjunto, representam 15 por cento das exportações mundiais. Lembrando, ainda, que um terço das exportações mundiais são feitas por países que não integram a organização (China, Rússia e Índia).

pelo que pode gerar uma quebra das regras éticas assumidas.

O que interessa salientar é que a Convenção da OCDE trata exclusivamente da corrupção ("activa") de funcionários públicos estrangeiros, isto é, *feita a* funcionários. Portanto, deixa de fora a corrupção "passiva" (*feita por* funcionários estrangeiro). Já, a Convenção Interamericana, do Conselho de Europa e a das Nações Unidas dirigem-se a atacar tanto a forma activa como a passiva. Portanto, para os fins da Convenção da OCDE, somente os agentes privados (pessoas singulares ou colectivas) são os sujeitos activos do crime.

Nos diversos países, assistiu-se, portanto, a um processo de penalização internacional de tais condutas ilícitas, que já produziu reflexo no ordenamento jurídico português (primeiro, no D-L 28/84,através da Lei 13/2001, e posteriormente através da Lei 20/2008). Em Portugal, tanto quanto se saiba, não houve, ainda, nenhuma condenação por estes crimes. Situação análoga parece ocorrer na generalidade dos países europeus.

Contudo, a própria Convenção da OCDE no seu art. 5 acautela que as investigações criminais e procedimentos criminais "não serão influenciados por considerações de interesse económico nacional, pelos possíveis efeitos sobre as relações com um outro Estado ou a identidade das pessoas singulares ou colectivas em causa".

No que diz respeito aos chamados pagamentos de facilitação, isto é, o pagamento de funcionários públicos para obtenção de serviços rotineiros que seriam parte de suas obrigações, é uma matéria controversa. Importa referir que a Convenção das Nações Unidas (UNCAC) não inclui uma distinção explícita. E que a própria Convenção da OCDE até há pouco, antes da Recomendação de 2009, não classificava como ilegais os pagamentos de facilitação (parágrafo 1, comentário N° 9). Sucede que como o critério de distinção entre pagamentos facilitação (legais) e pagamentos ilegais era pouco claro e, portanto, altamente questionável, foi sugerida a sua eliminação Repare-se que o facto de aceitar os pagamentos de facilitação legítimos teria um grande impacto, equivaleria a ter dois pesos e duas medidas, tendo em conta a pouca limpidez da distinção e, por outro lado, que a integridade é altamente desincentivada. Assim, alega-se, que os numerosos pagamentos de facilitação –geralmente pequenos pagamentos facilitadores realizados pelas empresas "para fazer as coisas acontecerem"– são considerados prejudiciais, uma vez que se multiplicam ao longo do sistema e ajudam a alimentar burocracias e governos corruptos.

Importa, ainda, ter em conta que o fenómeno de corrupção no sector privado, a outra forma emergente de corrupção, tem recebido, em geral, uma atenção mais limitada dos textos internacionais, dos legisladores nacionais e da doutrina.

A nível internacional, como foi já referido, a Convenção sobre o Combate à Corrupção da Organização para a Coordenação e o Desenvolvimento económico (OCDE) é omissa, pois trata, apenas, do suborno de funcionários públicos estrangeiros. No que toca à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aborda a incidência da corrupção no sector privado mas somente requer que os países "considerem" a criminalização do suborno comercial (art. 21). Porém, a Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho de Europa (1999) requer, de forma contundente, que os países proíbam o suborno no sector privado (v. arts. 7 e 8).

A nível dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais, há grande diversidade na abordagem do suborno comercial (corrupção no sector privado). Assim, mesmo que um país não tenha uma lei específica sobre o suborno comercial como forma de corrupção, outras leis podem sancionar tais comportamentos. E tais leis podem abordar a regulação do fenómeno, partindo de pontos de vista diferentes, como por exemplo, do ponto de vista da violação das obrigações fiduciárias para com o proprietário da empresa, quebra de confiança para com o empregador, ou restrição da livre concorrência. Esta variedade de abordagens traz diferentes modelos de proibição, de sanções, e de paradigmas para enfrentar esta realidade. Ora, a existência de apenas proibições indirectas, além de provocar lacunas, poderá não produzir um efeito adequado de dissuasão (proporcional ao total dos danos causados pela corrupção). Pode apontar-se ainda, entre outros efeitos adversos, que a ausência de uma legislação uniforme impede uma tomada de consciência consistente por parte dos actores privados. Isto significa que se os actores privados são comummente proibidos de subornar clientes (funcionários) do sector público, as mesmas práticas no caso de clientes privados podem beneficiar de dificuldades de enquadramento legal e até serem consideradas legais, desde que não lesem os interesses das próprias empresas ou a concorrência.

Além, de que não há dúvida de que através dessa formas indirectas há mais dificuldades na obtenção de dados estatísticos sobre estes comportamentos corruptos. *Maxime*, quando esta possibilidade também conhece, porém, outros limites, pois, de facto, é difícil saber o *quantum* da corrupção no sector privado, sobretudo porque as empresas, frequentemente, são contrárias a adoptarem publicamente medidas de perseguição contra o suborno comercial, temendo um possível impacto negativo sobre a sua reputação.

Mas, ainda assim, é possível encontrar outros dados, por exemplo, no Estudo sobre pagadores suborno (*Bribe Payers Survey*), 2008 da *Transparency International*, que entrevistou mais de 2.700 executivos de 26 países, onde se refere que um em cada quatro entrevistados indicou que a corrupção no sector privado prejudica a operação e o crescimento do seu negócio, o que faz dessa forma de corrupção um obstáculo mais amplamente relatado do que outras questões, como por exemplo, questões de infra-estrutura ou de funcionamento do sistema judiciário.

No que toca ao Direito português, a obrigação de criminalizar decorre da ratificação da Convenção do Conselho de Europa e da Decisão-Quadro 2003/568/JAI (que revogou a anterior Acção Comum 98/742/JAI sobre a matéria).

Esta matéria, o regime jurídico da corrupção no sector privado, apesar da sua história muito recente, foi já alvo de diversas alterações pelo legislador português. Assim, o legislador começou por introduzir significativamente, através da Lei 108/2001, a corrupção no sector privado e no comércio internacional no Decreto-Lei N° 24/84, relativo as infracções contra a economia e contra a saúde pública). Mas, fazendo uso das reservas admissíveis, limitou a tipicidade do crime de corrupção privada, incorporando a exigência de causação de um resultado típico ("*a distorção da concorrência ou um prejuízo para terceiros*. Porém, com esta fórmula técnico-legislativa, consagrando um crime dano e resultado, o legislador esvaziava o conteúdo prático deste tipo de crime, atribuindo-lhe apenas uma função simbólica.

A Lei 20/2008, caducadas as reservas apostas à Convenção do Conselho de Europa, levou a cabo algumas alterações de natureza material da redacção originária, razoáveis e justificadas. Correcto foi o alargamento do âmbito de punibilidade, através da transformação em crimes de perigo abstracto, uma vez que, tais condutas já não exigem distorção da concorrência nem prejuízo patrimonial efectivo para terceiro, e, portanto, apenas é necessário que a realização da conduta (solicitar ou aceitar/dar ou prometer) vise a prática de "*um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais*" (arts. 8, N° 1, art. 9, N° 1 Lei 20/08). Também parece correcta a qualificação (agravação) do crime, através de uma fórmula de perigo abstracto-concreto, quando a conduta "*for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros*" (arts. 8, N° 2, art. 9, N° 2 Lei 20/08).

No que toca ao bem jurídico protegido, não obstante ter em vista a prática de "actos ou omissões que constituam uma violação dos seus deveres funcionais", parece-me que é no horizonte da qualificação de crime de perigo abstracto-concreto que se refracta o bem jurídico protegido. Assim, pode-se assegurar que o crime de corrupção no sector privado visa defender dois bens jurídicos, com carácter disjuntivo, a concorrência leal e o património de terceiro[32]. O texto da norma não deixa espaço para dúvidas. E isso era tanto mais verdade na legislação anterior quando o legislador, optando por inserir os crimes em apreço no D-L 24/84, não duvida da sua natureza económico-patrimonial[33].

Outro aspecto interessante da formulação da Lei 20/2008, é que se definiu, se tipificou de forma bastante abrangente o crime de corrupção privada, isto é, sem definir o âmbito de aplicação, de actuação. Repare-se que os textos internacionais incorporam restrições na descrição do tipo incriminador. Assim, a Convenção do Conselho de Europa caracteriza a conduta "no âmbito de uma actividade comercial", a Decisão- Quadro impõe que tenha lugar "no exercício de actividades profissionais", e a Convenção das Nações Unidas que tenha lugar "no decurso de actividades

32 Também assim, Paulo Pinto de Albuquerque (2010, p. 988).

33 Porém, Carlos de Almeida (2010) comenta, citando doutrina espanhola, que no tipo base descrito no N° 1 visa tutelar apenas a confiança e lealdade nas relações de trabalho (embora direccionada aos interesses patrimoniais do outro contraente), e que no tipo qualificado do N° 2, a esse bem jurídico acresce a lealdade da concorrência e o património.

económicas, financeiras ou comerciais". Problema delicado será o da compreensão destas referidas ou omissas expressões.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir daqui, é, de facto, possível considerar que a integração do Décimo Princípio do Pacto Global na agenda da RSE enviou um sinal forte a todo o mundo da responsabilidade das empresas nos desafios para minimizar a corrupção. Não tendo ignorado isto, as empresas têm intensificado esforços para a sensibilização e implementação do mesmo. De igual modo, as instâncias internacionais e nacionais também conseguiram avanços importantes. Mas, parece claro que as melhores regras ou instrumentos são inúteis se não forem aplicadas. Mas tanto quanto pudemos apurar, a implementação do Décimo Princípio constitui um dos desafios de mais difícil implementação. Ilustrativo, mostrando a falta de consciência e de sensibilidade para este desafio é a publicidade requintada e continuada (2009-2011) de uma conhecida multinacional sobre um café de "corpo e alma" – Nespresso. Mal se compreendendo a actuação de um actor charmoso a mostrar que não resiste à tentação divina da corrupção. Insinuando ainda ...um Alto poder divino corrupto. Mas, em contrapartida, repare-se que a mesma empresa, por outro lado, noutro anúncio complementar da saga publicitária, preocupa-se em deixar claro que, isso sim, as questões ambientais foram integradas (consciencializadas) na política da empresa através da reciclagem 100 % das cápsulas de alumínio.

Daí que a luta contra a corrupção é um processo contínuo que precisa de dedicação e de apoio transversal, isto é, deve envolver um conjunto de intervenientes (governantes, empresas, cidadãos, meios de comunicação, etc.). Isto significa, entre outras coisas, que há, de facto, que realizar esforços para promover uma efectiva "parceria pública privada" nas questões do combate à corrupção.

Há, desde logo, um longo caminho a percorrer. E o caminho faz-se caminhando, como advertiu o poeta A. Machado.

EL *ENTE INSECURITAS* Y LA INSEGURIDAD DEL DERECHO PENAL. REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO ALEMÁN*

María LAURA BÖHM**

Sumario: Introducción. I. La administración y el combate del delito. II. Construcciones actuales de la política criminal alemana. III. Un antecedente: El *Gefährder* alemán. IV. Derecho *anti-insecuritas*: guerra a los riesgos. V. El *ente insecuritas.* VI. Reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal.. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El sistema penal y el derecho penal de cada Estado por supuesto que tienen rasgos propios que no se reiteran en otros contextos. No obstante ello, es posible distinguir similitudes entre distintos ordenamientos así como entre las prácticas y los discursos en que esos ordenamientos tienen lugar, ya sea por motivos históricos (cuando, por ejemplo, un sistema ya establecido resultó modelo a importar por nuevos sistemas, como es el caso del derecho penal y la dogmática alemana en el ámbito latinoamericano) o por ponerse en marcha políticas que responden a coyunturas y necesidades que se replican en distintos contextos. Esto es, a mi entender, lo que sucede hoy con el curso que ha ido adoptando el discurso penal desde fines del pasado siglo XX en gran parte del así llamado mundo occidental. Ya sea Alemania, Estados Unidos o Argentina, una palmaria obsesión por la seguridad –con lo difuso que es este concepto y la diversidad de significados que puede adoptar en uno y otro contexto– ha reformulado los términos del discurso penal. El tema de este trabajo es cuáles son los aspectos novedosos o que cuanto menos parecen novedosos en este discurso así como el funcionamiento de los dispositivos por él construídos. La base del análisis fueron dispositivos político-criminales del ámbito alemán. Se presentan a partir de ello dos conceptos nuevos destinados a hacer más visibles estas transformaciones –con la pretensión de que la mayor visibilidad facilite la resistencia que pueda ejercerse contra ellas–: Sostengo en el presente trabajo que el derecho penal ha devenido en muchos campos en un *derecho anti-insecuritas*, que ya no se dirige contra potenciales o actuales ofensores, sino contra *entes insecuritas*.

Para tratar este tema se discurre en primer término sobre las (aparentemente) divergentes corrientes que pueden observarse en el ámbito del control del delito (apartado 1). Me adentraré luego en la descripción de dos construcciones recientes de la política criminal alemana, que ponen en evidencia una cierta preferencia por la implementación de técnicas fuertemente intrusivas, propias de las corrientes de perfil más bien bélico frente al delito, y que sin embargo son puestas en marcha haciendo uso de herramientas habituales en el ámbito de la administración de riesgos, lo que conlleva una amplitud y difusa actuación del derecho (apartado 2). A continuación se presentará una figura crítica en el ámbito de las políticas criminales y de seguridad alemanas –aquel destinatario considerado por las fuerzas de seguridad un *Gefährder*– (apartado 3), para luego explicar el funcionamiento de esta nueva versión del sistema y del derecho penal que llamo *derecho anti-insecuritas* (no limitada al ámbito germano), que se muestra interesada en combatir la inseguridad y no en prevenir, investigar y juzgar la

* Texto originalmente publicado en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, N° 3, Abril 2012, pp. 156- 80.

** Abogada (UBA), Diplomas en Criminología (UNLZ y Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Dr. Phil., Hamburg Universität). Actualmente investigadora post-doctoral (Georg-August-Universität Göttingen) en calidad de becaria de la Fundación Alexander von Humboldt. Miembro co-fundadora del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC, Buenos Aires), miembro co-fundadora y coordinadora del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen (GLIPGö, Göttingen), y miembro del Grupo de Estudios en Derecho Penal Internacional (KAS/Göttingen). Todo comentario o consulta sobre el texto será bienvenido y puede enviarse a la siguiente dirección: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de.

comisión de delitos concretos (apartado 4). El destinatario de este derecho, quien ya no es un 'criminal' o 'infractor', sino una figura difusa, construida como antítesis de la seguridad por las agencias de política criminal y de seguridad de acuerdo a parámetros de riesgo y combatida luego como enemiga, es decir, el *ente insecuritas* también estará delineado (apartado 5). Por último se presentarán unas breves reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal (apartado 6).

I. LA ADMINISTRACIÓN Y EL COMBATE DEL DELITO

En textos anteriores he analizado las correlaciones y diferencias existentes entre el análisis sociojurídico del inglés David Garland y la propuesta teórica del jurista alemán Günter Jakobs respecto de las políticas y legislación criminales de las últimas décadas en los ámbitos anglosajón y alemán.[1] Aquí me limitaré a repasar someramente las ideas centrales de sus trabajos a fin de facilitar el abordaje del presente texto. Garland críticamente describe una doble respuesta al crimen por parte de las agencias de control y de quienes teorizan al respecto –analiza fundamentalmente Estados Unidos y el Reino Unido– y explica una *criminology of the alien other* que se contrapone a una *criminology of the self* o *criminology of the everyday life*.[2] Mientras que en el primer caso se responde al delito tratando al criminal como un otro, extraño y peligroso que debe ser excluído del grupo social, en el segundo caso se entiende al delito como un factor más de la sociedad moderna en la que a diario se toman decisiones, se asumen y se previenen riesgos. Mientras que en el primer caso la forma de acción es definida políticamente –hay muchas emociones y por lo tanto intereses en juego cuando se hace público un hecho violento de gravedad– y tiene una fuerte carga ofensiva y emocional, en el segundo la respuesta es más bien técnico-administrativa, orientada a la prevención situacional de oportunidades de riesgo. Esta doble respuesta que Garland críticamente analiza se deja superponer parcialmente a la propuesta de Jakobs en el ámbito jurídico-penal.[3] Günther Jakobs advirtió hace ya unos años que la legislación penal alemana estaba sufriendo transformaciones de envergadura. Los 'terroristas' fueron uno de los grupos que le llamaron la atención, porque la legislación sancionada para 'combatirlos' distaba mucho de seguir los lineamientos tradicionales del derecho penal liberal.[4] A partir del estudio de ese y de otros ejemplos (autores –o sospechosos– de delitos sexuales, de delitos económicos, o involucrados en el crimen organizado, 'traficantes'), Jakobs llegó a la conclusión de que existe una legislación con nuevas reglas, que no se dirige a ciudadanos que simplemente violan la ley, sino contra "enemigos" que por resultar un peligro para los ciudadanos y para el propio sistema jurídico y político, son "combatidos", y "reguladamente excluidos"[5].

Esto que él llamó Derecho Penal del Enemigo (*Feindstrafrecht*) significa, básicamente, recorte de garantías procesales, escalas penales desproporcionadamente altas, conversión en delito de los más remotos e imprecisos vestigios de preparación de un delito, y una comunicación "bélica" y no "jurídica"[6] con sus destinatarios, quienes, en esta lógica, son

1 *Böhm* 2006, 2007, 2007a y 2007b.

2 Cfr. *Garland* 1996, 1997 y 2005.

3 En el mes de julio de 2007 se realizó en la ciudad de Frankfurt una jornada de tres días en que se trató específicamente el trabajo *The Culture of Control* de David Garland, su recepción teórica en Alemania y la utilidad del análisis para la realidad alemana. Invitado especial fue el mismo Garland, quien tuvo la oportunidad de intercambiar al respecto con los investigadores alemanes. El libro de la jornada fue publicado como número especial del *Kriminologisches Journal* (Beiheft 9, 2007) y ofrece –entre otros temas– variados enfoques sobre la concordancia/discordancia entre los estudios de Jakobs y de Garland.

4 En el presente trabajo se presentan entre comillas dobles (" ") las citas textuales, como es de uso habitual, y se presentan entre comillas simples (' ') los términos cuyo significado es considerado particularmente polémico, y de los cuales –aunque sería deseable– un análisis profundo escapa al ámbito temático propuesto en este artículo. Este último entrecomillado tiene por único fin destacar el carácter problemático de la terminología que circula en el discurso penal, pero que necesariamente debe ser utilizada en los textos que, como el presente, se dedican precisamente al estudio de las prácticas generadas en y por ese discurso. La utilización de cursivas, por su parte, no indica citas textuales –salvo en los casos de transcripciones del idioma original, en las notas al pie–, sino términos extranjeros y/o una idea que desea destacarse.

5 *Jakobs* 2000: 53/54, 2004: 95 ("tales medidas no tienen lugar fuera del derecho, pero los acusados, en tanto son atrapadaos por ellas, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos en una forma jurídicamente ordenada" ["*solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf*") y 2003: *passim.*

6 *Jakobs* 2004: 90.

considerados individuos – o incluso llamados "peligros"[7], pero no "personas".[8] Puede discutirse acerca del valor que Jakobs da a esta legislación.[9] Lo que no es discutible, es que esta legislación existe. Puede también discutirse acerca de qué tan novedosa es este tipo de legislación de lucha contra un 'enemigo interno' (de las cuales ha habido muchas[10]); lo que no es objeto de discusión es que la generalidad, ubicuidad y hasta casi podría decirse *normalidad* con que esta legislación viene siendo sancionada la alejan claramente de toda legislación de emergencia que pudiera haberse dado con anterioridad. Es decir, ya ni siquiera es necesario aludir en primer término a esa pretendida situación de emergencia (la que antes habilitaba la acción legislativa aparentemente contraria a los dictados del Estado de Derecho) para que la legislación penal de combate sea aceptada –aunque, como se verá, el rasgo de excepcionalidad sigue estando presente–. Pareciera bastar con decir que esa legislación o práctica es necesaria para proteger al Estado de Derecho y la Seguridad general.[11] Aquellos que siguen comportándose como ciudadanos, por otro lado, son investigados y juzgados de acuerdo con las reglas habituales –de raigambre liberal– por el derecho penal que, en terminología de Jakobs, deviene así en un Derecho Penal del Ciudadano (*Bürgerstrafrecht*).

De acuerdo con el análisis sociojurídico de Garland respecto de parte del mundo anglosajón, teniendo también en cuenta la propuesta jurídicopenal de Jakobs en cuanto a la legislación alemana,[12] y tanto en lo relativo a cómo son entendidos los destinatarios de las medidas de prevención o los destinatarios de la ley penal, como en cuanto a cómo son entendidos y definidos los campos del delito sobre los que se actúa, pareciera haber dos modelos en juego: Un primer modelo de defensa y combate de enemigos, extraños al grupo y ofensivos, para lo cual debe actuarse en forma *inmediata y violenta* –sin garantías, con altas penas, con reglas flexibles en el proceso penal, etc.–; el otro modelo de control y minimización de riesgos, en que el vocabulario es menos ofensivo, pero más *difuso* –en todo momento, en todo lugar se generan riesgos para algo o para alguien, por lo que en todo momento y en todo lugar (y respecto casi de cualquiera) se podría o debería intervenir a fin de minimizar los riesgos e impedir futuros daños.

Esta aparente dicotomía en las racionalidades de la política y del derecho penal (que en investigaciones anteriores descarté como dicotomía y presenté como

7 *Jakobs* 2004: 90 ("El Derecho Penal del Ciudadano procura conservar la validez de la norma, el Derecho Penal del Enemigo [...] combate peligros" ["*Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht (...) bekämpft Gefahren*"]).

8 *Jakobs* 2000: 53 ("de momento no-personas" ["*aktuell Unpersonen*"]). Debo recordar en este punto (a fin de evitar las erradas lecturas que tan habitualmente se observan en los análisis del trabajo de Günther Jakobs), que el término "persona" utilizado por él no es equivalente al término *ser humano*. En el discurso de Jakobs el "enemigo" pierde su calidad de "persona" –en el sentido de que pierde el reconocimiento de su rol y de su capacidad de comunicación social–, pero eso no significa la pérdida de su calidad de ser humano y, por lo tanto, no implica en forma automática el desconocimiento de sus Derechos Humanos.

9 Sobre las discusiones al respecto, pueden mencionarse como dato anecdótico las críticas sufridas por el criminólogo crítico Fritz Sack. El viejo y querido profesor es un crítico agudo de la idea del Derecho Penal del Enemigo, rescatando sin embargo en sus conferencias y textos el enorme valor descriptivo del trabajo de Günther Jakobs (véase al respecto *Sack* 2007). Lamentablemente muchos colegas alemanes no han sabido diferenciar la descripción y el análisis legislativos realizados por Jakobs (que lo llevaron a hablar de Derecho Penal del Enemigo ya en el año 1985, aunque con recelo) de la posterior valoración o incluso defensa que este autor realizó de tal desarrollo y de ese concepto como idea a concretarse político-criminalmente, a partir de la conocida conferencia de 1999 (cfr. *Jakobs* 2000). En una conversación que sostuvimos en Göttingen en septiembre de 2011, el Prof. Jakobs volvió a confirmar que su concepto del Derecho Penal del Enemigo no es meramente descriptivo, sino también prescriptivo. Normativamente, sostiene, la diferenciación por él analizada es necesaria (la conversación con el Prof. Jakobs está disponible –en alemán – en: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Lehre/escuela-de-verano-2011.html, y estará disponible próximamente en castellano en el *Boletín GLIPGö 3/ mayo 2012*, de difusión online).

10 Cfr. sobre este punto de vista, por todos y con diversas referencias históricas, *Scheerer/ Böhm/ Víquez* 2006; *Zaffaroni* 2006.

11 Cfr. *Jakobs* 2005. Aquí es interesante resaltar un punto de contacto, pero a la vez de innegable diferencia con la idea de enemigo de Carl Schmitt en *El concepto de lo político (Der Begriff des Politischen*, 1963 – orig. 1927). Para Jakobs, se trata de enemigos, y por lo tanto, se está en guerra, como lo formulaba también Schmitt. Sin embargo, la "diferenciación amigo-enemigo" ("*Freund-Feind-Differenzierung*") de Schmitt es el núcleo del concepto de lo político, mientras que para Jakobs esta distinción se realiza dentro del ámbito jurídico. El derecho penal se hace cargo de una tarea propia del ámbito político, en que la seguridad debe ser definida. El sistema penal, de esta manera, se hace cargo del fin de Seguridad que se atribuye al Estado.

12 Es importante destacar que Jakobs, en distintas oportunidades, ha dejado en claro que su estudio se limita a la realidad jurídico-penal alemana, sin poder afirmar si el mismo es aplicable a otros contextos. Cfr. como ejemplo de esta afirmación, la entrevista antes mencionada (*supra* nota 9).

complementariedad o simbiosis en las prácticas de la(s) política(s) criminal(es) actuales[13]) no solo no es tal, sino que luego del análisis de algunos dispositivos político-criminales, puede afirmarse que en ellos se encuentran íntimamente relacionadas ambas lógicas: el control de riesgo y el combate de enemigos, lo que implica (si se me permite la metáfora) un *crescendo* de las facultades de intervención del sistema penal, que llega a hacer sonar al sistema penal y al derecho penal que (no) lo explica en un estridente *fortíssimo*. Por esta razón es que considero pertinente utilizar incluso otro término para referirnos a este derecho que –como se verá– tiene por fin proveer seguridad y combatir la inseguridad. En el próximo apartado describo dos dispositivos que dan cuenta de un *derecho anti-insecuritas*.

II. CONSTRUCCIONES ACTUALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL ALEMANA

En los documentos parlamentarios y en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) relativas a la *vigilancia auditiva encubierta* y a la *medida de internamiento preventivo impuesto con posterioridad (*es decir*, con posterioridad a la sentencia condenatoria)* se encuentra un espacio elocuente en cuanto a qué posibilidades discursivas alberga el derecho penal actual, y qué transformaciones implican estas posibilidades discursivas en la práctica político-criminal. Se trata de dos construcciones o dispositivos –discurso materializado en una intervención– del discurso penal que fueron motivo de fuertes discusiones tanto académicas como en la opinión pública, justamente por mostrarse algo distintos a un 'tradicional' derecho penal: El primer caso es el internamiento preventivo impuesto tardíamente o con ulterioridad (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), incorporado al Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, "StGB") en 2004 previo dictamen favorable del Tribunal Constitucional en igual año, y que fue abolido en 2011, previa sentencia de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El segundo caso es el de la vigilancia auditiva domiciliaria (*akustische Wohnraumüberwachung*) incorporado primeramente al Código Procesal Penal alemán (*Strafprozessordnung*, "StPO") en 1998, controlado constitucionalmente en 2004 y reformado de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional en 2005. En este segundo caso no se trató únicamente de una reforma procesal, sino también de la reforma conjunta del art. 13 de la Constitución (*Grundgesetz*, "GG") que hizo posible la introducción de tal medida. En ambos casos, como se verá, los mecanismos institucionales del Estado de Derecho funcionaron con plenitud y dieron lugar a dispositivos no acordes con el derecho penal conocido, sino más bien propios de un derecho exclusivamente dirigido a procurar seguridad.

A. Internamiento preventivo impuesto con posterioridad a la sentencia condenatoria

La medida de internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia condenatoria que estaba prevista en el § 66b StGB, era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se trataba del internamiento preventivo –inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida– de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.).

Este dispositivo fue legislado *con posterioridad* a su aceptación constitucional por el Tribunal Constitucional, es decir, fue primero anunciada su conformidad con el ordenamiento constitucional y luego sancionada, lo cual da cuenta de una peculiar práctica legislativa, solo explicable si se lee en el contexto de la obsesión securitizante que, precisamente, trastoca los términos habituales del discurso y la práctica penal[14]. La medida nació con base en discutibles

13 En otros sitios ya he desarrollado el argumento, con base en distintos ejemplos, de que esta dicotomía es solo aparente y que en realidad la actuación de ambas lógicas es complementaria. Cfr. *Böhm* 2006: 245, 2007: 179 ss.; 2007a: 98 ss., 2007b: 254 ss.

14 Con el término securitizante se hace referencia aquí al concepto *securitization*. Este concepto fue desarrollado por Barry Buzan, Ole Waever y Jaap de Wilde en su obra *Security: A New Framework for Analysis (Buzan/ Waever/ de Wilde* 1998) y fue bien sintetizado por Williams: Se trata de "procesos en los cuales el 'acto de habla' de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un 'tema de seguridad', desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como 'amenaza existencial', que evoca y justifica medidas extremas". (*Williams* 1998: 435 – "*processes in which the socially and politically successful 'speech act' of labelling an issue a 'security issue' removes it from the realm of normal day-to-day politics, casting it as an 'existential threat' calling for and justifying extreme measures*"). Buzan, Waever y de Wilde son teóricos de las relaciones internacionales y tomaron por base de estudio y aplicación de su idea precisamente el ámbito de las relaciones exteriores entre Estados nacionales. La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en castellano) consiste en que si se encuentra un motivo medianamente plausible de por qué un Estado se ve amenazado por otro (lo cual incluye la

argumentos que llevaron a su sanción a nivel estadual como medida excepcional de emergencia, como defensa (*Gefahrenabwehr*). Dado que no se lograba la mayoría necesaria para que la medida pudiera ser incluida en el código penal mediante sanción federal (precisamente por la violación de derechos e inconstitucionalidad que tal medida implicaría), y con el fin de evitar la soltura de ocho condenados prontos a recuperar su libertad, los Estados de Baviera y Sajonia Anhalt decidieron sancionar excepcionalmente la posibilidad del internamiento como medida de defensa para esos ocho casos concretos, lo cual se hizo precisamente mediante leyes de carácter preventivo-policial, es decir, no penales, y por lo tanto dentro de su competencia legislativa[15]. La medida fue inmediatamente aplicada a los condenados en cuestión, considerados de alto riesgo para la seguridad. Mediante estas leyes estos quedaron automáticamente en custodia preventiva después de haber cumplido su condena[16].

El Tribunal Constitucional, al momento de decidir la competencia legislativa de estos Estados el 10 de febrero de 2004[17] declaró nulas tales leyes por entender que la medida de seguridad en cuestión pertenecía al ámbito del derecho penal y por lo tanto la competencia legislativa correspondiente era la federal. No obstante, el Tribunal Constitucional habilitó la continuidad de la vigencia de ambas leyes y fijó un plazo de más de siete meses (hasta el 30 de septiembre de 2004) al cabo del cual, en caso de no haber para ese momento legislación federal que habilitara la continuación del encierro de los sujetos en custodia, estos deberían ser dejados en libertad. Según el Tribunal Constitucional, en ambos Estados había condenados prontos a recuperar la libertad, sobre quienes existía la certeza de que eran altamente peligrosos y no debían ser dejados en libertad; la inseguridad que causaría su soltura era vista como un hecho cierto.[18] Asimismo, el Tribunal anunció que en principio no había reparos constitucionales para la sanción de una ley que posibilitara la imposición ulterior del encierro preventivo[19].

Los legisladores del *Bundestag*, es decir, del parlamento federal, entendieron la sentencia del Tribunal Constitucional como visto favorable e incluso como mandato: la ley es necesaria para aplicarla (retroactivamente) a sujetos altamente peligrosos y evitar así que puedan recuperar su libertad una vez cumplida su condena[20]. La ley fue sancionada el 23 de julio de 2004, incorporándose en el Código Penal

posibilidad de la mera construcción de este motivo), quedando en peligro su propia existencia, el pretendido foco de la amenaza puede ser transformado en forma relativamente sencilla en un objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza. De esta manera, mediante medidas de excepción lo ilegal deviene legal. Para un estudio detallado de este concepto desde distintas perspectivas académicas y nacionales véase *C.A.S.E. Collective* 2006. (Sobre esta temática se encuentra en preparación un texto de mi autoría, en castellano – *Securitización* –, a publicarse en 2012; breves referencias sobre el tema en su relación con la economía neoliberal presento en *Böhm* 2012).

15 *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001* (Ley de Bavaria sobre el internamiento de infractores de alta peligrosidad en especial situación de riesgo de reincidencia); y *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG) vom 6. März 2002* (Ley del Estado de Sajonia Anhalt sobre el internamiento de personas en especial situación de riesgo de reincidencia con el fin de la defensa de peligros severos para la Seguridad y el Orden públicos).

16 Detallado sobre estas reflexiones y proyectos *Bender* 2007, p. 26 ss.

17 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190).

18 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 236.

19 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 238 s.

20 Cfr. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/100, *Bundestag*), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/115, *Bundestag*), p. 10553. Sobre la exigencia de sanción penal que significó la decisión del Tribunal Constitucional véanse los críticos comentarios de *Laubenthal* (2004: 744), *Kinzig* 2008 ("(...)le exigió suavemente, que sancionaran las disposiciones correspondientes.".. *["...ihn sanft auffordert, die entsprechende Vorschrift zu erlassen(...)"]*, p. 48), *Mushoff* (2008: 40), quien describe al procedimiento de dejar a los detenidos encerrados sin base legal mientras se espera la sanción de la nueva ley como un *"Novum"* constitucional. Véase también *Pestalozza* (2004), quien ya en el título de su comentario habla de un forzado cierre de una laguna en la legislación federal mediante la medida de seguridad de aplicación posterior *("widerwillen sperrenden Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung*") y denomina la decisión del Tribunal Constitucional como "mala praxis" ("*Kunstfehler*") (p. 606).

el § 66b[21] con votación incluso de quienes seguían teniendo reservas acerca de la constitucionalidad de la medida[22]. El dispositivo de la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* se sancionó y se aplicó retroactivamente[23].

Debido a la falta de previsibilidad de la imposición de la medida y a la falta de conexión entre hecho y decisión, y expresamente estableciendo que ni una medida de seguridad ni la agravación de sus condiciones pueden aplicarse retroactivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en diciembre del 2009 a Alemania por violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos[24]. El 22 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que abolió parcialmente la medida de seguridad ulterior[25]. Según la nueva normativa la medida solo podía ser aplicada en combinación o a continuación de concluirse la medida de seguridad de internamiento en una clínica psiquiátrica, lo cual hasta la reforma estaba previsto solo como tercera variante. Es decir que el internamiento preventivo ulterior ya no era aplicable a continuación de una pena de prisión. Finalmente, el 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad de la normativa de la medida de seguridad ulterior con el art. 2 (2), 2da. oración –Derecho a la libertad– (y en relación con los arts. 104 y 20) de la Constitución alemana. Tanto la normativa anterior como la medida que perduró por la ley del 22 de diciembre de 2010 fueron declaradas inconstitucionales[26]. Esta última decisión del Tribunal Constitucional y la nueva interpretación legal dada en la misma son resultado directo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la supremacía dada a su jurisprudencia, la cual debe ser entendida como ayuda interpretativa para el derecho constitucional alemán.

El escarpado camino desde su sanción hasta su abolición, plagado de redefiniciones y reinterpretaciones de los principios del Estado de Derecho y los derechos por él reconocidos, se explica por el avance excesivo que significaba esta medida sobre los derechos individuales. Este avance fue permanentemente justificado por parte de los actores intervinientes en las distintas instancias de construcción de la medida, que veían en ella la única posibilidad de acción contra la inseguridad generada por los sujetos destinatarios. Con este fin, la decisión e imposición con posterioridad al dictado y obtención de firmeza de la sentencia condenatoria implicaba una agudización, que sin duda llegaba a significar un salto cualitativo respecto de las viejas conocidas medidas de seguridad, cuya imposición cuanto menos está ligada en forma directa con características o actitudes observadas y valoradas respecto del hecho concreto.[27] En el caso del

21 *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 23.07.2004 (Ley sobre la introducción del internamiento preventivo de imposición ulterior) (BGBl. I, p. 1838).

22 Conf. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/100, *Bundestag*), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/115, *Bundestag*), p. 10553.

23 Este discurso se vio incluso intensificado por otra sentencia del Tribunal Constitucional, también relativa a la *Sicherungsverwahrung*. Esta sentencia había sido dictada una semana antes de la recién expuesta (5 de febrero de 2004, BVerfG 109, 133) y en ella el Tribunal Constitucional ya había resuelto y decidido la constitucionalidad de una reforma legislativa que agravaba las condiciones de imposición de la medida de seguridad (la reforma quitaba un límite máximo de diez años para la primera imposición de la medida "Ley para combatir los delitos sexuales y otros tipos penales peligrosos" (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*") del 26.01.1998 -) y había considerado constitucional que tal agravamiento se aplicara retroactivamente a un condenado ya sometido a la medida. El fundamento del Tribunal Constitucional fue básicamente que las medidas de seguridad no están cubiertas por el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que se trata precisamente de medidas preventivas, y no pertenecen por lo tanto al campo de la "penalidad", sí protegidas por el principio en cuestión. Problemático es sin embargo, que en una sentencia se explique la "no penalidad" de la medida, y se acepte por lo tanto su retroactividad, y en otra se argumente en cambio su "naturaleza penal" para establecer la competencia federal.

24 TEDH, *M. vs. Germany*, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland).

25 *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen* (Ley sobre el nuevo ordenamiento del derecho del internamiento preventivo y sobre las regulaciones complementarias) del 22.12.2010 (BGBl. I, p. 2300).

26 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 4.05.2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1–178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_ 2bvr236509.html).

27 Si bien la idea y las discusiones respecto a la inclusión de una medida de seguridad (*tradicional*) en el código penal se inician a fines del siglo XIX con Franz von Liszt, tal inclusión en el sistema penal alemán se concreta en noviembre de 1933 (Deutsches Reichsgesetzblatt Teil I 1867-1945, p. 995-999). Desde entonces no ha abandonado su lugar en el código penal alemán (sí lo abandonó en la DDR, donde paradójicamente se consideró que tal medida era de "contenido fascista" y se la abolió) (Sentencia del Tribunal Supremo de la DDR del 23 de diciembre de 1952). En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial los

internamiento preventivo decidido y aplicado con posterioridad a la sentencia, en cambio, distintos factores de riesgo podían ser detectados durante el tiempo de cumplimiento de la condena y podían llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera el condenado con los agentes del servicio penitenciario, el rechazo de un tratamiento terapéutico, etc.[28] De esta manera, con base en un pronóstico realizado durante el encierro, se podía decidir que el detenido era altamente peligroso y que no podía ser "soltado en la sociedad" por existir la probabilidad de que cometería nuevos hechos delictivos de gravedad que impliquen grave daño físico y/o psíquico a la víctima.[29] Obsérvese que al momento de la condena ni se había advertido ni se había sospechado la necesidad de imposición de la medida de seguridad, por lo que la peligrosidad pronosticada con posterioridad necesariamente tuvo que haber sido puesta de manifiesto "durante la ejecución de la pena".[30] Por esto puede considerarse como un requisito puramente formal el que se exijiese en la ley (y también por parte del Tribunal Constitucional) que esta imposición tardía de la medida debía basarse tanto en el hecho de la causa que originara la condena como en el desenvolvimiento posterior en prisión del condenado. La pretendida "apreciación general"[31] de la situación se reducía a la observación del detenido durante su encierro. Se trataba por lo tanto de una medida de seguridad que podía imponerse sin que existiese una vinculación directa entre el hecho que había ocasionado la sentencia condenatoria (probablemente cometido varios años atrás) y los diagnósticos y dictámenes de personalidad (realizados poco tiempo antes de cumplirse el tiempo de prisión). Faltaba por lo tanto el vínculo entre un hecho delictivo y la decisión del internamiento.

Únicamente factores de riesgo (difusos, definidos de acuerdo a parámetros emergentes de la situación de encierro) que daban cuenta de una futura inseguridad eran los que fundaban la exclusión (física), con el fin de procurar seguridad.

B. Vigilancia acústica domiciliaria[32]

La *vigilancia acústica domiciliaria* (*akustische Wohnraumüberwachung*, también llamada "*Großer Lauschangriff*"[33]) había sido originariamente habilitada como medida preventiva en casos de peligro inminente para la seguridad de la población, es decir en estado de necesidad; y fue luego extendida y habilitada como instrumento de investigación en el proceso penal en 1998. Se planeó fundamentalmente para el ámbito del crimen organizado y resultó así legislada para la persecución penal en el caso de casi cien figuras penales diferentes, ya que dada la vaguedad y amplitud misma del concepto 'crimen organizado', y por no estar tipificado como figura penal en el código penal alemán, debieron ser considerados numerosos tipos penales que podrían verse involucrados en la forma 'organizada' del crimen. Para que dicha reforma procesal penal fuera posible, fue necesaria una reforma constitucional. Así, fue discutida y aprobada la reforma del art. 13 de la Constitución que establece la inviolabilidad de domicilio[34], por medio

gobiernos de ocupación evaluaron seriamente quitarla del ordenamiento por entenderla contraria al derecho liberal y expresión propia y resabio del régimen nacionalsocialista (*Etzel* 1992), lo que nunca llegó a concretarse debido a las atenciones y dificultades políticas de mayor urgencia que requería la así llamada guerra fría. Sí se aumentaron los requisitos y condiciones para su imposición, lo que llevó a disminuir las posibilidades de su aplicación. En los últimos años, sin embargo, estos requisitos fueron alivianándose paulatinamente y se llegó incluso en el año 2004 a aceptar constitucionalmente y legislar la posibilidad de la imposición *tardía* de la medida, reforma a la cual me estoy refieriendo en este apartado y que, como se vio *supra*, ha dejado de estar vigente recientemente.

28 Para una profundización sobre los factores de riesgo considerados, y el comentario de la doctrina y del TEDH al respecto véase *Böhm* 2011: 119 (en especial nota 493).

29 *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* v. 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838).

30 Cfr. § 66b StGB en su versión original ("*während des Vollzugs der Maßregel*").

31 Cfr. § 66b StGB ("*Gesamtwürdigung*").

32 En la descripción de esta medida retomo fundamentalmente lo expuesto en *Böhm* 2011a: 156 ss.

33 *Großer Lauschangriff* podría ser traducido como "Gran vigilancia secreta", pero representa a su vez un juego de palabras ya que el término "Angriff" significa a su vez *ataque*, *asalto*, *ofensiva*. Se trataría entonces –para disgusto de los parlamentarios que rechazan la terminología por sus motes de ilegalidad– de un gran asalto o ataque al domicilio para escuchar secretamente lo que sucede en su interior.

34 Véase el art. 13 de la Constitución federal alemana en su versión actual, en la que luego que es establecido el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio ("1. El domicilio es inviolable"), se exceptúa clara y ampliamente tal principio por ej. en el tercer párrafo: "3. Cuando determinados hechos justifiquen la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una

de la cual el concepto de "vivienda" y de "domicilio privado" de los habitantes, hasta entonces entendido como reducto de retiro e intimidad personal, fue reducido a su mínima expresión, y su protección fue cubierta de excepciones.[35] Tanto la reforma procesal como la ley que reformó la Constitución fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal declaró inconstitucional varias de las disposiciones de la reforma de la ley común (procesal), por entender que no eran acordes con el art. 1 de la Constitución que declara inviolable la dignidad humana, ya que la forma y casos para los cuales se regulaba dicha vigilancia no aseguraban la protección del ámbito "de intimidad más personal"[36] del individuo. El Tribunal sentó criterios indicadores (*Indikatoren*) que debían ser contemplados legislativamente a fin de resguardar ese ámbito de intimidad del individuo en el cual no puede, bajo ningún aspecto, involucrarse el Estado. A fin que se modificaran estos aspectos, el Tribunal fijó un plazo al legislador, quien a tiempo (para evitar la nulidad de la reforma completa) cumplió formalmente con las pautas impuestas por el Tribunal Constitucional y sancionó una nueva ley el 24 de junio de 2005.[37] El Tribunal consideró en su sentencia, sin embargo, que la ley por la cual se reformaba el art.13 de la Constitución era acorde con las exigencias de la misma en cuanto no violaba las "cláusulas de eternidad"[38] del art. 79 de la Constitución. Esto significa que según el *Bundesverfassungsgericht* las restricciones que constitucionalmente se introdujeron al principio de inviolabilidad del domicilio no contradicen ni sistemática, ni sustancialmente el espíritu constitucional.[39] De acuerdo con el Tribunal Constitucional, ni la dignidad humana, ni la inviolabilidad de domicilio, ni la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, todas garantías constitucionales, se ven afectadas por una medida que permite al Estado instalar micrófonos en la vivienda de sus habitantes a fin de investigar un delito – o a fin de esclarecer la conformación de 'estructuras criminales' – y obtener pruebas.[40] La inviolabilidad del domicilio, sin embargo, se relativizó y el domicilio devino violable. De este modo la diversidad y número de supuestos en que las escuchas domiciliarias son posibles implican una ampliación significativa de las facultades investigativas del Estado –no ya solo para prevenir peligros inminentes, sino incluso para investigar a sus habitantes– durante el proceso penal, y un debilitamiento extremo de la posición del destinatario de ese sistema penal. De los argumentos vertidos por los legisladores y retomados en su mayoría por el Tribunal Constitucional se colige que el 'crimen organizado' atenta contra la seguridad y que por tal motivo debe ser combatido y neutralizado – sea cual fuere el lugar en que se encuentre –. Según el referente y el momento de la discusión, se ha argüido (acumulativamente) que el 'crimen organizado' representaría un peligro para la sociedad, para la integridad del sistema institucional y del Estado de Derecho, para la "seguridad general", para el dedicado padre de familia, para la integridad física de los jóvenes, para el sistema económico, y un largo etcétera.[41] El 'crimen organizado' es presentado como una estructura riesgosa, de la cual pueden emerger todo tipo de daños, y por lo tanto, un cúmulo de factores de inseguridad que debe ser controlado a cualquier precio (fue incluso discutida la necesidad de incluir la vigilancia visual, lo cual sin embargo no contó con el apoyo de la mayoría). El 'crimen organizado' es una figura difusa, que es –literalmente reproducido en los documentos– "todo

autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez". (Modificado 26/03/1998).

35 *Gesetz zur Änderung des Arts. 13 GG* (Ley para la reforma del art. 13 de la Constitución Federal) del 26.03.98 (BGBl I 98, 610).

36 Sobre la "teoría de las esferas" (esfera privada nuclear del desenvolvimiento íntimo de la vida, esfera privada, y esfera social) y su aplicación en este caso véase *Warntjen* (2007, p. 48 ss.).

37 *Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24.06.2005* (Ley para la implementación de la Decisión del Tribunal Constitucional del 3 de marzo de 2004 (vigilancia acústica domiciliaria)) (BGBl. I., p. 1841).

38 La así llamada "cláusula de eternidad" está contenida en el art. 79, tercer párrafo de la Constitución alemana, en el cual se prohíbe entre otros cambios, la modificación de los principios sentados en los arts. 1 y 20 de la Constitución. Según el voto minoritario en la sentencia del Tribunal Constitucional, dicha cláusula es claramente violada por las excepciones constitucionalmente establecidas en la reforma al art.13 en cuestión, que se encuentra directamente ligado al art.1 de la Constitución, el cual establece la inviolabilidad de la dignidad humana.

39 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98).

40 En similar sentido el análisis en *Warntjen* (2007).

y nada"[42] y que sin embargo fue base argumentativa del Tribunal Constitucional al aceptar la constitucionalidad de la reforma constitucional.[43] Al explicar la necesidad de la reforma en la actualidad, los parlamentarios recordaron, por ejemplo, que "antes no se lavaba tanto dinero como ahora",[44] o que hay que ser conscientes del peligro que representan "las bandas rumanas"[45], o los "traficantes de tabaco vietnamitas".[46] Para que la sociedad, para que los ciudadanos se sepan protegidos, se argumentó, se requiere la ampliación de facultades, porque no es posible que el crimen organizado "se valga del así llamado derecho a la privacidad"[47] para pergeñar sus delitos. El respeto de este espacio no puede ir en desmedro del derecho a la protección de los ciudadanos, tarea de obligatorio cumplimiento estatal.[48] El 'crimen organizado' fue presentado como una amenaza existencial, para cuya neutralización correspondería aplicar – vía penal – reglas especiales.

Es interesante mencionar que cuando en el año 2005 se realizaron las modificaciones exigidas por el Tribunal Constitucional al ordenamiento procesal, en los fundamentos del Proyecto del Poder Ejecutivo y en las discusiones legislativas se incorporó al terrorismo como segundo objeto y justificante de la reforma. Se dijo que estaba probado que el terrorismo podía investigarse mejor si se habilitaban las escuchas[49] (los informes a los que se hacía referencia en los documentos parlamentarios, sin embargo, explicaban más bien las dificultades de obtener pruebas para casos de terrorismo mediante escuchas domiciliarias[50]). Así, se fortalecieron los argumentos en favor de las escuchas domiciliarias sumando otro gran ámbito – el terrorismo – a los fenómenos que pondrían en peligro a la seguridad general, pero no se discutió realmente ni se fundamentó la necesidad político-criminal de tal medida. Nadie podía negar – y si podía, no lo hizo – que el 'terrorismo' es una amenaza a la seguridad, y dado que se había frustrado recientemente la explosión de una bomba en la ciudad de Köln, la necesidad y emergencia de la medida se justificaron por sí mismas.

III. UN ANTECEDENTE: EL *GEFÄHRDER* ALEMÁN

En estos dispositivos no se investigan y sancionan criminales, sino que se combaten – en terminología alemana – *Gefährder*, algo así como *el que pone a en peligro a la seguridad*[51], que en inglés llamo *endangerer*, y en castellano sugiero denominarlo *ente insecuritas*.[52] El objetivo de muchas nuevas medidas de política criminal y de nuevas leyes penales y

41 Cfr. Sesión plenaria N° 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17704; Sesión plenaria Nr. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), pp. 19518, 19536, 19552.

42 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17692; así como la Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279, p. 338 ss. Sobre esta idea del 'crimen organizado' como todo y nada a la vez – que parcialmente comparto – resulta sumamente informativa y esclarecedora la investigación de *Fernández Steinko* (2008), en la cual precisamente mitos y realidades del 'crimen organizado' son escudriñados en profundidad.

43 El 'crimen organizado' resultaría ser una amenaza más severa para la República Federal de Alemania que la que representó el bloque soviético durante la división misma del país, o que el peligro representado en la década de 1970 por la RAF (Francción del Ejército Rojo – *Rote Armee Fraktion*), por eso la reforma constitucional que restringe la inviolabilidad del domicilio no fue necesaria en su momento, y sí ahora con el fin de investigar delitos y obtener elementos de prueba.

44 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19531.

45 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19531.

46 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17704.

47 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17683.

48 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19549.

49 Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 10 s.

50 *Meyer-Wieck* 2005: 365 f. Para más fuentes sobre esta contradictoria utilización del material de los expertos véase *Böhm* 2011: 159 s.

51 En idioma alemán el término *Gefahr* es el equivalente al término *peligro* en castellano. En alemán, además, existe el verbo correspondiente, *gefährden*, que no tiene equivalente en castellano, pero que puede traducirse como el *poner a algo o a alguien en peligro*. De ese término se deriva la substantivización aplicada a personas o fenómenos: *Gefährder*.

52 El término que originalmente utilicé para explicar al *Gefährder* en castellano, fue *homo insecuritas*. Este término se plegaba a una terminología ya conocida en el ámbito de la criminología y la sociología (*homo criminalis*, *homo oeconomicus*, etc.), aunque no abarcaba completamente la idea de la figura bajo estudio que se caracteriza, precisamente, por la indefinición del sujeto sobre el que recae: No solo individuos, sino también problemas o fenómenos sociales pueden ser construidos y perseguidos como *Gefährder* (el crimen organizado, por ejemplo). Por este motivo el término *homo insecuritas* fue reemplazado por el término *ente insecuritas*, que sí da mejor cuenta de la abstracción de la figura, así como de su contingencia. Agradezco al Prof. Armando Fernández Steinko de la Universidad Autónoma de Madrid por haber disparado esta inquietud terminológica que me permitió revisar el concepto inicial.

procesales no está apuntado hacia un determinado delito que quiere prevenirse y punirse, sino a la inseguridad en general, y a quienes parecen generar esa inseguridad. Estas medidas no se dirigen a 'criminales' o 'infractores', sino a un *Gefährder* u *ente insecuritas,* que es construido político-criminalmente como la negación misma de la seguridad general.

El significado del término *Gefährder* utilizado en el ámbito de las oficinas estatales y la Oficinal Federal del Crimen (*Bundeskriminalamt*) alemanas fue explicado el 21 de noviembre de 2006 en el *Bundestag* por el Secretario de Estado August Hanning: "Un Gefährder es una persona en la cual determinados hechos justifican pensar que, por motivos políticos, va a cometer delitos de alta gravedad, en especial aquellos previstos en el § 100a del Código Procesal Penal".[53] De acuerdo con esta idea, es posible someter a medidas estatales a los individuos, independientemente de la comisión o intento de comisión de algún delito. En cuanto a algún tipo de normativa que regule esta posibilidad de intervención estatal, el mismo Secretario aclaró en la misma oportunidad, que no es necesario tener una base legal para determinar el contenido del concepto ni para que el mismo pueda fundar las medidas de intervención.[54] Esta definición ya había sido aceptada a nivel federal en el año 2004,[55] sin embargo, ni por parte del *Bundeskriminalamt* ni por parte de las Oficinas del Crimen estaduales se presentaron regulaciones para el uso en la práctica –ni para las consecuencias– de las distintas acepciones del concepto *Gefährder*.[56]

A partir de la entrevista del entonces Ministro del Interior *Wolfgang Schäuble* con la revista de crítica política *Der Spiegel*, en julio de 2007, el concepto adquirió un nuevo significado.[57] Se asoció la idea del *Gefährder* a la de 'musulmán extremista o fundamentalista', de manera que de ahí en adelante comenzó a utilizarse el concepto *Islamistischer Gefährder*. La figura del *Gefährder* es pensada por Schäuble y luego así también puesta en circulación, como una amenaza que no puede ser combatida por el Estado de Derecho en la forma tradicional en que el Estado de Derecho trata con sus ciudadanos –incluso con sus ciudadanos infractores–. En la entrevista mencionada, Schäuble

53 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 9. El §100a StPO se refiere a la posibilidad de vigilancia de las telecomunicaciones respecto de un determinado grupo de figuras penales. El siguiente catálogo entonces es el que se tiene por base para restringir (!?) la posibilidad de utilizar medidas especiales respecto de quien es considerado *Gefährder*: Del *Código Penal* se mencionan – advertencia: lo que sigue es la enumeración acorde al §100a StPO pero *no* se trata de una transcripción/traducción textual de la normativa –: a) Delitos de traición a la paz, de alta traición, de puesta en peligro del orden democrático de derecho, entre otros, según §§ 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89a, 94 a 100a; b) Corrupción de legisladores según § 108e; c) Delitos contra la defensa estadual según §§ 109d a 109h; d) Delitos contra el orden público según §§ 129 a 130; e) Falsificación de dinero y de valores según §§ 146 y 151, ambas en combinación con otras figuras; f) Delitos contra la autodeterminación sexual según §§ 176a, 176b, 177 párrafo (párr.) 2(2) y § 179 párr. 5(2); g) Difusión, adquisición y posesión de impresiones de pornografía infantil y juvenil según § 184b párrs. 1 a 3, § 184c párr. 3; h) Asesinato y homicidio según §§ 211 y 212; i) Delitos contra la libertad personal según §§ 232 a 233a, 234, 234a, 239a y 239b; j) Hurto en banda según § 244 párr. 1(2) y hurto en banda agravado según § 244a; k) Delitos de robo y extorsión según § 249 a 255; l) encubrimiento profesional, encubrimiento en banda y encubrimiento en banda profesional según §§ 260 y 260a; m) Lavado de Dinero y ocultación de valores dinerarios obtenidos ilegalmente según § 261 párrs. 1, 2 y 4; n) Estafa y estafa por computadora bajo ciertas condiciones–§ 263 párr. 3, 2da. oración y §263 párr. 5, ambos en combinación con § 263a párr. 2; o) Estafa de subvenciones fundamentalmente según § 264; p) Delitos de falsificación de documentos fundamentalmente según § 267; q) Bancarrota según las condiciones establecidas en § 283a 2da. oración; r) Delitos contra la competencia según § 298 y, bajo ciertas condiciones, § 299; s) Delitos de peligro común de acuerdo fundamentalmente a los §§ 306 a 306c, y numerales escogidos de los §§ 307 a 310, 313 a 315, 315b, 316a y 316 c; t) Cohecho pasivo y activo según §§ 332 y 334. A estos grupos de delitos se suman en el listado delitos escogidos que están previstos en leyes especiales. Así, las leyes que también están incluidas (parcialmente) en el catálogo del § 100a StPO son las siguientes: Ley del orden tributario (*Abgabenordnung*), Ley de Medicamentos (*Arzneimittelgesetz*), Ley del procedimiento de asilo (*Asylverfahrensgesetz*), Ley de residencia (*Aufenthaltsgesetz*), Ley de economía exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*), Ley de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*), Ley de control de materias primas (*Grundstoffüberwachungsgesetz*), Ley sobre el control de armas de guerra (*Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen*), Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*) y Ley de armas (*Waffengesetz*). Puede advertirse de este extenso catálogo, que prácticamente cualquier sujeto del que pueda sospecharse que pueda estar interesado en la comisión de un delito, puede ser considerado *Gefährder*.

54 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

55 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

56 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 11.

57 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007. *Schäuble* ya había utilizado – sin mayor repercusión – este concepto con anterioridad (cfr. periódico *Süddeutsche Zeitung* 16.12.2005; véase al respecto *Krasmann* 2007: 79 ss.). Para una transcripción parcial de la entrevista del *Spiegel* – en castellano – véase Böhm 2008: 25 ss.

expresó su preocupación en cuanto a que el Estado no pueda avanzar respecto de las personas mientras que estas no han cometido –ni intentado– algún hecho penalmente relevante. Así se preguntaba: "Si, por ejemplo, potenciales terroristas, así llamados *Gefährder*, no pueden ser expulsados – qué hacemos con ellos? (...). La otra pregunta, entonces, es: ¿Se puede tratar a tales *Gefährder* como combatientes e internarlos?".[58] Schäuble aseguró en la entrevista, que esta inquietud no significaba que él promoviera un internamiento preventivo para musulmanes; sin embargo, aseveró que sí exigía que se aclarase "si nuestro Estado de Derecho alcanza para enfrentar las nuevas amenazas".[59] Aparentemente estas personas tendrían un estado intermedio que sencillamente reniega de toda presunción de inocencia, pero que por otro lado no justifica una acusación concreta y formal de acuerdo con las reglas de un proceso penal ordinario. Un *Gefährder* no es culpable, pero tampoco es inocente. Un *Gefährder* es construido y percibido como una figura que más asemeja un combatiente que un ciudadano, y es percibido lisa y llanamente como una amenaza.

El término *Islamistischer Gefährder*, a partir de aquella entrevista, ha sido utilizado insistentemente en el ámbito político al tratarse el tema de la 'guerra contra el terrorismo' en Alemania.[60] Esta guerra se dirige contra quien pone en peligro la seguridad general básicamente por ser musulmán fundamentalista, sean estos sujetos que son vistos como potencialmente peligrosos para la seguridad nacional a causa de su identidad religiosa o nacional, a causa de su relación con sujetos sospechados de participar en actividades terroristas, etc. Se argumenta que es necesario reunir tanta información como sea posible sobre estos individuos, a fin de conocer y prevenir todo posible futuro movimiento por parte de ellos: las medidas investigativas devienen de esta manera mucho más flexibles y difusas (por ejemplo en la vigilancia, la recolección de datos, etc.), mientras que las formas de intervención particular (por ejemplo la detención o el interrogatorio) se hacen más rígidos y agresivos.

La figura del *Gefährder*, sin embargo, no se construye únicamente en forma expresa por las agencias de seguridad y de policía, ni se utiliza exclusivamente en el ámbito político relacionado con las medidas anti-terroristas. El 'crimen organizado', por ejemplo, e incluso autores de delitos sexuales violentos, como se vio en el apartado anterior, han sido redefinidos *implícitamente* como *Gefährder*, como *entes insecuritas,* en distintas reformas legales y decisiones judiciales por lo menos durante los últimos quince años. Se los ve como figuras de alto-riesgo que amenazan la seguridad general. Por ello fue reclamado por políticos en general, y por legisladores e incluso por el Tribunal Constitucional Alemán, el privarlos de sus derechos (privacidad, libertad) incluso antes que su potencial lesividad se corporice en situaciones de daño concretas.

Una difusa *seguridad* y su opuesto constitutivo, la *inseguridad* – que debía combatirse mediante el sistema penal –, fueron ganando protagonismo en el discurso penal de los últimos años. Se invocó de esta manera, sin mención expresa, la necesidad de que el sistema penal actúe como un *derecho anti-insecuritas*.

IV. DERECHO *ANTI-INSECURITAS*: GUERRA A LOS RIESGOS

Con el *derecho anti-insecuritas* se pone de manifiesto una nueva versión del derecho penal, que se muestra en ejemplos como los analizados de la vigilancia acústica domiciliaria y el – ya no vigente – internamiento preventivo dispuesto con ulterioridad. El difuso fin perseguido por el sistema penal en ambos casos, la 'seguridad', amplía y hace a su vez difusos los medios con que el sistema penal puede contar para alcanzar ese fin. El discurso penal que construyó estos dispositivos, así como la forma en que estos dispositivos fueron construidos pueden leerse más bien como una combinación de ambas racionalidades: control de riesgos y combate de enemigos, lo que presenta en el derecho penal una combinación relativamente novedosa de amplitud y dureza. La *amplitud* de este derecho está dada por la lógica de la administración de riesgos que empapa su funcionamiento, y la *dureza* está dada por estar este derecho regido a su vez por la lógica del combate. No se trata únicamente de la administración de riesgos, como se veía en muchos de los dispositivos de la *criminology of the everyday life*, ni se trata del directo combate de enemigos, como se manejan las prácticas de la *criminology of the alien other.* En el *derecho anti-insecuritas* ambas lógicas se muestran no solo complementarias

58 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32 [cursiva MLB].

59 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32.

60 Cfr. en detalle y críticamente *von Denkowski* 2007, 2008; *Thiede* 2008.

la una de la otra,[61] sino que están vinculadas la una a la otra en complejos campos de intervención conjunta. Ambas lógicas ya no son diferenciables en su actuación, están fundidas y actúan conjuntamente, se trata de administración de riesgos *más* combate al enemigo. Sin esta fusión, el funcionamiento sería bien otro, ya conocido: *Administración de riesgos sin combate al enemigo* sería simplemente administración y control difusos, incluso una minimización de situaciones de riesgo mediante la implementación de penas con fines preventivo-generales, mediante programas de prevención para potenciales víctimas a fin de evitarse situaciones de riesgo, etc.; *El combate al enemigo sin administración de riesgos* sería una intervención agresiva dirigida contra sujetos definidos en forma concreta mediante el aumento de las escalas penales para pocos tipos penales específicos, y/o mediante una ampliación definida claramente de las facultades de persecución penal para tipos penales específicos, etc. La fusión de la racionalidad del riesgo con la racionalidad de la guerra, en cambio, conduce a una ilimitada ampliación y endurecimiento del derecho penal.[62] Este *derecho anti-insecuritas*, como se ha dicho respecto de las pretensiones del derecho penal alemán, nunca se verá a sí mismo "lo suficientemente amplio ni estricto",[63] por lo que tiene una necesidad constante de expansión y endurecimiento. Los riesgos no solo son administrados, sino que son neutralizados. Los enemigos no se definen concretamente, sino que son construidos ubicuamente según categorías y factores de riesgo abstractos.

1. ¿Riesgos?

Antes de avanzar con la aplicación de la idea del riesgo a la política criminal y el derecho penal, es necesaria una breve nota sobre la cuestión de los riesgos en general. Podría decirse que si bien la temática es realmente antigua, recién a partir de la década de 1980 comenzó a tratarse la cuestión de los riesgos en forma ubicua en distintas ciencias. El trabajo de Ulrich Beck (*Risikogesellschaft*), sin duda, tuvo mucho que ver en eso. En esta obra, en castellano *la sociedad del riesgo*, este autor explica que esta sociedad es una consecuencia o continuación del proceso de la modernización, ya que los riesgos son dependientes del sistema de producción – importante en este sentido es que Beck refiere su idea de riesgos, básicamente, a las creaciones humanas (y no a los seres humanos en sí!). Estos riesgos son muchas veces irreversibles, generalmente invisibles, basados en interpretaciones causales, es decir, dependientes del conocimiento, y abiertos a procesos sociales de definición (lo cual pone en evidencia su potencial político). Desde una perspectiva temporal, los riesgos son a la vez reales e irreales, actuales y futuros.[64] Enseguida luego de la aparición de su trabajo, se hicieron oir las primera críticas, de quienes destacaron que los riesgos –que Beck parecía asimilar a la idea de peligro– no son sino un peligro que se hace calculable, imputable y sancionable.[65] La aparente neutralidad de los riesgos de Beck, por lo tanto, no fue fácilmente aceptada en el ámbito de las ciencias sociales. Distintos estudios de aquella época en adelante han puesto de manifiesto que el concepto del riesgo es particularmente polisémico. Un repaso por algunas de las ideas al respecto sustenta esta afirmación: El riesgo es entendido, según el autor que lo explique –en un espectro que cubre desde una tangibilidad casi física, hasta el construcción más arbitraria– como algo: "real y objetivo", o "subjetivamente condicionado", o "intermediado socialmente", o bien "transformado socialmente", o "real y construido socialmente", o, simplemente, "construido socialmente" (esta última perspectiva en sus dos vertientes del enfoque de la gubernamentalidad y del enfoque sistémico).[66]

61 Ver ya *supra* nota 13 y texto principal.

62 En igual sentido se ha pronunciado *Frisch* (2009: 405), quien recientemente ha advertido sobre la "ampliación y endurecimiento de la legislación" ("*Ausweitung und Verschärfung der Sanktionierung*") en el Derecho Europeo. El autor investiga "la agudización del derecho penal que combate la peligrosidad" ("*Verschärfungen des Gefährlichkeit bekämpfenden Strafrechts*", p. 395 ss.), entre los que cuenta la medida de internamiento preventivo dispuesta con ulterioridad (p. 396) y la utilización de micrófonos en domicilios particulares (p. 397).

63 *Kunz* 2006: 85.

64 Cfr. *Beck* 1986: *passim*.

65 Cfr. *Evers/Nowotny* 1987.

66 Todos en *Zinn* 2008: 1 ss. El autor introduce la temática en la obra colectiva dedicada precisamente a las teorías sociales que trabajan el tema del riesgo y aporta cuantiosas referencias sobre los distintos conceptos y corrientes sociológicas al respecto. Para un análisis detallado del concepto del riesgo en el ámbito de la sociología y su aplicación a la política criminal véase *Böhm* 2011: 44 ss.

Entender a los riesgos como construcciones sociales ha sido tal vez la manera más útil de pensar esta problemática y de comprender, por ejemplo, la funcionalidad que el trabajo con "riesgos" (y no con hechos delictivos) ha tenido para las agencias de intervención –volviendo a nuestro campo– en el ámbito de la política criminal.

Robert Castel lo ha dicho con mucha claridad, en dos pasajes que me permito transcribir:

"Un riesgo no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abastractos o *factores* que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables. [...] La presencia de un conjunto o de determinados factores de riesgo desencadena automáticamente una señal".[67]

"Para ser considerado sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, basta con presentar algunas particularidades que los especialistas, responsables de la definición de una política preventiva, han instituido en factores de riesgo".[68]

Hablar de riesgo, por lo tanto, significa en este sentido hablar de la adscripción de una cierta calidad que, en el ámbito de la política criminal, habilita la intervención del sistema penal. Los riesgos, en este entendimiento, deben ser administrados a fin de prevenir que ocurran a futuro daños concretos – lo cual es diferente de la idea de un delito cometido, que debe ser investigado y eventualmente sancionado.

2. La administración de riesgos en el ámbito del control del delito

La idea de la administración de riesgos está vinculada a la lógica de los cálculos actuariales. Tanto en la justicia actuarial (*actuarial justice*) como en el derecho anti-insecuritas los procesos de des-subjetivación y de des-reconocimiento de derechos juegan un rol muy importante. En ambos casos la figura del 'criminal' se disuelve y pasa a hablarse de 'riesgos' y 'peligros'. Así, ya no son hechos o acciones, sino la puesta en peligro de la seguridad, los que adquieren relevancia para el sistema penal. Todo factor que pudiera dejar presumir esta puesta en peligro es colocado en una matrix o co-construido junto a otros factores de riesgo.[69] De todas formas, "esto no significa que los individuos desaparecen en el sistema penal. Permanecen, pero cada vez más son entendidos no como sujetos coherentes, ya sea como agentes morales, psicológicos o económicos, sino como miembros de una subpoblación particular y su intersección de indicadores categoriales".[70]

Es decir, no se necesita hacer nada, para ser construido como *ente insecuritas* y perder los derechos más básicos. La detención preventiva impuesta con posterioridad no era una *preventive detention*, en el sentido de que no era un encierro previo a un primer proceso penal. De todas formas, era un encierro que, como la *preventive detention*, no era –formalmente– una pena. De ambas puede decirse, que su fin consiste en "proteger la 'seguridad de la comunidad'".[71] Por este motivo ese encierro era considerado por fuera y sin las restricciones y límites jurídicos tradicionales.[72] Se trataba, como señaló en su momento el Tribunal Constitucional alemán, de "dominar una situación de potencial peligro".[73] En este sentido,

67 *Castel* 1986: 229 s.

68 *Castel* 1986: 232.

69 Estos factores pueden ser relevados y construidos como factores de riesgo a partir de interminables catálogos de tipos penales, o a partir de la acumulación y registro de características sospechas en los registros de los servicios secretos, o del comportamiento llamativo de un condenado durante su tiempo en prisión, etc. Sobre el funcionamiento de esta lógica véase en detalle Castel 1986: *passim*, Feeley/Simon 1995: *passim*.

70 *Feely/Simon* 1994: 178 (*"This does not mean that individuals disappear in criminal justice. They remain, but increasingly they are grasped not as coherent subjects, whether understood as moral, psychological or economic agents, but as members of particular subpopulations and the intersection of various categorical indicators"*.).

71 *Feeley/Simon* 1994: 180.

72 En el caso S*alerno* (Supreme Court of the United States, *United States v. Salerno*, 481 U. S. 739 (1987)), explican Feeley y Simon, esto fue establecido claramente: "La detención preventiva no provoca el mismo nivel de protección de otras decisiones de detención penal, porque la soltura previa al juicio busca administrar riesgos más que sancionar" ("*Preventive detention does not trigger the same level of protection as other penal detention decisions because pre-trial release is intended to manage risks rather than punish*".), *Feeley/Simon* 1994: 181.

73 Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 188 ("*die Beherrschung einer Gefährdungslage*").

entonces, puede hablarse de la difusión o "*volatility*"[74] del discurso penal. Krasmann afirma que "ya no es decisiva la infracción a la norma, sino un peligro abstracto; así como la abstracción de ese peligro por parte de personas concretas o de acciones individuales, lo que hace que el margen de intervención sea no solo indefinido, sino también manejable en forma variable". [75]

Si se piensa no tanto en peligros, sino más bien en riesgos –téngase presente el carácter contingente y abstracto de la construcción de riesgos que se señaló en párrafos anteriores–, la construcción de las temidas acciones y estados que ponen en peligro la seguridad, se vuelven todavía más difusa. Precisamente la supuesta puesta en peligro de los objetos a proteger, formulados también en forma abierta y poco definida, posibilita la exclusión, que significa mucho más que una administración del riesgo. Vormbaum explica críticamente que la "flexibilización" del derecho penal lleva a la predominancia de la idea de un fin o final (*Zweckidee*), en lugar de la idea jurídica (*Rechtsidee*): Cada objetivo medianamente plausible, generalmente formulado como objetivo de protección u objetivo de lucha, cuenta con una alta probabilidad de recibir apoyo por parte del sistema penal.[76]

Así también había sido observado tiempo antes en el ámbito estadunidense:

"La acción del gobierno contra la actividad criminal, aún cuando esté mezclada con funciones punitivas tradicionales, cada vez más está sujeta a estándares constitucionales diferentes porque en lugar de enfatizarse los fines de justicia pública, se enfatiza como objetivo la administración de riesgos. Es más preventiva que reactiva. No aspira a sancionar sino a excluir a aquellos que muestran inclinaciones criminales. No está dirigida a una norma pública general, sino a la seguridad dentro de un ámbito especializado y funcionalmente definido". [77]

No se trata por lo tanto del control o administración de grupos o zonas considerados estadísticamente riesgosos, sino más bien del combate, neutralización y exclusión de estas figuras construidas como *entes insecuritas*.

3. Funcionamiento del derecho anti-insecuritas

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que en estos dispositivos el derecho penal devino un *derecho anti-insecuritas* de actuación difusa e intervención agresiva. Su función ya no es perseguir y eventualmente sancionar delitos e infractores, ni crímenes y criminales, sino hacerse cargo de la prevision de fenómenos de alto riesgo, o de su construcción y, a continuación, intervenir directamente sobre esos sujetos o fenómenos que presuntamente ponen en peligro esa seguridad. El funcionamiento de este *derecho anti-insecuritas* puede resumirse de la siguiente manera:

i. *Previsión de cada posible futuro daño para la seguridad general*: por ejemplo, corrupción, economía paralela, peleas de 'gángsters' provocadas por el 'crimen organizado'; crímenes violentos y/o sexuales cometidos por sujetos ya condenados;

ii. *Diseño (construcción) de patrones de riesgo*: por ejemplo, en el caso del 'crimen organizado', la nacionalidad, la religión, el idioma, el círculo de amigos, la ocupación. En el caso de los potenciales ofensores sexuales: los crímenes cometidos, la conducta cotidiana en prisión, la relación con el personal penitenciario, etc.

iii. *Intervención (por medios de un derecho pretendidamente excepcional), con el fin de neutralizer estos riesgos*: El derecho a la privacidad del domicilio y el derecho a la libertad fueron rechazados a fin de proceder en casos sin crimen: la idea es evitar los daños antes que ocurran. La referencia a la obra *minority report*, en este contexto, resulta obligada: previsión e intervención están directamente vinculadas.[78] No

74 *Ashworth/Zedner* 2008: 38. Cfr. también de estos autores, quienes analizan críticamente la dispersión del sistema y estudian las posibilidades y límites de lo que han dado en llamar "justicia preventiva" (*preventive justice*) en el proyecto que llevan adelante en la Universidad de Oxford, *Zedner* 2007 y *Ashworth/Zedner* 2011.

75 *Krasmann* 2007: 85 (*[Es] "ist jetzt nicht mehr die Verletzung einer Norm entscheidend, sondern eine abstrakte Gefahr, und es ist die Abstraktion der Gefahr von konkreten Personen und individuellem Handeln, welche die Schwelle der Intervention nicht nur unbestimmt, sondern auch variabel handhabbar macht"*.).

76 *Vormbaum* 2009: 273.

77 *Feeley/Simon* 1994: 185 ("*Government action against criminal activity, even when mixed with traditional punitive functions, is increasingly subject to a different constitutional standard because instead of emphasising the goals of public justice, it emphasis the goals of risk management. It is preventive rather than responsive. It seeks not to punish but to exclude those with criminal proclivities. It is directed not at a general public norm but at security within a specialized and functionally defined arena"*.).

78 La referencia es al relato de ciencia ficción de Philip K. Dick, *Minority Report* (1986), que fue la historia en que se basó luego la película de igual título, dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Tom Cruise (2002). Aunque en la versión fílmica el

son relevantes los cursos causales, porque el riesgo no es una causa, sino la adscripción de una posibilidad futura.

iv. *Exclusion de los factores y entes riesgosos*: Exclusión de sus derechos, exclusión de la sociedad, exclusión del aparato legal tradicional. Los *entes insecuritas* como el 'crimen organizado' o los 'ofensores sexuales altamente riesgosos' ya no son sujetos de derecho, ya que son reconstruidos como el opuesto a la sociedad y a la 'seguridad general'. Son, al concluir esta cadena funcional, tratados como 'enemigos'.

4. Rasgos distintivos del derecho anti-insecuritas

Bosquejado el funcionamiento del *derecho anti-insecuritas*, cabe intentar reseñar algunos rasgos que lo caracterizan, antes de adentrarnos en la figura a la que él se dirige.

a. *Violento*. El *derecho anti-insecuritas* es violento. No necesariamente en sentido físico (aunque sí lo era, por ejemplo, en el caso de los vomitivos administrados por la fuerza[79]), pero sí en el sentido de imposición de medidas severamente restrictivas de los derechos y libertades fundamentales (privacidad, libertad, protesta, circulación, etc.), que permiten sí la intervención agresiva del derecho. La división "categorial" que Günther Jakobs hace entre "*Derecho* penal y mera *fuerza* penal" ("Straf*recht* und bloße Straf*gewalt*"[80]) en este *derecho anti-insecuritas* desaparece totalmente. El *derecho anti-insecuritas* es presentado, por legisladores y jueces, como derecho.[81]

b. *Inmediato*. No hay distancia ni previsibilidad en la actuación del *derecho anti-insecuritas*: los policías deben escuchar *en directo* las conversaciones que tienen lugar en el domicilio a fin de decidir, de acuerdo a los indicadores dados por el Tribunal Constitucional, en qué momento detener la escucha y grabación para no violar el derecho a la intimidad[82], lo que, como se ha indicado correctamente por parte de los detractores de esta solución del Tribunal, conlleva necesariamente la violación del derecho a la intimidad, ya que en el momento en que se advierte que las acciones han pasado a tener carácter íntimo, ya es tarde; respecto de la medida de internamiento, la decisión de quedar en prisión era adoptada según informes internos tomando por base la relación cotidiana del condenado y el servicio penitenciario, es decir, sin posibilidad de evaluación externa. La inmediatez – contraria a la distancia y neutralidad– se advierte tanto en la forma en que el derecho es dicho, es decir, legislado (piénsese, por ejemplo en la medida de internamiento sancionada para ser aplicaba retroactivamente a ocho condenados ya excedidos en su tiempo de cumplimiento de la pena impuesta), como en la forma en que el derecho es aplicado (respecto del 'terrorismo' como *ente insecuritas*, piénsese en la nueva figura penal que deja abierta la consideración de

desenlace es distinto al del relato original, en ambos casos se presenta la idea de una unidad especial dentro de la Policía, unidad que interviene respecto de sujetos a quienes juzga y aísla, con base en el informe aportado por mutantes que perciben y pre-conocen la próxima comisión de un crimen. En la historia – como en muchos casos en la realidad jurídico-penal actual – los centros de detención están colmados de sujetos que no son culpables – puesto que no han cometido ni intentado cometer ningún delito –, pero que tampoco pueden ser tenidos por inocentes, dada la (presunta) certeza respecto de la futura comisión de delitos por parte de ellos. Esos sujetos, de estar en libertad, como explica el protagonista de la historia, representarían una amenaza para la seguridad general.

79 Las prácticas policiales de suministro forzado de vomitivos *(polizeiliche Brechmitteleinsätze)* nunca fueron legisladas. Se trataba de operativos policiales practicados en el marco de investigaciones antidrogas en que se obligaba al presunto *dealer* a ingerir medios vomitivos (en caso de negación el suministro era forzado vía sonda) a fin de obtener la prueba del delito, las así llamadas "Bubbles" que contendrían la sustancia en cuestión (cfr. al respecto *Pollähne/ Kemper* 2007). No obstante la gravedad de la cuestión, el fallo del Tribunal Constitucional que debió expedirse sobre una apelación presentada por parte de un afectado no avanzó sobre el fondo de la causa por motivos formales, aunque sí lo hizo luego el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró dichas prácticas asimilables a la tortura y de tipo inhumano y humillante, por lo que debieron ser suspendidas, dejando sin embargo ya dos víctimas mortales tras de sí. (Fallo del TEDH: *Jalloh v. Germany*, Fallo del 11.07.2006 (Az. 54810/00), disponible en inglés en: www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/00/54810-00.php> [estado al 3.03.2012]).

80 *Jakobs* 2000: 55 [cursiva en original].

81 En este punto debo aclarar que el uso que aquí se hace del término derecho es general y compatible con la idea de *Recht* en alemán. No se desconoce la diferenciación – que en otros casos he sostenido – entre sistema penal (como poder de policía) y derecho penal (como dique de contención de ese poder de policía) que plantean *Zaffaroni, Alagia y Slokar* (2000: 17 ss.), pero a los fines del presente texto fue recomendable, precisamente para descatar el funcionamiento "irracional" del *derecho anti-insecuritas* (de las agencias punitivas y del discurso jurídico-penal) evitar la diferenciación de estas categorías.

82 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98), p. 324.

cuándo un acto es o no considerado preparación de acto peligroso para el Estado[83]).

c. *Policial*. Este derecho es policial, precisamente en el sentido de que no hay distancia temporoespacial (que es la que confiere *previsibilidad* y *neutralidad* al derecho en abstracto), sino que la intervención es *in situ* y decidida mayormente por agentes policiales, de fuerzas de seguridad, de inteligencia etc. Es la idea de policía analizada y criticada por Walter Benjamin en su obra *Para una crítica de la violencia* (*Zur Kritik der Gewalt*[84]) donde sin embargo él entendía que la policía era la encargada de hacer algo así como el trabajo sucio, que el derecho no se podía permitir.[85] Hoy vemos que es a través de este derecho y del sistema penal, que las intervenciones han perdido neutralidad y distancia. Esta característica está estrechamente relacionada con el hecho de que muchas de las medidas en cuestión tuvieron su origen precisamente en leyes excepcionales de tipo policial y de defensa, que luego fueron incorporadas y regularizadas en leyes penales ordinarias. Esa lógica policial es la que se introdujo mediante las reformas legales y constitucionales en el ordenamiento ordinario.

d. *Formal*. Las formas legales son mantenidas, e incluso exigidas. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, impuso el sistema de indicadores que formalmente limitan la implementación de la vigilancia acústica domiciliaria, aunque en la realidad –tal como fue indicado por los propios agentes que deberían aplicar la medida– sean impracticables[86]; también respecto de la medida de vigilancia acústica domiciliaria se exigió formalmente por parte del Tribunal Constitucional que se considerara su aplicación exclusivamente para casos realmente severos arguyendo que esa era la voluntad restrictiva del legislador constitucional –delitos con penas máximas superiores a los cinco años–, y eso fue salteado por el legislador común (que, debe destacarse este punto, era el mismo que el legislador constitucional) al evaluar subir las penas de ciertos delitos para que pudieran ser incluidos en el catálogo de delitos afectados por la medida.[87] La forma legal, como analiza Giorgio Agamben[88], confiere muchas veces a la ley una indiscutible validez, aunque esta validez, de hecho, no tenga significado. Este *derecho anti-insecuritas* es emitido mediante pasos formalmente correctos y revisada su constitucionalidad (existen proyectos legislativos, sesiones parlamentarias, modificaciones constitucionales, controles de constitucionalidad), que le confieren legalidad y validez – lo que sin lugar a dudas coloca en muy incómoda posición a quienes lo criticamos.

e. *Constitucional*. Uno de los aspectos más interesantes, según mi criterio, es que todas estas medidas y la persecución de *entes insecuritas* como entes que ponen en peligro la seguridad, son co-construidos por el

83 Estas nuevas figuras penales fueron introducidas al Código Penal alemán mediante la *Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado* (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 30. Juli 2009, BGBl. I, 49, S. 2437). Se trata del § 89a StGB: Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat);* y del § 91 StGB: Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)*. En ambos casos se legisla el adelantamiento de la punibilidad por lo que ya no se trata de la sanción de injusto y culpabilidad, sino de la prevención de una amenaza. *Rackow* (2011) criticó duramente esta reforma por entender que puede definirse en forma totalmente arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. En un pasaje cita los propios fundamentales de la ley y analiza la gravedad de tal ambigüedad. Los fundamentos rezan, con respecto al § 89a párr. 1 [BT-Drs. 16/11735, p. 12.]: "Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, tal como se lo imagina el autor, en tales circunstancias sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad". Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow que por lo tanto deberá extraerse del potencial de impacto del acto preparado – ¡y esto de acuerdo a la *imaginación* del autor de la *preparación*! –, si ya su preparación 'afecta' o no la seguridad interior.

84 *Benjamin* 1965.

85 *Benjamin* 1965: 44. Para una profundización sobre la crítica de Walter Benjamin al derecho y la policía y su aplicación a la temática aquí presentada véase *Böhm* 2011: 253 ss., especialmente 259 ss.

86 Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 23, 25; Cfr. Sesión plenaria Nro. 152 del 21 de enero de 2005 (*Plenarprotokoll* 15/152, *Bundestag*), p. 14291. Para la profundización de esta problemática y más referencias sobre las críticas a la sentencia del Tribunal Constitucional al respecto véase *Böhm* 2011: 185 ss.

87 Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 22; ver también la posición contraria en el mismo documento, p. 27.

88 Cfr. *Agamben* 2002, 2006.

Tribunal Constitucional. Se trata de la institución que explica y da forma a los principios del Estado de Derecho plasmados en la *Grundgesetz*, es decir, que el Tribunal es el modelador último de lo que significa en concreto la idea abstracta del Estado de Derecho. Y es precisamente este Tribunal –como ha sucedido en forma similar en otros sitios, como con la *Supreme Court* de Estados Unidos, por ejemplo[89]– el que ha reformulado los términos de ese Estado de Derecho, haciendo posible la construcción de un *derecho anti-insecuritas*. Que esta instancia puede ser guardiana de la Constitución (*Verfassungshütter*), pero no de los derechos fundamentales, queda en evidencia si se piensa en el caso del suministro de vomitivos antes mencionado, en que recién por intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decidió no aplicar más ese método[90], lo cual volvió a reiterarse respecto del internamiento preventivo impuesto con posterioridad, que solo fue abolido luego que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a Alemania. Es decir, estas medidas no se han evitado o anulado apelando al Estado de Derecho, sino –en todo caso– en el ámbito del discurso y la protección de los Derechos Humanos.

f. *Pretendidamente excepcional*. Tanto por parte de los legisladores, como por parte del Tribunal Constitucional se pretende estar tratando con fenómenos excepcionales (el 'crimen organizado' habría adquirido dimensiones nunca antes vistas, el 'crimen organizado' está acaparando y erosionando el Estado de Derecho, la vigilancia acústica es una medida extremadamente excepcional etc.), que sin embargo son presentados como ubicuos, presentes en todos lados, de modo que al instrumentario (originado en medidas excepcionales policiales y de defensa ante peligros inminentes, pero que incluyen luego su aplicación, por ejemplo, a más de cien figuras penales) se lo introduce como necesario en el ordenamiento ordinario, sin límites temporoespaciales que pudieran explicar la idea de excepcionalidad o emergencia.

V. EL *ENTE INSECURITAS*

El *derecho anti-insecuritas* va más allá de la lógica del riesgo, y más allá de la lógica del combate. El sistema penal actúa como una peculiar cinta de Moebius.[91] *Es difícil definir límites temporales, locales y temáticos*.[92] Las garantías constitucionales no son reformuladas para lograr una mejor administración, sino con el único fin de la exclusión física y jurídica de aquellos que ponen en riesgo la seguridad general. Riesgos-enemigos y enemigos-riesgosos son nuevas figuras en el derecho penal: *entes insecuritas*.

Como se vio, los riesgos no son 'cosas reales', no son hechos o daños visibles ni sujetos identificables. Los riesgos son más bien formas de entender, decodificar y hacer previsible una determinada situación o un determinado estado de cosas como disparador (a partir de la acumulación de factores analizables) de eventuales daños en el futuro. Es decir, algo o alguien puede ser construido como riesgo o no, pero *nada ni nadie es un riesgo en sí*. Por ejemplo: haber cometido un delito es un indicador de que pueden ser cometidos nuevos delitos, por lo que es considerado como un factor a ser considerado en la "cuadrícula

89 Respecto del ya antes mencionado caso *Salerno* (cfr. *supra* nota 72), sostienen *Feeley* y *Simon* (1994: 181), que "Las Cortes son una fuerza que podría hacer mucho para ralentar el desarrollo de la justicia actuarial. [...] Sin embargo, (...) la Corte está comprometida con reformular los valores de la jurisprudencia constitucional penal desde una orientación profundamente inspirada por la justicia actuarial" ("*The courts are one force that could do much to slow the development of actuarial justice. [...] However, [...] the Court is engaged in rethinking the values of constitutional criminal jurisprudence from an orientation deeply informed by actuarial justice"*.). También al comentar el fallo *Sokolow* (Supreme Court of the United States, *United States v. Sokolow*, 490 U. S. 1 (1989)) *Feeley* y *Simon* (1994: 182) advierten sobre esta participación de la instancia judicial superior en la conformación de nuevas interpretaciones que restringen los derechos fundamentales, y afirman que la *Supreme Court* prescinde de exigir toda constatación formal con respecto a la forma en que la policía aseguró el material probatorio relevante que fue la base para la subsiguiente entrega de los sospechosos a la justicia: "[La Corte Suprema] pone en evidencia una nueva voluntad de permitir la expansión de las facultades de requisa y secuestro de la policía sin un correspondiente ajuste de las garantías constitucionales respecto del individuo". (*"[The Supreme Court] signalled a new willingness to allow the expansion of search and seizure powers of the police without any corresponding adjustment of constitutional protections to the individual"*.).

90 Cfr. *supra* nota 79.

91 Sobre la continuidad y difusión de los límites véase *Bigo* (2001), quien utiliza la idea de la cinta de Moebius al explicar críticamente el funcionamiento poco diferenciable entre la seguridad interior y la seguridad exterior. Así también *Opitz* (2008: 204) habla del "cruce de diferenciaciones" ("Durchkreuzungen von Unterscheidungen") en el ámbito de la seguridad, las cuales no permiten distinguir, por ejemplo, entre civil/militar, legal/ilegal, nacional/internacional, seguridad interior/ seguridad exterior, y que aún no permiten vislumbrar si se trata de una completa erosión de límites, o más bien de una nueva delimitación.

92 Observaciones similares pueden hacerse respecto del derecho penal en el ámbito del terrorismo. Ver al respecto *Stolle* 2008; *von Denkowski* 2008.

de cálculo de riesgos"; ser extranjero también es un factor de riesgo en las cuadrículas de construcción y previsión de riesgos relativa al 'crimen organizado', lo que sumado a haber cometido un delito anteriormente aumentaría el nivel de riesgo –por acumulación de factores–, y esto requeriría mayor atención y habilitaría a su vez mayor intervención del sistema penal que quiera controlar el riesgo que implica el 'crimen organizado'. El 'crimen organizado' y el condenado por delitos graves son fácilmente construidos –como se pudo advertir apartados atrás– como haces que "aúnan muchos factores de riesgo"[93], lo que permitiría construirlos a ellos mismos como riesgos serios para la 'seguridad' (*entes-insecuritas*), que (de acuerdo a la lógica del *derecho anti-insecuritas*) deben ser no solo controlados, sino que incluso excluidos y neutralizados. Cuando los riesgos son meramente controlados, la intervención no es primeramente violenta.[94] Pero, como se vio, los dispositivos estudiados pusieron más bien de manifiesto que una vez que los riesgos son construidos y clasificados, en caso de considerarse de mucha gravedad para la seguridad, terminan siendo excluidos y neutralizados. Ese es el momento en que el ciudadano común o aquellos vinculados con el fenómeno riesgoso, son construidos como riesgo a combatir: pierden sus derechos, pierden su estatus de sujeto jurídico, y son reconstruidos como otros. Es decir, no lo eran desde un principio (como era, en cambio, pensado el 'anormal', el 'individuo peligroso' de la escuela positiva), sino que mediante la racionalidad del riesgo son reconstruidos como entes opuestos a la seguridad.

El *ente insecuritas* no es pensado como una figura corporal. Por la lógica de la administración de riesgos, los destinatarios del sistema penal son *desubjetivizados*. Ni el 'infractor' de la escuela clásica ni el 'criminal' de la escuela positiva pueden pensarse sin una vinculación directa con un individuo corporal. El *ente insecuritas*, en cambio, es una figura abstracta. En el *derecho anti-insecuritas* no hay tipos penales concretos ni la descripción de anormalidades, que podrían valer como manifestaciones de un peligro. Las figuras a las que se les pueden adscribir factores de (alto) riesgo, por lo tanto, no son vistas como anormales, sino que son puestas a distancia de la sociedad en forma legal o física, ante la eventualidad de su dañosidad, y con el solo fin de la seguridad. Son *hechas* 'extrañas', continuando con el proceso de desubjetivización: el *ente insecuritas* se ve desubjetivizado (*entusbjektiviert*), convertido en extraño (*entfremdet*), y desprovisto de sus derechos (*entrechtlicht*),[95] ya que no se lo considera más un sujeto de derecho. Dado que los factores que pueden considerarse como riesgosos para la seguridad son incontables y pueden ser de una infinita variedad, las medidas que pueden considerarse propias de un *derecho anti-insecuritas* se caracterizarán por la amplitud y la poca definición al momento de señalar los destinatarios de las medidas en cuestión. Es decir, no será fácil definir una relación causal entre un hecho concreto que pretende evitarse y un individuo concreto que pondría la causalidad en movimiento. Para la adscripción de factores de riesgo y la consiguiente legitimación de la intervenció penal no es necesaria la atribución de un daño a quien puso en movimiento (voluntaria o culposamente) un curso causal. A un infractor de la ley penal se le atribuye –según las reglas tradicionales del derecho penal– un daño o un delito cuando ese infractor, causalmente, puede ser hecho responsable de ese daño o de la comisión o tentativa de ese delito. También es posible que quien no pueda ser considerado responsable sea considerado, sin embargo, 'peligroso' y penalmente disculpado. En el caso del *ente insecuritas*, en cambio, no se atribuye un hecho delictivo concreto, sino que es reprochado un daño que eventualmente podría tener lugar en el futuro; se lo hace penalmente responsable de una presunta probabilidad de que se concrete tal situación. La explicación de este funcionamiento reside en la lógica del riesgo: *los factores de riesgo son solo indicadores,*

93 Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 158 ([*Ein Anteil der Probanden] "versammele eine derartige Haufung von Risikofaktoren auf sich(...)*").

94 Un ejemplo lo brinda la medida adoptada por la ciudad de Hamburgo: Para 'administrar' el 'riesgo' que representaban para los pasantes los jóvenes que tomaban cerveza, consumían estupefacientes o pedían dinero en la estación central de trenes, se decidió hacer sonar música clásica a gran volúmen en las entradas de la estación, donde ellos se instalaban, para provocar su hastío y que se retirasen a otro sitio, lo cual dio el resultado esperado. Ver al respecto la nota con el sugestivo título "La dictadura de los tonos suaves" ("Die Diktatur der sanften Klänge") que explica el efecto de la música clásica en los "drogadictos y vagabundos", los cuales sentirían una especie de alergia por ella (http://www.zeit.de/zeit-wissen/2005/04/Muzak.xml [estado al 4 de marzo de 2012]).

95 Cfr. para el análisis íntegro de acuerdo a la terminología alemana *Böhm* 2011: 303 ss. Cfr. en similar sentido *Arnold* (2006: 305), quien critica a *Jakobs*, porque este último presenta al "enemigo" como "sin derechos" ("*rechtlos"*).

que deben calcularse acumulativamente, pero que por sí solos no tienen consecuencia alguna. De esta manera, para la disminución o neutralización de los riesgos calculados se pone en funcionamiento un instrumentario amplio y difuso, que no cumple con los requisitos de determinación y transparencia que debería seguir el derecho y el proceso penal.

De acuerdo a lo dicho, dado que no se trata de investigar, juzgar y eventualmente condenar la comisión de un delito, sino de detectar situaciones y factores de riesgo para la seguridad, procurando –mediante el sistema penal– proveer esa seguridad, los problemas que estas construcciones acarrean, si se las analiza con los parámetros tradicionales del derecho penal, son muchos y de diversa índole:

a. *No son figuras necesariamente físicas*: por ejemplo, 'terrorismo', 'crimen organizado';

b. *No necesariamente hay relación causal entre una acción y un resultado delictivo*: por ejemplo, el ser 'inmigrante ilegal' es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad, aunque no se cometa delito; el tener conducta difícil en la cárcel es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad y la continuación del encierro, aunque no se haya cometido nuevo delito;

c. *Estas figuras acarrean (porque les fueron adscriptos) factores de riesgo,*[96] *lo que implica la contingencia de su construcción*: por ejemplo, hoy extremista musulmán, mañana extremista cristiano, hoy inmigrante vietnamés riesgoso para el mercado del tabaco, mañana inmigrante polaco riesgoso para el mercado automotriz, etc.;

d. *Son construidos e investigados como figuras difusas*: por ejemplo, conocidos de conocidos que podrían estar preparando actos de terrorismo o delitos vinculados con el 'crimen organizado' y son escuchados en sus domicilios.

Estos *entes insecuritas*, destinatarios de medidas como la vigilancia acústica domiciliaria o la otrora detención preventiva impuesta con ulterioridad son presentados por las políticas criminales respectivas al mismo tiempo como un peligro a temer, como un riesgo construido, como una situación de peligro a dominar, como un extraño sin subjetividad y sin derecho, y como un enemigo a vencer. Se implementan distintos instrumentos para la construcción y combate del *ente insecuritas*. Se formulan fenómenos de oposición a la seguridad, se redactan cuadrículas con factores y prognosis de riesgo, se deciden restricciones de derechos, leyes inconstitucionales son declaradas válidas, e intervenciones inmediatas de intervención son ampliadas preventivamente.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA VIOLENCIA DEL DERECHO, EL ESTADO DE DERECHO Y LA INSEGURIDAD DEL DERECHO PENAL

1. La violencia del Derecho

Negar o disimular la violencia propia del derecho aumenta esa violencia, ya que se recurre irreflexivamente al derecho penal y se multiplican permanentemente sus posibilidades (violentas) de intervención, lo que facilita la formación de un derecho anti-insecuritas.

No es nuevo decir que el derecho es violento. Walter Benjamin ha señalado largamente el carácter violento del derecho, con fuertes elementos de la inmediatez policial que legisla, aplica y juzga en un mismo acto e intensifica por lo tanto esa violencia.[97] Jacques Derrida ha retomado estas ideas y las ha aplicado al derecho en su texto *Fuerza de ley*,[98] en que dejó en claro que el derecho requiere de la fuerza que haga posible su aplicación, y deja en claro que justamente esta cercanía entre ley y fuerza hacen imposible toda idea de justicia (idea neutra general imposible de aplicarse en un acto jurídico concreto). Michel Foucault, por su parte, resaltó la función del derecho como instrumento del poder ("la ley no puede no estar armada") y la lógica necesidad de que esa aplicación vaya de la mano con la posibilidad de aplicar o suspender

96 En alemán es muy ilustrativo el término *Gefahrenträger*, que significa precisamente "el que acarrea o lleva consigo peligros", y también ha sido muy utilizado en el ámbito de las políticas anti-terroristas. En nuestro análisis podría hablarse, en esa línea, de *Risikenträger* ("el que acarrea o lleva consigo riesgos"). Sin embargo, esta terminología podría dar confusamente a pensar que el sujeto en cuestión lleva en sí mismo ese riesgo, mientras que es precisamente una característica de la lógica actuarial, que los riesgos no existen en sí, sino que son resultado de adscripciones –más o menos arbitrarias– y del análisis de su acumulación: quien hoy es considerado riesgoso, puede no serlo a partir de un nuevo cálculo realizado en una nueva matrix (aunque, dicha sea la verdad, lamentablemente la experiencia indica que es más fácil ser atrapado en una matrix de factores de riesgo, que salir de ella).

97 *Benjamin* 1965.

98 *Derrida* 1997.

ese derecho de acuerdo a la necesidad (bio)política del momento.[99] La excepción, la decisión en cuanto a esa suspensión temporal de la ley, fue estudiada también por Giorgio Agamben, quien retoma aquellas reflexiones de Foucault y las actualiza en la idea, hoy bastante expandida, de que no estamos viviendo en tiempos en que el derecho cada tanto tiene que acudir a la excepción, sino en tiempos, en que la excepción ha devenido en regla.[100] Entiendo, sin embargo, que no se trata de una excepción hecha regla, sino de una regla que se instala argumentando excepción.[101]

Teniendo entonces en cuenta la violencia ínsita del derecho, como primer paso en el análisis de toda práctica jurídico-penal, debería partirse de la importancia de reducir su ámbito de aplicación e implementación, lo cual indudablemente conllevaría, entre otras consecuencias, a dificultar la construcción de más espacios de actuación del *derecho anti-insecuritas* (expresión máxima de la irracionalidad –en terminología zaffaroniana– del tradicional poder punitivo).

2. El Estado de Derecho[102]

La idea del Estado de Derecho no es suficientemente precisa como para impedir la construcción del derecho anti-insecuritas. Los dispositivos aquí analizados son completamente acordes con el Estado de Derecho ("rechtsstaatlich") y fueron construidos por mecanismos formalmente propios del Estado de Derecho, así como legitimados (co-construidos) por el Tribunal Constitucional alemán.

Que la fusión entre la lógica del riesgo y la lógica de la guerra sea novedosa no significa que las condiciones estructurales pre-existentes y que han hecho posible este desarrollo no hayan estado ya – ¡probablemente desde siempre! – en la misma lógica interna del derecho. Ya en las redes del discurso del derecho moderno e ilustrado se encuentran las condiciones para la construcción de las figuras y las medidas de la actualidad. Hoy simplemente esta fusión hace más visibles esa lógica y sus retículos.

La cuestión es si esta forma de actuación penal, llevada adelante por las distintas políticas criminales (de seguridad), pueden ser *realmente* compatibles con el Estado de Derecho. Pareciera que este *derecho anti-insecuritas* y su lógica ponen en crisis las posibilidades del Estado de Derecho. Sin embargo, es el propio Estado de Derecho a través de sus instituciones el que reinterpretando las ideas de seguridad y libertad, lo habilita.

Una limitación del *derecho anti-insecuritas* únicamente será posible previa revisión de los componentes discursivos que atraviesan al derecho, y luego de una profunda revisión de la función del discurso penal en su conjunto. La relación de medio-fin que se está dando en el *derecho anti-insecuritas* (el derecho penal como *medio* para obtener el *fin* seguridad) debe ser dejada de lado. Sin embargo, esta eliminación no debe esperarse que tenga lugar gracias al auxilio de los principios del Estado de Derecho ni de sus actores. Precisamente estos principios (legales, constitucionales) son los que han sido reinterpretados por esos actores y han dado lugar al *derecho anti-insecuritas*, ya que también se encuentran atravesados y formados por el ansia securitizante[103]. Esto es, las exigencias de nuevas medidas y límites menos rígidos para tratar con los *entes insecuritas* y el terrorismo, con el 'crimen organizado' y con la violencia sexual –por mencionar solo los ámbitos aquí tratados– se han hecho más y más fuertes en los últimos años y se han reunido incluso en derredor de un único concepto: la seguridad. La inseguridad puede acechar (o, mejor es decir, puede ser percibida/construida) en todo espacio social. Los *entes insecuritas* no son construidos y combatidos como situaciones de excepción ni existe estado de emergencia (aunque se alegue); no se suspende el orden constitucional con regímenes autoritarios, ni se recurre a leyes o decretos excepcionales. Todo transcurre por los

99 *Foucault* 2002: 174. Esta idea está desarrollada y es siempre nuevamente pensada a lo largo de toda la obra del pensador francés. Puede sugerirse especialmente, sin embargo, la lectura de *Foucault* 1995 (*La verdad y las formas jurídicas*), en particular la tercera conferencia.

100 *Agamben* 2002: 130; y 2004: *passim*.

101 Sobre esta idea así como para un análisis detallado de las ideas de los cuatro pensadores referidos véase *Böhm* 2011: 252 ss., donde la crítica al derecho por ellos realizada es aplicada a los casos aquí en estudio (véase respectivamente sobre Benjamin p. 253 ss., sobre Derrida 266 ss., sobre Foucault p. 276 ss. y sobre Agamben p. 290 ss.).

102 Primeras ideas sobre la problemática situación en que se encuentra el concepto del Estado de Derecho en el marco del desarrollo político-criminal de las últimas décadas fueron desarrolladas en *Böhm* 2008 y 2011a.

103 Sobre la idea de securitización cfr. ya supra nota 14.

canales previstos por un orden constitucional regular propio de un Estado de Derecho democrático que por vías regulares construye y combate peligros, amenazas, todo aquello que puede *insegurar* al Estado y/o a la sociedad.

El ministro Schäuble incluso, en la entrevista antes mencionada, llegó a plantear y preguntarse la solución para un caso hipotético, claramente violatorio de los procederes propios de un Estado de Derecho, pero muy ilustrativo:

"*Schäuble*: Supongamos que alguien supiera en qué cueva está sentado Osama Bin Laden. Se podría disparar un misil teledirigido para matarlo.

Spiegel: Probablemente el gobierno federal mandaría primero un fiscal, para detener a Bin Laden...

Schäuble: ... y mientras tanto los americanos lo ejecutarían con un misil, y la mayoría de la gente diría: Gracias a Dios. Pero seamos sinceros: las cuestiones de derecho permanecerían totalmente confusas [...]. Deberíamos intentar aclarar dichas cuestiones lo más preciso posible en nuestro derecho constitucional y crear los fundamentos jurídicos que nos den las libertades necesarias en la lucha contra el terrorismo".[104]

Que la solución estadounidense sugerida por Schäuble en su ejemplo de 2007 se haya hecho realidad en 2011, resulta una curiosa coincidencia. O no. Más bien podría pensarse que la entrevista con el ministro del Interior alemán probablemente puso en evidencia los procesos de redefinición que vienen teniendo lugar en los últimos años. Como se vio en apartados anteriores, las reformas que el ministro exigía en 2007 para que el Estado de Derecho estuviera a la altura de las circunstancias, habían empezado a darse con anterioridad también en otros ámbitos. Tanto reformas legislativas y constitucionales como sentencias del Tribunal Constitucional, ya con anterioridad, habían empezado a delinear estas transformaciones del derecho penal que cada vez más se perfila como instrumento protector de la seguridad general, y perseguidor de toda posible inseguridad.

3. La inseguridad del derecho penal

Un derecho penal que tiene por fin la 'seguridad' o 'el bienestar general' se coloca en la situación de tener que actuar ilimitadamente. Cada límite (procesal, constitucional, etc.) a su actuación es leído como una renuncia a ese fin. Este es el problema nuclear del ilimitado, agresivo y difuso derecho anti-insecuritas.

El derecho penal de la actualidad está siendo re-editado en términos de seguridad. Viejas lógicas jurídicas están siendo actualizadas: La violencia, la vaguedad, la excepcionalidad, son todos aspectos inmanentes a la lógica interna del derecho moderno. El *derecho anti-insecuritas*, por lo tanto, no es un derecho premoderno, ni un derecho anti-moderno, como podría alegarse. Se trata más bien de una manifestación del derecho moderno reformulado para adecuarse a los desafíos del siglo XXI y su obsesión por la seguridad. El *derecho anti-insecuritas* es el derecho instrumental a los tiempos de la seguridad.

Luego de hacer esta revisión de las construcciones, los discursos y las prácticas que dentro del ámbito penal significan el desarrollo de políticas criminales guiadas por el ideal de la seguridad – lo que convierte a la política criminal en *política de seguridad* –, la mejor forma de sobrepasar y redireccionar estas políticas es el abandono desde el sistema penal y desde el derecho penal de la lógica de la seguridad como norte, que solo lleva a una ilimitada necesidad de mayor amplitud, y mayor agresividad. La inseguridad del sistema penal y del derecho penal que lo piensa – o lo debería pensar –, solo puede ir en aumento.

El sistema penal debe ocuparse – como verdadera *ultima ratio* – de la investigación y, eventualmente, sanción de conductas individuales gravemente lesivas, y *no* de la Seguridad Interior, *no* de la Seguridad del Estado, *no* de la Seguridad General. La sana convivencia, la recuperación del espacio público, la reivindicación de la seguridad como fin integral y constructivo del Estado mediante la provisión de seguridad sanitaria, educativa, laboral, ambiental, de salud, etc., así como el respeto de la libertad del otro, la intervención preventiva y/o restauradora respetuosa de los derechos de los afectados, etc.; Todos estos términos deben recuperarse y destacarse al hablar de seguridad. La intervención penal desde las políticas criminales, desde el discurso penal, desde las instituciones penales y la dogmática penal no tienen realmente mucho para aportar en esos ámbitos.

Desplazar la idea de la seguridad del ámbito del derecho penal puede ser un primer paso para reinterpretar al derecho penal en respeto de los principios democráticos básicos del Estado de Derecho pensados,

104 *Der Spiegel*, Nro. 28/ 9.7.2007, p. 32.

interpretados e implementados en consonancia con los Derechos Humanos. Negarse a plantear discusiones penales a partir de la necesidad de seguridad es el aporte que, a mi entender, cada académico y cada práctico puede hacer desde su lugar. Sugiero por lo tanto un rotundo *basta!* a la problematización de la seguridad en el campo del sistema y el derecho penales, como si de una tarea propia se tratase. De lo contrario, el *derecho anti-insecuritas* seguirá aumentando su campo de acción, y los *entes insecuritas* construidos y neutralizados seguirán proliferando.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio (2002): *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio (2004): *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio (2006): *Mittel ohne Zweck*, Zürich/Berlin: diaphanes.

Arnold, Jörg (2006): Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, en: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HHRS-* Aug./Sept. 2006, 303-315

Ashworth, Andrew/ Lucia Zedner (2011): Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law, en: R.A. Duff/ S. Green (comp.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law,* Oxford: Oxford University Press, 279-304

Ashworth, Andrew/ Zedner, Lucia (2008): Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, en: *Criminal Law and Philosophie* 2, 21-51

Beck, Ulrich (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Bender, Soledad (2007): *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.

Benjamin, Walter 1965 [1921]: Zur Kritik der Gewalt, en: *id.*, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 29-65

Bigo, Didier (2001): Internal and External Security(ies): The Möbius Ribbon, en: M. Albert et al. (edtr.), *Identities, Borders and Orders*, Minneapolis: Minnesota University Press, 91-136

Böhm, María Laura (2006): Sicherheitskriminologie. Freiheitskriminologie, en: Heinrich, R./ Schulte Ostermann, J. (comp.): *Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie. Tagungsband. Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 233-251

Böhm, María Laura (2007): Komplementäre Kriminalpolitiken, en: *Kriminologisches Journal*, 9. Beiheft, 168-183

Böhm, María Laura (2007a): Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* (Ad Hoc), N° 4, 69-106 (reimpresión en Perú: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* 1/2011, 159-180)

Böhm, María Laura (2007b): Videoüberwachung und Kriminalpolitik, en: Zurawski, N. (comp) *Sicherheitsdiskurse. Angst, Kontrolle und Sicherheit in einer „gefährlichen" Welt*, Peter Lang, Frankfurt, 245-260

Böhm, María Laura (2008): Transformaciones en el Estado de*(l)* Derecho, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* 5 (Ad Hoc), N° 5/6, 15-33

Böhm, María Laura (2011): *Der ‚Gefährder' und das‚Gefährdungsrecht': Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag [Obra disponible online: http://webdoc.sub.gwdg.de/ univerlag/2011/GSK15_boehm.pdf]

Böhm, María Laura (2011a): Estado de derecho en Alemania. Sobre "enemigos" y "criminales" en el Parlamento y frente al Tribunal Constitucional alemán, en: Muñagorri, Ignacio y Pegoraro, Juan (coord.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson, 151-175 2012; (reimpresión en Colombia: Ambos, Kai/ Böhm, M.L. (comp.) (2012), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania–Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana – Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen, 5-16 de septiembre de 2011*, Bogotá: Temis – en edición –)

Böhm, María Laura (2011b): Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law, en: Duttge, Gunnar

(ed.), *The Law in the Information and Risk Society*, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag, 145-163

Böhm, María Laura (2012): Políticas de Seguridad y Neoliberalismo, en: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crimen y Globalización*, Madrid: Trotta (en edición)

Böhm, María Laura/ Mariano H. Gutiérrez (2007): Introducción, en: M. L. Böhm y M. H. Gutiérrez (comp.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, V-XXXI.

Buzan, Barry/ Waever, Ole/ de Wilde, Jaap (1998): *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, CO: Lynne Riener

Castel, Robert (1986): De la peligrosidad al riesgo, en: Alvarez Uría, Fernando/ Varela, Julia (comp.), *Materiales de sociologia crítica*, Madrid: La Piqueta, 219-243

C. A. S. E. Collective (2006): Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, en: *Security Dialogue* vol. 37(4), 443-487

Derrida, Jacques (1997): *Fuerza de Ley*–El 'fundamento místico de la autoridad', Madrid: Tecnos

Etzel, Matthias (1992): *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)*, Tübingen: Mohr.

Evers, Adalbert/Nowotny, Helga (1987): *Über den Umgang mit Unsicherheit – Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp

Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1994): Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law, en: Nelken, David (comp.): *The Futures of Criminology*, London [u.a.]: Thousand Oaks, 173-201

Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1995): *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones,* en: *Delito y Sociedad*, Año 4, Núm. 6-7, 33-58

Fernández Steinko, Armando (2008): *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional,* Madrid: Catarata

Foucault, Michel (1995): *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa

Foucault, Michel (2002): *Historia de la sexualidad I. La voluntad de Saber*, Buenos Aires: Siglo XXI

Frisch, Wolfgang (2009): Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 7, 385-405

Garland, David (1996): The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, en: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471

Garland, David (1997): 'Governmentality' and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology, en: *Theoretical Criminology* Vol. 1 (2), 173-214

Garland, David (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa

Jakobs, Günther (2000): Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, en: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (comp.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, p. 47-56

Jakobs, Günther (2003), Derecho Penal del Enemigo, en: Jakobs, G./ Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 19-56

Jakobs, Günther (2004): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, en: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HHRS-*, März 2004, 88-95

Jakobs, Günther (2005): Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 a los estudiantes del seminario "*Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie*" (Seguridad y Libertad IV. Estado y Sociedad. Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo

Kinzig, Jörg (2008): *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot

Krasmann, Susanne (2007): Folter im Ausnahmezustand?, en: Krasmann, S./ Martschukat, Jürgen (comp.), *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 75-96

Kunz, Karl-Ludwig (2006): Die Sicherung als gefährlich eingestufter Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion, en:

Barton, Stephan (comp.): *„(...)weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!" Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Baden-Baden: Nomos, 71-86

Meyer-Wieck, Hannes (2005): *Der Große Lauschangriff. Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO*, Berlin: Duncker & Humblot

Mushoff, Tobias (2008): *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt a.M.: Peter Lang

Opitz, Sven (2008): Zwischen Sicherheitsdispositiven und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernementalität, en: Purtschert, Patricia/ Meyer, Katrin/ Winter, Yves (comp.): *Gouvernementalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault,* Bielefeld: transcript, 202-228

Pestalozza, Christian (2004): Die widerwillen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung, en: *Juristische Zeitung,* 605-609

Pollähne, Helmut/ Kemper, Andrea (2007): Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot – zur Entscheidung des EGMR, en: *Kriminologisches Journal*, 39. Jg. H. 3, 185-202

Rackow, Peter (2010): Strafrechtliche Terrorismusbekampfung durch Ponalisierung von Vorbereitungshandlungen, en: Bloy, Rene et al. (comp.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift fur Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641

Sack, Fritz (2007): El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología* (Ad Hoc), Nro. 4, 128-158

Scheerer, Sebastian/Böhm, María Laura/Viquez, Karolina (2006): Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo, en: Cancio Melia, Manuel/Gomez-Jara Diez, Carlos (comp.): *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusion, Tomo II*, Madrid/Montevideo: Edisofer y B. de F., 917-938

Schmitt, Carl (1963): *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot: Berlin

Stolle, Peer (2008): Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen, *Kriminologisches Journal* 40. Jg., H. 2, 123–136

Thiede, Frank (2008): Entwurf des BKA-Gesetzes, en: *Kriminalistik 10/2008*, 539-542

Denkowski, Charles von (2007): Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, en: *Kriminalistik* 5/2007, 325-332

Denkowski, Charles von (2008): Das BKA im Wandel: Einst Zentralstelle, bald Bundeskriminalpolizei im Vorfeld terroristischer Gefahren – die Große Koalition leitet einen Paradigmenwechsel ein, en: *Neue Kriminalpolitik* 3/2008, 82-87

Vormbaum, Thomas (2009): *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin: Springer.

Warntjen, Maximilian (2007): *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, Baden-Baden: Nomos

Williams, Michael C. (1998): Modernity, Identity and Security: A Comment on the "Copenhagen controversy", en: *Review of International Studies* 23(3), 435-440

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar

Zedner, Lucia (2007): Pre-crime and post-criminology?, en: *Theoretical Criminology* 11(2), 261-281

Zinn, Jens (2008): Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty, en: *id.* (comp.): *Social Theories of Risk and Uncertainty–An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 1- 17

¿PROCESOS PENALES SOLO PARA CONOCER LA VERDAD? LA EXPERIENCIA ARGENTINA*

Daniel R. PASTOR**

Sumario: I. Descripción de un fenómeno peculiar. II. Crítica de este fenómeno peculiar.

I. DESCRIPCIÓN DE UN FENÓMENO PECULIAR

A. La situación

Al menos desde el siglo XX después del ocaso de cada régimen político autoritario se han producido diversas experiencias para tratar de reconstruir la suerte de los afectados por la opresión desarrollada desde el Estado[1]. Ellas han sido muy variadas y sus diferencias han dependido de múltiples factores, principalmente del grado de dominio del poder que tuvieron, ya en Democracia, los autores de los crímenes, por un lado, y las víctimas supervivientes, por el otro. Lo normal ha sido conocer lo sucedido por su difusión, pero también por el resultado de los procesos judiciales llevados a cabo contra los sospechosos. Donde los procesos judiciales no eran posibles, se recurrió a las llamadas "comisiones de la verdad". Mi trabajo se refiere a la muy peculiar experiencia argentina que empezó con una comisión de la verdad[2] que en lugar de ser creada como alternativa al enjuiciamiento penal fue pensada también como base de los necesarios procesos judiciales[3]. Se esperaba que, al menos en parte, las circunstancias establecidas por esta Comisión respecto de casi unas diez mil víctimas de crímenes de Estado resultarían precisadas y pormenorizadas en investigaciones penales y juicios[4]. Esta política siguió su curso normal hasta que la solución judicial fue excluida por las leyes que impidieron la continuación de los procesos.

Los crímenes, con independencia de su naturaleza, sus particularidades y su gravedad, representan hechos del pasado cuyo conocimiento, en una sociedad democrática, puede ser tratado de maneras muy diversas. Ante la obligación estatal de castigarlos surge el deber judicial de conocerlos. Pero también se puede resolver no castigarlos y, por lo tanto, no investigarlos, de modo que se impone así desde la autoridad una suerte de decisión colectiva de "olvidarlos oficialmente" (amnistía). Ahora bien, si no pueden ser

---

* Publicado en Pastor, Daniel: *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 369 y ss.

** Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

1 "En tiempos de un cambio de sistema político con profundas modificaciones también de tipo normativo, es muy natural la reconstrucción jurídico-penal del pasado con el interés de justificar que ese pasado debe ser aclarado segura y completamente" (Hassemer, W.: "La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación", trad. de D. Pastor, en NDP 1998/A, p. 74). *Vid.* también Eiroa P.: "Memoria y justicia en la experiencia de la Comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación" (inédito). Muchas de las experiencias concretas del siglo XX han sido analizadas por Nino, C.: *Juicio al mal absoluto*, trad. de M. Böhmer, Buenos Aires, [2]2006, pp. 43 y ss. Acerca de las cuestiones penales fundamentales que plantea la superación del pasado *vid.* además Hirsch, H.: "Derecho penal del Estado de derecho e injusto dirigido estatalmente", trad. de A. Gil Gil, en Hirsch, H.: *Derecho Penal. Obras completas*, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 209 y ss. En general sobre el problema de fondo de verdad, memoria, historia y futuro, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, trad. de S. Peña, Buenos Aires, 2006.

2 La Conadep (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) creada por decreto del Presidente Alfonsín de 15 de diciembre de 1983.

3 Informa Nino, cit. n.ª 1, p. 133, que "la mayor parte de la evidencia colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían".

4 *Vid.* Méndez, J.: "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en Abregú, M./Courtis, C.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 527.

castigados, su conocimiento podría ser mantenido, de todos modos, como cuestión estatal (propaganda) o quedar librado a la elaboración privada (historia). Casi todas estas opciones han sido puestas en práctica para la superación de lo sucedido con los crímenes de Estado en Argentina, según se verá más abajo, pero lo central para este trabajo es el análisis de la utilización del proceso penal y de los cuerpos judiciales previstos para llevarlo a cabo con el fin de satisfacer un "derecho a la verdad" que obliga a poner en marcha la maquinaria de la justicia criminal *solo* para saber qué pasó exactamente respecto de esos crímenes sin posiblidad de enjuiciar a los sospechosos y condenar a los culpables. Por lo tanto, si bien no son procesos penales en sentido estricto recurren sin embargo, para cumplir su peculiar fin, a la actuación de los jueces penales por medio de las reglas del proceso penal, con lo cual es evidente que el derecho procesal penal tiene al respecto algo que decir, más allá incluso de que, en buena medida, estos procesos tienen mucho de "punitivos" en sentido amplio. De otro modo no se explica por qué se recurre a jueces y procesos penales si no se trata de juicios penales. Es por ello que esta práctica, que ha sido bautizada con el nombre de "juicios de la verdad" o "juicios por la verdad", resulta llamativa ya porque en realidad sabemos bien que no son propiamente juicios y no sabemos nada demasiado preciso acerca de qué es la verdad[5].

B. Alcances del llamado "derecho a la verdad"

En el ámbito latinoamericano es un lugar común considerar que el Estado, respecto de los llamados "delitos de lesa humanidad" (con más propiedad: "delitos contra la humanidad") y de las denominadas "graves violaciones de los derechos humanos", tiene, junto al deber de llevar a cabo procesos penales con el fin de investigar y castigar a los culpables, una obligación independiente (derivada del deber de garantía y del deber de reparar) de informar todo lo sucedido con las víctimas[6]. Un derecho "a la verdad" –algo bastante impreciso y ambiguo, por cierto– no existe positivamente y se duda de que pueda haberlo, por ello se ha dicho que "la verdad sobre el derecho a la verdad" sigue siendo una materia en la cual todavía hay que ponerse de acuerdo[7]. No obstante ello, los intereses

5 La relación entre derecho y verdad es tan antigua como compleja. Kelsen asimila la pregunta por la justicia a la pregunta acerca de qué es la verdad que el gobernador romano formuló a Jesús de Nazaret (Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. de L. Calvera, Buenos Aires, 1987, p. 7). *Vid.*, más pormenorizadamente, Häberle, P.: *Verdad y Estado constitucional*, trad. de G. Mañón Garibay, México, 2006; Bertolino, P.: *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, 1990; Neumann, U.: *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, trad. de M. Hernández, Bogotá, 2005; Volk, K.: *La verdad sobre la verdad*, trad. de E. Sarrabayrouse, Buenos Aires, 2007. Aquí, naturalmente, no se puede abordar además la discusión filosófica, epistemológica, semiótica y lingüística acerca de "la verdad", problema central de la cultura occidental de Platón a Davidson, pasando por Aristóteles, Agustín de Hipona, Kant, Husserl, Wittgenstein, Heidegger, Russell, Gadamer, Foucault y Habermas, por citar solo algunos pensadores que se ocuparon detenidamente del problema. Una clave interpertativa para aproximarse no tan desarmado a esta cuestión la brinda el debate entre Engel, P./Rorty, R.: *¿Para qué sirve la verdad?*, trad. de A. Grieco y Bavio, Buenos Aires, 2007.

6 *Vid.* Méndez, cit. n.ª 4, p. 522; Oliveira, A./Guembe, M.: "La verdad, derecho de la sociedad", en Abregú/Courtis, cit. n.ª 4, pp. 541 y ss.; Guzmán, N./Otero, J.: "La casación, la verdad y la autoincriminación. El fallo 'Corres' y la historia de una tensión", en CDJP [Casación], t. I, pp. 503 y ss.

7 *Vid.* Naqvi, Y.: "The right to the truth in international law: fact or fiction?", en International Review of the Red Cross, vol. 88, N° 862, 2006, p. 273. Este autor, a lo largo de todo el trabajo citado, pone en duda incluso que algo como la verdad, que como concepto es prácticamente inasible, pueda ser el contenido de regulaciones normativas. En el mismo sentido, *vid.* Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, p. 506; Chinchón Álvarez, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid, 2007, pp. 262 y ss. ("pretendido derecho"). Por esta razón este derecho es considerado todavía como algo "emergente" (*vid.* Méndez, cit. n.ª 4, pp. 520 y ss.). La Comisión Europea de Derechos Humanos, en torno del problema del negacionismo, ya había afirmado, sin embargo, que los crímenes cometidos en Auschwitz no pertenecen solo a la historia: las familias de los víctimas siguen conservando un derecho a la memoria de lo sucedido con sus seres queridos (informe del 14.7.1984 del caso "T. c. Belgique"). El TEDH, en varios casos, ha seguido la misma línea general de tolerar la restricción de la libertad de expresión solo en el caso excepcional de que esta sea utilizada para efectuar una defensa pública de crímenes de guerra pasados cuya revisión deba ser evitada como medida necesaria en una sociedad democrática (así, p. ej., en la doctrina de la sentencia "Lehideux e Isorni c. Francia" del 23.9.1998). Como parte de las extravagancias habituales de los tribunales penales internacionales el ICTY anuncia desde su "Homepage" que entre sus objetivos se cuenta el de "imponer la verdad judicial con el fin de impedir el revisionismo", aunque solo lo hace en la versión francesa de esta propaganda en Internet (*vid*. www.un.org/icty/glance-ff/index.htm), dado que en la versión en inglés este objetivo no es mencionado (*vid.* www.un.org/icty/glance-e/index.htm). En la obra de Chinchón Álvarez citada precedentemente (p. 263) se recoge la opinión de que este derecho tiene su origen en la historia, constituyendo para el Estado un "deber de la memoria" para prevenir "las deformaciones de la historia" que representan el revisionismo y el negacionismo. Desde el punto de vista político, en Europa, después de 1989, se exigió derecho a la verdad respecto de lo sucedido en los Estados totalitarios estalinistas, siendo Václav Havel –poeta, prisionero del régimen anterior y después Presidente democrático de Checoeslovaquia y luego de la República Checa– quien primero presentó esta exigencia (*vid.* Häberle, cit. n.ª 5, p. 2).

individuales que están detrás de la búsqueda, no de "la verdad", sino de información de lo sucedido a las víctimas del delito (especialmente en el caso de los desaparacidos) merecen sin duda una regulación jurídica que los reconozca, canalice y proteja pues se trata de valores elementales dignos del mayor respeto social. Esto sí surge positivamente en el derecho internacional humanitario, p. ej. del art. 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (aprobado en 1977) en el cual se reconoce "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros" que hayan tomado parte en conflictos armados, guerras de liberación o de lucha contra la opresión, especialmente en el caso de desaparecidos (art. 33), y también a recuperar los cuerpos de los fallecidos o a conocer el lugar de su sepultura y a acceder a ella (art. 34). Aquí no se habla de "la verdad".

Es interesante de todos modos, para medir después las capacidades del proceso penal para cumplir este propósito, describir cuáles son los contenidos de este "derecho a la verdad" que implica como contracara –y esto es lo que más importa– una obligación para el Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su Informe anual 1985/1986 estableció que "toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias"[8]. Aquí no está totalmente claro todavía si esas investigaciones judiciales deben estar orientadas al castigo de los culpables o si persiguen exclusivamente una función epistemológica.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Velásquez Rodríguez" (sentencia del 29.7.1988) señaló que como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos los Estados debían asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos[9]. En esta sentencia la obligación de investigar no aparece como un fin en sí mismo. Aquí se trata, antes bien, de investigar con el fin explícito de "identificar a los responsables", "imponerles las sanciones pertinentes" y "asegurar a la víctima una adecuada reparación"[10].

Ante ello, la Comisión Interamericana, en el Informe N° 25/98, acentuó los alcances del "emergente" derecho a la verdad en sí mismo respecto de las graves violaciones de los derechos humanos, como parte de los derechos convencionales pero independiente del castigo efectivo de los culpables[11]. Este derecho, reiteró la Comisión, implica una obligación estatal con los familiares de las víctimas de esos hechos y con la sociedad como parte de las obligaciones y deberes asumidos por los Estados Parte, especialmente de lo dispuesto en los arts. 1.1, 8, 13 y 25 de la CADH[12]. Para la Comisión "el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo, que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en particular en el caso de los desaparecidos, en los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero. En ese sentido, la Corte ha señalado que 'El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [...], el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que

8 CIDH, Informe Anual 1985–1986- OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p. 205 (*apud* Informe 25/98 de la CIDH, n.ª 46).

9 *Vid.*, acerca del derecho a la verdad en esta sentencia, Méndez, cit. n.ª 4, p. 528.

10 Sentencia cit., párr. 174. La Corte volvió sobre la cuestión en los casos "Bámaca Velásquez" (sentencia de 25.11.2000), "Barrios Altos" (sentencia de 14.3.2001), "Myrna Mack Chang" (sentencia de 25.11.2003), entre otros.

11 *Vid.*, acerca de las prestaciones que según este Informe integran el derecho a la verdad, también Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, p. 508.

12 Informe 25/98, párr. 85.

el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance'"[13]. En este Informe, finalmente, la Comisión sostuvo que "forma parte del derecho a reparación por violaciones a los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones"[14].

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 21/00[15], reconoció, al aprobar una solución amistosa, la existencia de un derecho a la verdad derivado de la CADH (de otro modo la Comisión no hubiera podido tratar la petición que alegaba la violación de la Convención) que "consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas"; se aclara al respecto que "es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene, en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible"[16]. Se establece en este texto también que "el Gobierno argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas"[17]. Debido a que en el caso se llegó a una solución amistosa resulta ilustrativa, para conocer los alcances pormenorizados del derecho reconocido por las partes en su acuerdo bendecido por la Comisión, la posición de la peticionaria. En este sentido, el derecho a la verdad y el derecho al duelo –derivados de las garantías a una tutela judicial efectiva (se invocan el art. 8.1 y el infaltable art. 25 de la CADH)– obligan al Estado argentino (en virtud de su deber de respetar los derechos: CADH, art. 1.1) a determinar lo ocurrido con los detenidos desaparecidos[18]. La obligación comprende la reconstrucción de las historias particulares de cada uno de los detenidos desaparecidos[19]. Se trata del "derecho de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos y el derecho de la sociedad a conocer con detalle la metodología utilizada por la dictadura militar para exterminar a decenas de miles de argentinos"[20].

Para la doctrina, lo que el derecho internacional, expresado por medio de la Comisión y de la Corte IDH, impone es "investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad [...]. El Estado debe poner a disposición de los interesados y de la sociedad en general toda la información que posee"[21]. Se trata de informar acerca del destino y la eventual localización de los cuerpos de los muertos como parte del derecho de sus parientes a los duelos impedidos y a contar con un lugar de sepultura para sus seres queridos[22].

---

13 Informe cit., párr. 88 (la cita de la Corte corresponde al párr. 188 de la sentencia "Velásquez Rodríguez").

14 Informe cit., párr. 95. Con las mismas palabras se pronunció la Comisión en el Informe 136/99 (caso N° 10.488, El Salvador, 22.12.1999), párrs. 221 a 228.

15 Informe del 29.2.2000 del caso N° 12.059: "Carmen Aguiar de Lapacó" (Argentina). Este informe, que contiene una regulación precisa y detallada de la obligación estatal de buscar e informar la verdad en estos casos, supera a sus antecesores (25/98 y 136/99).

16 Informe cit., párr. 17, punto 1. esta era precisamente la idea de derecho a la verdad de Méndez, expuesta ya en su artículo de 1997, cit. n.ª 4, p. 532, respecto de lo cual aclara que "no es inconcebible que ciertos aspectos de la verdad estén perdidos para siempre".

17 Informe cit., párr. 17, punto 2. La normativa nunca fue aprobada por el Parlamento, de modo que Argentina ha incumplido esa parte del acuerdo (*vid.* Schiffrin, L.: "Derecho y política de la verdad", en Arnold, J./Simon, J./Woischnik. J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México, 2006, p. 349).

18 Informe cit., párr. 2.

19 Informe cit., párr. 10.

20 Informe cit., párr. 12. Obsérvese al paso que, en castellano, decenas de miles quiere decir que se trata de más de veinte mil.

21 Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, pp. 548 y s. Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, p. 263, señala por ello que en la doctrina se habla de una "verdad global" acerca del marco general de lo ocurrido y de una "verdad del caso" relativa a lo sucedido con cada persona en particular.

22 *Vid.* Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, pp. 549 y ss. En esa dirección también la sentencia de la Corte IDH "Bámaca Velásquez" de 25.11.2000. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su última versión del "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad" ha establecido, como principios 2 a 4 y respecto de crímenes aberrantes que sean también graves violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, el "derecho inalienable a la verdad" que corresponde al pueblo, el "deber de recordar" que pesa sobre el Estado (consistente en "preservar del

En resumen, el llamado derecho a la verdad es igualmente un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Con este contenido no hay nada todavía que, ante un deber impuesto por tratados internacionales, indique que esta obligación estatal de averiguar e informar deba ser satisfecha exclusivamente por medio del Poder Judicial, sino que resulta adecuada toda forma de cumplimiento apropiado de ese deber para evitar la tan temida "responsabilidad internacional" del Estado[23].

En la evolución de la cuestión en Argentina se fueron combinando las experiencias en torno de los medios para satisfacer este derecho, tal como se trata a continuación, llegándose finalmente a la idea de utilizar al proceso penal solo con el fin de descubrir la verdad.

C. Tiempo de conocer para saber y penar

No bien finalizada la dictadura el gobierno democrático debió, de modo inusual, impulsar la investigación de los hechos pasados ante un sistema judicial acostumbrado a no involucrarse con los crímenes de Estado[24]. Este programa se basaba en tres pilares: (a) una decisión oficial del Gobierno de enjuiciar penalmente por lo menos a los máximos responsables del pasado terrorismo estatal[25]; (b) la introducción de una fuente de competencia civil, *ad hoc* y subsidiaria, para evitar que la jurisdicción militar, originalmente competente, frustrara el enjuiciamiento[26]; y (c) la creación de una comisión para investigar lo sucedido de modo que su informe sirviera a la vez al esclarecimiento público integral y de base para el proceso penal contra las Juntas que tuvieron el máximo poder durante la dictadura militar[27]. Esto dio lugar, a su vez, a otras tres consecuencias: (a) se produjo un informe

olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas") y el "derecho de las víctimas a saber" lo ocurrido con sus allegados (*vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, p. 264). Una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (expte. 2488-2002-HC/TC; sentencia de 18.3.2004) repite la idea "interamericana" del derecho a la verdad, pero se lo atribuye, junto a los interesados directos, a la Nación como "bien jurídico colectivo inalienable" (párr. 8) e imprescriptible (párr. 9). Esta sentencia deriva el derecho a la verdad, como parte de los derechos fundamentales implícitos, de la dignidad humana, de la soberanía popular, del Estado democrático de derecho, de la forma republicana de Gobierno y del deber estatal de tutela jurisdiccional efectiva (párrs. 12 y ss.).

23 Así, p. ej., Méndez, cit. n.ª 4, pp. 531 y ss., aunque con reservas, pues en caso de incumplimiento este autor constituye al Poder Judicial en garante de la obligación, aunque para ello cae en la contradicción de afirmar, en la misma página, que al derecho internacional le es indiferente qué dependencia del Estado cumpla la obligación y si no se cumple la división de poderes no excusa, pero a la vez que "es al estamento judicial al que compete la *responsabilidad* por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno" (lo destacado me pertenece). En p. 534 Méndez señala que es el Poder Ejecutivo el indicado para cumplir la obligación y el Judicial su garante. En cambio, según Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, p. 269, los deberes internacionales del Estado relativos a las violaciones graves de los derechos humanos no incluyen la obligación de esclarecer la llamada verdad global cuyo titular es la sociedad, por lo cual "la decisión de establecer mecanismos tendentes a alcanzar tal fin ha de entenderse, pues, como discrecional para el Estado" (p. 269).

24 *Vid.*, más detalladamente acerca del desarrollo histórico del tratamiento de los crímenes de nuestra última dictadura militar y acerca de la política de búsqueda de la verdad en aquellos años, Nino, cit. n.ª 1, pp. 119 y ss., y 170 y ss.; Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, pp. 493 y ss.; y el informe sobre Argentina de Schiffrin, cit. n.ª 17, pp. 333 y ss.

25 En 1983 entre las medidas del Gobierno Alfonsín se promovió por decreto la persecución penal de los principales jerarcas de la dictadura y de la guerrilla. Tal como lo reconoce el propio Presidente de aquel entonces, el Dr. Raúl Alfonsín, "a través de los decretos 157 y 158, pusimos en marcha el procesamiento de los responsables de la violencia que ensangrentó al país" (Alfonsín, R.: "Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática", prólogo a Nino, cit. n.ª 1, p. 13).

26 "La estrategia general del gobierno democrático pretendió que el régimen militar se juzgara a sí mismo; es decir, se *autodepurase*" (Sancinetti, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 11). *Vid.*, más detalladamente sobre este punto, Schiffrin, cit. n.ª 17, pp. 334 y ss.; Novaro, M.: "Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo" (inédito).

27 *Vid.* más pormenorizadamente sobre la Conadep, Nino, cit. n.ª 1, pp. 132 y ss. Según Alfonsín, cit. n.ª 25, p. 17, "el caudal de información que reunió la Conadep [...] resultó decisivo para que la Fiscalía pudiera elaborar y formular en un lapso breve su acusación en el juicio a las Juntas Militares. También sirvió para las acusaciones en otros juicios iniciados contra el personal de seguridad y militar involucrado".

oficial acerca de los crímenes de la dictadura (el *Nunca Más* de la Conadep), especialmente respecto de la metodología sistemática tendente a la desaparición forzada de personas[28]; (b) se sustrajo el enjuiciamiento de los hechos a la jurisdicción militar ante su inercia y se lo transfirió a la jurisdicción federal de lo penal[29]; y (c) se obtuvo la condenación de los principales conductores del Gobierno militar[30].

La política de derechos humanos del Gobierno Alfonsín ha sido caracterizada como de búsqueda de la verdad incondicionada y castigo limitado[31]. La Conadep dio a conocer "un informe exhaustivo y conmovedor, el *Nunca Más*, que se convertiría en esencial elemento de prueba y alcanzaría un estatus de verdad histórica mayor de la que todos, incluido Alfonsín, pudieron imaginar"[32]. Pero, en cuanto a la persecución limitada, la propia sentencia que condenó a los jerarcas de la dictadura estableció que todas las responsabilidades penales respecto de los hechos debían ser investigadas para que los eventuales culpables, claro es, también fueran condenados[33]. Hasta aquí, más allá de las evidentes reservas que surgen respecto de las posibilidades –y de las inconveniencias de todo tipo– del proceso penal como método para descubrir la verdad, se confiaba en que esas investigaciones judiciales, como parte de sus tareas necesarias, arrojarían algo de luz acerca de la determinación de la metodología terrorista del Estado militar, de la identificación de los responsables y del destino de las víctimas, miles de las cuales continuaban desaparecidas[34].

Luego de esto, en parte por decisión propia previa, en parte debido a las presiones del entonces todavía importante poder militar, el Gobierno Alfonsín trató de limitar las investigaciones a los hechos cometidos por los responsables de mayor jerarquía[35]. Como consecuencia de esta situación fueron puestas en vigencia las leyes de "punto final"[36] y "obediencia debida"[37] que impidieron la continuación de las investigaciones, salvo para el caso de hechos considerados imperdonables[38]. Posterioremente, los indultos del Gobierno Menem extinguieron las penas impuestas y las acciones penales en curso, salvo respecto de los autores no abarcados por las leyes de punto final y obediencia debida que tampoco resultaron indultados por estos hechos[39]. Como es sabido, las normas en cuestión fueron derogadas por el Parlamento argentino diez años después y, con posterioridad, otra ley declaró que las privaba de todo efecto jurídico. A

28 "Se logró la reconstrucción del *modus operandi* del terrorismo de Estado y el relevamiento de su infraestructura. Se contabilizaron 8.960 casos de desaparición de personas y se identificaron unos 380 centros clandestinos de detrención" (*ib.*).

29 Ante el retraso rayano en la desidia de los órganos militares encargados de juzgar a las Juntas Militares de la dictadura, "la Cámara Federal se avocó entonces al conocimiento de la causa, y la sustrajo de la jurisdicción militar" (Sancinetti, cit. n.ª 26, p. 15).

30 Sentencia de la CCC Fed. de Buenos Aires del 9.12.1985 en la causa N° 13/84. El texto completo se puede consultar en http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13.

31 *Vid.* Novaro, cit. n.ª 26; Nino, cit. n.ª 1, pp. 119 y ss.

32 Novaro, cit. n.ª 26.

33 Considerando décimo segundo de la sentencia. Según Novaro, cit. n.ª 26, la propuesta de Alfonsín de responsabilizar limitadamente los crímenes de la dictadura "quedó rezagada frente a las expectativas de los organismos, los fallos de algunos jueces y el activismo de algunos fiscales, y la visión predominante en la opinión pública y cierto periodismo, que ahora tenderían a converger en la idea de que cualquier límite al 'juicio y castigo a todos los culpables' era un retroceso y una traición". Esta situación, según la doctrina, conspira contra el conocimiento de todo lo sucedido porque los procesos penales seguidos contra infinidad de imputados y por la totalidad de los hechos se vuelven interminables, siendo preferible una comisión de la verdad que informe tan rápido como sea posible acerca de lo ocurrido (*vid.* Cassese, A.: *International Criminal Law*, New York, 2003, pp. 9 y s.).

34 Novaro (cit. n.ª 26) p. ej. considera que el denominado juicio a los ex Comandantes "fijó fehacientemente la verdad de lo sucedido en los centros de detención".

35 Según Alfonsín: "Por supuesto hubiera sido deseable que la persecución fuera contra todos los que hubieran cometido delitos, pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal [...]. Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro" (cit. n.ª 25, p. 21).

36 *Vid.*, con la información acerca de las motivaciones y los alcances de esta ley, Nino, cit. n.ª 1, pp. 148 y ss. Acerca de las objeciones jurídicas que mereció esta norma, *vid.* Sancinetti, cit. n.ª 26, pp. 61 y ss.

37 *Vid. ib.*, pp. 89 y ss., y 126 y ss., sobre las críticas jurídicas respecto de esta otra ley.

38 Delitos referidos a menores de edad y delitos contra la propiedad.

39 *Vid.* Nino, cit. n.ª 1, pp. 159 y s.

partir del ejemplo de una pionera resolución judicial de 2001[40] los tribunales comenzaron a privar de efectos jurídicos a las leyes conocidas como de "punto final" y de "obediencia debida". Tal criterio fue ratificado por la Corte Suprema solo en 2005[41]. Así, desde entonces, fueron reabiertos o iniciados los procesos penales hasta ese momento impedidos por las normas mencionadas. Los indultos de 1989 y 1990 parece que correrán la misma suerte, si es que al menos la coherencia es considerada todavía un valor indisponible entre nosotros[42].

D. Tiempo de conocer para saber e informar

De esta evolución lo que interesa al tema de los procesos penales de la verdad es lo sucedido en el periodo intermedio, de casi veinte años, que hay entre las leyes que impidieron juzgar y castigar los crímenes de la dictadura y la ratificación de las decisiones judiciales que, muy tardíamente, privaron de todo efecto jurídico a tales normas. Ante la imposibilidad de castigar se imponía, necesariamente, la inoperancia de investigar. Sin embargo, ante la impotencia y la frustración penales, se llegó a un compromiso, en gran medida informal, entre los activistas situados a uno y otro lado de los procesos penales (víctimas, fiscales y jueces). Se estableció así que, caduca la obligación estatal de punir los crímenes de la dictadura, el Estado debía al menos cumplir con su deber de informar a los familiares de las víctimas acerca de lo sucedido[43]. Lo notable de esta situación comprensible fue que para ello se escogió como medio al proceso penal[44].

Ante la imposibilidad de investigar y castigar se pasó entonces, sin reforma de la ley, a implementar procesos penales para investigar e informar[45]. Por entonces se pensó que resultaba "imprescindible contar con las facultades que posee el Poder Judicial para recabar información sobre los hechos pasados [...]. Es por eso que el objeto del proceso que en su momento se iniciara no se encuentra agotado"[46]. Nacen así ante los estrados de la jurisdicción de lo criminal y como continuación de los juicios penales abortados los llamados, no sin cierta exageración, "juicios de la verdad". En estos procesos todo el vestigio que queda del sujeto pasivo es su transformación de imputado en testigo[47], aunque no siempre, y su sometimiento, en consecuencia, a las penas previstas en caso de infracción a sus deberes: sustracción, reticencia o falsedad[48].

40 Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 de 6.3.2001 dictada en el caso conocido como "Simón" y firmada por el juez G. Cavallo y los secretarios H. Folgueiro y P. Parenti. *Vid.*, más detalladamente sobre el tema, la *Presentación* de H. Folgueiro y P. Parenti –y las contribuciones allí reunidas– en un volumen especialmente dedicado a esta sentencia (CDJP N° 16, pp. 17 y ss.).

41 CSJN, expediente S. 1767. XXXVIII "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768", resolución del 14.6.2005.

42 Al momento de escribir estas líneas se espera una decisión de la Corte Suprema que avale las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad y nulidad de los decretos en cuestión.

43 Se ha dicho al respecto que cuando "se imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables [...] el Estado sigue obligado a indagar la verdad [...] y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad" (Méndez, cit. n.ª 4, p. 526).

44 Uno de los promotores, como juez, y mayores difusores, como publicista, de las ventajas de los "juicios penales de la verdad" es el brillante jurista Leopoldo Schiffrin, hombre del derecho y de la cultura que ha dado muestras de extraordinario valor a lo largo de toda una vida comprometida en la defensa de la Democracia y de los derechos individuales, especialmente cuando la defensa de esos valores solo ofrecía "incomodidades" y no los réditos a los que aspiran los oportunistas de hoy en día. Para Schiffrin, cit. n.ª 17, p. 345, la investigación judicial de los aspectos inherentes a la satisfacción del llamado "derecho a la verdad" resulta "mucho más facilitada si se aplican las reglas de la instrucción criminal". Este trabajo, como se verá, va a poner en duda, modestamente, la idea avalada por Schiffrin.

45 "La imposibilidad de aplicar una condena a los culpables no quitaba sentido a la participación del Poder Judicial. Aún seguía vigente la posibilidad de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar" (Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 548).

46 *Ib.*, pp. 555 y s.

47 La práctica de convertir al imputado en testigo ha sido radicalmente criticada por la doctrina (*vid.,* pormenorizadamente sobre estos problemas*,* Illuminati, G.: "El imputado que deviene testigo", trad. de P. Eiroa, en CDJP n.os 18-19, pp. 325 y ss.; Eiroa, P.: "La reforma del 'proceso justo' en Italia: entre el derecho al silencio, el contradictorio y el esclarecimiento de los hechos como finalidad procesal", en CDJP n.os 18-19, pp. 309 y ss.).

48 En algunas jurisdicciones los jueces entendieron "que por el carácter no penal de los 'juicios por la verdad' podían interrogar como testigos a personas claramente implicadas en los hechos" (Schiffrin, cit. n.ª 17, p. 351). Así sucedió en el caso de Corres, criterio que después fue dejado sin efecto por la Cámara Nacional de Casación Penal (*vid.* Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, pp. 501 y ss.),

Comenzó así la discusión acerca de si los órganos judiciales penales debían ocuparse, por medio del proceso penal, de investigar la verdad por la verdad misma. Es la discusión que culmina con la solución amistosa celebrada ante la Corte IDH en el caso "Aguiar de Lapacó" ya mencionado. Esta discusión comenzó con la resolución del 20.4.1995 de la Cámara Federal de Buenos Aires (caso "Mignone", causa ESMA) en la que se exalta el derecho a la verdad como uno de los fines del proceso penal: "en el supuesto del derecho a la verdad cabe resaltar que este constituye uno de los fines inmediatos específicos del proceso penal"[49].

La primera investigación de la pura verdad de este tipo, que es mencionada aquí solo como un ejemplo de otras muchas similares, fue ordenada en Buenos Aires a pedido de los familiares de una persona presuntamente asesinada por agentes estatales durante la dictadura militar[50]. A raíz de las declaraciones periodísticas de un ex-oficial de las FF.AA. que reconoció la existencia de personas privadas antijurídicamente de su libertad que fueron torturadas y asesinadas en el ámbito de la Armada Argentina, los familiares de los afectados solicitaron, y el tribunal lo aceptó, que las dependencias involucradas del Estado proporcionaran la lista de las víctimas de los hechos que habían sido objeto de investigación penal en ese proceso hasta la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida y del indulto posterior de los dos únicos imputados remanentes; lista de cuya existencia dio fe el entrevistado periodísticamente. Los argumentos de la decisión se agrupan en tres: para dos jueces el objeto del proceso está agotado (la técnica jurídica de este argumento es impecable[51]) y, sin embargo, se debe pedir la información por razones humanitarias; para tres jueces el proceso no está agotado y lo solicitado podría encuadrar en la investigación de hechos no amparados por los indultos ni por las leyes de "punto final" y "obediencia debida"; para el sexto juez el pedido debía ser acogido –aunque la investigación penal estuviera cerrada– no solo por razones humanitarias, sino sobre todo porque las funciones jurisdiccionales penales típicas involucran el fin de abastecerse de información acerca de la suerte final que corrieron las víctimas de unos hechos que ya no se pueden punir.

Más allá de la ciudad de Buenos Aires también en otras jurisdicciones se han llevado y son llevados a cabo todavía los llamados "juicios de la verdad"[52]. La Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, p. ej., ha realizado uno de los más importantes procesos de esta naturaleza[53]. Se ha afirmado que este

y, aparentemente, también en el "juicio de la verdad" de La Plata, en el cual se ha podido apreciar "la reticencia de estas personas para atestiguar y expresar la verdad, más allá de que en algún caso se haya podido iniciar una causa por falso testimonio" (Alonso Morales/Lovelli/López Alcala/Ialonardi, "Maternidades clandestinas. La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura", en AA.VV.: *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Buenos Aires, s/f, p. 154). Schiffrin (cit. n.ª 17, pp. 350 y s.), sin embargo, se refiere "al principio *nemo tenetur se ipsum prodere* que impide que en el juicio de la verdad las personas de las que pudiera sospecharse alguna responsabilidad como autores o cómplices sean interrogadas en calidad de testigos", aunque reconoce que en el juicio de La Plata "los simples guardianes de centros de detención sí fueron interrogados como testigos por entender el tribunal que contra ellos no habría por qué presumir responsabilidad penal, criterio este no compartido últimamente por el Ministerio Público que ha abierto numerosas causas estrictamente penales que involucran también a guardianes que declararon como testigos".

49 La doctrina ha dicho también que "el 'derecho a la verdad' constituye *el* fin inmediato del proceso penal" (Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 553, lo destacado me pertenece).

50 Resolución tomada en pleno por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires el 20 de marzo de 1995 en el proceso llamado "Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N° 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada". *Vid.*, con más información acerca del desarrollo de estos procesos, Perlinger, N.: "Juicios por la verdad: una respuesta necesaria frente al vacío de la desaparición" (en prensa).

51 Ambos repiten su argumentación en una resolución de la misma causa dictada el 6.4.1995 respecto de una solicitud similar ("Carsen, Octavio y otros s. presentación en c. 761 E.S.M.A".), argumentación a la que en esta ocasión se sumó el juez que en el precedente del texto había expresado la mayor adhesión a investigar sin acción penal (en este caso dos jueces, que en la decisión tratada en el texto se pronunciaron por obtener la información, repitieron su argumento, aunque con algunas reservas, quedando en minoría, dado que el tercero que antes los acompañó no votó en esta oportunidad por motivos de salud). En una resolución ante un planteo similar inmediatamente posterior (20.4.1995) esta mayoría, compuesta de nuevo por tres jueces, impuso su criterio favorable a investigar aprovechando que en la ocasión fue al otro grupo de jueces al que les faltó un voto por razón de enfermedad ("Mignone, Emilio F. s/presentación en causa N° 761 E.S.M.A".).

52 *Vid.* Schiffrin, cit. n.ª 17, pp. 348 y 350. Es llamativo el caso de Salta, donde el Juzgado Federal canalizó la satisfacción del derecho a la verdad por un procedimiento no penal de *habeas data*.

53 *Vid.* Alonso Morales/Lovelli/López Alcala/Ialonardi, cit. n.ª 48, p. 153 y s.

proceso está conectado directamente a la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes amparados por las leyes de no punibilidad de los años ochenta: "Éste es un juicio *sui generis*, por así decirlo, que comienza en 1998 dada la situación de impunidad que se vivía en el país por las leyes de obediencia debida y punto final [...] se trataría de una gran instancia probatoria que no tiene consecuencias penales; es decir, el objetivo de estos juicios es la búsqueda de la verdad, *no se pretende condenar a nadie* [...] durante todos los miércoles de los años que van de 1998 a 2004 –y actualmente continúa– se desarrollaron 942 audiencias, en las que dieron testimonio familiares de detenidos, sobrevivientes, represores –policías y médicos policiales, y también militares–, además de testigos comunes"[54]. Sobre los resultados de este juicio se ha dicho también que "se han recibido más de quinientos cincuenta testimonios y realizado numerosos secuestros de documentación importante. Asimismo se descubrieron nuevos centros clandestinos de detención antes ignorados y el detalle del funcionamiento de los circuitos por los que discurría la actividad terrorista impulsada desde el Estado. Sin embargo, la elaboración de esta enorme masa de material, que concierne a unas tres mil víctimas, requiere disponer de una infraestructura mayor que la precaria con la que cuenta la Cámara"[55].

Entre todas las opciones, como se puede ver, se ha preferido la investigación criminal del pasado con la justificación de que "el marco judicial aparece como especialmente apto para revocar la *damnatio memoriae* de las víctimas. Los simples procedimientos judiciales destinados a averiguar en forma pública la verdad de sucesos y destinos son la *restitutio memoriae*, la reparación moral que puede surgir como uno de los elementos para establecer una conciencia ético-jurídica capaz de sustentar un verdadero Estado democrático de derecho"[56]. Asimismo, se ha considerado que "el marco solemne de un foro judicial permite a las víctimas y sus deudos llevar a la opinión pública la lesión antes recibida de modo clandestino, poniendo ese mínimo umbral de justicia consistente en hacer verdadero el derecho a la audiencia en procura de esclarecimiento y de retribución"[57].

Los denominados juicios de la verdad, ante la ausencia de toda regulación normativa específica, se han desenvuelto de una manera muy diferente, lo cual dependió de la impronta de cada cuerpo judicial dedicado a llevarlos a cabo (en algunos los "ex imputados" resultaron testigos plenos, en otros no; algunos tribunales hicieron "juicios orales", otros no [incluso en Mar del Plata se produjo un conflicto de competencia entre el tribunal de apelación y el tribunal de juicio]; algunos dictaron resoluciones de la verdad, otros no; etc.). También las heterogéneas finalidades de estos "juicios" recibieron distinta respuesta. La identificación de restos, su entrega a los deudos y, por consiguiente, el conocimiento bastante preciso de lo sucedido en el caso particular en virtud de las circunstancias del hallazgo que ilustran el destino de la víctima es sin duda un complemento del proceso penal en el cual se investigó dicho crimen. Se trata de lo que la jurisprudencia denomina "jurisdicción residual". Esto es ya siempre así con derecho a la verdad o sin él, con juicios de la verdad o sin ellos, con crímenes de tratamiento especial (derechos humanos, lesa humanidad, etc.) o con crímenes de tratamiento normal. En cambio, si por cada caso, además, al final se brinda un relato con forma de resolución judicial de lo descubierto y probado, como ha sucedido en algunas jurisdicciones, entonces ya aparece un modo de proceder atípico en los procesos penales que satisface el interés del afectado de llevarse una declaración oficial de lo sucedido con un familiar[58]. Lo que

54 *Ib.* (lo destacado me pertenece).

55 Schiffrin, cit. n.ª 17, p. 350.

56 *Ib.*, p. 346.

57 *Ib.*, p. 351. Aquí, en la mención de la retribución, se advierte ya la finalidad "punitiva" de unos juicios respecto de los cuales se afirma, sin embargo, que no son hechos para punir y que incluso solo pueden ser hechos porque ya no se puede punir. El autor citado agrega a continuación que "esto, a la vez, se integra con la preservación y desarrollo de la memoria individual y colectiva que evita el segundo asesinato que significaría el olvido" (*ib.*). Me parece, en cambio, que en una Democracia sin fanatismos deberían ser abiertamente discutibles, en primer lugar, las formas de hacer y guardar la memoria individual y colectiva, siendo altamente llamativo, en segundo término, imponer que el recurso al olvido –como actitud personal o colectiva– pueda ser equiparado a un asesinato, formulación ya presente en la lucha contra el negacionismo en la obra de Vidal Naquet, P.: *Los asesinos de la memoria*, trad. de L. Mames, México, 1994. En el mismo sentido, Elie Wiesel, en su prefacio a AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 12, habla de "crímenes contra la memoria" y sostiene que "olvidar a los muertos es matarlos de nuevo".

58 Un problema que dejaré abierto es el de establecer cuál es el fundamento para restringir el derecho a la verdad a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes llamados de lesa humanidad. Más allá de que estas categorías son

no se entiende todavía es de qué modo van a satisfacer el derecho de la sociedad a la verdad estos "juicios" tan diversos, con sus esporádicas audiencias públicas y sus relatos concluyentes escritos, atomizados y archivados por territorio y por legajo[59].

Hay, entretanto, algo que es decisivo en la producción de estos juicios penales *sui generis*: la afirmación de que ellos fueron llevados a cabo solo porque ya no se podía condenar a los sospechosos. Méndez, p. ej., reconoce esta circunstancia y afirma que los juicios de la verdad son obligatorios debido a que la posibilidad de sanción "está definitivamente excluida en virtud de las leyes y decretos que consagraron la impunidad de los hechos"[60]. También Novaro destaca que se trata de "procesos que no tendrían consecuencias penales para los represores" [61]. Esta conclusión, según la cual solo la no punibilidad de los hechos explica la obligación jurídica de llevar a cabo procesos penales para la sola investigación informativa es decisiva para el análisis correcto del problema que hoy tenemos sobre la mesa de trabajo.

No obstante ello, es posible pensar que los procesos por la verdad tuvieron la finalidad encubierta y directamente negada en las resoluciones de adquirir y conservar la prueba necesaria para perseguir y condenar estos hechos ante una eventual reapertura de los procesos en el futuro. Esta situación, que aquí únicamente puedo introducir como hipótesis de trabajo para estudios futuros, explicaría por qué fue asignada la reelaboración del pasado de un modo tan decidido al tosco instrumental del proceso penal, método difícilmente concebible para describir un pasado tan complejo, siendo que es ya incapaz de esclarecer de modo satisfactorio hechos notablemente sencillos. Schiffrin sostiene también que los "juicios de la verdad" tienen "el *puro* objetivo de establecer certidumbre sobre los hechos"[62], esto es, que no tienen ningún otro propósito, pero al describir más detalladamente el fenómeno, en un párrafo que no puede dejar de causar perplejidad, se refiere a unas "formas jurídicas elaboradas para concretar las actividades judiciales destinadas a la averiguación de la verdad, que, a su vez, estimule el empleo de los medios judiciales ordinarios para la investigación y sanción de los delitos de terrorismo de Estado"[63]. Se ha hablado, incluso, de "un uso estratégico de las investigaciones penales" más allá de la posibilidad, *cerrada temporalmente*

---

difusas, el derecho penal y procesal penal excepcional que les corresponde (retroactividad de normas desfavorables, imprescriptibilidad, arrepentidos, derecho a la verdad, privación de la defensa pública, del arresto domiciliario, de la cosa juzgada, etc.) ya se expande a otros ámbitos (terrorismo), de modo que todavía es posible que las prerrogativas del derecho a la verdad sean invocadas también para otros delitos denominados comunes (así parece entenderlo, p. ej., el discurso de Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 549). Sobre todo porque la restricción de este derecho a algunas clases de crímenes ha sido justificada con un argumento discriminatorio: Méndez, cit. n.ª 4, p. 526, confiesa expresamente el carácter extraordinario de los derechos de las víctimas de crímenes gravísimos al señalar que ellas tienen un "más amplio derecho a la justicia". El Procurador General de la Nación, en un dictamen del 8.11.2006 (causa "Torea s/recurso de casación"), en un caso de homicidio por imprudencia, ya habla sin embargo de "satisfacer el derecho de los familiares de la víctima a saber la verdad de lo sucedido".

59 *Vid.* Binder, A.: "El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal", en *id.*: *Justicia Penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993, pp. 13 y ss.

60 Mendez, cit. n.ª 4, p. 534. La no puniblidad es un argumento del planteo de Aguiar de Lapacó que da inicio a los juicios de la verdad y que los consolida al conseguir su reconocimiento por acuerdo entre ella y la República ante la Comisión de DD.HH. de la OEA. Antes la Corte Suprema le había cerrado el camino a esta alternativa, por mayoría (caso "Suárez Mason", resolución del 13.8.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2031 y ss.). Por entonces, en cambio, la Corte consideraba procedente las acciones de *habeas data* para acceder a la información propia del derecho a la verdad (caso "Urteaga", resolución del 15.10.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2767 y ss.). Un reconocimiento expreso del derecho a la verdad por la Corte y a su canalización por vía criminal, después de la intervención de la Comisión Interamericana, puede ser visto, entre otros, en los casos "Hagelin", resolución del 8.9.2003: CSJN, *Fallos*, t. 326, pp. 3268 y ss., y "Rivarola", resolución del 27.5.2004 (causa N° R.392.XXXIX).

61 Cit. n.ª 26.

62 Cit. n.ª 17, p. 347.

63 *Ib.*, p. 346. Obsérvese que este autor era conciente del problema de la pérdida de pruebas por la inacción de la jurisdicción penal, pues, al referirse a los efectos de la ley 23.049 que en 1984 dispuso la previa actuación de la jurisdicción militar en esos casos, menciona que de ese modo "una gran cantidad de sumarios seguidos por los tribunales penales ordinarios pasaron a los castrenses, que no los continuaron. La pérdida de elementos valiosísimos que así se produjo resulta en muchos casos irreparable, como se lo comprueba casi diariamente en los procedimientos seguidos 25 años después para el esclarecimiento de los casos de terrorismo de Estado. La cantidad de lugares de detención clandestina cuya forma se alteró, o que desaparecieron, los testigos que han muerto o que no se encuentran ya en estado de declarar, la documentación destruida por aplicación mecánica de reglamentaciones administrativas o –en algunos casos– con dolo, todo ello fue producto de la estrategia puramente dirigida a fines políticos inmediatos que en 1984 siguieron el Poder Ejecutivo y el Procurador General" (*ib.*, p. 335).

en aquel entonces por las decisiones de no punibilidad, de condenar a algún culpable[64]. Más aún, Schiffrin, aunque no sin cierta contradicción argumental, considera que lo que denomina juicios penales de la pura verdad son una suerte de "pre-procesos" que dan base a unos juicios penales completos que vendrán después: "La finalidad del procedimiento también es determinar a los responsables de los hechos y someterlos a la justicia penal competente"[65].

La fobia a toda opción por investigar e informar que no pase por procedimientos y jueces criminales debe llamar altamente la atención del análisis. Esta tendencia –en gran medida inexplicable desde el punto de vista de los principios del Estado constitucional de derecho y, especialmente, desde la experiencia histórica– responde a una confusión, en parte inconsciente y en parte deliberada, entre conocimiento y castigo. Se trata de un círculo vicioso: el proceso, para imponer penas legítimamente, antes tiene que conocer los hechos; sin embargo, si ya no se puede castigar pero sigue en pie el derecho a conocer, entonces se debe seguir utilizando el proceso a ese fin; se dice así que lo que se pretende es conocer, pero esto podría encubrir un interés en seguir "castigando" aunque más no sea con la pena de sometimiento al poder meramente investigador de los jueces penales. Así se conseguiría, por lo menos, una "pena de banquillo" para el autor de estos crímenes que represente para las demandas de justicia de las víctimas y de sus familiares, como en la experiencia de algunas comisiones de la verdad, el consuelo de ver a los presuntos asesinos obligados a comparecer ante jueces penales. Pero también es posible, como ya se mencionó, que los "acusadores" y los funcionarios judiciales encargados de los llamados "juicios de la verdad" estuvieran pensando –algo que está lejos de ser demostrable– en investigar ahora para castigar más adelante.

Más allá de estas dudas irresolubles, lo cierto es que la realidad descripta merece serios reparos jurídicos por haberse escogido al malogrado y desafortunado proceso penal para garantizar el llamado derecho a la verdad de los afectados y de la sociedad.

II. CRÍTICA DE ESTE FENÓMENO PECULIAR

A. Aclaración previa

La práctica de recurrir a procesos penales solo para conocer, informar e ilustrar acerca de lo ocurrido en el pasado, tal como se verá de ahora en más, puede ser impugnada desde varios puntos de vista, todos convergentes hacia una única conclusión: resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuesto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad[66]. En lo que sigue, una vez puesta en su sitio la función real del proceso penal, por medio de lo que aquí denomino *la objeción teleológica* (B) y la *objeción epistemológica* (C), será demostrado que ni siquiera esa misión y esa epistemología –muy alejadas por cierto de la búsqueda de la verdad material– son alcanzadas satisfactoriamente en ámbitos judiciales, según lo prueban las que aquí llamo *objeciones metodológicas* (D). Además, desde el punto de vista del funcionamiento del derecho procesal penal se puede cuestionar, bajo el subtítulo de *objeción puramente técnica* (E), su empleo con el único fin de investigar e informar. Por último, también serán expuestas las inconsecuencias políticas de utilizar al Estado y su sistema penal como instrumento de verdad (lo que llamo, obviamente, *la objeción política* [F]) y los peligros que para el derecho entraña –según ya lo sabemos gracias a las lecciones de la historia– utilizar el aparato punitivo del Estado o una parte de él para perseguir el descubrimiento de la verdad (*la objeción histórica* [G]).

Estos seis modelos de análisis responden, por supuesto, a una simplificación didáctica. El lector podrá advertir que no se trata de compartimentos estanco y que muchos de los argumentos atribuidos a una objeción se pueden superponer con los de otra o directamente pertenecer a otra u otras. Ello se debe, en definitiva, a que se trata de una única crítica fundamental descompuesta en muchas razones que explican el desacierto de entender al proceso penal como si fuera una *lapis philosophorum* capaz de brindar un conocimiento exacto, completo y puro.

64 Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 557.

65 Cit. n.ª 17, p. 349. Se crea así "la instrucción de la instrucción", pues en los juicios de la verdad, "la Cámara [se refiere a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata], en los casos en que se ha podido reunir prueba sobre responsables directos de los crímenes investigados, derivó esos elementos al Ministerio Público y jueces de instrucción federales" (*ib.*, p. 350).

66 Guzmán y Otero, cit. n.ª 6, pp. 507 y 515 y ss., ya han formulado reparos a la averiguación de la verdad por la verdad misma a través del Poder Judicial con los instrumentos del proceso penal.

B. La objeción teleológica

El derecho penal es la única rama del ordenamiento jurídico que, por regla general, no consiente que sus consecuencias jurídicas tengan efecto si no han sido previamente declaradas en un sentencia precedida de un proceso contradictorio de prueba[67]. Dado que el derecho reconoce el hecho de que la pena estatal es la reacción más violenta y desafortunada de la que dispone la sociedad para asegurar sus fines y debido a que el derecho se toma en serio esta afirmación, la pena solo puede ser impuesta después de un juicio público que permita neutralizar la histórica desviación que se ha hecho de este instrumento coactivo con fines patológicos (opresión y arbitrariedad). Por ello se erige en garantía judicial fundamental del acusado, entre otras, el no ser condenado jamás si los requisitos de hecho exigidos por la ley penal para ello no han sido demostrados en ese juicio previo. Esto hace notar, claramente, dos circunstacias: el proceso penal no puede investigar cualquier cosa ni puede hacerlo de cualquier manera.

Si bien el proceso penal tiene en su base unas comprobaciones fácticas, que en el caso de los hechos más terribles de la macrocriminalidad pueden coincidir con necesidades universales de conocimiento y difusión de esos sucesos, en modo alguno el proceso se lleva a cabo con esta última finalidad, sino, simplemente, para saber si el acusado es culpable o inocente[68]. Se trata de un método de comprobación muy particular que no persigue en modo alguno "descubrir la verdad" sobre los "hechos", pues en los casos penales, como ya se sabe, no se debaten los hechos (que son parte del pasado desde que suceden y entran en la historia para siempre), sino las hipótesis y afirmaciones que se hacen en el juicio acerca de unas bases fácticas meramente supuestas[69]. Y basta con una comprobación de esa hipótesis acusatoria que, a su vez, sobreviva a la refutación de la defensa, para que la sentencia penal condenatoria sea considerada probatoriamente satisfactoria desde el punto de vista jurídico-penal[70]. Además el proceso cumple con sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada[71].

Este mecanismo puede –solo eventualmente– aportar algo al conocimiento de los hechos involucrados, pero aun así su contribución al descubrimiento de la verdad es ya de por sí mínima en cuanto al objeto de referencia, pues la hipótesis debatida en el juicio penal es un mero retazo, determinado por las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, de todo aquello que rodea a la hipótesis histórica completa referida a lo que puede haber sucedido y por qué respecto de los involucrados[72]. Los derechos de los familiares y allegados de la víctima a conocer todos los demás detalles de lo sucedido, que no tengan relevancia para el derecho penal, y sobre todo a que su cuerpo sea encontrado para poder darle el destino que corresponda a su cultura o creencias, facilitar el duelo y poder rendirle devoción en su presencia física, algo que tanto reconforta y consuela a los deudos, no son debatibles en un juicio penal en modo alguno y deben encontrar satisfacción con otros recursos, pues toda hipótesis de investigación que exceda el supuesto que

67 Una conocida excepción es la defensa necesaria. La condenaciones obtenidas por negociaciones entre las partes al estilo de la gestión de intereses particulares son por ello ferozmente cuestionadas por los juristas (*vid.* Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, [5]2001, pp. 561 y ss.; Volk, cit. n.ª 5, pp. 71 y ss.).

68 Según Hassemer, el conocimiento judicial de los hechos "es llevado a cabo para cumplir con los fines del proceso penal, esto es, para fundar la declaración de culpabilidad o para hacer posible una absolución" (Hassemer, cit. n.ª 1, p. 76). Para Maier, J.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 151, "el proceso penal resulta también un *método para la averiguación de la verdad objetiva*, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado" (destacado original). Por eso Bertolino, cit. n.ª 5, p. 50, habla de la "tendencia" del proceso a la verdad. Eiroa, cit. n.ª 1, explica las limitaciones de todo tipo que impiden una verdad de calidad con los instrumentos del proceso penal y especifica que "éste se encamina, ante todo, a resolver la situación jurídica del acusado [...], a determinar si él es culpable o inocente".

69 *Vid.* Cafferata Nores, J.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, [3]2000, p. 48; Guzmán, N.: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2006, pp. 63 y ss.

70 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.ª 67, pp. 603 y ss.

71 Dado que la meta del proceso es la decisión sobre el caso penal introducido a investigación y debate por la hipótesis a probar del acusador (*vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. II, p. 148), esta meta también es alcanzada cuando el proceso termina con una decisión que dice que no se puede probar verdad alguna (muerte del imputado, prescripción del delito, cualquier otro impedimento procesal) o que no se ha podido probar ninguna verdad: sobreseimiento o absolución por incertidumbre (*vid. ib.*, t. I, pp. 852 y s.).

72 Por ello Nino, cit. n.ª 1, p. 212, ha afirmado con toda precisión que el conocimiento de algo de la verdad de lo sucedido es un "subproducto" de los juicios penales.

cae entre las circunstancias jurídico-penalmente relevantes es ajena al proceso penal[73].

La tendencia de llevar a cabo juicios penales por la verdad, es decir, procesos judiciales de conocimiento regidos por los preceptos del proceso penal pero destinados a investigar hipótesis sin relevancia punitiva –ya sea porque no se refieren a circunstancias penalmente importantes o porque su comprobación de todos modos, por la razón que sea, no fundamentará una condenación– supone creer que el "descubrimiento de la verdad" como meta del procedimiento lo convierte en instrumento apto para investigar la historia de cualquier suceso. El mecanismo sería el siguiente: alguien establece que existe un derecho de las víctimas de ciertos delitos particularmente atroces a conocer toda la verdad de lo sucedido; luego busca entre sus papeles y encuentra que el derecho procesal penal tiene por finalidad "descubrir la verdad"; entonces lleva a cabo juicios penales con el único fin de saber e informar acerca de todas las circunstancias relativas al universo que integra lo digno de ser conocido a partir de la hipótesis de que se habrían cometido ciertos delitos particularmente atroces.

En realidad, el único fin epistemológico posible del proceso penal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es asegurar la calidad y la corrección jurídicas de las condenaciones[74]. Nicolás Guzmán, a partir de las bases sentadas por el sistema de Ferrajoli, ha explicado recientemente que en el proceso penal la verdad "ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es lo que impone la adopción de un modelo garantista de proceso penal"[75]. Esta explicación ha demostrado que el descubrimiento de la verdad no es más un fin del proceso penal, lo cual desmiende con máxima excelencia técnica uno de los postulados básicos de la práctica bajo estudio, esto es, que la búsqueda de la verdad sea un meta del derecho procesal penal. Guzmán demuestra que de los fines tradicionalmente asignados al proceso –realización del derecho penal material y averiguación de la verdad– solo el primero subsiste y que el segundo es reemplazado por el respeto de los derechos fundamentales del acusado[76], fin dentro del cual cabe ahora situar a la verdad solo como una garantía para el imputado referida al grado de comprobación de la hipótesis que fundamenta su condena[77]. En efecto, este autor afirma con solvencia categórica que "la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de la *validez* de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial (del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integran el sistema penal)"[78]. Concluye Guzmán, al respecto, que "parece conveniente abandonar de una vez por todas

73 No se puede negar que, si debe ser llevado a cabo un juicio penal para declarar culpable o inocente a alguien, mucho de lo sucedido respecto de los hechos podrá llegar a ser conocido, pero no sin reservas, porque en el proceso penal además del juicio histórico de lo pasado entra en consideración el juicio crítico acerca del valor de lo conocido y de la forma en que se ha conocido (*vid.* Bertolino, cit. n.ª 5, pp. 33 y ss.). Sostiene Hassemer, cit. n.ª 1, pp. 74 y s., que "no se le podrá negar al Derecho penal la posibilidad de intervenir como un instrumento eficaz para la clarificación. [...]. Yo no rechazo *in limine* esa expectativa, pero deseo, sin embargo, relativizarla. El proceso penal seguramente es capaz de dar a luz la 'verdad', pero también así de seguro es que el Derecho penal y el proceso penal tienen su propio concepto de 'verdad', el que está unido a las posibilidades específicas del proceso penal para preguntarse sobre las circunstancias fácticas y acerca de cuáles de ellas quieren ser tenidas en cuenta, si quiere uno apoyarse con seguridad en el conocimiento obtenido en el proceso penal".

74 "Lo único que debe estar empíricamente asegurado en la comprobación de los hechos es aquello que fundamenta la condenación" (*ib*., p. 76). *Vid.*, en el mismo sentido, Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 48.

75 Guzmán, cit. n.ª 69, p. 37. En esta investigación sobre las funciones y los fines de la verdad en el enjuiciamiento penal el autor (p. 93) sostiene también que al condenar, "el juez deberá haber alcanzado un grado de certeza subjetiva tal que en su mente no debe haber lugar para las dudas, lo que significa que todas y cada una de las hipótesis alternativas a la de la acusación debieron haber sido desmentidas y descartadas. Solo así el juez podrá afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria, aplicando la correspondiente sanción para el acusado". Sobre los fundamentos de esta construcción, *vid.* también Ferrajoli, cit. n.ª 67, pp. 45 y ss., 542 y ss., y 603 y ss.

76 Para esto Guzmán se basa en mis desarrollos efectuados en el trabajo "El principio de la descalificación procesal del Estado", en Bertolino, P./Bruzzone, G. (comps.): *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Buenos Aires, 2005, pp. 431 y ss.

77 *Vid.* Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 115 y s.

78 *Ib.*, p. 116.

la idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni prácticas"[79].

En el mismo sentido, Hassemer ha señalado que "el proceso penal –en un Estado de derecho– no tiene solamente el fin de perseguir la averiguación de la verdad histórica; su meta es, antes bien, la de proteger los intereses de los afectados por la búsqueda de la verdad"[80].

Por otro lado, en razón de que los llamados procesos penales de la verdad no persiguen una condenación, ellos no representan propiamente juicios penales, sino, en realidad, meras investigaciones o instrucciones penales que, por definición, no tienen, salvo en los sistemas inquisitivos, una finalidad de averiguación exhaustiva como la que requiere el denominado derecho a la verdad[81]. En un Estado de derecho la etapa preliminar del proceso penal solo persigue un verificación epistemológica mínima y de baja calidad con la finalidad de evitar juicios innecesarios[82] o, en su caso, proporcionar fundamentos para una acusación verosímil que dé base a un debate contradictorio[83]. Esta etapa no tiene como meta el descubrimiento de la verdad de lo sucedido, pero son sus reglas las que rigen los llamados "juicios" por la verdad en los cuales no hay adversarios, ni debate ni controversia.

Un modelo de proceso penal que no tenga como fin descubrir la verdad, único estilo por cierto coherentemente compatible con el principio del Estado constitucional y democrático de derecho, desmiente de modo categórico los fundamentos de los "juicios de la verdad". En esta experiencia de investigar para escribir el pasado por medio del proceso penal no se deja de lado únicamente la meta de perseguir a los sospechosos y condenar a los culpables (realizar el derecho penal material), sino que, en realidad, se prescinde también de la meta de asegurar los derechos fundamentales del imputado, en tanto que no hay sujeto pasivo del proceso. Con ello, dado que la verdad es solamente garantía del acusado frente a la condena, no puede haber búsqueda de la verdad por el proceso penal si no hay también imputado (y aun así la verdad que busca el proceso penal para condenar debe ser relativizada). Por esta razón teleológica es que el proceso jurídico-penal no constituye un instrumento para averiguar cualquier verdad como lo pretende la tesis que justifica su empleo para el descubrimiento de un verdad calificada de pura[84]. Los juicios de la verdad suponen un derecho procesal penal que tiene a la búsqueda de la verdad como un "fin en sí mismo". Debido a que ese punto de partida está ya refutado técnicamente –como mínimo– la viabilidad de utilizar al proceso penal para la mera investigación del pasado terrorismo de Estado se desvanece completamente.

C. La objeción epistemológica

El cuestionamiento teleólogico recién formulado, como también los reparos metodológicos del apartado siguiente, están vinculados inseparablemente a la crítica epistemológica objeto de este punto. Esta censura demuestra que el proceso penal, según su definición jurídica, solo es apto para conocer cierta verdad –y a su manera– y no la verdad que tiene como meta

79 *Ib.* Maier, en cambio, ha formulado algunas reservas a la interpretación de la verdad como garantía del imputado (cit. n.ª 68, t. I, p. 854). En sentido parcialmente similar, *vid.* Bovino, A.: "Juicio y verdad en el procedimiento penal", en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pp. 219 y ss. A favor de la verdad como garantía del imputado, *vid.* también Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 51. En el mismo sentido, Perlinger, cit. n.ª 50: "Solo la verdad puede fundar una consecuencia tan grave como la imposición de una pena".

80 Hassemer, cit. n.ª 68, p. 75. Por eso Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynchm Barcelona, [3]1992, p. 64, sostiene que en una Democracia la función de la verdad es oponerse al poder.

81 Un resabio inquisitivo de este tipo puede ser visto en la altamente disfuncional regla dispuesta por el art. 193, inc. 1, del CPPN que atribuye a la instrucción el objeto de comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Abregú se ha referido a esta norma que confunde la función de la instrucción con la del juicio (Abregú, M.: "La instrucción como pre-juicio", en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 157). *Vid.* también, crítico al respecto, Bovino, cit. n.ª 79, pp. 222 y ss.

82 No me puedo detener aquí a explicar por qué el juicio penal tiene un carácter semi-punitivo en tanto que es un equivalente funcional de la pena. El juicio es para el imputado un calvario que, cuando no es alta la probabilidad de demostrar en él la hipótesis acusatoria, debe ser evitado.

83 *Vid.* Abregú, cit. n.ª 81, pp. 160 y ss.

84 Así, expresamente, p. ej. Schiffrin, cit. n.ª 17, p. 347. Parece que el enredo se debe a que se está confundiendo la verdad como meta operativa del proceso penal con la verdad como valor (*vid.*, esclarecedor sobre esta diferencia, Bertolino, cit. n.ª 5, pp. 35 y ss.).

el llamado derecho a la verdad, que es una verdad más propia de la historia que de la justicia[85].

Ha sido un tema recurrente en la discusión la comparación entre la metodología del juez y la del historiador[86]. Podríamos decir que este análisis se abre con el trabajo de Calamandrei que lleva por título precisamente *Il giudice e lo storico* (1939)[87], donde ambas tareas son ya distinguidas a pesar de las semajanzas relativas[88], y termina con el libro de Carlo Ginzburg, de 1991, que lleva el mismo título[89]. Para este pensador italiano, gran conocedor de los aspectos historiográficos de las instituciones judiciales penales, la historia y el derecho procesal llegan, acerca de los mismos hechos, a conclusiones distintas. Este autor ha demostrado de qué manera un hecho considerado probado –en distintas instancias– por una serie de tribunales penales, era sin embargo declarado incierto por el juicio de los historiadores[90]. Se trataba del asesinato de una persona probado judicialmente por el único testimonio de un *pentito*. La pena impuesta fue elevadísima. Desde el punto de vista del derecho probatorio se consideró inaplicable el brocardo *testis unis testis nullus*. Sin embargo, para un historiador en modo alguno es aceptable considerar probado un hecho de la mano de una sola versión testimonial brindada por alguien muy interesado en acusar al afectado. En el caso planteado por el libro de Ginzburg, mientras que la epistemología judicial admite como suficientemente probadas las afirmaciones acerca del hecho, la epistemología histórica considera que ello no ha sido demostrado en absoluto[91]. Este ejemplo es colosal para mostrar la enorme distancia que separa las verificaciones judiciales-penales de la verdad absoluta, incluso de una verdad correspondencia meramente semántica y aproximativa como la que, a pesar de los cuestionamientos conocidos, utilizamos en el proceso penal por *razones únicamente instrumentales* y no porque los penalistas seamos de modo necesario realistas o defensores de la verdad como valor, dado que la función de lo *verdadero* en el proceso, como ya se demostró, es independiente, en tanto que instrumental, del partido que cada uno tome en la discusión filosófica, epistemológica y axiológica en torno de la "*Verdad*" con mayúsculas.

No obstante ello, historia y jurisdicción son dos disciplinas que tienen en común fijar hipótesis fácticas que son consideradas verdaderas de un modo imparcial por medio de pruebas que las confirman[92]. Más allá de estas semejanzas hay un abismo de diferencias que las separa[93]. Para una y otra las misiones son distintas, las funciones son diferentes, los objetos a

85 "La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, la *verdad procesal*, es estrecho, parcial, restringido" (Maier, cit. n.ª 68, t. I, pp. 854 y s.).

86 *Vid.*, detalladamente al respecto, Andrés Ibáñez, P.: *Los "hechos" en la sentencia penal*, México, 2005, pp. 60 y ss.; Taruffo, M.: *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pp. 24 y s.; Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 109 y ss.

87 Calamandrei, P.: "Il giudice e lo storico", en AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, vol. II, pp. 351 y ss. Hay versión castellana bajo el título de "El juez y el historiador", en Calamandrei, P.: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pp. 91 y ss.

88 "El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos" (*ib.*, p. 93). En el mismo sentido, *vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 847. El estudio de Calamandrei, en cuanto a la comparación entre la labor judicial y la historiográfica, se basa en el libro de Guido Calogero *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, especialmente pp. 111 y ss., pero a diferencia de Calogero Calamandrei marca muchas más diferencias que semejanzas entre ambas disciplinas.

89 Hay versión castellana: Ginzburg, C.: *El juez y el historiador*, trad. de A. Clavería, Madrid, 1993.

90 Guzmán y Otero, cit. n.ª 6, pp. 508 y ss., ya han explicado que el proceso penal no es un instrumento apto para la averiguación y la escritura históricas.

91 Como bien lo expone Eiroa, cit. n.ª 1, "los jueces, a través de sus sentencias, transforman en cosa juzgada algunas interpretaciones históricas de lo sucedido en perjuicio de otras".

92 *Vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 858; Ginzburg, cit. n.ª 89, pp. 22 y ss. Para Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 93, "en la historia y en el proceso se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de 'fuentes' y de su crítica". En la sentencia "Casal" de la CSJN de 20.9.2005 es equiparada casi por completo la función de juez e historiador (consid. 30), algo con lo que aquí, como se ve en lo que sigue del texto, se discrepa en gran medida.

93 "El juez o el fiscal, como historiadores del proceso penal, jamás llegarán a una verdad objetiva, y el contexto que los circunda los llevará a investigar hechos que en alguna medida ellos quieran investigar, recolectando las pruebas que en parte ellos prejuiciosamente quieren tomar e interpretándolas, en parte, como ellos pretenden que sea. Inevitablemente, la subjetividad del investigador se convertirá en la subjetividad de la verdad del enunciado del hecho histórico" (Vanelli Viel, R.: "Notas sobre la verdad y el procedimiento mixto", en ¿Más Derecho? N° 3, pp. 182 y s.). *Vid.* al respecto, relativizando la subjetividad del juzgador, también Cafferata Nores, cit. n.ª 69, pp. 60 y ss.

investigar son, por su extensión y por la forma de establecerlos, incomparables y, sobre todo, los modos de probar y tener por probado son incompatibles[94].

Estas consideraciones dejan una única impresión: aquella verdad sobre hechos pasados que deba iluminar a los contemporáneos e ilustrar a la historia no saldrá nunca de las salas de audiencias de los tribunales penales ni de los gabinetes de los cuerpos judiciales. Hay que dejar que los jueces, con todas sus limitaciones, juzguen, con la muy modesta calidad con la que insuperablemente deben hacerlo, y que los historiadores, con sus métodos más aptos, obtengan, por los medios más amplios, la información necesaria para explicar los hechos al gran público y dar las razones por las cuales, según su ciencia, los consideran probados[95]. Lo decisivo es la prueba de los hechos, mas no la prueba judicial. Un juicio penal no es el juicio de la historia. La prueba penal no es la prueba del historiador o del epistemólogo. Exigir del proceso penal la verificación de unos hechos para conocimiento del mundo es ponerlo en una obligación de cumplimiento imposible[96]. Lo cierto respecto de estos casos es que los hechos o bien ya se conocen suficientemente o bien deberán ser conocidos de otro modo. En cualquier caso nunca serán conocidos del modo que pretende el derecho a la verdad por medio del derecho procesal penal.

Si el derecho a la verdad es "el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos", esto es, un derecho también de la sociedad "a conocer íntegramente sobre su pasado"[97], entonces la "verdad" del proceso penal no es suficiente para satisfacerlo. Hoy está completamente aceptado en el ámbito del derecho procesal penal que su epistemología está determinada por una noción aproximativa de verdad, por una verdad semántica, en el marco de la verdad correspondencia, que permite apenas una verificación aceptable, conforme a un método preciso, de la hipótesis acusatoria sometida a discusión crítica y refutación –de modo especial, pero no solamente– por parte de la resistencia defensiva[98]. Esto significa que el proceso penal no está, en sentido amplio, dirigido a la determinación de la verdad real y absoluta de los hechos[99]. Pero ello tampoco supone la negación de toda averiguación de alguna verdad por medio del proceso, lo que sería no solo *naïf*, sino, sobre todo, peligroso para el Estado de derecho. Solo se trata de que esa verdad del proceso penal, en tanto que garantía del acusado como se vio en el apartado anterior, no es apta como sustituto para averiguar el pasado y escribir la historia[100]. Ella sirve únicamente para satisfacer esa función de garantía que la convierte en

94 Para Ginzburg, cit. n.ª 89, pp. 104 y ss., especialmente p. 112: "El camino del juez y el del historiador, coincidentes durante un tramo, luego divergen inevitablemente. El que intenta reducir al historiador a juez, simplifica y empobrece el conocimiento historiográfico; pero el que intenta reducir al juez a historiador contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia". Según Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 94, los criterios para establecer la verdad "para el juez son siempre criterios estrictamente jurídicos, mientras para el historiador serán criterios de naturaleza diversa", razón que lo lleva a calificar a la versión judicial de los hechos como una "historia inferior" por su dependencia de testimonios personales, o sea, "en sustancia, más que historia, anécdota" (p. 95). Eiroa, cit. n.ª 1, habla, por ello, de una "lectura judicial de la historia". La historia requiere diálogo (*vid.* Sarlo, B.: *Tiempo pasado*, Buenos Aires, 2005, pp. 53 y ss.), mientras que los juicios de la verdad ofrecen solo monólogos. Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 56, explica también que la tarea del juez exige una resolución del caso, también de la "verdad" del caso, en un tiempo razonable, mientras que el trabajo del historiador no tiene plazos legales. A esto mismo se refiere Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 99, cuando indica que el trabajo del juez "está siempre limitado por un plazo: está obligado a pronunciarse poniendo fin a la discusión infinita. El historiador, en cambio, ¿no tiene acaso la posibilidad de buscar sin cesar nuevas interpretaciones a un hecho histórico?".

95 Según Kelsen los problemas difíciles y complejos que suponen estos hechos de macrocriminalidad estatal "podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores" (Kelsen, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, Madrid, 2003, p. 105). También Cassese, cit. n.ª 33, p. 10, prefiere a las comisiones de la verdad para esta tarea que denomina de "catarsis histórica".

96 También porque en los supuestos de macrocriminalidad de Estado siempre es sometida a proceso solo una parte pequeña de todo el universo de casos comprendidos en razón de que el carácter masivo de estas prácticas supera la capacidad de atención de cualquier organización judicial.

97 Com. IDH, Informe N° 25/98, párr. 95.

98 *Vid.*, más detalladamente sobre esto, Taruffo, cit. n.ª 86, pp. 21 y ss., y 167 y ss.; Ferrajoli, cit. n.ª 67, pp. 45 y ss., y 603 y ss.; Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 19 y ss. y 63 y ss.

99 *Vid.* Taruffo, cit. n.ª 86, p. 168; Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, p. 509.

100 Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 545 y s., sostienen que la verdad judicial es puramente "formularia", aunque pocos párrafos después (p. 548) le atribuyen a los procedimientos judiciales la capacidad de producir investigaciones exhaustivas y la virtud de lograr un conocimiento minucioso.

una verdad condicionada por esa función institucional y por las limitaciones jurídicas a su realización[101] que son objeto de tratamiento en el apartado que sigue. Aquí basta con mencionar, para definir la relación entre la "verdad" del derecho a la verdad y la "verdad" del proceso penal, que, como ha dicho categóricamente Ferrajoli, "esta verdad no pretende ser *la* verdad"[102].

Queda en claro entonces que, evidentemente, los juicios penales no buscan la verdad real en sentido estricto y que tienen por ello una metodología diferente a la de la investigación histórica. Esa finalidad y esa metodología propias de los juicios penales constituyen en una medida tan relevante como insuperable un obstáculo insalvable a toda intención de hacer o ver la historia por medio de procesos judiciales.

D. Las objeciones metodológicas

A las objeciones anteriores, que cuestionan *si* la verdad puede ser una meta aislada del enjuiciamiento penal y que, en todo caso, muestran de *qué* verdad trata el juicio criminal, corresponde añadir ahora, una vez destacada la correcta función de la verdad en el derecho procesal penal, las objeciones referidas con más detalle a *cómo* obtenerla, esto es, a la cuestión del método probatorio del proceso penal[103]. El tratamiento de este cuestionamiento jurídico se desglosa en tres cuestiones: (1) la de la predeterminación penal de las circunstancias a probar por medio del proceso penal; (2) la de los límites que impiden, en no pocos supuestos, que la verdad sea conocida con los medios del enjuiciamiento criminal; y (3) la de la necesidad de acusación y contradicción previa para que se pueda hablar de obtención de la verdad por medio del derecho procesal penal.

1. El problema metodológico proviene de la orientación del proceso penal a conocer unas circunstancias específicas y precisas de una realidad dada, no toda la realidad[104]. El principio de estricta legalidad penal exige unas tipologías penales fácticas tan exactas que imponen una dirección al conocimiento judicial de la cual no puede ni debe apartarse, por lo tanto los hechos que se discuten en el proceso son reflejados en este, fuera de su realidad pura, solo bajo el aspecto de su significación legal debido a que la calificación jurídica, que es preexistente a los hechos, reduce su singularidad[105]. La estructura del juicio penal presupone, como garantía de la legalidad, que el Poder Judicial no va a conocer, por medio del rudimentario y violento instrumental del proceso penal, nada que no tenga que ver directamente con la hipótesis de hecho descripta por la figura del delito[106].

Por lo tanto, el proceso penal no puede averiguar cualquier cosa. Hace falta una hipótesis de investigación que solo puede estar determinada por las circunstancias de la ley penal: el proceso penal únicamente es apto para llevar a cabo un conocimiento semántico de la verdad orientado por la predeterminación, por parte

101 *Vid.* Guzmán/Otero, cit. n.ª 6, p. 509.

102 Cit. n.ª 67, p. 45 (destacado original). Para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 108, "la justicia no puede entregar más que una verdad convencional". También Langer, M.: "El principio *in dubio pro reo* y su control en casación", en NDP 1998/A, pp. 218 y ss., explica las razones intelectuales y jurídicas que impiden que en el proceso penal se pueda alcanzar una certeza sobre los hechos. Bertolino, cit. n.ª 5, pp. 27 y ss., aclara por ello de un modo magistral la situación: no hay una "verdad procesal", sino, en todo caso, una "verdad del proceso".

103 *Vid.*, más detalladamente, Maier, cit. n.ª 68, t. I, pp. 858 y ss. Bovino nos muestra categóricamente que incluso dentro del ámbito del enjuiciamiento criminal los distintos modelos procesales establecen verdades muy diferentes debido a que utilizan medios muy distintos (Bovino, A.: "Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado", en *id.*: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pp. 211 y ss.).

104 Señala Eiroa, cit. n.ª 1, que el proceso penal, por lo estrecho de su horizonte de investigación, no sirve para averiguar muchas de las circunstancias más importantes para conocer y entender la verdad de una macrocriminalidad estatal determinada, tales como la responsabilidad no penal de todos los sectores de la sociedad y el contexto político, histórico, cultural, económico y social de la época, datos que tienen una extraordinaria capacidad de rendimiento para explicar "todo" lo sucedido.

105 *Vid.* Garapón, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 94. Sostiene Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 847, que la reconstrucción de los elementos fácticos de la hipótesis objeto del proceso está regida por la determinación normativa de esos elementos (*vid.* también *ib.*, t. I, pp. 855 y ss.). Por ello, para Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 98, "el juez no es libre de ir a explorar por su cuenta la realidad". *Vid.*, en igual dirección, Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 49; Perlinger, cit. n.ª 50.

106 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.ª 67, pp. 34 y ss., 117 y ss., 373 y ss., y 537 y ss. Diego Freedman, en sus generosos comentarios a este trabajo que he tenido en cuenta en varios pasajes, me ha hecho ver que el Parlamento al establecer tipos penales no pretende la verificación de una verdad, sino que describe en abstracto una conducta que tendrá como consecuencia una pena, por lo cual en el proceso hay que probar la existencia de ese comportamiento –y de nada más– y aun esto sin pretensión de estar descubriendo verdad alguna.

de la norma penal (principio de estricta legalidad), de aquello de lo que se hablará en el proceso[107]. Así pues, este modelo epistemológico no es apto para saber qué sucedió efectivamente y con todo detalle en el pasado, sino solo para verificar precariamente las condiciones que habilitan a condenar a un culpable por la comisión de un delito. Todo lo demás, no puede ni debe ser conocido por medio del peligroso proceso penal. La verdad y la historia, siempre amplias y difusas, no captadas por el microscopio de delimitación legal precisa y acotada del derecho penal son harina de otro costal y deben ser averiguadas y escritas de otra forma[108].

2. Otro escollo importante para obtener la verdad *tout court* que persigue el llamado derecho a la verdad es la férrea oposición que los derechos fundamentales imponen en forma de reglas y límites jurídicos a la posibilidad de obtener conocimientos absolutos en el proceso penal[109]. Tan desfortunado es el uso histórico y actual del poderosamente destructivo proceso penal que los derechos constitucionales y los catálogos de derechos fundamentales han recurrido, para tratar de evitar la utilización abusiva y arbitraria de esta amarga necesidad social, a establecer –hasta la exageración– enérgicos límites formales a su procedencia[110]. Esto es tan así que un neófito que se aproxime sin aviso a esta materia tendrá pronto la sensación de que el derecho procesal penal es, en realidad, un conjunto de principios para ocultar la verdad[111].

Ya he tenido ocasión de mencionar, en otro trabajo[112], que los rigurosos requisitos formales de admisibilidad de las pruebas en el proceso penal constituyen en realidad, en términos epistemológicos generales, unos impedimentos formidables para el genuino conocimiento de lo sucedido[113]. Información sobre los hechos indiscutiblemente apta para conocerlos debe, sin embargo, ser ignorada al no poder ser aprovechada si ha sido obtenida en infracción de ciertas reglas (p. ej. si se alcanza un dato relevante en un registro de domicilio realizado sin la orden judicial exigida por la ley para el caso). Los actos muchas veces más seguros para saber la verdad no pueden ser explorados (no es posible interrogar al sacerdote, al médico, a ciertos parientes del sospechoso)[114]. Los medios de prueba que sí pueden ser utilizados, no pueden serlo de cualquier manera, sino bajo estrictos presupuestos de admisibilidad[115]. Las informaciones obtenidas por esta vía y por cualquier otra que implique una infracción de las solemnidades que rodean a todas las pruebas (*v. gr.* una confesión coactiva violatoria del principio *nemo tenetur*) no son aprovechables como

107 *Vid.* Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 67 y ss.

108 De otro modo, como dice Eiroa, cit. n.ª 1, arribaríamos a una "comprensión de la historia en los términos extremadamente reductivos del derecho penal".

109 *Vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I pp. 83 y ss., 663 y ss., 841 y ss.; t. II, pp. 151 y ss.; Cafferata Nores, cit. n.ª 69, pp. 55 y ss.; Taruffo, cit. n.ª 86, pp. 24 y s.; Muñoz Conde, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, ²2003, pp. 111 y s.

110 Explica Guzmán, cit. n.ª 69, p. 124, que "las garantías procesales funcionan como límites formales a la búsqueda de la verdad. Estos límites no existen en otros campos de investigación. En el proceso los hallamos por doquier". Para Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 664, la búsqueda de la verdad "cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho". Según Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 96, el campo de averiguación de la verdad del juez "está determinado por barreras terminantes que el historiador ignora".

111 Según Hassemer, cit. n.ª 1, p. 75, en el derecho procesal penal "han sido formuladas reglas y directivas que contradicen directamente una búsqueda consecuente de la verdad histórica". Según este autor, pp. 75 y s., estos principios, "que relativizan la seguridad en la obtención de la verdad en el proceso penal, están completamente justificados y son irrenunciables para un proceso penal respetuoso del Estado de derecho. Pero ellos tienen como consecuencia que se deba perder o arriesgar la oportunidad de alcanzar un examen exhaustivo de las circunstancias del hecho". Para Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 99, "la verdad conocida por el juez por medios no correspondientes a estos esquemas no puede valer en el juicio como verdad, por muy firme que sea su íntima convicción". Volk, cit. n.ª 5, pp. 64 y s., sostiene por ello que cuando "por razones constitucionales se prohíbe la producción absoluta de ciertas pruebas o realizarlas de determinada manera o, llegado el caso, se veda la valoración de ciertos resultados, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos".

112 *Vid.* Pastor, D.: *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006, pp. 123 y ss.

113 "Estos frenos, impuestos a la iniciativa del juez al objeto de asegurar su imparcialidad, parecerían absurdos al historiador" (Calamandrei, cit. n.ª 87, p. 99).

114 Según Guzmán, cit. n.ª 69, p. 119, "las garantías en el proceso penal adoptan la forma de prohibiciones probatorias, que son normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba".

115 "En otros casos, las garantías consisten en directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba" (*ib.*).

fuentes de verdad en el proceso penal[116]. La modalidad de definir lo verdadero con recursos tales como la presunción de inocencia o el principio *in dubio* muestra también la enorme dificultad que se le pone al proceso penal, por razones formales, para determinar exactamente qué es lo sucedido de un modo exhaustivo y confiable[117].

Todo ello ha llevado a Hassemer a sostener que "como resultado es posible afirmar que la verdad 'histórica' que puede ser reconocida en el proceso penal está relativizada a causa de los principios jurídico-penales que limitan la averiguación de la verdad y que actúan selectivamente frente a todo el panorama de lo 'objetivamente' sucedido. Con los medios del proceso penal, el fin de reconstrucción histórica solo puede ser alcanzado selectiva y aporéticamente"[118].

Estas limitaciones al conocimiento judicial, que por lo demás constituyen, como se ha visto, el alma de un derecho procesal penal adecuado al Estado de derecho moderno, tornan imposible y hasta insensato el pretender saber la verdad sobre unos hechos muy complejos a partir de las necesariamente formales y mutiladas comprobaciones de los juicios penales. Algo que, por lo demás, resulta bastante inexplicable cuando ya no se está pensando en conocer porque inevitablemente es necesario para penar y, sin embargo, se asigna esa labor a un derecho procesal penal que está previsto para trabajar con todas las características mencionadas haya o no haya imputado a juzgar.

3. El *caracteristicum* de la producción de conocimiento en el proceso penal es el método contradictorio[119]. Para ello se requiere una hipótesis sobre hechos pasados (de relevancia penal). Ese relato debe provenir de un acusador que pretende demostrar que una persona ha cometido un delito, ya sea –según las etapas del procedimiento– con el grado probatorio necesario para enjuciarlo, ya sea con el requerido para condenarlo. A esa hipótesis se opone la visión del caso formulada por la defensa, la cual usualmente intenta refutar la conjetura acusatoria. Estas suposiciones contradictorias acerca de los hechos se sustentan, a su tiempo, en pruebas de parte que intentan confirmar la hipótesis propia y refutar la del adversario[120]. Como es sabido de todos, esta forma de concebir al proceso como contienda o controversia se remonta a la idea de *disputatio* como método para obtener la verdad procesal acerca de las afirmaciones sobre los hechos investigados[121].

Así pues, solo por medio del contradictorio se puede conseguir conocimiento aceptable con las reglas del derecho procesal penal. Como lo ha dicho Ferrajoli, el contradictorio es "la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas [...]. La epistemología falsacionista que está en la base de este método no permite juicios potestativos, sino que requiere [..] un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas"[122].

116 "La inobservancia de estas prohibiciones y directivas acarrea la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas en desconocimiento de ellas" (*ib.*).

117 *Vid.*, más detalladamente acerca de los ejemplos de la desconfiable calidad epistemológica del derecho procesal penal, Hassemer, cit. n.ª 1, pp. 75 y s.; Gúzmán, cit. n.ª 69, pp. 119 y s.

118 Hassemer, cit. n.ª 1, p. 76.

119 Que también es la fuente de una actuación judicial legítima: "Solo la contradicción habilita la jurisdicción" (Vanelli Viel, cit. n.ª 93, p. 197). Por ello Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 59, con cita de Mittermaier, nos habla del contradictorio como método para comprobar las hipótesis sobre los hechos por vía de síntesis.

120 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.ª 67, pp. 129 y ss., y pp. 613 y ss., quien ha desarrollado la exposición de mejor factura del principio contradictorio que aquí es seguida. *Vid.* también, en el mismo sentido, Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 149 y ss.

121 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.ª 67, p. 613.

122 *Ib*. Sin controversia la verdad del proceso es ficticia, como la que afirman las partes por acuerdo mutuo y que, al no haber contradicción –pues si se pudieron poner de acuerdo es que rige el principio dispositivo–, no puede más que ser homologada judicialmente aunque no responda a la realidad, con lo cual la verdad judicial deviene siempre en precaria y relativa (*vid.*, más detenidamente sobre esto, Calamandrei, cit. n.ª 87, pp. 100 y s.). Por ello, para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 96, "el juez, por definición, ve doble y escucha doble: no puede escuchar una sola voz". Este autor, en p. 106, mantiene también que "para establecer los hechos, la justicia no encuentra nada mejor que hacerlo de manera contradictoria, es decir, cruzando varias miradas sobre los mismos hechos".

Para Ginzburg, "cuanto más nos sustraemos a la refutación, tanto más nos exponemos al error"[123]. Señala Nino[124] que la exposición pública de la verdad es mucho más intensa si proviene de un juicio con el acusado participando en la reconstrucción de la historia, pues la calidad de la narración en un juicio contradictorio no puede ser totalmente emulada por otros medios.

Según Guzmán, "el contradictorio entre las partes constituye el mejor método para el descubrimiento de la verdad [...]. Es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronte de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender solo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular [...]. Vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el solo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho de defensa, sino más bien como el método más adecuado para el conocimiento de los hechos. No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal, sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad"[125].

Por lo tanto, el sistema contradictorio para la obtención de conocimiento con los medios del proceso penal exige previamente el cumplimiento de los requisitos siguientes: (1) que exista una versión determinada de los hechos que relate de modo claro, preciso y circunstanciado cuál es la hipótesis a conocer y verificar; (2) que a esa versión de los hechos se le contraponga la resistencia conjetural de una contraparte; (3) que ambas partes puedan proponer, producir y valorar las pruebas de sus hipótesis y las contrapruebas de refutación del adversario; (4) que exista un debate de partes, oral y público, en el que se desarrolle la discusión completa acerca de las hipótesis, las pruebas y las contrapruebas; (5) que exista una decisión imparcial[126] y no potestativa que resuelva la discusión y afirme fundadamente cuál es la hipótesis probada; y (6) que esa decisión pueda ser sometida a control y revisión por recurso de quien disienta con ella[127].

Frente a este esquema mínimo de proceso judicial epistemológicamente eficaz uno se puede preguntar, retóricamente, si es posible concebir la utilización del proceso penal para hacer juicios de la verdad sin imputación acusatoria, sin inculpado, sin defensa, sin pruebas contradictorias, sin interrogatorio cruzado, sin alegatos, sin decisión y sin recurso[128].

Es evidente que, en gran medida, no estamos ante procesos penales, con lo cual podría desvanecerse una crítica procesal penal dirigida a algo que no lo es. Sin embargo, al recurrirse a los jueces de lo criminal y a las reglas del enjuiciamiento penal para descubir e informar la verdad del derecho a la verdad, el

123 Cit. n.ª 89, p. 98.

124 Cit. n.ª 1, p. 213.

125 Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 155 y s. Bovino, cit. n.ª 79, p. 228, sostiene que "la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso depende de avances, retrocesos, de la actividad probatoria y procesal de las partes que se enfrentan guiadas por la defensa de intereses contrapuestos". También Méndez, cit. n.ª 4, p. 540 sostiene que, "cómo método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso". Lo sorprendente aquí es que usa esta correcta descripción de los valores del contradictorio para justificar unos juicios de la verdad que, al no estar hechos para penar, ya no tienen imputado ni son entonces, por definición, contenciosos ni implican confrontación alguna.

126 Nadie mejor que el derecho procesal penal para saber que no tiene valor de verdad la decisión judicial tomada por quien introdujo la cuestión a probar (quien instruye o acusa no juzga, porque de otro modo se lesiona la imparcialidad). En los llamados juicios de la verdad la ausencia de separación entre quienes dirigen la hipótesis a investigar y quienes deciden acerca de ella impide que el conocimiento obtenido sea de una calidad aceptable para las reglas básicas del proceso penal aunque no haya imputado, pues la falta de imparcialidad contamina y torna sospechosa la justificación objetiva de los hechos probados (*vid.* Guzmán, cit. n.ª 69, p. 110; Vanelli Viel, cit. n.ª 93, p. 183).

127 Este último punto representa un doble problema para la verdad por medio del proceso penal. Si hay recurso, para el derecho procesal prevalece el relato del *ad quem*, pero para la historia y la verdad ¿qué versión prevalece? Por lo demás, el recurso es en el derecho procesal penal cada vez más una garantía de calidad de la versión de los hechos, por las posibilidades amplias de control y revisión que hoy se ofrecen antes de tener por definitivamente probada una hipótesis. Los juicios de la verdad cargan por ello también con este déficit de no establecer una verdad doblemente conformada.

128 Un "juicio de la verdad verdadero" hubiera tenido que ser un proceso penal en regla en el cual el imputado, que no podría ser condenado, sería igualmente sometido a investigación y juicio aunque la sentencia que fije los hechos debatidos, en caso de encontrarlo culpable, no pueda aplicarle pena en virtud de las leyes llamadas de impunidad. Pero parece que hacer esto, sin legislación específica, sí fue considerado ir demasiado lejos en pos de la verdad.

cuestionamiento técnico relativo a la ineptitud de ese sistema –aun cuando se trate de uno mutilado– para cumplir tal finalidad queda en pie, a pesar de que sea preciso concluir que estamos ante seudojuicios criminales o procesos penales *sui generis*. En razón de todas las deficiencias apuntadas es que la calidad de la verdad judicial obtenida en los juicios de la verdad, de la cual depende el crédito y el prestigio de todos los objetivos de un supuesto derecho a la verdad, resulte muy baja.

E. La objeción puramente técnica

La pregunta acerca de si el Estado puede recurrir al proceso penal –y con ello, naturalmente, al aparato judicial de lo penal– para satisfacer las exigencias del llamado derecho a la verdad obtiene una respuesta negativa también si uno examina la cuestión desde las pautas objetivas y generales de funcionamiento del derecho procesal penal. Según esta consideración el objeto procesal es un presupuesto de validez de la actuación de normas y jueces penales frente a un caso judicial concreto. El objeto del procedimiento, según Roxin, se refiere, en un sentido amplio, a "la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias le deben ser impuestas"; en un sentido restringido, es el "hecho descripto en la acusación"[129]. Como se puede apreciar sin esfuerzo, en el caso de los "juicios de la verdad" estamos ante procesos que técnicamente carecen de objeto, en tanto que no se refieren a la averiguación de si son punibles las acciones investigadas ni hay una acusación que las describa. En el mismo sentido, afirma Maier que el objeto del proceso es un núcleo temático que concede unidad de sentido a todos los actos que componen el enjuiciamiento penal: "Ese núcleo básico se construye a través de la imputación que se dirige contra alguien, sin la cual no existe procedimiento penal posible"[130].

En definitiva, sin una imputación dirigida a un sospechoso con la pretensión de que sea judicialmente declarado culpable de un hecho punible y destinatario de las consecuencias jurídico-penales que correspondan no hay objeto procesal ni, por lo tanto, proceso penal válido. Es por ello que la ausencia del objeto procesal funciona en la teoría jurídica como un impedimento procesal. La existencia de un objeto procesal tal como ha sido definido en la doctrina es un presupuesto procesal, esto es, una condición de validez del procedimiento penal en general[131]. Sin objeto procesal, tal como lo define el derecho procesal penal, no hay enjuiciamiento legítimo. Para Maier, pertenece a estas condiciones básicas de validez de la actuación procesal penal del Estado "la existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal"[132].

Por consiguiente, los llamados juicios por la verdad, en tanto que no persiguen la averiguación de hechos punibles concretos para, dado el caso, resposabilizar penalmente a sus autores, no tienen objeto procesal y, por lo tanto, no son jurídicamente legítimos desde el punto de vista técnico y objetivo del derecho procesal penal[133].

F. La objeción política

Conviene remarcar, para evitar las usuales interpretaciones erróneas, que el conocimiento detallado, fundado en testimonios y documentos objetivos, de la suerte corrida por las víctimas de los crímenes de

129 Roxin, C.: *Derecho Procesal Penal*, trad. de G. Córdoba y D. Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 159.

130 Maier, cit. n.ª 68, t. II, p. 32.

131 *Vid. ib.*, p. 102; Roxin, cit. n.ª 129, p. 165.

132 Maier, cit. n.ª 68, t. II, p. 102.

133 Esto es lo que declaró con elevado acierto técnico cierta jurisprudencia de la materia. Así, en el caso "Suárez Mason" de la CSJN del 13.8.1998 (Fallos 321:2031), en el que precisamente la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó solicitaba la producción de medidas de prueba en un proceso penal en el que no se le podía ya imputar válidamente sus crímenes a nadie, fue resuelto por mayoría que, "dado que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa al haberse agotado su objeto procesal [...], carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer". Ya antes la CCC Fed. de Buenos Aires había señalado su falta de jurisdicción para investigar exclusivamente el pasado sin pretensión punitiva: "En un expediente en el que no existen litigantes no se halla pendiente la resolución de conflicto alguno ni tampoco el dictado de una declaración acerca de la existencia o alcance de derechos [..]; no existe aquí un 'caso' que deba ser decidido por el tribunal y que por lo tanto justifique que este se imponga acerca de hechos y sus circunstancias" (resolución en pleno del 18.7.1995 en el proceso llamado "Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N° 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada").

Estado constituye, a mi juicio, un interés individual jurídicamente relevante que, como es evidente, debe ser reconocido y satisfecho, como todo interés, en la medida de lo realmente posible.

Distinto es afirmar que ese conocimiento es sin discusión un valor para toda la comunidad y un medio seguro para conseguir en el futuro un mundo mejor. Si bien adhiero intuitivamente a esa idea, lo cierto es carece de todo rango científico. Se trata de algo que por su naturaleza se inscribe, más allá de las lógicas influencias de lo social y lo colectivo, en el marco de las creencias y preferencias individuales, sin que nadie pueda imponer el punto de vista del valor de la memoria –si es que puede formularse una– como el único posible, como si fuera el criterio acertado frente a los que piensan, p. ej., que es preferible el perdón fingido, el olvido supuesto[134] o la irritante negación[135]. Lo mismo sucede con la idea de que no hay paz sin justicia punitiva, afirmación que no se puede generalizar, pues al menos en la experiencia española y en la sudafricana no hay duda alguna de que se consiguió la paz sin justicia penal en situaciones postdictatoriales que con gran probabilidad podían haber desembocado en una guerra civil[136].

Una discusión acerca de la memoria histórica y sus funciones políticas y sociales excede con mucho no solo los límites de este trabajo, sino, sobre todo, las capacidades de este modesto profesor de derecho penal y procesal penal que solo está autorizado a hablar desde los conocimientos de su disciplina –a partir de sus diplomas– y nada más[137].

Pero algo es seguro y quiero reiterarlo, pues pone un manto de duda sobre una de las justificaciones de los juicios de la verdad, a saber, que la sociedad tenga un derecho a conocer *oficialmente* lo sucedido porque ello previene la repetición de lo ocurrido y que, por consiguiente, el Estado tenga la obligación de informar a toda la sociedad[138]. Que el conocimiento del pasado, si está objetivamente documentado, consolida

134 Pues "del pasado no se prescinde por el ejercicio de la decisión ni de la inteligencia" (Sarlo, cit. n.ª 94 , p. 9). Sin embargo, dado que la memoria no puede ser absoluta, pues recordar todo no solo es imposible, sino que de serlo sería atroz (recuérdese el Funes de Borges), el establecimiento inevitablemente selectivo de qué se recuerda representará siempre un ocultamiento aunque sea parcial de la verdad, dado que "recordar es siempre, en mayor o menor medida, olvidar algo" (Rousso, H., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 88). Este autor también indica, en p. 90, que "el 'exceso de pasado' puede generar tanta polémica como la negación del pasado [...]. Tenemos que tomar conciencia de la necesidad de vivir en el presente con los conflictos de la historia, sin confiar en que podremos resolverlos mediante un exceso de memoria y una constante insistencia sobre el pasado, lo cual redunda, a la postre, en la imposibilidad de ver los conflictos, por falta de la necesaria distancia". Sin embargo, en materia de "derecho a la verdad" respecto de los crímenes de Estado se habla no solo de un derecho de la sociedad a saber, sino de un "deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país", pues "el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática" (así la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, cit. n.ª 22, párrs. 17 y 19, respectivamente).

135 Ginzburg cita la idea de Ernest Renan acerca de que la esencia de una Nación "es que todos los individuos tengan muchas cosas en común y, también, que todos hayan olvidado varias cosas" (Ginzburg, C.: "Prueba, memoria y olvido", en Nuestra Memoria, año XI, N° 26, 2005, p. 18). *Vid.* el tratamiento teórico de la cuestión acerca de si la Democracia debe castigar o perdonar en Nino, cit. n.ª 1, pp. 191 y ss. Una exposición más vinculada a experiencias concretas puede ser vista en Eiroa, cit. n.ª 1, quien explica con rigor y pormenorizadamente las ventajas y desventajas de los distintos modelos de reconstrucción pública del pasado y de conservación en la memoria colectiva de lo sucedido. Acerca de los problemas generales del negacionismo y los particulares que le ocasiona al derecho penal, *vid.* Fronza, E.: "Profili penalistici del negazionismo", en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1999-3, pp. 1034 y ss. Un convencimiento acerca de que solo el castigo penal es esencial para prevenir crímenes y la única clave para llegar a un mundo más justo puede ser visto en el punto V de Filippini, L.: "Para olvidar: El proyecto de ley de amnistía del diputado Vanossi", en http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041213-a.asp. Más detalladamente acerca de la relación entre memoria y porvenir, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, pp. 181 y ss.

136 *Vid.*, más detenidamente sobre la experiencia sudafricana, Eiroa, cit. n.ª 1, quien es categórico al afirmar, por ello, que "el paradigma del castigo penal como idea de justicia en el ámbito de los procesos de transición debería revisarse seriamente".

137 Sobre los demás puntos de vista del problema pueden ser consultadas las obras de Häberle, cit. n.ª 5, pp. 113 y ss.; Nino, cit. n.ª 1, pp. 191 y ss.; Novaro, cit. n.ª 26; Otero, J.: "Hacia la internacionalización de la política criminal. ¿Castigo o impunidad?", en CDJP N° 16, pp. 113 y ss.; AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, *passim*.

138 Así, p. ej., en el Informe N° 25/98 de la Comisión IDH, párr. 95, en el cual se define el derecho a la verdad como "el derecho que tiene toda persona y *la sociedad*, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. *El derecho de una sociedad* a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que *tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*" (lo destacado me pertenece). Por eso Oliveira/Guembe, cit. n.ª 6, p. 547, también hablan de la "verdad como un derecho colectivo". Respecto de esto sostiene Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, p. 267, que "si se admite que el titular de este derecho es toda la sociedad, quizá debería articularse una suerte de *actio popularis* para reclamar su materialización".

la Democracia, conjetura que comparto con entusiamo, es solo una susposición para andar por casa. Las experiencias históricas son tan disímiles que nadie puede sentirse con derecho a formular una regla general aceptable[139]. Las dictaduras latinoamericanas tan extendidas en los años sesenta y setenta no tuvieron su origen y fortaleza en el hecho de que se trataba de sociedades con un derecho al conocimiento del pasado insatisfecho. Hoy en día no se pude explicar la estabilidad formalmente democrática de la región en que todos los países hayan saldado sus cuentas de la información histórica pública. Si fuera cierta la multicitada afirmación de Ortega de que los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetirla, sería muy conveniente que las democracias europeas del bienestar borraran de la memoria colectiva todo lo sucedido después de 1945 para que su historia, desde entonces de opulencia y respeto de los derechos, se siga repitiendo sin cesar. No puedo detenerme aquí más en este problema[140].

Más allá de ello, un "derecho a la verdad" aparece pleno de sentido solo en el caso de que se reclame del Estado la información que está en su poder o que requiere del uso de coerción para ser obtenida. Pero exigir del Estado también una exposición de "la historia verdadera", como parece desprenderse del deber de informar a la sociedad para conocer y prevenir, resulta a la vez ineficaz y desconfiable. Ello se debe a que, por una parte, el Estado no cuenta con instrumentos idóneos para reconstruir la historia que ha construido. Por la otra, la versión oficial de la historia no ha sido nunca demasiado importante en la determinación precisa de los acontecimientos pasados[141]. Antes bien, son las propias lecciones de la historia independiente las que enseñan que el Estado siempre ha sido, con pequeños matices, una fuente de información sesgada, cuando no de mentiras, censura y mera propaganda[142].

Esta advertencia no es retórica. La forma en que se construye la verdad oficial acerca del pasado argentino hoy en día no merece la menor credibilidad y, según los autores, deslegitima el movimiento de derechos humanos que termina siendo utilizado para sacar ventaja en conflictos políticos y de intereses: "El abandono de toda neutralidad por parte de los relatos oficiales sobre el pasado, incluso de la misma

139 Tal como lo reconoció el propio Alfonsín, cit. n.ª 25, p. 10, no existe "una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado. Cada sociedad debe elaborar su propia respuesta, de acuerdo a sus peculiares condiciones y características políticas y sociales". Para Nino, cit. n.ª 1, p. 191, la lección más general que se puede extraer acerca de la conveniencia para la consolidación democrática de los juicios por los crímenes de Estado es que no hay ninguna lección general. *Vid.*, con más información sobre el punto y acerca de verdad y prevención, Eiroa, cit. n.ª 1.

140 En ningún otro medio se desconfía más de los supuestos efectos preventivos de las políticas penales que entre los penalistas (*vid.*, por todos, Zafaroni, E./Alagia, A./Slokar, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, pp. 41 y ss., 53 y ss.). Los casos de errores judiciales en la historia son bien conocidos, en todos ellos se consideró verdadera a una imputación injusta. Un libro memorable compilado por Alexander Demandt nos suministra unos cuantos ejemplos históricos de abuso del poder penal para eliminar enemigos en desgracia por medio de la opresión judicial vestida de descubrimiento de la verdad: Sócrates, Catilina, Jesús, Enrique el León, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galileo, Carlos I, Luis XVI y las grandes simulaciones judiciales del siglo XX: el proceso por el incendio del *Reichstag*, las purgas de Stalin y Núremberg (Demandt, A. [comp.]: *Los grandes procesos de la historia*, trad. de E. Gavilán, Barcelona, 2000; resulta altamente llamativo que la obra de Demandt lleve por título principal, en su versión original "Poder y Derecho" [*Macht und Recht*, München, 1990], *Los grandes procesos de la historia*, en la castellana, para desembocar, al fin y consecuentemente, en *Processare il nemico* en la versión italiana de P. Portinaro [Torino, 1996]). A esa lista se podrían sumar Juan Calas y Sacco y Vanzetti. Es interesante la historia real narrada como novela acerca de la verdad por Julian Barnes (*Arthur & George*, Londres, 2005) en la cual una persona condenada indebidamente solo porque ante hechos irritantes era preciso "encontrar un culpable" es salvada de la injusticia cuando un escritor se ocupa de su caso y demuestra el error judicial al encontrar, no la verdad, sino a otro falso culpable.

141 *Vid.*, acerca de los problemas de la "memoria oficial", Eiroa, cit. n.ª 1; Novaro, cit. n.ª 26. Son atinadas las advertencias de Marteau acerca de que la hipervaloración de la memoria, entendida como versión monopólica, lleva "a la demonización de todo aquello que no se le parece y a tomar como claudicación toda posición que no tenga por fin último la reivindicación de los ideales políticos en los que ella se sustenta" (Marteau, J.: "A 30 años del golpe militar. Memoria e historia", en Revista Abogados, Buenos Aires, febrero-marzo, 2006, p. 9).

142 Según Engel, cit. n.ª 5, p. 15, "nunca ha sido mayor la desconfianza, tanto en los círculos intelectuales más avanzados como en los medios y en la sociedad, ante los valores de la racionalidad, del progreso, de la verdad y de la objetividad [...], tampoco ha sido nunca tan grande la impresión de que somos engañados por los poderes". Recuérdese la conocida máxima de Voltaire: "La verdad es lo que se hace creer". Andrés Ibáñez ilustra la situación tomando como fuente el arte del humor: "*El Roto*, un conocido humorista gráfico español, en una viñeta publicada en el diario 'El País', hacía decir al protagonista: 'La mentira es la lengua oficial del Estado... Lo demás son dialectos'" (Andrés Ibáñez, P.: "Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 165).

pretensión de serlo en alguna medida, y la pérdida de autonomía de los organismos de derechos humanos frente al gobierno son dos de las expectativas más elocuentes y preocupantes que adquiere la señalada deslegitimación"[143]. Esta versión oficial de la memoria incluye, sin embargo, "el 'olvido' de los juicios a las juntas y la tarea de la Conadep [...] como parte esencial del dispositivo político-cultural montado"[144]. Novaro, por ello, nos invita a reflexionar acerca de cómo fue tratada la cuestión de los crímenes de la dictadura por la "verdad oficial": negación hasta 1983; algunos excesos en el marco de una guerra justa (1983: documento del Gobierno militar); represión brutal y criminal de un guerra subversiva e ilegal (Gobierno Alfonsín, Conadep, sentencia del juicio a los ex comandantes); desencuentros del pasado que había que perdonar y olvidar en pos de la reconciliación (Gobierno Menem); una guerra criminal para destruir al país en lo político, lo económico y lo social –que ahora todavía muestra secuelas y debe ser condenada a cualquier precio– dirigida contra bienintencionados militantes en lucha por un mundo más justo (Gobierno Kirchner).

Al paroxismo en la materia se ha llegado recientemente con la 8.ª edición del informe *Nunca Más* de la Conadep (2006), el cual ha sido desnaturalizado, con la excusa del trigésimo aniversario del golpe de 1976, con la anteposición inopinada de un pre-prólogo al prólogo de la Comisión. La excusa es baladí si se piensa que en otros aniversarios igual de relevantes a nadie se le ocurrió ponerse por ello por delante del *Nunca Más*. Anecdótico resulta, por lo demás, que el pre-prólogo estilo 2006 refute la visión de los hechos plasmada en el prólogo de 1984 y se dedique a una tan descarada como previsible propaganda oficial más de la política de Derechos Humanos de la actual gestión. Lo más lamentable es, en cambio, la fuente de esta verdad oficial, pues mientras que el prólogo de la Conadep era una versión de los hechos fruto del trabajo, metodológicamente más democrático, de un conjunto de personas elegidas por su incuestionable prestigio y que representaban a todos los sectores políticos, partidarios, sociales y hasta religiosos del país, el pré-prólogo de hoy en día es solamente –y más allá de las usuales invocaciones incomprobables al sentimiento de todo el pueblo– el discurso hegemónico del área respectiva del Gobierno de turno[145].

La oferta de las verdades oficiales, como se ve, no solo es desconfiable, es también demasiado amplia[146]. Ya se sabe, "no hay verdad sino una máscara que dice decir su verdad"[147]. Por ello resulta decisiva la prohibición de Carlo Ginzburg: "la verdad histórica jamás debe transformarse en verdad oficial"[148].

143 Novaro, cit. n.ª 26.

144 *Ib.* Por ello Héctor Olivera ha advertido que "asistir a una escritura mentirosa de la historia argentina es preocupante y despierta la necesidad de refrescar la memoria. Hoy, la mayoría de los jóvenes y muchos de los mayores desinformados creen que los guerrilleros de los años setenta fueron héroes. No creo en la teoría de los dos demonios, pero tampoco en la de los demonios y los santos inocentes" (Olivera, H.: "En los años de plomo, no hubo dos demonios ni santos inocentes. Los vencedores son ahora los vencidos", en diario La Nación de 2.2.2007). Esto, y lo que sigue en el texto, parece confirmar la sentencia de que "cada época posee su verdad" (*vid.* Häberle, cit. n.ª 5, p. 10).

145 Parece ser que las atrocidades cometidas suspenden la desconfianza radical que normalmente despiertan la propaganda y la versión oficial de los hechos (*vid.* Sarlo, cit. n.ª 24, pp. 92 y ss.).

146 Por ello, en otro de sus trabajos Sarlo ha dicho que "sobre las décadas del '60 y '70 hay varias narraciones posibles, todas ellas en conflicto. Han pasado más de treinta años y seguirá habiendo posiciones encontradas. Resumirlas en la teoría de los dos demonios es solo un modo demagógico y efectista de clausurar la discusión. No suscribo esa teoría y sin embargo, sobre la violencia de los años '70, tengo juicios diferentes a los de otros que tampoco la suscriben. Fui una militante de esos años y sé que no solo tuve sueños humanitarios y generosos sino autoritarios y violentos; sé que la idea misma de 'derechos humanos' me era completamente ajena. Habrá historias de los años de la militancia; en mi opinión deberán enfrentar el doble peligro del romanticismo y el sentimentalismo. Sobre todo, no habrá construcción de una verdad si la idea misma de construcción, es decir de aportes diferenciados que se ensamblen, es jaqueada por la intolerancia, un sentimiento comprensible en las víctimas directas, pero injustificable en los intelectuales, el Estado y el Gobierno" (Sarlo, B.: "Kirchner, el peronismo y la política de derechos humanos. Nunca más el discurso único", en diario Página 12 del 28.3.2004).

147 Sarlo, cit. n.ª 24 , p. 39.

148 Ginzburg, cit. n.ª 135, p. 15. Beatriz Sarlo, por su parte, se muestra escéptica acerca del valor de una memoria que es interpretada solo de un modo unilateral a partir de las experiencias de las víctimas, pues se corre el riesgo de otorgar más calidad al recuerdo que al entendimiento, lo cual se ve afectado también por otras circunstancias que dan su propia tonalidad al testimonio y al recuerdo (*vid.* Sarlo, cit. n.ª 94, pp. 13 y ss., 23 y ss., 42 y ss., y 95 y ss.).

G. La objeción histórica

El descubrimiento de la verdad como meta del proceso penal ha sido históricamente la razón para justificar desde pequeños abusos de los investigadores hasta las mayores atrocidades. No hay nada más inquisitivo que la coacción penal aplicada en nombre de la búsqueda de la verdad[149]. Por ello, el derecho procesal penal liberal, esto es, el derecho procesal penal adecuado al Estado constitucional y democrático de derecho, ha desarrollado un sano desprecio ante la búsqueda de la verdad por los medios del enjuiciamiento criminal. esta es una lección de la historia respecto de la meta de averiguar la verdad con los medios del proceso penal que sigue teniendo actualidad.

La invocación de la verdad y su imposición como derecho de la sociedad para obtener justicia, evitar la impunidad y prevenir hechos atroces tiene una carga emotiva tan importante que su complemento necesario es una intransigencia opresiva frente a los "insensibles" que pretendan formular objeciones contra valores tan altos e indiscutidos, a pesar de que, paradójicamente, casi no sabemos nada preciso acerca de qué son en realidad esos valores (¿qué es la justicia?, ¿qué es la verdad?, ¿qué es la sociedad?). Cuando no se habla de acceder a la información, cuando no se habla de saber para aplicar la ley, cuando no se habla de elaboración libre del pasado y construcción abierta del futuro, sino que se habla de verdad, justicia y la seguridad de imponer así un mundo mejor, es indudable que lo que se persigue es excluir como enemigos a los que piensan de otro modo. El recurso de apelar a la verdad se ha traducido siempre en una exhortación a practicar la intolerancia.

Si uno pretente conocer todo lo sucedido con los instrumentos del proceso penal lo primero que debería hacer, como bien lo ha dicho Maier, es "cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal"[150]. Sobre todo en las infracciones que eran consideradas especialmente graves: "Los inquisidores trabajan sin límites en los crímenes enormes y atroces"[151]. En uno de los más refinados manuales medievales para inquisidores el maestro enseña a interrogar así: "Lo primero dirá el inquisidor al reo que jure a Dios y a una cruz que dirá verdad en cuanto le fuere preguntado, aunque sea en perjuicio propio"[152].

Precisamente el fenómeno estudiado aquí, al investigar penalmente por la investigación misma, está extremadamente contaminado de principios e ideales inquisitivos. Obsérvese que los "juicios" de la verdad, como ya se mencionó, están restringidos a la etapa de instrucción, la cual ha sido considerada como la fase típicamente inquisitiva del procedimiento[153]. La falta de defensa, un componente esencial de estos "juicios", es un claro elemento inquisitivo[154] . La ausencia de separación entre investigación y decisión es otro de los signos distintivos bien conocidos del estilo inquisitorio[155]. Guzmán y Cafferata Nores han mostrado detenidamente la estampa inquisitiva de los procesos que, como los juicios por la verdad, no son contradictorios[156]. Todo ello demuestra que estos procesos responden a un acusado estilo inquisitivo que los descalifica.

La inquisición histórica fue el modelo procesal que canalizó el poder punitivo autoritario. Si este estilo se llevó tan bien con la búsqueda de la verdad ello se debió ante todo a que la verdad como cosa pública es una institución totalitaria. Bajo la apariencia de una novela de ficción el *1984* de George Orwell nos da una clase a los juristas y a los politicólogos para

149 *Vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 663; Bovino, cit. n.ª 79, p. 226, quien, en p. 238, mantiene que "la averiguación de la verdad, al constituirse en uno de los objetivos primordiales del procedimiento penal, [...] permitió todo tipo de abusos contra la dignidad humana". Será por ello, justamente, que "la palabra 'verdad' es la palabra favorita de las sectas y de todos los integrismos" (Engel, cit. n.ª 5, p. 29).

150 *Vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 854.

151 Cordero, F.: *Procedimiento Penal*, trad. de J. Guerrero, Bogotá, 2000, t. I, p. 24.

152 Eymeric, N.: *Manual de inquisidores*, trad. de J. Marchena Ruíz, Barcelona, ²1982, p. 33.

153 Así, contundentemente, Abregú: "es necesario deshacerse de la mochila que se arrastra del proceso inquisitivo, cuya propuesta, coincidente con la ideología de ese tipo de procesos, es una instrucción preparatoria" (Abregú, cit. n.ª 81, p. 162).

154 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.ª 67, p. 613.

155 *Vid.* Maier, cit. n.ª 68, t. I, p. 447.

156 *Vid.* Guzmán, cit. n.ª 69, pp. 150 y ss. En Cafferata Nores, cit. n.ª 69, p. 58, puede ser visto con claridad de qué manera los juicios de la verdad se confunden con el ideal de proceso inquisitorio en el cual la investigación es asignada monopólicamente al tribunal, con exclusión de acusador y acusado, algo que lleva a "una ficticia unificación conceptual de lo diverso" con privación de la riqueza que representa el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

identificar el totalitarismo del futuro: un Estado con *Ministerio de la Verdad* y *Policía del Pensamiento*. Y, ya en forma de novela histórica, nos ha enseñado esta misma lección, pero del pasado para el presente, *El nombre de la rosa* de Umberto Eco: "El tema central de la novela es el totalitarismo de la verdad. Es un relato de actualidad: sostiene que el extremo amor a la verdad puede llevar a matarse unos a otros. ¿No es esto netamente actual?"[157].

III. PROBLEMAS ACTUALES

Hoy en día en Argentina la amnistía instrumentada especialmente por la ley denominada de obediencia debida (dictada en 1987 y declarada conforme a la Constitución ese mismo año por la Corte Suprema) fue privada de todo efecto jurídico en 2005 por decisión de la misma Corte Suprema. Para la cuestión de los denominados juicios por la verdad esto supone al menos dos inconvenientes fundamentales derivados de que esta práctica se justificó en una imposibilidad constitucional de perseguir y punir a los autores de los crímenes. Uno consiste en determinar qué hacer con este fenómeno ahora que ha sido reabierta la persecución penal plena. El segundo problema reside en saber qué valor tienen para los procesos penales reabiertos las pruebas incriminantes obtenidas en los llamados juicios de la verdad. Estas cuestiones no pueden ser aquí resueltas. Apenas acaban de suscitarse, no sabemos si ellas resumen todos los problemas[158] y, al menos a este autor, le falta todavía mucha meditación y discusión para afrontarlas con rigurosidad. Pero sí pueden ser esbozadas desde ahora, junto a las dos cuestiones planteadas, unas líneas de análisis para la búsqueda de respuestas respecto de cada una de ellas.

Si en la época del enjuiciar para saber y penar (1983-1987) nadie estimó necesario hacer además "juicios de la verdad" y estos solo se originaron a partir –y con el argumento– de la imposibilidad de perseguir y castigar (impunidad), entonces resulta indiscutible que la reapertura de las investigaciones penales con miras a investigar y, dado el caso, castigar podrían hacer caducar de pleno derecho a los juicios por la pura verdad. Ya no se necesitarían como tales y no es admisible, incluso por motivos vinculados al empleo racional de recursos escasísimos, una instrucción penal de la instrucción, como una suerte de prefase del proceso o preinvestigación que será repetida en la investigación penal propiamente dicha. Esta situación habla también en favor de la creación de un comisión de la verdad continuadora de la labor de la Conadep, que cubra las necesidades remanentes de información de las causas penales y por medios mejores que los del procedimiento penal. En esto, debe tenerse presente también que el Estado les paga a los jueces para aplicar la ley a los hechos jurídicamente relevantes que han sido legítimamente probados. No les paga para que trabajen de historiadores ni tiene en cuenta esta capacidad cuando los designa en su puesto. Sin embargo, los "juicios por la verdad" continúan siendo llevados a cabo hoy en día.

La cuestión del valor actual de las pruebas, que aquí quedará abierta, es más espinosa. En esto resulta decisivo el argumento expreso y repetido oficialmente según el cual los llamados juicios de la verdad se justificaron, incluso para eludir los rigores del *ne bis in idem,* según se dice en sentencias y dictámenes, en la imposibilidad de juzgar y eventualmente condenar a los responsables de los hechos cuya verdad se quería conocer. Si esto fuera así todas las pruebas obtenidas en unos procesos que solo existen para saber y no condenar no podrían ser aprovechadas ahora para condenar, pues el Estado no puede afirmar que seguirá investigando solo porque ya no se puede penar si en realidad está investigando para el caso de que si

157 Tello, N.: *Umberto Eco para principiantes*, Buenos Aires, 2001, p. 179. En el mismo sentido Múñoz Conde, cit. n.ª 109, p. 117, para quien "el proceso penal de un Estado de Derecho [...] debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse por probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido". Bovino, cit. n.ª 79, p. 230, ha dicho, en igual dirección, que "insistir en los albores del tercer milenio en la posibilidad de determinar alguna especie de verdad 'objetiva', o 'neutral', esto es, 'real', sobre la ocurrencia de un hecho indisolublemente unido a valoraciones normativas, además de irracional, se trata de una creencia de que la 'verdad normativa' puede ser construida de modo unilateral, a partir de un ejercicio de autoridad coactivo de un órgano estatal que cierra todo camino a una posible refutación empírica de los hechos atribuidos". Häberle, en la obra citada en n.ª 5, advierte claramente de qué manera el Estado totalitario se vale de la mentira bajo la máscara de la verdad.

158 Se podría pensar, entre otras, en la cuestión de si se debe considerar el sometimiento a los juicios de la verdad como un sufrimiento por el hecho cometido compensable de la culpabilidad de quien resulte condenado en las persecuciones penales plenamente reabiertas.

mañana se puede volver a penar las pruebas se puedan utilizar. El Estado no debería mentir en la fundamentación de sus decisiones, mucho menos seguramente si de procesos de la verdad se trata. El principio ético de la actuación del Estado, según el cual no puede aprovecharse de aquello que traspasa los límites que él mismo se ha impuesto, no permitiría dar valor a unas pruebas que no provienen de otra parte o de otros procesos judiciales con objetos legales específicos, sino que se consiguieron en unos procesos que, si se hubiera podido profetizar que más tarde serían abolidos los principios de irretroactividad y de la aplicación de la ley más favorable en el tiempo para privar de efectos a las normas de no punibilidad, no hubieran existido. Esta solución es drástica, pero podría ser inevitable en un Estado constitucional de derecho que quiera seguir siendo tal. Los juicios de la verdad representaron una apuesta fuerte como alternativa a la impunidad y al olvido absoluto. El actual levantamiento de las barreras para la punición también ha sido una apuesta fuerte, pero que contradice los fundamentos de los juicios de la verdad. Pero probablemente no sea posible, sin trampas, ganar en ambos campos de juego. En la cuestión de los crímenes de Estado se enfrentan los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados[159]. Si bien la satisfacción simultánea de ambos no es posible, tampoco debería serlo la actual solución unilateral pro víctima de todas las discusiones judiciales relativas a las denominadas violaciones de los derechos humanos. este es un programa que debería levantar sospechas.

Una alternativa tópica sería evaluar cada prueba en particular desde la perspectiva de los derechos del imputado y privar de valor solo a aquellas que hayan implicado un menoscabo concreto de sus derechos procesales (p. ej.: la imposibilidad de interrogar a un testigo o de controlar un peritaje). Pero esto implicaría necesariamente mirar hacia otro lado respecto de los llamados juicios de la verdad y sus motivaciones y hacerse el distraído, como si nada hubiera pasado, respecto del argumento estatal de que estos procesos solo fueron legítimos –y realizados sin los sospechosos– porque se afirmó oficialmente que ya no se iba a punir a nadie.

IV. ALTERNATIVAS RACIONALES

En una sociedad no paternalista tiendo a creer que solo la conciencia individual puede efectuar juicios acerca del pasado. Recordar u olvidar –dicho con más propiedad: tratar de recordar o tratar de olvidar– es privativo de las personas y en una sociedad abierta no hay lugar para versiones oficiales de la historia. De nada sirve que decidan recordar u olvidar en nombre de la comunidad unos funcionarios, los historiadores, los periodistas o los encargados de los archivos; estos especialistas de la memoria actúan con filtros que, por motivaciones ajenas al destinatario, amplían o retacean la información, la magnifican o la censuran[160]. La poca confiabilidad de esta memoria, por ello, no es puesta en duda por nadie. Sin embargo, la búsqueda oficial del pasado no solo es aceptada, sino, antes bien, exigida[161]. Esta dicotomía conceptual, en parte incoherente, resulta también cuestionable porque búsqueda de información y extracción de conclusiones no son distinguibles de un modo libre de objeciones, pues hay interacción permanente entre qué se busca, cómo se investiga y para qué se intenta conocer el pasado, de modo que no son independientes y confiables las conclusiones que se extraen sobre la base de una recolección de información que no lo ha sido. En todo caso habrá informaciones, públicas y no, para la evaluación de los interesados, pero no versiones que pretendan imponerse. La memoria oficial prueba la existencia de un modo de razonar que, si no es totalmente inadmisible, resulta al menos dilemático: se impone autoritariamente la idea de que, ante un pasado atroz, solo su plena investigación y conocimiento puede conducir a un futuro mejor, pero ¿es esto realmente así? ¿Se le puede imponer esta idea a todo el mundo? ¿O la libertad de conciencia en una sociedad democrática alcanza también a la determinación acerca de cómo y para qué quiere relacionarse cada uno con el pasado? Estas páginas están anémicas de respuestas a estas complejas cuestiones[162],

159 La protección de unos derechos frente a otros, como lo menciona Novaro, cit. n.ª 26.

160 *Vid.* Eco, U., en *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 184.

161 Esto es sorprendente especialmente en Argentina donde ninguna persona sensata puede confiar siquiera en la información oficial sobre el índice de la inflación mensual.

162 Debatidas en profundidad en el capítulo sobre "Memoria y futuro" de la obra *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, pp. 181 y ss. De importancia inversamente proporcional a su extraordinaria fama son, en cambio, las reflexiones sobre el testimonio y el registro de Agamben, G.: *Lo que queda de Auschwitz*, trad. de A. Gimeno Cuspinera, Valencia, 2000, sobre todo, en lo que a nuestra materia concierne, cuando desinterpreta por completo las ideas de Satta acerca de la pena de proceso y las convierte en una oda a la presunción judicial de culpabilidad (pp. 17 y s.).

pero sirven –y ese ha sido mi propósito– para demostrar algo que es seguro: la jurisdicción penal y sus reglas de procedimiento no son el camino a seguir por quien quiera, cualquiera que sea su meta, conocer –real pero solamente– el pasado.

Son tantas y tan contundentes las limitaciones que sufren los jueces penales y las reglas del procedimiento penal para obtener conocimiento que emplear procesos judiciales solo con el fin de averiguación de una realidad compleja que excede con mucho incluso el ámbito de lo investigable para el enjuiciamiento normal deviene en despróposito. Si no se va a responsabilizar y castigar penalmente a nadie, sino que se pretende cumplir con un derecho al conocimiento del pasado según el cual "toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro", entonces recurrir a la justicia y a sus procedimientos será la mejor manera de dejar insatisfechas en calidad y cantidad esas exigencias. Ya conocemos los problemas de una "tribunalización de la historia" y Carlo Ginzburg ha señalado que si al olvido no se le opone la memoria, sino la justicia, "es necesario concluir que es el olvido el que ha ganado"[163].

Si hay que penar, antes hay que saber. En ese caso la información de las sentencias que provengan de juicios contradictorios y de cuestiones debatidas en múltiples instancias podrá ser –con sus deficiencias– una fuente más, pero no la única ni mucho menos la mejor, para tratar de conocer el pasado[164]. Es cierto que en el caso de los crímenes de la dictadura no amnistiados (sustracción de menores, p. ej.) los procesos penales dirigidos a los sospechosos lograron arrojar luz acerca de la identidad de muchas personas que habían sido sustraídas a sus familias verdaderas y que, sin saberlo, vivían con una identidad falsa y con una familia que no era la suya, así como los juicios por la verdad y la jurisdicción residual de los casos penales clausurados permitieron encontrar e identificar los restos de personas que estaban desaparecidas[165]. Pero si ya no fuera posible penar (*v. gr.* por muerte del autor), el derecho a la identidad y a las informaciones derivadas de ello está asegurado de modo igualmente eficaz por medios no penales.

No hay que esperar mucho del proceso penal en términos de averiguación de la verdad especialmente en el caso de criminalidad estatal masiva. El trabajo de Eiroa acerca de la experiencia sudafricana de la *South African Truth and Reconciliation Commission* demuestra que a veces es posible conocer mucho más sobre la verdad de las atrocidades públicas sin proceso penal que con él. Pareciera que esto nos lleva a una dramática encrucijada en la cual para penar se debe resignar gran parte del saber o bien para conocer más se debe administrar impunidad, en tanto que impunidad no significa negación y olvido así como castigo no implica verdad y memoria aseguradas[166]. Perfecto Andrés nos recuerda, justamente, que "ha escrito Tzvetan Todorov 'que la memoria no se opone en absoluto al olvido. Los dos términos para contrastar son la *supresión* (el olvido) y la *conservación*; la memoria es, en todo momento y necesariamente, una interacción de ambos'"[167].

Ahora bien, si además no hay ya pena a imponer en el horizonte, el conocimiento de la verdad de todo lo sucedido, en general, y en particular con las víctimas de estos crímenes –muy especialmente su destino– debería ser obtenido y elaborado por procedimientos no

163 Cit. n.ª 135, p. 21. Al respecto Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 109, sostiene: "Tenemos que cuidarnos de no delegar nuestra memoria en lo jurídico".

164 En la Argentina de las persecuciones penales rehabilitadas respecto de los crímenes de la dictadura, tras una de las primeras condenas de primera instancia, se pudo apreciar lo poco de la verdad que había sido aclarado en el juicio (*vid.* "Me faltó lo más importante, que es saber dónde está mi nieta. María Isabel Chorobik de Mariani, suegra de Diana Teruggi, asesinada por Etchecolatz, se refirió a la condena contra el represor", en diario La Nación del 19.9.2006). A pesar de esas fallas de conocimiento en cuestiones de enorme relevancia individual, gracias al informe de la Conadep, aunque no solamente, sabemos muy bien lo que sucedió entre 1976 y 1983. Como dice Méndez, cit. n.ª 4, p. 531, se trata de la "verdad de hechos que, a partir de la evidencia acumulada, ya no puedan negarse". Sin embargo, el proceso penal, como dice Bertolino, cit. n.ª 5, pp. 102 y s., no suministra, como se puede ver, la verdad, sino solo la verdad del caso.

165 *Vid.,* con información detallada acerca de la importancia del aporte de los procesos por la verdad para esclarecer estas situaciones, Alonso Morales/Lovelli/López Alcala/Ialonardi, cit. n.ª 48, pp. 145 y ss.; Perlinger, cit. n.ª 50.

166 *Vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, p. 265. De la opinión contraria, que asocia impunidad con olvido y castigo con memoria, es Bergalli, R.: "Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria", en NDP 2000/B, pp. 421 y ss.

167 Andrés Ibáñez, P.: "¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del 'uso alternativo del derecho'", en Jueces para la Democracia (en prensa), con cita de Todorov, T.: *Los abusos de la memoria*, trad. de M. Salazar, Barcelona, 2000, pp. 15 y s.

penales, aunque por supuesto revestidos de coacción ocasional para cumplir sus fines. Según Eiroa, "la construcción de la verdad no debe ser un proceso en el que participen solo las víctimas y los testigos de las atrocidades a las que aquellas fueron sometidas, sino que también se debe dar espacio a la participación de los responsables de esos hechos detestables y a todo aquel que pueda aportar datos relevantes para reconstruir el contexto en el que se cometieron y las causas por las cuales se llegó a una situación semejante"[168].

La complejidad de estos hechos y sus circunstancias de interés cognitivo, que exceden con mucho el ámbito de conocimiento del juicio penal y las posibilidades de los medios penales, impiden que tan siquiera con enjuiciamientos reales, es decir, con controversia, adversarios y debate se logre saber todo lo que queremos conocer respecto de los hechos atroces del pasado[169]. Menos será conocido todavía con instancias judiciales de la verdad por medios procesales-penales que de juicio no tienen nada. La función judicial de garantía de los derechos no puede llevar a que siempre la jurisdicción deba estar a cargo del cumplimiento, algo que se ve más claramente en el ejemplo del derecho a la salud: el Poder Judicial puede condenar al Estado por no brindarlo, pero nunca podrá transformar a los jueces en médicos y a los tribunales en hospitales.

Otra gran ventaja de las comisiones de la verdad, como ya lo demostró entre nosotros la excelente labor de la Conadep y, en la experiencia comparada, la Comisión de la Verdad de Sudáfrica, es que la reconstrucción del pasado no está, como en el caso de la verdad de los tribunales, en manos exclusivas de una corporación judicial integrada solo por abogados educados y entrenados como tales[170]. En las comisiones de la verdad intervienen, junto a investigadores policiales y expertos en derecho, también historiadores, científicos sociales y especialistas de otros ámbitos, lo cual garantiza "una perspectiva multidisciplinaria y una diversidad de puntos de vista"[171].

Siempre habrá, por supuesto, muchos datos acerca de esta realidad pasada que tal vez no podamos llegar a conocer nunca. Otras circunstancias, como destinos finales e identidades reales, seguramente sí pueden ser establecidos en muchos casos. De todos modos, si nos tomamos en serio el disponer de información general y particular sobre el pasado público como un valor, los intereses en torno de lo que se denomina derecho a la verdad tienen que estar reconocidos por el orden jurídico y amparados judicialmente. En Argentina, pasadas ya tres décadas, tenemos que hacer un esfuerzo todavía para tratar de conocer todo lo que sucedió, pero no por medio de la "deformación del proceso penal" y de su uso en nombre de la verdad absoluta, al peor estilo inquisitivo, lo cual nos conduce únicamente a una "verdad deformada". En mi opinión lo que deberíamos hacer es reforzar lo que fue la Conadep. Establecer su continuación como comisión de la verdad por medio de una ley que imponga una regulación exhaustiva de sus facultades y la posibilidad de requerir judicialmente el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus fines, pues es la excusa con la que se recurre al proceso penal el hecho de que estas comisiones, normalmente, no tienen coerción para conseguir la información, para registrar, para allanar, para buscar archivos, etc.

Las comisiones de la verdad, por lo demás, concentran la información y el relato y facilitan su disponibilidad ágil e inmediata al interesado[172] frente a las dificultades que representa, en el caso de los juicios

168 Cit. n.ª 1. Este autor, además, nos expone las ventajas, en términos de calidad cognoscitiva, que tienen la verdad construida de un modo consensuado y una verdad amplia que, a diferencia de la de los juicios que se refieren solo a las graves violaciones estatales de los derechos fundamentales, abarque todos los comportamientos violentos de la época que causaron daños similares con independencia de su linaje.

169 "La búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica" (Muñoz Conde, cit. n.ª 109, p. 107).

170 Esta multidisciplinariedad de las comisiones supone, aunque estas no lleven a cabo un proceso, un mayor contradictorio que los propios juicios de la verdad, pues se requiere una "confrontación colectiva en la búsqueda de la verdad, esto es, de un debate crítico abierto a todos, a todos los testimonios y a todos los documentos" (Changeux, J., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 20). Esto ha llevado a Eiroa, cit. n.ª 1, a afirmar que la búsqueda de la verdad por medio del "modelo de justicia penal favorecería la construcción de una memoria autoritaria".

171 *Ib*. Por esto Marteau, cit. n.ª 141, p. 9, cuestiona el monopolio del registro de la memoria.

172 Eiroa, cit. n.ª 1, nos recuerda que el informe *Nunca Más* es uno de los libros de mayor venta de la historia editorial argentina.

penales "de verdad" y en el de los juicios penales "por la verdad", conocer siquiera la existencia de cientos de sentencias desperdigadas[173], por no hablar de la naturaleza semánticamente inasequible de unos textos herméticos escritos en prosa judicial.

No debemos renunciar a la búsqueda de la verdad, sino solamente a encontrar verdades absolutas buscadas a cualquier precio. En esto, las llamadas comisiones de la verdad tienen sin duda las mejores cartas para satisfecer las exigencias del derecho a la información de lo sucedido respecto de los hechos criminales perpetrados desde el Estado. El proceso penal, cuando es necesario para investigar sospechosos y castigar culpables, es también una fuente secundaria para satisfacción de tales exigencias, aunque sus conclusiones tengan menos calidad que las de una comisión. Los juicios de la verdad, por último, pueden igualmente aportar datos muy relevantes para los mismos objetivos, pero la confiabilidad de sus resultados será la más baja de las tres prácticas posibles. Por lo demás, resulta decisivo también hablar de derecho a la información y abandonar la expresión "verdad", dado que, sobre todo por su naturaleza mitológica, siempre que se la invoca, como en el caso de otros valores tan elevados e indiscutibles (justicia, igualdad, etc.), se quiere encubrir con su autoridad un seguro abuso de lo que se hace en su nombre.

Por consiguiente, la búsqueda de la verdad sin recurrir al proceso penal y a los jueces penales nos dará un conocimiento de mayor calidad acerca de los hechos involucrados[174]. Será una forma de actuar, en el doble sentido de la expresión, más civilizada, pues será abandonado el recurso de huir de manera constante hacia lo punitivo sin pensar que "una sociedad no puede vivir permanentemente en un estado de cólera contra una parte de ella misma"[175].

173 Solo la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires ha llevado a cabo más de cien legajos en estos juicios por la búsqueda de la verdad (*vid.* Perlinger, cit. n.ª 50, con más detalles). Por ello, respecto de la "verdad" que surge de los juicios penales reales, la Corte IDH, en el caso "Myrna Mack Chang" (sentencia de 25.11.2003), ha dicho que el "resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad" (párr. 275). *Vid.* acerca de esto las minuciosas reflexiones de Chinchón Álvarez, cit. n.ª 7, pp. 267 y ss.

174 Entre nosotros una oportunidad como la sudafricana de cambiar impunidad por verdad se perdió entre 1986 y 1990 cuando se concedió impunidad a cambio de nada (claro es, esto fue previo a la experiencia de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica). De todos modos, siendo Argentina un país sin respeto por las decisiones de la Democracia, incluso de las decisiones definitivas, los autores de los crímenes no se hubieran podido sentir seguros de que después de su reconocimiento y de brindar la información para saber lo sucedido no se revocara la amnistía y se usara la información por ellos brindada para someterlos a proceso y –quizás incluso también algún día, muchos años después– condenarlos. Por eso hoy una salida a la sudafricana para Argentina, que cambie información verídica por amnistía, es también por su segura ineficacia –hay por supuesto más objeciones– impensable.

175 Ricoeur, P., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.ª 1, p. 75.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y LA PRESCRIPCIÓN

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA*

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Información privilegiada: tipo agravado. IV. Prescripción

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos (STS, 1136/2010, de 21 de diciembre) aborda muy diversos problemas que son de actualidad y, alguno de ellos, de presencia frecuente. La sentencia se centra en dos temas que aparecen claramente relacionados, que son el delito de información privilegiada en el ámbito bursátil y el tema de la prescripción. Este último tema es abordado en relación con la determinación del plazo de prescripción que debe considerarse, así como en cuanto a la concreción del día *a quo* y, por último, en orden a la manera de redactar la sentencia; a todo ello se suma la admisión de un recurso de casación a una persona absuelta por prescripción. También examina la sentencia cuestiones cruciales del delito de información privilegiada relativas a la concreción del tipo penal y aquellas cuestiones que son necesarias para proceder al examen de los problemas prescriptivos antes indicados.

La Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a C.A.I. y a L.J.P.M. de un delito de uso de información privilegiada, al haber prescrito el tipo básico, y declaró que no se había cometido el tipo agravado (previsto entonces en el art. 286.3 y en la actualidad en el art. 285.2.3ª del Código penal). Frente a esta resolución recurrieron tanto el Ministerio fiscal (que había acusado por el tipo agravado) como los acusados absueltos.

II. HECHOS

La sentencia del Tribunal Supremo contiene en la fundamentación jurídica una síntesis de los hechos probados. Señala la sentencia que los hechos probados "comienzan por narrar una fuerte expansión de la empresa entonces de titularidad pública, "Tabacalera, S.A". (dedicada a la administración y gestión del monopolio de las labores del tabaco), de la que era Presidente el acusado, C.A.I., siendo así que en el año 1997 se planteó como objetivo el liderar el mercado mundial de cigarros puros, *e ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinados datos relativos al mercado bursátil para obtener una ventaja patrimonial considerable*.

Para la referida expansión comercial, se constituyó la sociedad "Tabacalera Cigars Internacional" (TCI) el día 13 de mayo de 1997. Esta sociedad, creada como de cartera, adquirió Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, entidades que fabricaban cigarros de gran calidad. La mencionada política de expansión se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como hechos relevantes (tales adquisiciones), los días 14 de mayo y 11 de julio de 1997, siendo así que "la mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco" (apartado 3 de los hechos probados). Y se centró el interés en la adquisición de *Havatampa Inc.* (entidad que tenía dos fábricas, una en Tampa –Florida– y otra en Selma –Alabama–). Fruto de tales negociaciones, se firma el día 7 de marzo de 1997, entre C.A.I. y Havatampa, el denominado "*Confidential Agreement*", con objeto de transferirse información mutua en ámbito "de absoluta discreción". Las reuniones continúan durante los meses de junio, julio y agosto, alcanzándose definitivamente un acuerdo el día 10 de septiembre, lo que se comunica el día 11 de septiembre de 1997 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

De manera simultánea a este proceso, el acusado C.A.I. se pone en contacto con su sobrino L.J.P.M. para este apareciera como único interviniente en una

* Magistrado del Gabinete Técnico. Tribunal Supremo del Reino de España.

operación de masiva adquisición de acciones de Tabacalera a sabiendas de la repercusión que en el precio de las acciones iba a tener todo el proceso de expansión anteriormente citado, lo que iba a ser, dice el *factum*, "manifiestamente rentable".

Para ello, C., en unión de su esposa, A.C., solicitan el día 4 de abril de 1997 al Banco Urquijo, la apertura de una línea de crédito por importe de 400 millones de pesetas, con un periodo de duración de un año, para la adquisición de valores del IBEX, con garantía de pignoración de las acciones adquiridas con tal operativa financiera, resultando sucesivamente aprobada por los órganos del banco, hasta que lo ratifica la Comisión Delegada el día 30 de abril de 1997. Seguidamente (7 de mayo de 1997), se constituye "Creaciones Baluarte, S.A". (entre los esposos citados al 99 por 100, y el 1 por 100 restante, por una sociedad instrumental dominada por ellos), teniendo como objeto social la intervención de operaciones de bolsa (el registro de la sociedad en el Mercantil, tuvo lugar el siguiente día 22-5-1997), y previamente, tal sociedad se configura como acreditada en la póliza anteriormente mencionada (concedida por el Banco Urquijo), y en tal novación, ya se expone literalmente que el destino exclusivo de la financiación lo será "la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera, S.A"., y en su articulado, que las mismas quedarán como garantía pignoraticia a favor del banco, lo que se formalizará en póliza intervenida por fedatario mercantil. De igual manera se pacta que si los valores no alcanzaren el 110 por 100 respecto del capital concedido, el acreditado ha de complementarlos con otros, o bien, en caso contrario, se autorizaría al Banco a realizar la prenda, "para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta".

El día 2 de junio de 1997, L.J.P.M. adquiere la totalidad de las acciones de "Creaciones Baluarte, S.A", mediante operación intervenida por corredor de comercio. No obstante, la gestión de la cartera, se asigna a otra sociedad ("Beta Capital SV, S.A".), vinculada a C.A.I., para la gestión de las inversiones y administración de valores.

Una vez L.J.P.M. ya propietario de Creaciones Baluarte, se acredita la realidad de dos operaciones de compra de acciones de Tabacalera. La primera, entre los días 10 y 12 de junio de 1997, 13.410 acciones, que se vendieron los día 8 y 10 de julio de 1997, y que reportaron unas ganancias de "*poco menos de 14 millones de pesetas*" (así se expone en el "*factum*"), y que se desvincula por el Tribunal sentenciador de cualquier grado de influencia o de información privilegiada, y otra –la segunda operativa de adquisición de acciones– que la Audiencia ya adjetiva con previsión del impacto que habría de suponer en el mercado bursátil el anuncio de la compra de Havatampa, que se refleja en el apartado 7 de los hechos probados, y en donde se especifica que tal adquisición se produce entre el día 14 de agosto y el 5 de septiembre de 1997, periodo en el que se compraron 48.948 acciones de Tabacalera por un precio de 388.109.640 pesetas, que se vendieron entre los días 21 de enero y 27 de febrero de 1998, por valor de 609.041.230 pesetas, "*generándose una ganancia de 309.931.590 pesetas*". Así se expresan textualmente los hechos probados de la sentencia recurrida, pero claramente esto es un error de cálculo, pues como es de ver con una simple resta, el valor de la ganancia fue exactamente de 220.931.590 pesetas, y por lo tanto, la combatida, arroja una diferencia de 89.000.000 pesetas de error.

También se narra en la resultancia fáctica, como elemento del impacto alcista, la subida de las labores de tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna), en un porcentaje cercano al 10 por 100 (concretamente el 9,43 %), que se acordó el día 11 de septiembre de 1997, por la Delegación del Gobierno para el monopolio de tabacos, se publicó en el BOE al día siguiente, y que fue comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante el lunes siguiente, día 15. Todo ello determinó un impacto alcista de las acciones de Tabacalera, que persistió "a lo largo del tiempo"".

III. INFORMACIÓN PRIVILEGIADA: TIPO AGRAVADO

El Ministerio Fiscal considera que ha de aplicarse el subtipo agravado del antiguo art. 286.3 (actualmente el 285.2.3ª) del Código penal. En otras palabras, el Ministerio Fiscal estima que concurre el tipo agravado que se presenta cuando "se cause grave daño a los intereses generales". Dos son las cuestiones que, conforme a la sentencia, han de ser examinadas: cuándo hay grave daño y qué se debe entender por intereses generales. Para ello, la sentencia previamente acude a determinar el bien jurídico protegido por el tipo penal.

1. Bien jurídico protegido

Considera la sentencia, así como la doctrina dominante, que el bien jurídico protegido es "el buen funcionamiento del mercado en condiciones de

transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores". Así pues, se mantiene un punto de vista colectivista en el que lo que se protege es, en definitiva, el mercado de valores. En efecto, para garantizar un buen funcionamiento del mercado de valores es preciso que los inversores acudan a él con confianza y para obtener esta se hace necesario que los inversores sepan que dicho mercado funciona con transparencia y con base en el principio de igualdad de oportunidades; todo esto se obtiene cuando el inversor sabe que en el mercado de valores está prohibido (incluso penalmente) actuar con información privilegiada. Esto significa que los intereses del particular, es decir, su patrimonio no es el objeto de protección en este tipo penal. Esta conceptuación no se resiente por el hecho de que el art. 285.1 del Código penal se refiera a la obtención de un determinado beneficio económico o se cause un perjuicio. Entre otras razones, porque la obtención de un beneficio económico en nada se refiere a la afectación de intereses particulares; y, porque cuando el Código habla del perjuicio no concreta a quién ha de causársele ese perjuicio, esto es, puede ser a un inversor o al sistema del mercado de valores (cuestión distinta es cómo se puede evaluar ese perjuicio; eso lo veremos más adelante). Por ello, cualquier cuestión referida al perjuicio de un particular o a la existencia de engaño conducirá necesariamente a un problema concursal.

2. Cause grave daño

Como el tipo penal exige que se cause grave daño, la sentencia del Tribunal Supremo considera que "ese "causar" impide que nos encontremos ante un tipo de mero peligro, sino que se requiere naturalmente un resultado.

Respecto al concepto de daño, este no tiene por qué ser necesariamente de contenido económico, como se comprueba por la inclusión por el legislador del apartado segundo de tal precepto, en donde se exige "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia", conducta esta de claro impacto económico. El daño puede ser, pues, de cualquier naturaleza".

Sin embargo, a nuestro juicio, el tipo penal conforma un delito de peligro y no de resultado. El tipo penal supone la puesta en peligro del bien jurídico protegido sin que sea precisa la efectiva materialización del peligro en un resultado.

Partiendo de esta concepción, el hecho de que en la "circunstancia" N° 3 del art. 285.2 del Código penal se exija que se "cause grave daño a los intereses generales", no altera tal conformación del delito, pues, cabe interpretar que lo que exige el tipo penal es que se cause un peligro grave de daño a los intereses generales.

Entenderlo de otra manera, conduce a que el art. 285.1 sea un tipo de peligro y el art. 285.2 de resultado. Pero, teniendo en cuenta la estructura del tipo (a la que nos referiremos más adelante) parece más acorde con la misma y con el bien jurídico protegido el considerar que el art. 285 (ap. 1 y 2) conforma varios tipos de peligro y no de resultado.

3. A los intereses generales

Considera la sentencia que, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por el tipo penal, los intereses generales que han de resultar gravemente dañados "han de ser los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario", es decir, en el mercado bursátil.

Profundizando en la actividad del *insider trading*, señala la sentencia que si este, es decir, el "autor que actúa en el mercado bursátil con información privilegiada, obtiene con tal posición una ventaja económica para sí y que se ha de compartir inmediatamente por los demás inversores, en tanto que tal información produce en un futuro inmediato un impacto alcista en los mercados de valores, no podrá producirse en modo alguno un grave daño para los intereses generales de la colectividad de inversores, pues no resulta perjuicio directo para nadie en particular. Podría argumentarse que la masiva demanda de un valor que genera un masivo movimiento del dinero que se sitúa en tal cotización, perjudicaría a otros títulos que tal vez resultasen realizados para la adquisición del emergente; pero aun así, tal efecto no es consecuencia de la información privilegiada, sino de las condiciones de solidez de tal posición frente a otras, y respecto de la cual, el autor del delito se ha aprovechado de manera anticipada al contar con un conocimiento privilegiado frente a los demás inversores, pero, hay que convenir que, de todos modos, la subida del valor no es consecuencia de la ilícita actividad de tal "insider traider"".

Este punto de vista, conduce a la sentencia a la conclusión de que "únicamente será posible predicar un daño a la colectividad de inversores –o lo que es lo mismo, a los intereses generales– cuando el resultado del delito no resulte del aprovechamiento directo consecuencia de la subida de la bolsa, sino cuando se produzca lo contrario, esto es, un *perjuicio*

económico a terceros inversores. De ahí que los elementos objetivos que pueden incidir en la determinación de tal subtipo agravado lo pueden ser, como dice la Sala sentenciadora de instancia, bien una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. Pero desde luego no, una situación como la que es objeto de enjuiciamiento, ya que se trata del *caso de una acción aislada*".

Así pues, la noción de intereses generales "ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores".

De ahí, que la sentencia concluya, centrándose en el caso concreto, que, "aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente *por una acción aislada* que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros.

Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado".

No obstante, a nuestro juicio, el análisis del tipo penal permite una concepción algo diferente a la que se recoge en la sentencia. Partimos del mismo bien jurídico protegido y, en consecuencia, como dijimos, lo que se protege no son intereses particulares sino intereses generales, como es el buen funcionamiento del mercado de valores. Por lo tanto, la tipificación penal de las conductas del *insider trading* ya suponen que el legislador ha considerado que tales conductas afectan o ponen en peligro tal bien jurídico protegido. La discusión sobre si las conductas del *insider trading* deben o no ser tipificadas penalmente es previa a la tipificación (sin perjuicio de que se pueda estar en desacuerdo con la creación del tipo penal), de manera que una vez introducido el delito en el Código penal puede partirse de que tales conductas afectan a los intereses generales. En ello, como dijimos, nada tiene que ver que el Código se refiera a un beneficio económico o a un perjuicio, pues tales límites operan como una condición objetiva de punibilidad.

Por ello, aceptando que el tipo penal básico considera que la conducta descrita en él afecta a los intereses generales, entonces, la agravación (o el tipo agravado) del art. 285.2.3ª lo que hace es acentuar el carácter de "grave" en el daño que se produce a los intereses generales. Dicho de otra manera, los intereses generales del tipo agravado son los mismos intereses que se protegen en el tipo básico. La única diferencia se encuentra en que tales intereses generales afectados, que en el tipo básico son implícitos, en el tipo agravado se exige que sean graves.

Del hecho de que se trate de "una acción aislada" no puede, a mi juicio, deducirse que no puede mediante ella causarse un grave daño a los intereses generales. La cuestión, desde este punto de vista, no se halla en que sea una o varias acciones aisladas o conjuntas, sino en que los intereses generales, esto es, el buen funcionamiento del mercado de valores haya sido afectado de manera grave. Centrar la cuestión alrededor de "una acción aislada", supone de hecho cerrar de forma importante el tipo penal reduciendo considerablemente su ámbito de aplicación.

Llegados hasta aquí, quedaría por concretar, entonces, que ha de entenderse por "grave". De diversas formas puede determinarse el carácter "grave" de la afectación del mercado de valores, que ahora no vamos a enumerar, sino que únicamente indicaremos que el tipo básico determina mediante una condición objetiva de punibilidad a partir de cuándo una afectación de "los intereses generales" debe considerarse delictiva. Pues bien, partiendo de ello, podemos considerar que una afectación "grave" se presenta cuando se ha superado en el doble tal límite. El Código en el delito de tráfico de drogas también utiliza conceptos jurídicos indeterminados como "grave daño a la salud", "notoria importancia" y "extrema gravedad" (para cuando "excediere notablemente" de la considerada como de notoria importancia) y ha sido la jurisprudencia la que ha concretado tales conceptos.

En la estructura del tipo penal vemos que la condición objetiva de punibilidad la concreta en dos aspectos: la obtención de un beneficio económico (superior, hoy día, a 600.000 euros) o la causación de un perjuicio (de idéntica cantidad). Y, en cuanto a las "circunstancias" agravantes del apartado 2 (prescindiendo de la

1ª que se refiere a la habitualidad), estas suponen una exasperación de estos dos parámetros: la 2ª "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia"; y la 3ª, "que se causa grave daño a los intereses generales". Por consiguiente, estas dos "circunstancias" van referidas a aquellos parámetros y la cuestión se centra en determinar la "notoria importancia" o el "grave daño".

De manera que, a mi juicio, la afirmación relativa a que de la conducta del *insider trading* "no resulta perjuicio directo para nadie en particular", no es relevante, pues, el tipo penal como decimos no protege intereses particulares sino intereses generales.

IV. PRESCRIPCIÓN

Los siguientes problemas con que se enfrenta la STS son la determinación del delito a tomar en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción, el día *a quo*, la posibilidad de recurrir y la forma en que ha de redactarse la sentencia que declara la prescripción. Veámoslos seguidamente.

1. Concreción del delito

El delito básico de información privilegiada tiene un plazo de prescripción de cinco años, y el correspondiente al subtipo agravado, por el que acusó el Fiscal, diez años, por lo que es preciso concretar con relación a qué delito debe realizarse el cómputo de la prescripción.

La cuestión es la siguiente: cuál es el plazo por el que ha de optarse para el cómputo de la prescripción cuando se trata de un delito que contiene, en su descripción normativa, un tipo básico y un tipo agravado, habiéndose formulado acusación por el tipo agravado, y declarando el Tribunal sentenciador que no concurre el mismo, sino que considera aplicable el tipo básico. Es decir, qué plazo de prescripción debe ser observado: el plazo correspondiente al tipo agravado, al ser este el objeto de acusación, o el plazo correspondiente al tipo básico, al ser este el objeto de aplicación.

1.1. La posición de la Jurisprudencia hasta octubre de 2010

Primero expondremos la posición mantenida hasta octubre de 2010 y después, seguidamente, indicaremos el cambio introducido por la Jurisprudencia.

El artículo 131 del Código Penal señala los plazos de prescripción de los delitos. Para ello, distingue según cuál sea la duración de la pena impuesta y utiliza en varias ocasiones la expresión *"pena máxima"* señalada por la Ley.

En relación con este precepto deben tenerse presente los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 1997 y 16 de diciembre de 2008. este último señala:

> "Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997".

Los Acuerdos descritos han sido objeto de interpretación y aplicación por parte de diversas Sentencias de la Sala de lo Penal.

Con carácter general, la jurisprudencia señala que de una interpretación, tanto literal como lógica y finalista, de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal, se deduce que la cuantía de la pena correspondiente al delito que se dice prescrito debe ser la máxima que la Ley señala y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga en cada caso concreto, ya que esto ultimo no es cuestión de legalidad, sino simplemente de individualización de la pena (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 600/2007, 11 de noviembre; 509/2007, de 13 de junio; 700/2006, 27 de junio; 71/2004, de 2 de febrero; y 1173/2000, de 30 de junio, entre otras).

Por ello, partiendo de la pena señalada en abstracto, se dice que esta debe considerarse como pena en toda su extensión y por lo tanto en su concepción de pena máxima que puede ser impuesta, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar, por la aplicación de algún tipo agravado o por la continuidad delictiva (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 700/2006, de 27 de junio; 610/2006, 29 de mayo; 1375/2004 de 30 de noviembre; y 222/2002, 15 de junio, entre otras).

Ello porque, razona la jurisprudencia, los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica. Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales, y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el computo prescriptivo, sin

que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (SSTS 509/2007, de 13 de junio; 414/2008, de 7 de julio; 1104/2002, de 10 de junio; 198/2001, de 7 de febrero; y 289/2000, de 22 de febrero, entre otras).

1.2. Posibles soluciones

Una vez planteada la cuestión, veamos seguidamente cuales son las posibles soluciones.

1.2.1. Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se acusa (tipo agravado)

La primera solución tiene a su favor el argumento de que el tipo agravado ha sido objeto de acusación y, por lo tanto, ha habido posibilidad de defenderse del mismo. El acusado ha tenido posibilidad de defenderse tanto respecto a la calificación jurídica como de todas sus consecuencias, entre ellas el plazo de prescripción aplicable.

En todo caso, esta solución exige que el tipo agravado haya sido objeto de acusación, con el fin de no vulnerar el principio acusatorio. No cabe apreciar el plazo de prescripción del tipo agravado si este no forma parte de la acusación y, en consecuencia, no forma parte del debate procesal; dado que el condenado se vería "sorprendido" por la aplicación de un plazo de prescripción referido a un tipo agravado por el que no se ha planteado acusación y respecto al que no ha tenido que defenderse. Ello ocurriría cuando no se formula acusación alguna por el tipo agravado, pero sin embargo, ante la alegación de que el tipo básico está prescrito, se le aplica el plazo de prescripción del delito más grave.

1.2.2 Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se condena (tipo básico)

En este caso, el criterio es aplicar el plazo que corresponde al delito que es objeto de condena (tipo básico), sea cual sea la calificación contenida en la acusación (tipo agravado). Por ejemplo, si el condenado fue acusado del delito de asesinato y resultó condenado por el delito de homicidio, el plazo de prescripción que debe operar es el referido al delito de homicidio.

Esta solución parece más coherente por las razones siguientes.

En primer lugar, es la que mejor se adecua a la responsabilidad por el hecho cometido. Los hechos realmente cometidos son unos (tipo básico) y, por ello, se les aplica el plazo de prescripción que la Ley les señala. No se aplica un plazo que corresponde a unos hechos que no han sucedido (tipo agravado) por mucho que hayan sido objeto de acusación. Dicho de otra manera, si la resolución judicial declara que unos hechos no existen (porque ha razonado que el tipo agravado no es aplicable), no es adecuado que se revitalice una consecuencia de esos hechos que no existen (el plazo de prescripción del tipo agravado) para aplicarla a los hechos que sí existen (el tipo básico).

La Ley dice que a los Hechos A les corresponde el Plazo de prescripción A, y a los Hechos B les corresponde el Plazo de prescripción B. No parece lógico, entonces, que la sentencia declare que han sucedido los Hechos A y aplique a los mismos el Plazo de prescripción B.

En segundo lugar, es la solución que parece más coherente con los derechos del acusado a la vista de cómo se ha desarrollado el proceso. Esto es, si el acusado se ha defendido eficazmente contra una acusación formulada por el tipo agravado y ha conseguido una calificación de los hechos más leve (tipo básico), ello debe producir a su favor todos los efectos beneficiosos posibles, incluyendo no solo la imposición de una pena más leve sino también la aplicación del plazo de prescripción más corto.

En tercer lugar, con ello se evitan actuaciones que pueden constituir fraude de ley. En este sentido, si la parte acusadora teme que haya transcurrido el plazo de prescripción del tipo básico, le basta con calificar los hechos como tipo agravado, aunque sea de forma infundada. De este modo se aseguraría la aplicación al tipo básico del plazo de prescripción que corresponde al tipo agravado.

Esta solución se basa en el delito que finalmente resulta aplicado y conforme al mismo se fija el plazo de prescripción. Ello supone que también puede operar a la inversa. Esto es, puede suceder que la Audiencia Provincial condene por el tipo básico, desechando la aplicación del tipo agravado, y aplique el plazo de prescripción del delito objeto de condena. Si en casación se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado, entonces el plazo de prescripción a computar será el de dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que se declara cometido.

1.2.3 Toma de posición

De lo dicho, puede, a nuestro juicio, establecerse las siguientes conclusiones:

1) El plazo de prescripción del delito se fijará conforme al tipo penal que es finalmente objeto de condena.

2) Cuando se formule acusación por un tipo agravado, pero la condena se imponga apreciando la existencia del tipo básico, se considera más adecuada la solución de aplicar a este el plazo de prescripción del delito objeto de condena, esto es, el plazo de prescripción aplicable al tipo básico. Con el añadido de que deberá apreciarse teniendo en cuenta la pena en abstracto señalada en la Ley para el mismo (no la pena impuesta en concreto).

3) Si en casación, a consecuencia de un recurso de la parte acusadora, se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado (frente al tipo básico aplicado en la instancia), entonces el plazo de prescripción a computar será el dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que finalmente resulte aplicado.

4) Evidentemente, este criterio también es aplicable cuando se acusa de un delito y el hecho se considera una falta: deberá tomarse en consideración el plazo de prescripción de la falta y no del delito.

1.3. Posición de la Jurisprudencia a partir de octubre de 2010

La Sala segunda del Tribunal Supremo se ha reunido en Sala general, el martes 26 de octubre de 2010, y ha acordado que "para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido este como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

Así pues, el plazo que ha de computarse en el caso concreto es el del tipo básico.

2. Determinación del día a quo

El siguiente problema que aborda la STS es el de determinar cuál es el día *a quo* a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción.

Señala la STS que "los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido".

Seguidamente examina la sentencia estas distintas posibilidades:

a) La primera posición, es decir, "que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado".

b) La segunda posición, es decir, "la teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia "a quo", pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta de las acciones puede ser considerada como

aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva".

c) La tercera posición, esto es, "la teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración".

d) La cuarta posición, que es la acogida por la STS se centra en "la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante –y aquí esto desde luego no consta–, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real".

De manera que la sentencia se inclina por la teoría de la revalorización de las acciones, considerando el máximo valor al alza de estas en un periodo corto de tiempo, una vez hecha pública la información privilegiada que estaba secreta. Es decir, considera que el delito queda consumado cuando, habiendo realizado transacciones bursátiles manejando información privilegiada, una vez pública la indicada información, ha transcurrido un periodo de tiempo adecuado a las características del mercado para que este absorba la información que se ha hecho pública. Una vez determinado ese periodo de tiempo, habrá de examinarse cuál ha sido la máxima cotización que han alcanzado las acciones de que se trate. La fecha en que, dentro de ese periodo, se haya alcanzado la máxima cotización será la fecha de consumación del delito y, a partir de la misma, se computarán los plazos de prescripción.

Para ello, la sentencia ha de considerar que las ganancias se concretan en los precios de los valores en la bolsa, con independencia de que la persona haya o no vendido las acciones en dicho momento.

El problema, desde este punto de vista, es determinar cuál es el periodo de tiempo que se ha de considerar desde que la información se ha hecho pública. Hemos puntualizado que deberá ser aquel que resulte necesario, teniendo en cuenta las características del mercado, para que el mercado absorba la información revelada. En otras palabras, el mercado tiene fluctuaciones y habrá de considerarse el mercado concreto y averiguar en cuánto tiempo una información de las características concretas de que se trate afecta a las cotizaciones.

A nuestro juicio, la conducta típica se centra en el *uso* o el *suministro* de alguna información relevante, por lo que el tipo se realizará en el momento en que se hace *uso* o se *suministra* la información. Cuestión distinta es la de determinar el momento de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad. Este punto de vista, conduce a afirmar que desde el momento de la compra de valores usando información privilegiada, el delito ha sido consumado. La cuestión tiene que ver con que a nuestro juicio el tipo penal es de peligro y no de resultado.

Otra cuestión es que los tipos agravados del art. 285.2.2ª y art. 285.2.3ª sean distintos: uno se refiere al beneficio obtenido y el otro al grave daño. Por ello, el día *a quo* en cuanto a la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, es distinto o, al menos puede serlo; pero esa distinción no afecta a la realización del delito que se produce con el *uso* o el

suministro de la información privilegiada.

Evidentemente, no podemos entrar ahora en la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. No obstante, diremos que no pertenecen al injusto, que el error sobre las indicadas condiciones es irrelevante y que tales condiciones no han de ser abarcadas por la culpabilidad (sin perjuicio de que sí pertenezcan al tipo desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito). De ahí puede concluirse que el plazo de prescripción ha de computarse desde que se ha realizado el tipo penal y no desde que haya concurrido la condición objetiva de punibilidad.

A otra solución se llegaría si partimos de que la referencia al beneficio o al daño no es una condición objetiva de la punibilidad sino el resultado típico. Sin embargo, no podemos compartir esta conformación típica.

3. Posibilidad de recurrir

La pregunta sería: ¿puede recurrir un acusado que ha sido absuelto, cuando la razón de la absolución es que el delito acusado está prescrito?

En términos generales las personas acusadas pero que finalmente resultan absueltas no pueden recurrir por ausencia de gravamen. Ahora bien, cuando la razón de la absolución no estriba ni en la no producción del hecho ni en la no participación en el mismo, la sentencia absolutoria puede crear un gravamen en la persona absuelta. Eso ocurre, entre otros supuestos, cuando la absolución está basada en la prescripción. El acusado absuelto puede pretender una absolución fundada en que su conducta no es delictiva.

La jurisprudencia del Tribunal (la STS, 938/1998, de 8 de julio y la STS, 1497/2001, de 18 de junio) han aceptado que es posible tal recurso pues se ha de reconocer y tutelar el interés del acusado en el recurso. La STS, 1136/2010, de 21 de diciembre, que estamos comentando, mantiene esta doctrina.

4. ¿Cuál ha de ser el contenido de una sentencia que declara prescrito el delito imputado al acusado?

¿Debe la sentencia como primer pronunciamiento declarar la prescripción y no entrar en la existencia del delito? O, por el contrario, primeramente debe determinarse el delito para posteriormente examinar la cuestión de la prescripción.

Evidentemente, la prescripción requiere la determinación de una serie de extremos antes de que pueda ser declarada. Es preciso concretar el delito, pues los plazos prescriptivos varían; es necesario, examinar a partir de cuándo debe computarse y desde cuándo el procedimiento se ha dirigido contra la persona acusada; así como también debe ser analizado, en su caso, si se ha interrumpido o no la prescripción. Una vez conocidos estos extremos podrá declararse la prescripción.

Ahora bien, también ha de tenerse en consideración que cuando ha concurrido la prescripción, el Estado carece de *ius puniendi* pues este se ha extinguido. Por consiguiente, una determinación exacta en relación con una persona concreta puede ser una declaración incorrecta e inadecuada, dado que efectivamente no existe *ius puniendi* en relación con el hecho de que se trate o en relación con la persona de que se trate (piénsese que el procedimiento puede haberse dirigido contra una persona que no tiene nada que ver con el hecho y, después, una vez transcurrido los plazos prescriptivos, se dirige el procedimiento contra otra persona).

Señala, al respecto, la STS que comentamos que "era necesaria la celebración del juicio oral, y determinar los elementos típicos que fueran precisos, para resolver, después, la aplicación, o no, de la invocada prescripción del delito. De manera que al proceder así la Sala sentenciadora de instancia, no podemos declarar que se haya infringido tal principio constitucional, ni mucho menos que se haya provocado el vicio procesal denominado incongruencia *extrapetita*".

Más detenidamente esta sentencia considera que existen varias posibilidades sobre la forma de redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción.

Estas posibilidades pueden ser:

> "1. Identificar en la resultancia fáctica, *el iter procesal* de la interrupción de la prescripción, haciéndose constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querella, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos.
>
> 2. Relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo. A partir de ahí, se estudia la prescripción, una vez estos quedan calificados jurídicamente.
>
> 3. Hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles –objetivos o

subjetivos– para la calificación jurídica y operar a continuación sobre los plazos de prescripción.

4. O bien realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos, con objeto de que en el caso de que prosperase el recurso de casación (o de apelación), el Tribunal "ad quem" pueda pronunciarse sobre la eventual condena de los acusados, si revoca el pronunciamiento absolutorio por prescripción".

Considera la sentencia que, aunque la cuestión no es pacífica, sin embargo, "ha de convenirse que pueden utilizarse varios de esos sistemas en función de la necesidad de clarificación del delito cometido, con objeto de proceder a determinar su plazo prescriptivo y, a continuación, la concreción de los días inicial y final de tal cómputo, pronunciándose después sobre si el delito se encuentra o no prescrito.

De tales posibilidades, hemos de inclinarnos por la tercera, en función de que –en la mayoría de las ocasiones– no podemos contentarnos exclusivamente con valorar los elementos típicos objetivos –elementos descriptivos y normativos–, sino averiguar el ánimo del autor, extremo este necesario para dicha calificación jurídica, sobre todo en aquellas infracciones penales especialmente cualificadas por su concurrencia. Por poner solamente un ejemplo, para determinar si un atentado contra la vida o la integridad personal del sujeto pasivo constituye un delito de homicidio intentado o de simples lesiones, con plazos prescriptivos diversos, ha de indagarse sobre la intención del autor, que será analizada a partir de la valoración del material probatorio que se haya desplegado en el plenario. Aquí ocurre lo propio: información reservada con carácter de privilegiada y aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero (en el caso), son requisitos típicos de necesaria concurrencia para la calificación delictiva. La Audiencia así lo ha declarado pero desde la perspectiva únicamente de la mera calificación jurídica, y no desde la panorámica de la condena delictiva".

FRAUDE DE LEY Y NEGOCIO SIMULADO EN EL DELITO FISCAL (SSTC 120/2005 Y 129/2008): EL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL Y LOS LÍMITES DE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rafael ALCÁCER GUIRAO

Sumario: I. Introducción. Límites de intervención del tribunal constitucional. II. La garantía de tipicidad y el control a la aplicación de la ley. III. Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal. Posiciones en el debate.

I. INTRODUCCIÓN. LÍMITES DE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las SSTC 120/2005 y 129/2008 resuelven sendas demandas de amparo –la primera otorgándolo y la segunda denegándolo– en las que se planteaba si la subsunción bajo el tipo penal del delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP) de las figuras del *fraude de ley* y el *negocio simulado* –respectivamente– vulneraba el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), y constituyen la enésima manifestación de la *guerra de cortes* que el Tribunal Supremo viene manteniendo con el Tribunal Constitucional[1]. Los términos de dicha controversia son conocidos: la Sala Segunda del Tribunal Supremo reprocha al Tribunal Constitucional que vaya más allá de las facultades de revisión que tiene constitucionalmente encomendadas, adentrándose en el ámbito de la interpretación de la legalidad[2].

Como también es sabido, el derecho a la legalidad no es el único foco de discordia; a este respecto, derechos como el de presunción de inocencia –ya desde las primeras decisiones del Tribunal Constitucional sobre la materia[3]– o el de tutela judicial efectiva –entre otras muchas vertientes de ese sobredimensionado derecho[4], baste mencionar la controversia generada

---

* El presente trabajo ha sido publicado en la Revista Españaola de Derecho Constitucional, número 91 (2011).

Abreviaturas empleadas: *JpD:* Jueces para la Democracia; *LH*: Libro Homenaje; *LL:* Revista La Ley; *LOPJ:* Ley Orgánica del Poder Judicial; *LOTC:* Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; *RATC:* Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional *RJCV*: Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana; *RPV*: Reglamento del Parlamento Vasco; STC /SSTC: Sentencia/Sentencias del Tribunal Constitucional.

** Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos, España

1 Sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo – o la jurisdicción ordinaria en general-, puede verse, entre otros, BACIGALUPO, "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo", en: El mismo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, 2002, pp. 257 ss.; ARAGÓN REYES, "Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo, *REDC* 76 (2006), pp. 169 ss.; XIOL RÍOS, "Artículo 123", en: Casas/Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución Española,* 2009, p. 1911.

2 Los preceptos sobre cuya exégesis gira tal controversia gira son, junto al art. 117.3 CE, los artículos 123.1 CE y el art. 1 LOTC. El primero dispone que "(e)l Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (en igual sentido, el art. 53 LOPJ). Por su parte, el art. 1 LOTC describe al el Tribunal Constitucional como el "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 LOTC), facultad que, en rigor, le permitiría establecer cómo debe interpretarse el artículo 123 CE y, por lo tanto, el sentido y alcance que haya de darse a la actividad del Tribunal Supremo (pone de relieve este extremo BACIGALUPO, "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo" -nota 1-, p. 259).

3 La STC 31/1981, de 28 de julio, declaró vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, anulando la Sentencia de instancia y el Auto de inadmisión del Tribunal Supremo, en un supuesto en que el recurrente fue condenado por delito de robo sobre la exclusiva base probatoria de su confesión prestada en sede policial y sin presencia de abogado, retractándose posteriormente tanto ante el Juez de instrucción como en el acto del juicio oral. Dicha Sentencia fue objeto de una encendida polémica desde instancias judiciales y doctrinales, que consideraban que el TC usurpaba las funciones propias de la jurisdicción ordinaria sobre valoración de la prueba.

4 Sobre ello, y sobre las tensiones que tal sobredimensión conlleva para el conflicto institucional citado, es fundamental BORRAJO/DIEZ-PICAZO/ FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo,* 1995, pp. 15 ss., p. 21.

en torno a la prescripción[5] o la relativa a la jurisdicción universal y la interpretación del art. 23.4 LOPJ[6]– han generado tanta o más controversia en cuanto al alcance del control de las decisiones judiciales por parte del Tribunal Constitucional[7]. En cualquier caso, apenas cabe dudar que el control por vía de amparo de la interpretación de la ley penal adoptada por los órganos judiciales está abocada a ser una constante fuente de conflicto institucional, por cuanto el enjuiciamiento constitucional –derivado del art. 25.1 CE– acerca de cómo ha sido interpretada una ley, presupone asumir una determinada concepción, siquiera implícita, acerca del alcance y sentido de dicha ley; expresado en otros términos: para revisar la interpretación de la ley realizada por el órgano judicial, el Constitucional debe, *en cierta medida,* interpretar la ley[8], pues –simplificando mucho– solo cabe reprochar una aplicación analógica cuando previamente se han fijado los límites del sentido literal posible[9].

A pesar de la asiduidad con que suele denunciarse por algunos sectores la extralimitación de competencias por parte del Tribunal Constitucional, lo cierto es que, ya desde sus primeros pronunciamientos ha sido muy consciente de tales riesgos, y ha venido manteniendo, por lo general, una tendencia eminentemente autorrestrictiva, tendencia expresada no solo en las declaraciones programáticas efectuadas al efecto[10], sino también en la delimitación del contenido y alcance del derecho fundamental. Así, en lo que atañe al control de la labor judicial – que es el tema que ahora nos ocupa-, ha venido declarando el Tribunal una voluntad de autocontención, afirmando reiteradamente que el amparo no constituye una tercera instancia revisora del grado de acierto de las resoluciones judiciales, ni puede indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria[11], y que "la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad ordinaria realizan los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial, no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo, por no implicar dicha discrepancia, por si sola, la vulneración de ningún derecho fundamental"[12].

Y como a continuación veremos, cabe afirmar que esa pretensión restrictiva se muestra también en la delimitación del estándar de control derivado del art. 25.1 CE, si bien no cabe desconocer que, en ocasiones, la aplicación de un mismo criterio de revisión ha llevado a diversas consecuencias en lo que al alcance de dicha revisión se refiere. Pero ello –conviene enfatizarlo–, no debe llevar a rechazar, por excesivo, el

5 Si bien, como es sabido, no faltan voces que postulan subsumir los aspectos referidos a la prescripción bajo el derecho fundamental de la legalidad penal; cfr. al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, "Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales", *RJCV* 15 (2005), pp. 18 ss.; HUERTA TOCILDO, "A vueltas con la prescripción penal", en: *LH a Gonzalo Rodríguez Mourullo,* 2005, tomo II, pp. 513 ss.

6 En el llamado caso Guatemala, STC 237/2005, de 26 de septiembre. Sobre ello, me permito remitir a ALCÁCER, "El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente", en: Cuerda /Jiménez (directores), *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, pp. 465 ss.

7 BACIGALUPO, "El conflicto" (nota 1)*, passim,* menciona y analiza como focos de dicho conflicto la extensión del control del Tribunal Constitucional en la presunción de inocencia, en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (en particular, en el supuesto en que se anula la Sentencia de segunda instancia).

8 Como afirma ARAGÓN, *REDC* 76 (2006), p. 177, "no cabe negar que aunque el Tribunal Supremo sea el Tribunal superior de la interpretación 'legal' de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación 'constitucional' de la ley.

9 Cfr. LASCURAÍN, "La tipicidad penal en la jurisprudencia constitucional", *LH a González Cuellar*, 2006, pp. 252-253, aportando relevantes síntomas al debate: "Si los tribunales penales son los que interpretan las normas, pero si en cierto sentido el Tribunal Constitucional también lo hace y tiene potestad para anular las interpretaciones que no reúnan una calidad constitucional mínima, puede pensarse que estamos ante un posible foco de conflictividad jurisdiccional. Este foco quedará además avivado por dos factores. Es el primero el de que el canon de interpretación mínimamente válida, la delimitación del derecho a la legalidad sancionadora, no viene precisado en la Constitución, sino que es el propio Tribunal Constitucional el que tiene que fijarlo, entresacándolo del texto constitucional. La presumible abundancia de la litigiosidad en este punto es el segundo factor de aumento de la conflictividad jurisdiccional, abundancia que vendrá de la mano del hecho de que la invocación del derecho a la legalidad penal en sede de amparo constitucional, junto con la del derecho a la presunción de inocencia, terminará siendo la última agarradera jurídica de la que dispondrá un ciudadano para evitar su ingreso en la cárcel".

10 Como pone de relieve BACIGALUPO, "El conflicto" (nota 1), pp. 259-260, "es posible que ningún otro órgano constitucional haga tantas declaraciones de sus propias limitaciones como el Tribunal Constitucional".

11 Entre muchas: SSTC 165/1999, FJ 6; 198/2000, FJ 2; 170/2202, FJ 17; o 15/2008, FJ 6.

12 Vid. STC 15/2008, FJ 6, y las allí citadas.

propio criterio de constitucionalidad, sino que la extralimitación habrá de atribuirse a una discutible, por extensiva, aplicación del mismo al supuesto concreto. La cuestión que inmediatamente surge es la de si la STC 120/2005 constituye uno de estos casos.

A continuación, y con el mero afán de dejar sentados los términos de dicha controversia – y no tanto de responder a esa cuestión–, quiero exponer en primer lugar un breve esbozo del criterio de revisión constitucional que determinada la llamada *garantía de tipicidad*, para después, en segundo lugar, indagar acerca de los límites exegéticos del delito fiscal, si bien ciñéndome esencialmente a los argumentos utilizados en las resoluciones implicadas.

Como última nota introductoria, quizá no sobre hacer notar que lo que haya de considerarse una extralimitación dependerá en buena medida de las pretensiones que cada cual tenga de la labor de revisión ejercida por el Tribunal Constitucional. Así, no deja de llamar la atención que la doctrina penal se manifieste, por lo general, firme partidaria del "activismo constitucional", si así quiere llamarse, lo que se evidencia no solo en la ligereza con que en ocasiones se tachan de inconstitucionales preceptos con cuyos presupuestos político-criminales se discrepa, sino también en que, salvo excepciones, las Sentencias más alabadas han sido precisamente aquellas que más se han adentrado en el coto vedado de la legalidad ordinaria, mostrándose, por el contrario, crítica cuando el Tribunal Constitucional ha hecho gala del obligado comedimiento hacia el legislador o la labor judicial[13].

II. LA GARANTÍA DE TIPICIDAD Y EL CONTROL A LA APLICACIÓN DE LA LEY

Si bien el derecho a la legalidad plasmado en el artículo 25.1 CE tiene un contenido más amplio[14], los ámbitos donde con mayor incidencia pueden surgir tales tensiones institucionales son los relativos a las garantías de *taxatividad* y *tipicidad*. Si bien nos ocuparemos únicamente de la segunda, resulta procedente exponer sus diferencias.

La garantía de *taxatividad*[15] o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible; es, por lo tanto, un mandato dirigido al legislador, cuyo enjuiciamiento se proyecta sobre la ley misma y cuyo cauce natural de revisión constitucional es el del recurso de constitucionalidad o la cuestión de constitucionalidad. Por su parte, la garantía de *tipicidad* o de *lex stricta* exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal, siendo por lo tanto, un mandato dirigido a los Tribunales cuyo su cauce de revisión constitucional es, entonces, el recurso de amparo[16].

1. Introducción. Tres criterios de enjuiciamiento

Si la garantía de taxatividad apela a la correcta labor del legislador, exigiendo normas precisas, la vertiente del derecho a la legalidad penal que conforma la garantía de tipicidad conlleva la revisión sobre la aplicación de la norma penal a un supuesto concreto, exigiendo de los jueces el sometimiento a las

13 Como afirma GONZÁLEZ CUSSAC ("Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos", *LH a Ruiz Antón*, 2004, p. 488, nota 41), "mas exigente con el control constitucional vía art. 25.1 CE que el TC debería ejercer sobre la actividad judicial se muestra la doctrina".

14 Un completo panorama de las diferentes vertientes que el Tribunal Constitucional ha ido desgranando de la parca descripción del derecho plasmada en el artículo 25 CE puede encontrarse en el reciente trabajo de LASCURAIN, *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional,* 2009, pp. 19 ss.

15 Adopto tal denominación para distinguirla de la garantía de tipicidad que se expone a continuación, y que es empleada asiduamente por el Tribunal Constitucional (desde la STC 53/1994, FJ 4), si bien lo cierto es que ha venido empleando distintas acepciones para referirse a tales aspectos del derecho fundamental. En igual sentido, adoptando también dicho término, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia,* 2002, p. 22.

16 La diferenciación entre ambas manifestaciones del derecho a la legalidad penal se plasma, por ejemplo, en la STC 283/2006, que recoge jurisprudencia anterior: el "aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, "según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el 'máximo esfuerzo posible' (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones". El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene "como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (SSTC 218/2005, FJ 3; 297/2005, FJ 8)".

palabras de la ley. Entre ambas garantías existe una evidente correlación: la mayor determinación de la norma conllevará un menor margen de interpretación al juez y, con ello, un mayor grado de previsibilidad de la respuesta judicial[17]. Pero, siendo inherente al lenguaje un cierto grado de indeterminación[18], y siendo por lo demás considerablemente débil el mandato de determinación que la jurisprudencia constitucional ha venido estableciendo[19], la consecución de dicha previsibilidad es un esfuerzo que en gran medida quedará en manos de los jueces, a quienes el art. 25.1 CE permitirá exigirle, en aras de esa seguridad jurídica, un cierto grado de *razonabilidad* y de *estabilidad* en sus decisiones, puesto que más previsible será una lectura razonable de la ley que, además, se ha consolidado en el tiempo.

Tal como anticipábamos, el Tribunal Constitucional ha venido mostrando una tendencia autorrestrictiva a la hora de establecer los límites de su control en la revisión de la aplicación de la ley penal. En todo caso, no puede perderse de vista que la concreción de de los criterios de la garantía de tipicidad ha sido relativamente tardía, pues no es hasta 1997, en las SSTC 137 y 151 de dicho año cuando por primera vez se perfila un test de enjuiciamiento definido. En la evolución de la implantación de la garantía de tipicidad en la jurisprudencia constitucional, podemos distinguir tres etapas[20]. La primera etapa vendría caracterizada por una excesiva cautela en el control a la labor de los jueces, en la que prácticamente se rechazaba la posibilidad de control constitucional sobre los jueces en este ámbito[21]; exponente de la misma es por ejemplo la STC 89/1983, que avaló la construcción jurisprudencial del delito continuado, al rechazar que su aplicación, a pesar de carecer de soporte legal, conllevara la lesión del art. 25.1 CE[22]. La segunda etapa tiene lugar con la explosiva irrupción de la STC 111/1993, que "tuvo la virtud de rescatar de su limbo el derecho a la tipicidad", si bien cabe atribuirle "el defecto de hacerlo con excesivo ímpetu"[23], en cuanto se mostró excesivamente incisiva en la revisión de la exégesis legal efectuada por el órgano judicial[24]. Y es en la tercera etapa, que arranca con las citadas 137 y 151/1997 y cuya vigencia permanece hasta la actualidad, cuando se asienta el canon específico de la garantía de tipicidad.

El punto de partida de dichas resoluciones es la demarcación de los límites de control constitucional: "es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los

17 Algo similar afirma la STC 137/1997, FJ 6: "la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas "concretas, precisas, claras e inteligibles"".

18 Enfatiza ese hecho archiconocido, GARCÍA ALBERO, "¿'Nullum crimen sine lege certa'? Causas y efectos del a crisis del principio de taxatividad", *JpD* 62 (2008), pp. 68 ss.

19 En cuanto que la exigencia de taxatividad se sitúa en el hecho de que los términos legales resulten, no determinados, sino *determinables*. Cfr. por ejemplo la STC 69/1989, FJ 1. A título de ejemplo, el Tribunal Constitucional ha venido avalando el empleo por parte del legislador de cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados tales como "pudor", "moral", decencia pública" o buenas costumbres" que definían el delito de escándalo público (STC 82/1982); preceptos que sancionaban a quien "deje de cumplir sus deberes militares" (STC 133/1987), o la "desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades" (STC 69/1989); "elementos u organizaciones terroristas" (STC 89/1993), o preceptos como "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar" (STC 270/1994).

20 Sigo en este punto la lúcida descripción de dicha evolución realizada por LASCURAÍN, *Solo penal legales, precisas y previas* (nota 14), pp. 113 ss.

21 LASCURAÍN, en la obra acabada de citar, se refiere a esa etapa como la de la "negación del derecho".

22 Sobre ello, en sentido crítico, puede verse HUERTA, "El derecho a la legalidad penal. Comentario al artículo 25.1 CE", en: Casas/Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución Española,* 2009, p. 736.

23 LASCURAÍN (nota 14), p. 118.

24 En similar sentido, por ejemplo, JORGE BARREIRO, "El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?", *LL* 1994, p. 1123 ss., *passim*; LASCURAÍN, *LH a González Cuellar* (nota 9), p. 278, quien afirma que los argumentos utilizados "prueban que la decisión judicial era incorrecta desde el punto de vista de la legalidad penal, pero no que fuera intolerable desde la perspectiva constitucional, que es la de la seguridad jurídica"; GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), pp. 64 ss.: "discutible es, por ejemplo, que pueda calificarse de criterio interpretativo extravagante o contrario al tenor literal del precepto interpretar que un título oficial no académico no es un título oficial".

preceptos aplicados. Es más, aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, dicha consideración es, en rigor, ajena a la perspectiva constitucional: no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que ex art. 25.1 C.E. lo tiene por contenido" (SSTC 137/1997, FJ 7; 151/1997, FJ 4).

Así, la diferencia de planos se establece, al menos sobre el papel, de modo nítido: una aplicación incorrecta o discutible del tipo penal podrá ser objeto de revisión por los tribunales ordinarios, pero no es materia constitucional; por el contrario, solo estaremos ante una lesión del derecho a la legalidad penal "cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente". El criterio de enjuiciamiento, en palabras del Tribunal, consiste en "la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos". En suma, el núcleo de la garantía de tipicidad diseñada por esta Sentencia se resume en la siguiente conclusión: "Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 137/1997, FJ 7; 151/1997, FJ 4).

De este modo, el Tribunal sienta un criterio de enjuiciamiento conformado en torno a tres niveles que podemos denominar con los siguientes términos[25]:

- En primer lugar, la *previsibilidad semántica*, desde el que queda proscrita la analogía e interpretación extensiva *in malam partem*.
- En segundo lugar, una *previsibilidad metodológica*, considerando irrazonable en estos términos una aplicación del precepto que incurra en quiebras lógicas o aplique criterios exegéticos "extravagantes".
- Y en tercer lugar, una *previsibilidad axiológica*, que resultará defraudada cuando la interpretación de la norma sea contraria a los valores constitucionales.

2. Previsibilidad semántica. El límite de las palabras de la ley

Comenzando por la previsibilidad semántica, el respeto al tenor literal ha de ser sin duda el punto de partida del análisis de la garantía de tipicidad, "pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras, y con palabras es conocido por sus destinatarios" (FJ 7); si bien lo cierto es que a la hora de su aplicación práctica tal primer criterio poseerá escasa virtualidad revisora, dada la ya tantas veces citada indeterminación inherente al lenguaje común y a las dificultades propias de la distinción entre interpretación y analogía[26]. Ello es asumido por el Tribunal en la STC 137/1997: "este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de la seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente" (FJ 7).

Por otra parte, si el Tribunal quisiera extraer todo su potencial limitador, terminaría por ser él quien concretara el sentido posible de interpretación de un precepto, con el consiguiente riesgo de adentrarse en el cometido de los órganos judiciales; piénsese que el propio proceso de fijación del sentido literal posible es, en sí, una labor de interpretación[27], proceso para el

25 Sigo la propuesta terminológica expresada en la STC 129/2008, que habla de "la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma".

26 Cfr. GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), pp. 64 ss.

27 Como afirma GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), p. 65, "el tenor de la ley ya no resulta un límite seguro y practicable entre la interpretación permitida y la integración prohibida, puesto que él mismo es el resultado de la interpretación".

que el Tribunal se declara incompetente. En este sentido, no debe perderse de vista que el objeto de enjuiciamiento del Tribunal en el amparo no es el precepto y sus posibilidades exegéticas, sino la resolución judicial y la motivación con que juez ha fundamentado una concreta interpretación del precepto aplicado, por lo que realmente los parámetros de evaluación habrán de ser los de la razonabilidad metodológica y axiológica, que directamente se proyectan sobre el *iter* argumental de las resoluciones.

En relación con la dificultad inherente al límite gramatical para ejercer como tal límite, una cuestión que el Tribunal no ha terminado de perfilar es el de la relevancia constitucional de la *interpretación extensiva*; es decir, si, como suele asumirse formalmente, también es constitutiva de la lesión del derecho[28]. Es cierto que en la práctica dicha cuestión apenas habría de tener relevancia, pues si difícil es distinguir analogía de interpretación, trazar una delimitación entre interpretación extensiva y analogía se revela como una tarea prácticamente imposible[29]. No obstante, su planteamiento tiene, creo, cierta importancia teórica, porque una u otra opción presupone un entendimiento restrictivo o expansivo de la labor revisora del Tribunal Constitucional[30]. Así, una comprensión expansiva del derecho fundamental y de la labor del Tribunal Constitucional, que pretenda reforzar el ámbito de la garantía de tipicidad, habría de optar por la inconstitucionalidad de la interpretación extensiva, configurando *sensu contrario* un deber constitucional de *interpretación estricta* [31]; en cambio, si se asume que el Tribunal tiene que partir de un principio de deferencia hacia las decisiones judiciales, debe despojarse a la interpretación extensiva de toda relevancia constitucional.

A mi modo de ver, la interpretación extensiva no puede formar parte del canon constitucional de control de la legalidad penal, y ello afirmado a partir de los mismos parámetros de control que el Tribunal ha establecido en las citadas SSTC 137 y 151 de 1997. La garantía constitucional de tipicidad únicamente excluye las *interpretaciones imposibles*, pero no está legitimado para determinar la *mejor interpretación*, eligiendo de entre las *posibles* que permite el tenor literal. Como se ha afirmado, "si el TC tuviera que rechazar toda interpretación extensiva (y no solo aquella que, además de extensiva, esté fuera del ámbito de "lo posible") entonces necesariamente tendría que determinar cuál es la interpretación correcta de la ley penal. Ello es así porque para determinar si el juez ha realizado o no una interpretación extensiva, *es necesario que previamente se haya fijado cuál es la interpretación correcta*"[32].

La prohibición de interpretación extensiva *in malam partem*, asumida rigurosamente, supondría elevar a rango constitucional un principio de "aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo", lo que no se colige bien con el canon de la previsibilidad ni con los fundamentos de la seguridad jurídica[33]. Piénsese además que la elección que efectúa el órgano judicial de entre el abanico de interpretaciones posibles vendrá fundada en argumentaciones de índole político-criminal, basadas en el merecimiento

28 En la descripción del canon de enjuiciamiento, es habitual encontrar la inclusión de la interpretación extensiva, junto a la analogía, dentro de lo proscrito por el derecho a la legalidad penal. Cfr., por ejemplo, las SSTC 111/1993; FJ 5; 127/2001, FJ 4; 170/2002, FJ 12; 13/2003, FJ 2; 38/2003, FJ 8; 52/2003, FJ 5; 229/2003, FJ 16; 229/2007, FJ 4. Si bien más allá de esa enunciación formal, son muy escasas las ocasiones en las que la *ratio decidendi* se ha basado en el reconocimiento de una interpretación extensiva – en lo que alcanzo, y sintomáticamente, tan solo la STC 111/1993-, y más escasas aún las ocasiones en las que el Tribunal ha entrado a desarrollar una delimitación con la analogía – en lo que alcanzo, ninguna-.

29 Cfr. ATIENZA, *Sobre la analogía en Derecho*, 1986, p. 183. También LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho,* 1994, p. 360-351: la interpretación extensiva , o "amplia", se sitúa dentro del sentido literal, si bien va más allá del ámbito semántico de la "esfera nuclear" y "comprende también fenómenos de la esfera marginal, que en el uso general del lenguaje solo algunas veces se tienen también en cuenta". A su vez, "sobrepasar la esfera marginal, concebida tan amplia como fuese posible, ya no sería interpretación", sino analogía.

30 Como afirma DÍEZ PICAZO, ("El principio de legalidad en la Constitución Española"*, RATC* 3/2001, p. 5 de la versión *on line*) "a efectos de la exigencia de taxatividad, esta distinción teórica es importante, porque en la interpretación extensiva el caso está previsto por la ley penal, y en la analogía no lo está. En la práctica, sin embargo, puede resultar a menudo difícil deslindar dónde acaba la interpretación extensiva y comienza la analogía, porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley".

31 Vid. sobre ello FERRERES COMELLAS, *El principio de taxatividad* (nota 15)*,* pp. 127 ss.

32 FERRERES/MIERES, "Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal", *REDC* 55 (1999), p. 302. Cursivas en el original.

33 En similar sentido, DÍEZ PICAZO, *RATC* 3/2001, p. 6. El entrecomillado le pertenece a él.

o necesidad de pena de una determinada conducta[34]; por lo que si el Tribunal Constitucional tuviera que entrar a decidir cuál de las interpretaciones posibles es la mejor o más correcta, estaría introduciendo criterios político-criminales y *no constitucionales* para fundar tal decisión, lo que es radicalmente contrario a su finalidad. Al respecto, el mismo Tribunal ha afirmado que no le corresponde "determinar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, oportuna o adecuada, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección" (STC 189/1998, FJ 7).

3. Previsibilidad axiológica.

No obstante, el Tribunal sí podría declarar, en principio, contrario al derecho a la legalidad interpretaciones *semánticamente posibles*, que, no obstante, presentaran déficits axiológicos por ser valorativamente contrarias a otros principios constitucionales. Tal es el segundo criterio citado, el de la *previsibilidad axiológica.* Por esta vía, el Tribunal Constitucional incorpora otros valores constitucionales bajo la esfera de protección del derecho a la legalidad, a través de un razonamiento basado en el principio de proporcionalidad. este es quizá el criterio menos perfilado de los tres citados, por cuanto ha tenido menos aplicación práctica. Y lo cierto es que surgen no pocas dudas acerca de su compatibilidad con el propio fundamento del derecho a la legalidad: ciertamente, la noción de previsibilidad inherente a la seguridad jurídica no se adecua a la ratio de este planteamiento, por cuanto una decisión judicial sobre el alcance de un tipo penal puede ser desproporcionada en sus consecuencias punitivas o en sus efectos para el ejercicio de otros derechos fundamentales sin que por ello resulte imprevisible al no rebasar el sentido literal posible de su aplicación[35]. Lascuraín manifiesta, al respecto, que "en la medida en que el criterio de proporcionalidad es un criterio forzoso de interpretación, su falta de utilización convierte el resultado en imprevisible"[36], pero resulta, a mi juicio, algo artificioso incorporar al ámbito de lo previsible por el ciudadano una expectativa de respuesta proporcionada por parte de los órganos judiciales (estaríamos nuevamente ante ese deber de evitar la peor interpretación para el reo)[37]. De cualquier modo, no es este lugar idóneo para profundizar sobre esta cuestión, siquiera sea porque las Sentencias sobre las que hemos de ocuparnos a continuación apenas se han servido de este criterio como *ratio decidendi.*

4. La previsibilidad metodológica.

Por lo que respecta al criterio de la previsibilidad metodológica, demandan las citadas SSTC 137 y 151 de 1997 no solo que la decisión no infrinja reglas de la lógica, sino además que resulte fundada en "modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica". Para establecer ese marco de razonabilidad, el Tribunal ha venido apelando en no pocas ocasiones a la aplicación de estándares exegéticos jurisprudenciales o doctrinales, de cara a establecer si los patrones de interpretación de la resolución impugnada eran o no metodológicamente irrazonables y, con ello, imprevisibles. Así, por ejemplo, el ATC 143/1998 –una de las muchas resoluciones que dictó el Tribunal en relación con el llamado *caso Filesa*– rechaza que la subsunción en el tipo de apropiación indebida (art. 535 del antiguo CP) de determinadas conductas de administración desleal del patrimonio societario suponga una interpretación extravagante, lesiva del derecho a la legalidad, fundando tal conclusión en "una asentada línea jurisprudencial [del Tribunal Supremo] que respalda la opción ahora reiterada", así como en la existencia de una "viva discusión doctrinal acerca de la subsunción de ciertos supuestos de administración desleal del patrimonio

34 La STC 189/1998, FJ 7, formula una idea parecida cuando afirma que "la decisión, en abstracto o ante un conflicto concreto, acerca de cuál sea la interpretación más adecuada de la norma como paso previo a su aplicación corresponde a los órganos judiciales en cada caso competentes, y la unificación de la misma, a los órganos judiciales superiores en cada vía judicial. *Esta selección dependerá, a su vez, entre otros criterios legítimos, de cómo se definan los efectos de la misma en la esfera individual o social, de cómo se entienda la voluntad del legislador o de cómo se evalúen dichos efectos*" (cursivas añadidas).

35 Así lo entiende, por ejemplo, BACIGALUPO, "Sobre el conflicto" (nota 1), p. 273, en el análisis que realiza sobre la STC 136/1999, *caso mesa de HB*: "la desproporción de la pena no torna imprevisible ni sorpresiva la aplicación de la ley. La certeza respecto de la conducta punible no depende de la proporcionalidad de la pena amenazada; depende de s la descripción legal del objeto de la prohibición es clara y precisa". En similares términos, MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad,* 2007, p. 81.

36 LASCURAÍN, *Solo penas legales* (nota 14), p. 110, nota 108.

37 Ello es afirmado por el mismo autor: "poco tiene que ver el principio de proporcionalidad, y el tratamiento razonable de la libertad que se encuentra tras él, con la garantía de seguridad jurídica" [LASCURAÍN, *Solo penas legales* (nota 14), pp. 24-25].

ajeno en el art. 535 del Código Penal anterior" (FJ 3). De igual modo, la STC 170/2002 consideró que no era lesiva del art. 25.1 CE la aplicación del tipo penal de apropiación indebida a quien, frente al acuerdo verbal de compartir el premio de lotería con quienes había comprado el décimo en común, se apoderó del mismo, bajo la consideración de que no "se aparta de la interpretación usual del Tribunal Supremo en materia de apropiación indebida (en la que está presente de forma continua la idea de transmutación de la legítima posesión en ilegítima propiedad), y en concreto en materia de apropiación de dinero" (FJ 13).

Apelar a la jurisprudencia mayoritaria tiene, a mi juicio, pleno sentido, puesto que más previsible será una respuesta judicial cuanto más consolidada esté entre los operadores jurídicos. A ello me refería líneas más arriba cuando mencionaba, quizá impropiamente, la *estabilidad* de las decisiones judiciales como un factor inherente a la garantía de tipicidad[38]. Ello no significa, no obstante, que toda decisión que se aparte de la posición mayoritaria o incluso unánime seguida en la Sala Segunda sea automáticamente lesiva del derecho a la legalidad; ahora bien, apenas cabe dudar que una decisión minoritaria tendrá siempre la *carga de la argumentación*, por lo que el esfuerzo argumental, plasmado en la necesaria motivación de la Sentencia, habrá de ser mayor[39]. En este sentido, procede recordar que la motivación viene a constituir un requisito constitucional básico directamente derivado del art. 25.1 CE, y no solo desde el más genérico canon del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo puso de manifiesto con especial énfasis la STC 151/1997, en la que se afirmó además que el deber de motivación era también especialmente exigible ante la aplicación de preceptos penales con conceptos abiertos o indeterminados, pues es al juez –tal como ya hemos manifestado– a quien corresponderá fijar el contenido de la ley cuando esta es oscura. De cualquier modo, la garantía de tipicidad puede vulnerarse aun cuando la decisión impugnada haya aplicado la jurisprudencia unánime. Ello es lo que, de hecho, ha considerado el Tribunal en la discutida STC 120/2005, en la que se declara lesiva del derecho a la legalidad la inclusión del fraude de ley en el delito fiscal.

III. FRAUDE DE LEY Y NEGOCIO SIMULADO EN EL DELITO FISCAL. POSICIONES EN EL DEBATE.

No se ofrecerá a continuación un análisis jurídico-penal detallado del delito fiscal, ni se explorarán todas las aproximaciones al mismo que haya efectuado la doctrina. Ello nos adentraría innecesariamente en el ámbito de la legalidad "ordinaria", y lo que precisamente pretendo es indagar sobre los límites del control del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la ley por los órganos judiciales, que, al menos en el plano de la formulación teórica, ha de situarse precisamente extramuros de dicha legalidad ordinaria. A tal fin, será suficiente con exponer las respectivas posturas mantenidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, aderezadas con mención puntual a la doctrina cuando ello resulte relevante.

1. Posición de la jurisdicción ordinaria

La resolución objeto de la demanda de amparo que dio lugar a la STC 120/2005 fue dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que, recogiendo la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Supremo, revocó la absolución por delito fiscal acordada por la Sentencia de instancia a partir de una modificación de la calificación jurídica de los hechos, considerándolos un supuesto de fraude de ley tributaria subsumible en el art. 305 CP. Los hechos, tal como aparecen reflejados en la propia Sentencia, relatan que el recurrente en amparo, como representante legal de la sociedad "A" suscribió el 90 % de las acciones de la sociedad "B", después de que esta hubiera operado una mutación patrimonial por la venta (realizada por los coimputados) de su principal activo (las acciones de la sociedad "C") a otra sociedad francesa. Los beneficios obtenidos por los coimputados por la venta de esas acciones, que tributaban en régimen de transparencia fiscal, quedaban compensados por las pérdidas de la sociedad del recurrente ("A") en

38 Estabilidad normativa y judicial que debe erigirse en un valor a proteger en sí mismo, derivado de las garantías inherentes al art. 25.1 CE y al mandato de seguridad jurídica que le es propio. En este sentido, FERRERES, *El principio de taxatividad* (nota 15)*, cit.,* p. 44.

39 Recuerda GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), p. 82, que también en el ámbito de las leyes penales en blanco, el TC alude a "un criterio jurisprudencial bien conocido" como argumento para justificar que la interpretación de un determinado elemento precisado de complementación extrapenal no resulta imprevisible para sus destinatarios.

ejercicios anteriores, reduciéndose con ello la cuota en el IRPF que les hubiera correspondido a los coimputados[40]. La Audiencia Provincial modificó los hechos declarados probados en la primera instancia para añadir que la suscripción de acciones de la ampliación de capital de la sociedad B realizada por la sociedad A "no tenía objetivos mercantiles o empresariales, sino que se produjo por el concierto de los acusados con el objetivo de eludir el pago de la cuota que se devengaría por el IRPF, derivada de los beneficios obtenidos por la venta de las acciones" por la sociedad B a la sociedad francesa, conclusión con la que se justificó la calificación como fraude de ley y, con ello, la condena del recurrente como cooperador necesario en el delito fiscal.

Ante la alegación formulada en la apelación por los acusadores, afirma la Audiencia que los hechos no constituyen un negocio jurídico simulado, puesto que el precio por las acciones se había desembolsado en su integridad, pero sí un fraude de ley al utilizar, como normas de cobertura, las normas de transparencia fiscal y de compensación de pérdidas en la base imponible del IRPF, para evitar la tarifa del IRPF legalmente aplicable (norma defraudada). Y lo subsume en el tipo penal del delito fiscal por entender que "la utilización de un fraude de ley tributario como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida en el tipo de defraudar, ya que supone una *ocultación maliciosa* de la auténtica base imponible a partir de la cual se debería haber declarado".

Como decía, la Audiencia Provincial se había basado en dicha resolución en la posición que viene manteniendo el Tribunal Supremo sobre el fraude de ley. Dicha posición aparece expresada con absoluta claridad en, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003 (FJ 24)[41]:

"(...)no puede compartirse el criterio del recurrente en el sentido de que el fraude de Ley exime de delito fiscal. Desde la perspectiva penal lo que debe constatarse es la concurrencia de los elementos integrantes del tipo, por lo que si consta que se ha defraudado a la Hacienda pública mediante la voluntaria y consciente elusión del pago de tributos por importe superior a la cuota legal, ha de sancionarse, en principio, la conducta como delito fiscal. Y no cabe apreciar un menor disvalor en la conducta de quien de modo deliberado y consciente encubre la elusión típica mediante un fraude de Ley respecto de quien simplemente omite realizar el pago con un mayor riesgo de ser descubierto.

El art. 24 2 de la LGT dispone que los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de Ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos.

En consecuencia, si la aplicación de la norma tributaria eludida permite constatar una elusión fraudulenta superior a la cuota típica, concurren ordinariamente los requisitos legales que determinan la aplicación del art. 305 del Código Penal.

A la aplicación de esta norma penal no se opone que el citado art. 24 disponga en su apartado tercero que en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de Ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones, pues el art. 305 del Código Penal no sanciona en estos casos la utilización del procedimiento encubridor de la elusión impositiva, sino la elusión en si misma. Y como ya se ha expresado carece de sentido punitivo que la mera omisión de declarar implique elusión típica, y no lo suponga la elusión deliberadamente encubierta mediante un comportamiento fraudulento.

Cuestión diferente es que pueda alegarse error de prohibición, en aquellos casos en que concurran los presupuestos de esta figura, pero desde luego el fraude de Ley no impide la aplicación de las normas eludidas, incluidas las que sancionan penalmente la elusión fiscal en determinados supuestos".

En dicha Sentencia los hechos fueron considerados, no obstante, un supuesto de negocio simulado, si bien a partir de una concepción extensiva de dicha noción. Esta cuestión –la diferencia entre el negocio simulado y el fraude de ley, así como la forma de entender cada figura por el Tribunal Supremo– será relevante para

40 Sobre la estructura habitual de ese tipo de operación de ingeniería financiera, referida al reparto entre los socios de dividendos de sociedades en régimen de transparencia fiscal, puede verse SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 43 ss.

41 Véase también, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002. Más referneicas jurisprudenciales de esa línea, en BACIGALUPO, S., "Principio de legalidad y fraude de ley tributaria", En: *LH a González Cuellar*, 2006, pp. 467, 471.

el contraste entre la STC 125/2005 y la 129/2008, que puede considerarse su contrapunto en lo relativo a los límites del control constitucional sobre la legalidad penal. Como afirma Silva, en relación a los casos de ingeniería financiera como estrategia de elusión o aminoración de pago a la Hacienda Pública, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha seguido una doble vía: o bien considerar directamente que el fraude de ley es subsumible en el tipo penal del delito fiscal, o bien adoptar una concepción hiperextensiva de la idea de simulación calificando entonces como negocios simulados "operaciones que la doctrina, de modo prácticamente unánime, considera constitutivas de fraude de ley"[42]. La Sentencia de la Audiencia Provincial que dio lugar a la STC 125/2005 adopta la primera alternativa: declarar penalmente relevante el fraude de ley. Y la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en el recurso de amparo que resolvió la STC 129/2008, opta por la segunda, calificando como negocio simulado un supuesto que, siendo prácticamente idéntico al anterior, se aproximaba más a la estructura del fraude de ley. A pesar de ello – a pesar de esa práctica identidad fáctica–, el Tribunal declaró contrario al art. 25.1 CE únicamente la primera opción exegética seguida por el Tribunal Supremo (STC 120/2005), avalando, por el contrario, la segunda (STC 129/2008). Las razones de ese aparentemente contradictorio proceder radican, a mi juicio, en la diferente intensidad del control de constitucionalidad aplicado, tal como intentaré mostrar.

2. Posición del TC: STC 120/2005

Como ya se ha mencionado, la STC 120/2005 tiene su origen en una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona que revocó la absolución por delito fiscal acordada por la Sentencia de instancia a partir de una modificación de la calificación jurídica de los hechos, considerándolos un supuesto de fraude de ley tributaria constitutivo de delito fiscal.

La propia Sentencia se encarga de poner de relieve la trascendencia que supone la diferencia entre la figura del negocio simulado y la del fraude de ley a los efectos de serles aplicado el tipo penal del delito fiscal; afirma en este sentido que "importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial *ad quem* al modificar la calificación de los hechos realizada por las acusaciones a título de "negocio simulado" por la de "fraude de ley tributaria", toda vez que, mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista" (FJ 4). Partiendo de ese hecho, considera el Tribunal que la subsunción del fraude de ley en el tipo penal del delito fiscal ha de considerarse una aplicación analógica del tipo penal, dado que *este exige una maniobra defraudatoria de ocultación que no tiene lugar en el fraude de ley*[43], en el que "no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal" (FJ 4).

El Tribunal sitúa, así, el núcleo de la argumentación en la analogía *in malam partem,* considerando que el órgano judicial ha ido más allá del tenor literal del precepto al interpretar que el fraude de ley conforma una *defraudación,* exigida por el art. 305 CP. Advierte al respecto que "el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o defraudación propios del Derecho penal, ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término "fraude" como acompañante a la expresión "de Ley" acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal)". De ello concluye que "la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza– para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE" (FJ 4).

Junto al canon gramatical (lo que aquí hemos denominado previsibilidad semántica), la Sentencia parece acudir también a los restantes parámetros de previsibilidad que conforman, como hemos visto,

42 SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40), pp. 33-34.

43 El tipo penal recogido en el art. 305 describe la conducta típica en los siguientes términos: "El que, por acción u omisión, *defraude* a la Hacienda Pública, foral o local, eludiendo el pago(...)" (cursivas obviamente añadidas).

el juicio de tipicidad. Afirma en este sentido la STC 120/2005, en su FJ 6:

> "*(A) la vista de lo anteriormente expuesto respecto de la improcedencia de acudir a la figura del fraude de ley para proceder a una extensión de los tipos penales a supuestos no específicamente previstos en ellos, así como de que, si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a su atipicidad penal, sí constituye, en cambio, un factor indicativo de esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal, y habida cuenta también de la muy extendida opinión doctrinal acerca de la atipicidad penal de dicho comportamiento, cabe concluir que la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria*".

De la anterior afirmación cabe distinguir dos argumentos. En primer lugar, el basado en la relación entre la atipicidad administrativa y la penal operaría como un argumento de proporcionalidad (previsibilidad axiológica), al estar basada esa noción de "progresión cuantitativa" en la idea de que el Derecho penal conforma la *ultima ratio* del ejercicio del poder punitivo, por lo que si en el ámbito administrativo no se sanciona la figura del fraude de ley sería desproporcionado que recibiera una sanción penal[44]. En segundo lugar, la apelación a la extendida opinión doctrinal sobre la atipicidad penal del fraude de ley como criterio de (im)previsibilidad parece remitirnos a lo que hemos llamado previsibilidad metodológica. En relación con esta última cuestión, no deja de resultar llamativo que para rechazar la interpretación consolidada del Tribunal Supremo se apele – como indicio de su irrazonabilidad–a la opinión mayoritaria, y de signo contrario, de la doctrina[45]; cabría preguntarse, en este sentido, si puede calificarse de extravagante o, en suma, de *imprevisible para sus destinatarios* una decisión que sigue el criterio casi unánime del Tribunal Supremo.

Más en general, cabría también preguntarse si, siendo tan evanescente el canon meramente gramatical en que la Sentencia centra su razonamiento para afirmar la vulneración del derecho a la legalidad penal, la citada resolución no habría hecho una aplicación extensiva del canon constitucional de la garantía de tipicidad, cayendo en una revisión demasiado incisiva de la decisión judicial[46]. A este respecto, resulta significativo el hecho de que en su argumentación la Sentencia viene a tomar partido por una de las dos concepciones doctrinales en liza acerca de la estructura típica del delito fiscal.

3. ¿Participación del TC en la discusión doctrinal?: dos concepciones sobre el delito fiscal

En efecto, salvando matices que no vienen al caso, la doctrina (científica y jurisprudencial) acoge dos diferentes perspectivas en relación a la estructura típica del delito fiscal, que pueden denominarse como "teoría del engaño" y "teoría de la infracción de deber"[47]. Por un lado, la llamada "*teoría del engaño*" venía

44 Esa línea argumental es también asumida por la doctrina. Cfr. por ejemplo CLEMENTE CASAS, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 12 (2005), p. 90: "(e)n aquellos ámbitos en que confluyen Derecho penal y otros aparatos represivos del Estado, como el Derecho administrativo sancionador, en aplicación de los principios citados [*scil*.: intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio*] el Código Penal debe reservarse solamente para las infracciones más graves. Si el legislador tributario ha decidido no sancionar el fraude de ley tributaria es –parece obvio– porque lo estima menos lesivo para los intereses generales que la simulación, que sí merece sanción administrativa". En la misma línea, PÉREZ ROYO, "Estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España", *LL* N° 6281, 2005, p. 8 (del texto *on line*); o SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40) p. 41. Este último autor pone sagazmente de relieve cómo el TC inserta este criterio de proporcionalidad en los requisitos constitucionales de interpretación (esto es, lo que hemos llamado *previsibilidad valorativa*). Afirma al respecto que ello "supone que una aplicación judicial del Derecho que tenga en cuenta el principio de subsidiariedad puede dar lugar a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad, por incurrir en una falta de racionalidad que pueda conducir a su imprevisibilidad", lo que conlleva otorgar trascendencia constitucional al principio político-criminal de subsidiariedad (p. 51).

45 Razón por la que la doctrina ha aplaudido tal resolución. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, "Fraude de ley tributaria y delito fiscal. Una reflexión desde los principios constitucionales del Derecho penal", *LL* N° 6296, 2005; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40), pp. 46 ss.; CLEMENTE CASAS (nota 44), pp. 86 ss. ; PÉREZ ROYO, *LL* N° 6281 (2005); BACIGALUPO, S., (nota 41), pp. 468.

46 Así se manifiesta LASCURAÍN, *Solo penas legales* (nota 14), p. 126.

47 Una descripción general de ambas teorías puede verse, entre otros, en MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Económico,* 2002, pp. 374 ss.

exigiendo, en su versión más estricta, una maniobra defraudatoria de engaño equiparable a la configurada para el delito de estafa: una "puesta en escena" dirigida a generar un error en la Administración tributaria. Así lo sostenía, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, quien afirmaba que "frente a otros posibles comportamientos lesivos de intereses tributarios, el fraude se caracteriza por que el agente mediante maniobras maliciosas (maquinaciones, artificios, mendacidades, simulaciones, disimulaciones, etc.) induce a error. No hay en la defraudación tributaria un simple incumplimiento de deberes fiscales, sino una verdadera *mise en scéne* tendente a engañar a los órganos de la Administración Tributaria"[48]. En todo caso, esta versión estricta no es mayoritaria, existiendo dentro de la teoría del engaño autores que, si bien sí consideran consustancial al delito fiscal la puesta en práctica de cierta estrategia de ocultación, no llegan a equipararlo al delito de estafa ni vienen con ello a exigir una relación causal (y de imputación objetiva) entre la maniobra manipulativa y el error de la Administración tributaria[49].

Frente a esta concepción, mayoritaria en la doctrina, la "*teoría de la infracción de deber*" considera que el delito fiscal se realiza con la infracción de los deberes tributarios; es decir, con la mera elusión del pago, siempre, obviamente, que el perjuicio para el erario público ascienda a la cantidad establecida en el tipo. Esta línea exegética[50] es la que ha venido asumiendo el Tribunal Supremo en los últimos años, y la que, implícitamente, se halla en la base del castigo de la figura del fraude de ley tributaria –aunque veremos después que ello no es así necesariamente–. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003, antes citada, se declara que "el delito fiscal, como se infiere de su definición típica, no constituye una modalidad del delito de estafa que requiera una determinada *mise en scéne* o comportamiento engañoso para provocar un desplazamiento patrimonial inducido por error, sino un delito de infracción de deber que se comete por la elusión dolosa del tributo (desvalor de la acción) en su cuantía típica (desvalor del resultado), consistiendo el dolo o ánimo defraudatorio en el conocimiento de las circunstancias que generan el deber de declarar y en la voluntariedad de la conducta elusiva, generalmente omisiva" (FJ 27).

Contra esta última concepción doctrinal se erige la STC 120/2005, al asumir que al delito fiscal le es inherente una maniobra defraudatoria de ocultación. Si bien los términos de la argumentación jurídico-penal de la Sentencia oscilan en torno a la dicotomía entre las figuras del fraude de ley y el negocio simulado, de la *ratio* de la misma – y su conclusión excluyente de la tipicidad penal de la primera figura e incluyente de la segunda – se deriva una determinada asunción acerca de la estructura típica del delito fiscal, la defendida por los partidarios de la teoría del engaño. Por lo demás, tal es la lectura que de la Sentencia ha hecho la doctrina. Así, se ha afirmado que "lo más relevante de la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 sea su oposición a la '*teoría de infracción de deber'* en el delito fiscal. Según esta nueva doctrina constitucional, el verbo '*defraudar*' del art. 305 del Código Penal no significa solo dejar de pagar,

48 RODRÍGUEZ MOURULLO, "El nuevo delito fiscal", en: Cobo del Rosal (director), *Comentarios a la Legislación penal.* Tomo II, 1983, pp. 260-261. Acoge esa versión estricta, que prácticamente equipara el delito fiscal con la estafa, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal Económico*, 2001, pp. 221-222: "En el artículo 305 el engaño tiene el mismo sentido genérico que en la estafa con la diferencia de que mientras en esta la tipicidad del engaño viene limitada por la exigencia de que sea idóneo para inducir a error, en el delito fiscal la limitación se produce ya desde el primer momento en que se concretan las modalidades de comisión(...)De todo ello deduce la doctrina que, al igual que en el delito de estafa, el simple incumplimiento de los deberes fiscales es atípico mientras que no concurra una auténtica *mise en scéne,* una maniobra falaz susceptible de inducir a error". No deja de resultar llamativo que la doctrina que menciona como partidaria de esa tesis se limite, según las propias referencias bibliográficas que cita, a Rodríguez Mourullo, advirtiendo que en contra de la misma se han manifestado autores como Lamarca, Pérez Royo, Gracia Martín o Gimbernat. (vid. nota 42).

49 En esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Económico* (nota 47), pp. 375-376, resaltando que el desvalor de acción del delito consiste en algo más que la simple infracción del deber extrapenal. También MORENO CANOVÉS/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos,* 1996, p. 428, citado por ALONSO GALLO, "La necesaria restricción del ámbito típico del delito fiscal", *LL* N° 6291, 2005, p. 6 de la edición *on line*.

50 Tal planteamiento surge en España con la equiparación que hace GIMBERNAT del delito fiscal con los llamados delitos de infracción de deber ("Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en: Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal,* 1990, p. 307. sigue esa línea BACIGALUPO ZAPATER, "El delito fiscal", en Bacigalupo (director), *Curso de Derecho penal económico*, 1998, pp. 213 ss.

sino que, necesariamente, también implica ocultar o engañar"[51]; y que "la STC 120/2005, de 10 de mayo, ha situado justamente en este aspecto el núcleo del problema: no basta la elusión de un tributo para afirmar la tipicidad penal, aunque exceda del límite de punibilidad y aunque pueda calificarse el supuesto de hecho como fraude a la ley tributaria. Es necesaria la comprobación de una defraudación, equivalente a una ocultación fáctica, a un engaño, a una simulación. De lo contrario, el intérprete estaría ofreciendo una interpretación del tipo penal más allá del tenor literal posible de la ley, incurriendo en una analogía *in malam partem* prohibida"[52].

La cuestión es si resultaba necesario tomar postura sobre la estructura típica del delito fiscal y, con ello, sobre los límites *generales* de interpretación del precepto penal, para resolver la cuestión *particular* de si el fraude de ley tributaria podía ser subsumido bajo su tenor literal o, en general, resultaba compatible con el art. 25.1 CE. Ciertamente, la opción por la teoría del engaño descarta esa posibilidad, pero dicha intromisión por parte del TC en el debate doctrinal no solo conlleva excluir del ámbito de aplicación del tipo penal el fraude de ley, sino también otros supuestos que la teoría de la infracción de deber habría considerado punibles; cuando lo cierto es que ello, respondiendo al interrogante planteado, resultaba innecesario, en la medida en que la punición del fraude de ley podía quedar excluida también desde los postulados de esta última concepción, es decir, sin necesidad de considerar inherente al delito fiscal una maniobra defraudatoria de ocultación. En efecto, tal como se ha afirmado, la atipicidad del fraude de ley es "compatible con los diversos puntos de vista acerca de la naturaleza del delito fiscal"[53]: desde el punto de vista de la teoría del engaño, porque no hay ocultación fáctica, y desde el punto de vista de la teoría de infracción de deber, porque el hecho imponible que prevé la norma defraudada no llega a surgir, dado que "en un caso en que las partes quieren no solo la apariencia sino también los efectos jurídicos del negocio, el único hecho imponible que surge es el correspondiente a los referidos efectos jurídicos del negocio", es decir, "no es que el hecho imponible surja, pero se oculte, es que ni siquiera llegar a surgir"; "no se elude el pago de tributos, sino la producción del hecho imponible"[54], por lo que, en suma, no hay infracción de deberes tributarios formales, presupuesto para la tipicidad del delito fiscal según dicha concepción doctrinal.

En suma, considero que para concluir que la subsunción del fraude de ley en el delito fiscal constituye una analogía *in malam partem* no era necesario, ni siquiera implícitamente, tomar postura sobre la estructura típica del tipo penal[55], sino que existía una argumentación alternativa que permitía llegar al mismo resultado sin tener que tomar postura en el debate doctrinal existente y, por ello, sin riesgo de caer en una aplicación extensiva de la garantía de tipicidad y de adentrarse en la legalidad ordinaria.

4. La STC 129/2008 y el alcance de la revisión constitucional

Desde esta perspectiva, no puede sino compararse dicha Sentencia con la que posteriormente ha dictado el TC *ante un supuesto prácticamente idéntico*. Con ocasión del análisis de la STC 120/2005, se preguntaba Jesús Silva lo que haría el Tribunal Constitucional "con los casos en que, pese a no existir realmente una simulación, los órganos judiciales penales hayan calificado las conductas llevadas a cabo como negocios simulados". Y se atrevía a hacer una conjetura al respecto, partiendo del hecho de que "la STC 120/2005 contiene una clara caracterización de lo que es simulación, distinguiéndola de lo que es fraude de ley". "Sentado esto –afirmaba– lo procedente no puede ser sino que el Tribunal Constitucional revise la, en su caso, errónea calificación judicial penal en este

51 CLEMENTE CASAS (nota 44), p. 90.

52 CHOCLÁN MONTALVO, *LL* N° 6296, 2005, p. 1.

53 SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40), pp. 33

54 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40), pp. 32 y 33, con nota 22, citando a autores como Aparicio Pérez, Gracia Martín o Pérez Royo. En similar sentido, BACIGALUPO, S., (nota 41), pp. 444, apelando a la estructura de norma penal en blanco del precepto.

55 Máxime teniendo en cuenta que la propia configuración de la figura del fraude de ley presupone servirse de la analogía, tal como ponen de relieve ATIENZA/RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, 2000, p. 85: "El juez que al aplicar el derecho utiliza la figura del fraude de ley realiza una operación paralela a cuando utiliza la analogía; por eso, de la misma manera que suele distinguirse la interpretación extensiva de la analogía (la analogía significaría un paso más allá de la simple interpretación), cabría decir también que el fraude de ley va más allá de la interpretación restrictiva de una regla: no es que se entienda una determinada expresión en el sentido más limitado posible, sino que se *crea* una excepción a la misma".

punto, ya entendiendo que la valoración de la prueba ha sido irracional (si se considera que la calificación como simulación es una "cuestión de hecho"), ya entendiendo que se ha desbordado el sentido literal posible de la propia noción de simulación y, por ende, de defraudación (si se considera que la calificación como simulación es "cuestión jurídica")"[56].

La STC 129/2008 ha venido, me parece, a defraudar las expectativas de Silva, y ello por cuanto ante un supuesto *idéntico* al que tuvo por objeto la STC 120/2005 –y en el que, por lo tanto, no concurriría una ocultación o simulación–, el Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de la condena por delito fiscal de hechos calificados por el Tribunal Supremo como un supuesto de negocio simulado. El núcleo argumental en que se fundamenta la inexistencia de lesión del art. 25.1 CE es el siguiente:

> *"Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero, y esto es lo único que ahora importa, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito. No cae fuera del campo semántico del verbo "defraudar", que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos. No es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles, que serían solo inicial y aparentemente regulares. Y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución"* (FJ 4).

Y frente la alegación del recurrente de que el supuesto de hecho es idéntico al resuelto por la STC 120/2005, responde el Tribunal que su objeto de análisis no es el enjuiciamiento de los hechos, sino la argumentación de las decisiones judiciales, por lo que, estando ante un diferente razonamiento en ambas resoluciones – fraude fiscal en la primera, y negocio simulado en la segunda – debe llegarse a una distinta conclusión en relación con la lesión del art. 25.1 CE. "*Dicho en forma conclusiva: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; no puede atenderse a la petición de que se aplique la doctrina constitucional en la presente Sentencia del mismo modo estimatorio que en la STC 120/2005 porque su objeto es diferente hasta el punto de que las Sentencias ahora recurridas niegan el punto de partida argumentativo de las Sentencias que fueron objeto de reproche constitucional en la STC 120/2005*" (FJ 5).

El contraste entre ambas resoluciones es expresivo de los límites de actuación del Tribunal. Ciertamente, algo parece haber de contradictorio entre ambas resoluciones, particularmente en sus resultados, puesto que si razonable es subsumir la conducta X en el delito fiscal entendida como negocio simulado, razonable habría de ser también subsumir el *mismo hecho* X en el delito fiscal (aun cuando se conciba como fraude de ley). Y lo contrario es también válido: si irrazonable (por imprevisible) era subsumir el hecho X en el tipo del delito fiscal por considerarlo un fraude de ley, irrazonable habría de ser subsumir *el mismo hecho* X en el mismo tipo penal (aun cuando se lo califique como negocio simulado)[57].

Ya fue puesto de manifiesto, citando a Silva, que un recurso habitual en la doctrina del Tribunal Supremo para subsumir este tipo de casos bajo el tipo penal del delito fiscal era concebir la idea de simulación de modo hiperextensivo, calificando como negocios simulados operaciones que la doctrina, de

56 SILVA (nota 40), pp. 51-52. En similar sentido se pronunciaba PÉREZ ROYO, *LL* N° 6281 (2005), p. 10 de la versión *on line*.

57 Un planteamiento similar se encuentra en RUIZ ZAPATERO, *Analogía, fraude y simulación legal en el delito fiscal: Sentencias del Tribunal Supremo y STC 250/2005*, 2006, p. 211: "Si cabe la calificación "alternativa" de un mismo delito fiscal a título de fraude tributario y a título de simulación tributaria es porque fraude y simulación son "análogos". Si no cabe la primera porque constituye una aplicación analógica del tipo penal, lo mismo debe sostenerse en relación con la segunda. En efecto, si "A" (fraude) es análogo a "B" (tipo penal) está prohibido constitucionalmente, igualmente debe estar prohibido "C" (simulación) es análogo a "B" (tipo penal). La calificación "alternativa" solo cabría como consecuencia de la previa relación de analogía entre "A" y "B" ".

modo prácticamente unánime, considera constitutivas de fraude de ley. No puede sorprender, por ello, que los argumentos que emplea el Tribunal Supremo para ese fin, según los describe el autor citado, sean, en efecto, los que la Sentencia del Tribunal Supremo revisada por la STC 129/2008 utilizó: asumir la "existencia de una simulación con el argumento de que el negocio en cuestión no se corresponde con la 'racionalidad económica'. Una "racionalidad económica que, además, se pretende definir de modo objetivo y uniforme, declarándose en consecuencia lo que tiene sentido económico y carece de este, al margen de preferencias individuales (...) Se pretende sostener que a una determinada prestación le corresponde, por necesidad, una determinada contraprestación, de una magnitud determinada; de modo que si la contraprestación es inferior se estaría produciendo también una defraudación"[58]. Como decía, no otra es la argumentación del Tribunal Supremo: los "componentes de simulación" que el Supremo detecta en los hechos radican "en la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos" (STC 129/2008, FJ 4).

¿Existe realmente una contradicción entre ambas decisiones? ¿Puede hablarse de un cambio de criterio en la doctrina constitucional? De una parte, podría entenderse que la conclusión de la STC 129/2008 aparece plenamente coherente con la STC 120/2005: esta se limita a excluir el fraude de ley del ámbito típico; el Tribunal Supremo califica los hechos como negocio simulado, figura que expresamente dicha Sentencia incluyó bajo la órbita de aplicación del precepto, *ergo* la Sentencia del Tribunal Supremo no puede vulnerar el derecho a la legalidad. Ahora bien, lo cierto es que la STC 120/2005 no se limitó a declarar excluido el fraude de ley del citado tipo penal, sino que además estableció una nítida caracterización de lo que era un fraude de ley tributaria y lo que le separa a esa figura del negocio simulado, concluyendo que la maniobra de simulación u ocultación (notas de las que carece el fraude de ley) era una *conditio sine qua non* para la tipicidad de la conducta.

Pero tampoco en relación con esta conclusión de la STC 120/2005 podría considerarse opuesta la STC 129/2008, por cuando en esta se parte de que los hechos que dieron lugar a la condena sí poseían las circunstancias que permitían afirmar un ocultamiento y, con ello, un componente de "defraudación", exigido por el tipo. Si bien, y en ello radica la diferencia entre ambas decisiones, la Sentencia de 2008 acoge un canon de enjuiciamiento sobre la garantía de tipicidad menos incisivo que la de 2005, considerando no imprevisible–ni semántica, ni metodológica, ni axiológicamente- la afirmación de una "defraudación" (o de una "simulación"), en virtud del criterio de la (falta de) racionalidad económica.

Expresado en otros términos, la STC 129/2008 no contradice *formalmente* las conclusiones de la STC 120/2005 de que, primero, el fraude de ley tributaria es penalmente atípico, y, segundo, que el delito fiscal exige una maniobra de ocultación o simulación (postulado, recuérdese, de la llamada por la doctrina "teoría del engaño"), si bien asume que el canon constitucional de tipicidad no es tan estricto como para impedir a los órganos judiciales afirmar un componente de simulación en conductas con estructura de fraude de ley, siempre que la motivación que abone esa calificación jurídica posea un *mínimo* de razonabilidad. Si, como expresamente afirma la STC 129/2008, el "*campo semántico del verbo 'defraudar'(...) puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos*", la conclusión ha de ser que *materialmente* el fraude de ley tributaria puede caer bajo el campo semántico del verbo defraudar, porque no es sino la utilización de una norma jurídica al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos[59].

Puede ciertamente discutirse si esa es la interpretación *más correcta* del elemento típico de la "defraudación" y, con ello, del delito fiscal, pero, desde luego, no creo que pueda considerarse una *interpretación imposible*, único supuesto al que ha de alcanzar el reproche constitucional. Recuérdese que "no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad" (SSTC 137/1997, FJ 7; 151/1997, FJ 4); de lo contrario, la labor del Tribunal se confundiría con la de los órganos judiciales. Precisamente por ello, considero que la STC 129/2008 sitúa en su correcta medida el alcance de la revisión constitucional sobre la garantía de tipicidad.

58 SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario* (nota 40). pp. 35-37.

59 Creo que ello no obsta a poder seguir considerando válido el otro argumento de atipicidad del fraude de ley tributaria, referido a que en tales supuestos no llega a surgir el hecho imponible y, por lo tanto, no hay infracción de deber tributario alguno.

INFORMES

INFORME DE LA 34 JORNADA ALEMANA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL.

LEIPZIG – ALEMANIA 2011

Andy CARRIÓN*

Del 23 al 26 de junio de 2011 se celebró en la Universidad de Leipzig la 34. Jornada alemana de profesores de Derecho penal. Este tradicional evento bianual goza de un gran prestigio no solo en Alemania sino también a nivel internacional, en él se someten a discusión y debate las investigaciones que los profesores presentan respecto a temas de orden jurídico penal. La organización de estas jornadas estuvo a cargo de los profesores de la propia universidad anfitriona: Katharina Beckemper, Michael Kahlo, Diethelm Klesczewski y Hendrik Schneider. Los temas abordados, a propuesta de los organizadores, estuvieron vinculados al avance de la tecnología, la relación de esta con los principios que informan el Derecho penal y procesal penal, así como, por último, la crisis financiera y su control a través del Derecho penal, todo ello resumido bajo el título formulado sugerentemente en forma de pregunta: Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt? (¿Derecho penal fragmentario en un mundo globalmente interconectado?).

El primer día de estas jornadas estuvo reservado al recibimiento de los invitados contando para ello con las palabras de bienvenida de los Profesores Michale Kahlo, Berger y Harms. Fue al segundo día que se dio inicio a la presentación de las investigaciones preparadas para esta cita académica. Luego de una breve presentación de la Ministra Federal de Justicia y del Secretario de Estado de Justicia alemán y para Europa, el Prof. Thomas Vormbaum de la Universidad de Hagen inició las exposiciones abordando el tema "Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik" (El Derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática).

Vormbaum comienza su intervención precisando el concepto de "fragmentariedad" ya que, según su punto de vista, existen pocos artículos o pasajes en Manuales de Derecho penal que se ocupan de ello. Así, califica la fragmentariedad descriptiva como la constatación de la naturaleza del Derecho penal, la misma que tendría un lado externo y otro interno, en este último se encontraría ubicado el problema del principio *nullum crimen sine lege*. Contrariamente, la fragmentariedad prescriptiva es un postulado, el mismo que también dispondría de un lado externo y otro interno; este tipo de fragmentariedad será operativa en relación a los fundamentos positivos como el concepto material de delito, el principio de accesoriedad y el principio de *ultima ratio*. Todo ello significa que no hay, al menos de modo substancial, una dogmática autónoma del Derecho penal fragmentario. Sin embargo, podría haber una teoría y una dogmática que promuevan como resultado la fragmentariedad. Dicho esto, Vormbaum pasa a la segunda parte de su alocución centrada en el aspecto histórico de la fragmentariedad. Al respecto manifiesta que existe una creciente y acelerada expansión del Derecho penal, tanto en la teoría, en la legislación penal, así como en la interpretación de estas leyes. En esta misma medida existe un decaimiento del carácter fragmentario del propio Derecho penal. De entre los motivos que contribuyeron a esta expansión Vormbaum menciona: la evolución de la tecnología, desde la motorización del transporte individual hasta la tecnología atómica; la evolución de las modernas instituciones del Estado, tanto de intervención como protección que contribuyeron a instrumentalizar las leyes penales; la destrucción de firmes estructuras sociales y familiares dando como consecuencia el debilitamiento de los mecanismos de control social primario, también forman parte de ello los partidos políticos que promueven la criminalización en base a intereses partidarios; estos factores se verán reforzados tanto a través de la dramatización de la criminalidad, lo cual contradice todos los conocimientos estadísticos sobre el desarrollo de la misma, como a través de la prensa, ello desencadena generalmente la sensación política de necesidad de acción. En el último apartado de su exposición el ponente da una visión general

* Magíster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universidad de Bonn.

del tema realizando finalmente una propuesta denominada, en conexión con Naucke, ciencia de la restricción de la pena (Strafbegrenzungswissenschaft). Lo que con ello se pretende es diferenciar la pena del Derecho penal y otorga a esta última, para delimitar lo social de lo político, la tarea de instaurar sanciones como un medio de dirección evidente y también aparentemente económico, para cuya concretización recurre a la triada de Rabdruch, a saber: justicia, seguridad jurídica y finalidad.

Una vez culminada la exposición de Vormbaum se dio inicio a la ronda de discusiones. Luego de una interesante polémica sostenida entre el ponente y la Prof. Frommel en torno a la importancia de la filosofía de Rabdruch, el Prof. Weber aclara el rol protagónico que se otorga a la fragmentariedad en los Manuales–al Derecho Penal como *ultima ratio*- ; sin embargo, según su opinión, no existe jurisprudencia alguna que sostenga que una ley penal sea inaplicable o ilegítima por haber transgredido precisamente este principio. A estas apreciaciones se suma el Prof. Hilgendorf adviertiendo de las falencias de la teoría del bien jurídico para hacer de este un instrumento válido de conexión constitucional. Ante tal observación, Vormbaum no hace más que dar la razón a Hilgendorf no sin antes advertir los múltiples inconvenientes a los que se enfrenta el Tribunal Constitucional (alemán). Posteriormente a la discusión entre el ponente y el Prof. Kuhlen sobre los alcances del principio de subsidiariedad frente a la fragmentariedad del Derecho penal, interviene el Prof. Köhler poniendo de manifiesto la poca claridad con la que el ponente determina el carácter fragmentario del Derecho penal sin quedar claro si se da en relación al concepto material del delito o si ello sucede sobre el concepto del bien jurídico; el límite de la penalidad, continúa Köhler, se relaciona con el concepto material del delito puesto que va mucho más allá que la limitación a través de la teoría del bien jurídico. Vormbaum agrega seguidamente que la limitación se puede orientar desde diversas posiciones, tal como lo hace Köhler desde una visión kantiana. En la última intervención el Prof. Lüderssen critica a juristas de otras áreas, como los constitucionalistas, que no se encuetran en la condición de ayudar a los penalistas a derivar la legitimación del Derecho penal desde la Constitución por lo que también llevarían gran parte de la responsabilidad.

De la siguiente ponencia se encargó el Prof. Rainer Zaczyk de la Universidad de Bonn: "Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff "fragmentarischen Strafrecht"". (La necesidad de un Derecho penal sistemático. Al mismo tiempo sobre el concepto de "Derecho penal fragmentario"). Zaczyk parte señalando la tesis que abordará durante su presentación, adelantando que solamente un Derecho Penal sistemático, mas no así uno fragmentario, puede satisfacer el concepto de Derecho, por lo tanto debe ser fundamentado que el Derecho penal, como todo Derecho, no puede de ninguna manera ser concebido como otra cosa que no sea sistemático, solo entonces se habrá ganado el calificativo de ciencia y no el de un mero instrumento de orientación política. El ponente advierte que "sistema" no debe ser entendido como un constructo teórico, sino como la fundamentación de la relación con un principio fundamental: la libertad humana. Previo a abordar la parte medular de su investigación el ponente dilucida algunos conceptos como "persona", "sistema", "fragmentariedad", "pena", entre otros, necesarios para dar contenido a su postura y ubicar contextualmente sus reflexiones. Ya entrando en la parte última y trascendental de su exposición, Zaczyk formula la pregunta de si el concepto de "Derecho penal fragmentario" puede tener algún significado, interrogante a la que responde en dos pasos: primero, formulando el Derecho penal fragmentario como de "transición" y, segundo, resaltando el carácter fragmentario de todo el ordenamiento jurídico penal. Respecto al primero, solo se puede entender esta tarea dentro del marco de un Derecho penal sistemático, para ello debe ser condición necesaria entender el sistema como idea regulativa y como postulado. Aquí se opondrán los principios del Derecho al mero desarrollo fáctico, los cuales solo se harán efectivos cuando se fundamenten obligatoriamente de forma intelectual por el hecho de ser principios del Derecho; en caso estos principios se den solo como una parte de la política criminal, entonces sus fundamentos serán demasiado débiles como para oponer resistencia a la modificación política. Ya en el segundo paso, dedicado al carácter fragmentario del ordenamiento penal, Zaczyk manifiesta que el legislador debe regular las acciones de tal manera que tanto el ciudadano sepa porqué conductas debe responder penalmente, así como para que el fiscal o el juez puedan calificar en la realidad si alguna conducta merece tal reproche. El "*neminem laede*" no es un tipo penal. Aquí no se trata, sigue el ponente, de que los bienes jurídicos no pueden ser protegidos en todo su alcance y que a consecuencia de esta imposibilidad se derive la fragmentariedad del ordenamiento penal, pues con esta argumentación quedaría siempre abierta la

posibilidad, sino la exigencia, de cubrir todo lo posible este vacío. Una norma penal bien elaborada nombra un injusto concreto y con ello la ley penal es, en este sentido, forzosamente fragmentaria, pero asimismo abierta. El legislador debe calificar responsablemente si un suceso pertenece al ámbito del Derecho penal y si corresponde a ello una determinada pena. Para ello existen criterios sólidos que resultan del sistema de libertades del Derecho penal.

Concluida esta presentación e iniciada la discusión, la Prof. Frommel lanza las primeras críticas señalando que no se trata solamente, como lo hizo Zaczyk, de abordar la fundamentación de la pena sino de la solución sistemática de cada cuestión jurídica en la ciencia, dogmática y jurisprudencia, es precisamente ello lo que puede aclarar cuán estrecho es el pensamiento sistemático en su conexión con los aspectos básicos de igualdad y justicia en cada caso. Es en este contexto que se plantea la pregunta acerca del carácter fragmentario del Derecho penal y no así del lugar que ocupa. Por supuesto, sigue Frommel, la fundamentación de la fragmentariedad no se sustenta en la instrumentalización del concepto hegeliano, sino debe orientarse a una concepción de ciencia moderna, pragmática y especialmente europea. Zaczyk replica recalcando la importancia primigenia del pensamiento sistemático para dar una interpretación adecuada al carácter fragmentario del Derecho penal y con ello la comprensión de su significado práctico en las cuestiones jurídicas; asimismo, respecto a la crítica de la utilización de Hegel, sostiene Zaczyk que no se trata en sí de Hegel sino de la fundamentación en el objeto. El fundamento y la crítica no se deberían orientar a una determinada autoridad, independientemente de donde provenga, sino más bien deben invocar fundamentos resistentes para cada punto de vista y para cada tipo de acción punible del Estado. Hassemer también se hace parte de la discusión resaltando la ostensible importancia de los criterios de determinación de un Derecho penal fragmentario, en los cuales no se ha trabajado de manera suficiente. Kindhäuser comparte la apreciación de Hassemer y aboga por ocuparse intensivamente a responder la pregunta: ¿qué sería lo positivo de una dogmática fragmentaria? Ello puesto que sería insuficiente argumentar que lo positivo de lo fragmentario reside únicamente en la no penalización de ciertas conductas, más aún cuando nos encontramos en un sistema dentro del cual se pueden llegar a resultados dogmáticos distintos; Kindhäuser aclara esta idea de la mano de la complicidad: se podría decir que según el artículo 27 del Código penal (alemán) el cómplice solamente responde por un delito doloso; por otro lado, se podría decir que la punibilidad de un delito culposo solamente conoce la teoría de autor único y cuyos alcances también se extienden a la participación, si debemos decidirnos en este caso concreto si el concepto único de autor debe abarcar también a los "cómplices", entonces ya no hay para ello un argumento sistemático, antes bien, nos enfrentamos al problema de cómo se debe decidir en el caso concreto y, finalmente, formular la pregunta del valor que supone el no penar una conducta. Zaczyk aborda esta cuestión asegurando que a partir del principio fundamental de la libertad se puede encarar el problema del concepto de acción, así como la utilidad de la teoría de la autoría y participación, ello en el sentido que aborde la pregunta de si el concepto único de autor presenta un adecuado modelo de imputación en el Derecho penal, o de si con ello no se yerra en considerar por un lado el injusto específico de la fundamentación de la responsabilidad del autor y por otro lado la del partícipe.

La siguiente ponencia estuvo a cargo de la Prof. Schmölzer de la Universidad de Graz (Austria), quien abordó el tema: "Straftaten im Internet: eine materiell-rechtliche Betrachtung" (Delitos en Internet: una consideración jurídico–material). Schmölzer resalta la importancia que ha adquirido el Internet como ámbito de regulación penal y enuncia las causas que lo justifican y las diversas formas delictivas en que se manifiestan. Luego de repasar algunos datos estadísticos de la evolución de la criminalidad de computación e Internet (Computer- und Internetkriminalität) en Alemania y Austria, advierte de la falta de un concepto especial de la transformación del carácter fragmentario del Derecho penal, lo que puede traducirse en preguntas como: ¿Qué nuevos bienes jurídicos son protegidos penalmente? ¿Cómo podrían incorporarse estos bienes jurídicos al ordenamiento penal? ¿Qué actividades relacionadas con la peligrosidad social deben penalizarse? entre otras. Una vez descrita la importancia de la "Covention on Cybercime", la ponente da a conocer sus conclusiones: El Derecho penal no puede intervenir siempre que concurran perturbaciones de la vida en común sino debe limitarse a la protección del valor fundamental del orden social; tampoco las reglas de control del Internet deben sobrepasar el principio de *ultima ratio*; para evitar el peligro de la expansión del Derecho penal en Internet debe delimitarse muy claramente su injusto; el Derecho penal de computación (Computerstrafrecht) se encuentra, tanto nacional como internacionalmente,

aún en su faceta de desarrollo, respecto al cual existe un mayor consenso en el contenido de su regulación que en su estructura teórica; el pasado ha demostrado que la teoría del bien jurídico y el apercibimiento del principio de *ultima ratio* no ofrecen una delimitación eficaz para evitar la expansión del Derecho penal. Finalmente, Schmölz reflexiona acerca de la importancia de que el Derecho penal conserve su carácter fragmentario aún en un mundo globalmente interconectado; sin embargo, se debe adecuar eficientemente a la evolución que ha sufrido la sociedad industrial a la sociedad de la información y comunicación para de esta manera contribuir a la lucha contra formas específicas de criminalidad.

Ya en la etapa de discusión, Hilgendorf observa cuán sencillo resulta para el legislador gestar nuevos bienes jurídicos, lo que demuestra que esta no es una herramienta jurídica limitadora eficaz; otra opción sería conectar esta función con la Constitución como valor constitucional; sin embargo, se sabe que la Constitución puede ser interpretada tan ampliamente que tampoco ofrece una verdadera limitación al Derecho penal, este sería el caso latente del Derecho penal en Internet. Luego de cuestionar el Prof. Dölling la forma en que reacciona el Derecho penal frente a este tipo de delitos, interviene el Prof. Hoyer observando la difícil relación que existe entre los bienes jurídicos y los legisladores, contradicción latente, por ejemplo, en la protección jurídico penal de datos. Schmölzer asiente la observación realizada por Hilgendorf agregando el peligro de que sea la ciencia penal quien realmente deba "descubrir" el bien jurídico que el legislador no ha tomado en cuenta al momento de elaborar las leyes. Frente a lo dicho por Dölling, Schmölzer sostiene que en este caso no se trata de un problema de inconstitucionalidad sino de la falta de la legislación básica que permita su mejor interpretación.

La tercera sesión de estas jornadas estuvo a cargo del Prof. Klesczewski, quien disertó el tema: „Straftataufklärung im Internet – Technische Möglichkeiten und rechtliche Grenzen von strafprozessualen Ermittlungseingreiffen im Internet". (Esclarecimiento del delito en Internet–Posibilidades técnicas y límites jurídicos de actos de investigación del proceso penal en Internet). Klesczewski se ocupa en su intervención de los fundamentos tecnológicos del Internet y sus servicios de comunicación; la cuestión de si las autorizaciones son legales o no, ello de acuerdo al Derecho vigente, para el esclarecimiento de un delito en Internet; del fundamento de la legitimación procesal de la intervención en las comunicaciones y; del aumento del nivel de intervención que desmorona el núcleo de protección penal. El ponente sostiene que por ahora no existe una autorización normativa que posibilite la vigilancia de las telecomunicaciones y el aseguramiento de pruebas de datos contenidos en correos electrónicos, lo mismo ocurre con la vigilancia secreta de comunicaciones que se dan dentro de Chats y Newsgroups. Finalmente, para que la comunicación sea vigilada para el esclarecimiento de un hecho delictivo, Klesczewski propone que concurra dos indicios: la sospecha, por un lado, que se haya cometido un delito y, por otro, que se haya violado la comunicación para la comisión de este ilícito.

Concluida esta presentación el Prof. Hamm muestra su preocupación por los problemas de legitimación que también se manifiestan en el Derecho procesal penal. Por otro lado, Köhler lanza críticas a la legislación (alemana) sobre la materia por su evolución asistemática, cuestionando al ponente, si no sería necesario someter a una evaluación todo el sistema de intervención procesal a partir de los principios jurídicos fundamentales. El Prof. Schünemann se ve obligado a participar por, según sus palabras, el fetichismo de la fragmentariedad defendido en Frankfurt/Erlangen. Afirma que en la medida en que este enfoque sea trasladado al Derecho procesal penal se presenta una falsa máxima en el debate. En primer lugar, se debe constatar que el Derecho procesal penal debe modernizarse en la medida en que se moderniza la sociedad y sus conductas desviadas. Con ello, sigue Schünemann, ya no se hablará más de un estado policial y de vigilancia, sino de la tarea de elaborar nuevas formas de investigación procesal por parte de la ciencia del Derecho, las mismas que reparen en los fundamentos y principios básicos de las garantías jurídicas. Después que el Prof. Böse también formulara algunos comentarios sobre a la ponencia principal, interviene nuevamente Klesczewski aceptando algunas de las observaciones vertidas; sin embargo, relativiza la calificación de "fetichista" vertida por Schünemann ya que tampoco es amigo de un Derecho penal fragmentario asistemático, ello también valdría para el Derecho procesal penal presentándose aquí el problema particular de la forma caótica en que el legislador incorporó métodos de investigación procesal.

Para el último día de las jornadas se eligió un tema que ha provocado una inmensa discusión en torno al rol del Derecho penal para solucionar problemas de orden financiero: "Die strafrechtlichen Bewältigung

der Finanzkrise am Besipiel der Untreu" (La superación de la crisis financiera a través del Derecho penal. El ejemplo del Abuso de confianza). La mesa de discusión estuvo dirigida por el Prof. Schünemann, quien dio una breve introducción a la problemática, acompañados por los profesores Schröder, Wohlers y Fischer. En su introducción, Schünemann ofrece un panorama de la situación financiera en la que actualmente se encuentran los países europeos, citando las causas que la provocaron y resumiendo su apreciación calificando este modelo como "casino capitalista", ello por cuanto la banca de inversión no puso en juego su propio dinero sino el de los bancos, la que pertenece a los accionistas y los clientes, y finalmente, si se trata de un banco nacional, a quienes pagan los impuestos. Seguidamente cede la palabra al Prof. Schröder quien ve complicada la tarea de abordar la crisis financiera desde el punto de vista del delito de Abuso de confianza; sin embargo, cree obligada la persecución fiscal en la medida que existen suficientes elementos que indican que los bienes de los bancos fueron dañados irresponsablemente por quienes los dirigían. En su intervención, el Prof. Wohlers contradice la postura de Schröder sosteniendo que el Derecho penal, en general, y el delito de Abuso de confianza, en particular, no son instrumentos adecuados para, prospectivamente, evitar futuras crisis financieras; no obstante, el delito de Abuso de confianza es un instrumento que podría aplicarse en el marco de la superación de lo sucedido, en la medida que se cumplan en el caso concreto todos los requisitos de punibilidad; serán precisamente los tribunales quienes se encarguen de decidir en qué casos concurren estos requisitos. En la intervención final el Prof. Fischer, Juez del Tribunal Supremo Alemán, señala algunos puntos que son y que serán de discusión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como: la constatación del daño, la normativización de este concepto, el dolo para la determinación del Abuso de confianza en relación a la compra o venta de productos derivados, entre otros; preguntas que también se verán materializadas en el ámbito procesal.

Finalmente, y luego de una interesante intercambio de posturas entre los ponentes y los asistentes sobre los alcances del delito de Abuso de confianza y su aplicabilidad en la crisis financiera, el Prof. Roxin se encargó de dar las palabras finales de estas jornadas resaltando la importancia de la discusión sostenida durante estos días, las conclusiones a las que se llegaron y agradeciendo al mismo tiempo a los organizadores, así como a todos los que participaron en este encuentro científico.

MEMORIA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA (CEDPE)

EVENTOS

1. Seminario Internacional "El delito de Lavado de Activos en la Doctrina Jurisprudencial Peruana: Comentarios desde la perspectiva española" con la intervención como expositores de los profesores Miguel Polaino-Orts (Universidad de Sevilla) y Miguel Romero Santos (Universidad de Sevilla, España). Auditorio de la Sala Penal Nacional (Lima), 14 de Junio de 2012, organizado por el Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial/ CEDPE.

2. Seminario Taller "*Retos de la Justicia Penal. Evaluación tras dos décadas de vigencia del Código Penal*" con la intervención de César San Martín Castro (Presidente del Poder Judicial), Dino Carlos Caro Coria (CEDPE), Luis Miguel Reyna Alfaro (CEDPE), Fidel Rojas Vargas, Luis Alberto Bramont-Arias, Felipe Villavicencio Terreros, César Azabache Caracciolo, Iván Montoya Vivanco, Víctor Prado Saldarriaga, Aldo Figueroa Navarro, Duberly Rodríguez Tineo, Jorge Luis Salas Arenas, Ciro Cancho Espinal, Vladimir Padilla Alegre, Manuel Loyola Florián. Auditorio del San Agustín Exclusive Hotel (Miraflores), 03 al 05 de julio de 2012, organizan Comisión de Capacitación y Plenos Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial y CEDPE.

3. Taller Internacional de "*Capacitación Estratégica en Criminalidad Organizada*", con la participación del Prof. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Fernando Iberico Castañeda (CEDPE), Pablo Sánchez Velarde (UNMSM) Andy Carrión Zenteno (Universidad de Bonn/ CEDPE). Auditorio Principal de la Escuela del Ministerio Público (Lima), 10 y 11 de Setiembre de 2012, organizan Escuela del Ministerio Público y CEDPE.

4. Seminario Taller "*Fundamentos de la Teoría de la Participación*" con la participación del Prof. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), César San Martín Castro (Presidente del Poder Judicial), Dino Carlos Caro Coria (CEDPE), Andy Carrión Zenteno (Universidad de Bonn/ CEDPE). Auditorio del San Agustín Exclusive Hotel (Miraflores), 11 y 12 de setiembre de 2012, organizan Centro de Investigaciones del Poder Judicial y CEDPE.

5. Seminario Internacional con la participación del Prof. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Duberly Rodríguez Tineo (Vocal Supremo), Andy Carrión Zenteno (Universidad de Bonn/ CEDPE). Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Iquitos, 13 y 14 de setiembre de 2012, organizan Equipo Técnico de Implementación del Código Procesal Penal y CEDPE.

6. VI Seminario Internacional de Derecho penal y Derecho Procesal Penal, con la participación del Prof. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Dino Carlos Caro Coria (CEDPE), Luis Reyna Alfaro (CEDPE) Andy Carrión Zenteno (Universidad de Bonn/ CEDPE). Salón de Grados de la Universidad Nacional Federico Villarreal, 14 y 15 de setiembre de 2012, organizan Taller de Ciencias Penales (UNMSM), Taller de Especialización en Ciencias Penales (UNFV) y CEDPE.

7. Seminario "Nuevos rumbos de la dogmática y el sistema procesal penal", con la participación del Prof. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Andy Carrión Zenteno (Universidad de Bonn/ CEDPE). Aula Magna de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo), 19 al 21 de setiembre de 2012, organizan USAT y CEDPE.

PUBLICACIONES

Caro Coria, Dino Carlos (Director). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (ADPE), N° 2, Lima: CEDPE, 2012.

Miranda Estrampes, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio.* Colección de Ciencias Penales N° 3. Lima, Jurista/ Caro & Asociados/ CEDPE, 2012.

Caro Coria, Dino Carlos (Director). *Derecho penal y Minería.* Colección de Ciencias Penales N° 4. Lima, Jurista/ Caro & Asociados/ CEDPE, 2012.

Caro Coria, Dino Carlos/ Iberico Castañeda, Fernando/ Reyna Alfaro, Luis. *Código procesal penal.* Lima, Jurista/ Caro & Asociados/ CEDPE, 2012.

CONVENIOS VIGENTES

Convenio de Cooperación Académica suscrito con el Poder Judicial (2011-2012).

Convenio de Cooperación Institucional suscrito con la Editorial Gaceta Jurídica (2010-2012).

PARTICIPACIÓN EN ACTIVIDADES JURISDICCIONALES.

VII Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República (2011).

I Pleno Jurisdiccional Distrital Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima (2011).

INVESTIGADORES DEL CEDPE EN EL EXTRANJERO.

1. **LL.M. Andy Carrión Zenteno.** Doctorando en La Universidad De Bonn, Alemania.

2. **Abogado Gustavo Urquizo Videla**. Becario DAAD para cursar estudios de Maestría en la Universidad de Göttingen, Alemania.

3. **Abogada Diana Marisela Asmat Coello.** Becaria CEDPE para cursar el Master en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, España.

4. **Abogada Ana Cecilia Hurtado Huailla.** Becaria para cursar el Master en Derecho Penal en la Universidad de Alcalá de Henares, España.