

DOCTRINA

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 interdisciplinaria 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 Valores². 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 Ciencia³. 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 tipo⁴. 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 muerte⁵. Siguiendo con ese caso, los cuerpos legales suelen 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 importante⁶. 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 penal⁷.

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 rai-gambre 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 celeberrimo 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 penales⁹.

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*, Bologna, 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 campo¹⁰. 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 escindirle y aportar un modelo de propuesta *de lege ferenda* y además formar en el estudio también a aquellos que luego harán la jurisprudencia¹¹.

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 argumental¹². 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 culpabilidad¹³. 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 1872¹⁴ y la del tipo según von Beling en 1906¹⁵. 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 modular, 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 criminal¹⁶. 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 inhibitor 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 delinquir¹⁷. 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 Greeff¹⁸. 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 cuestión¹⁹. 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 desparanarán 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 ladronuelos 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 manos²⁰. 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 emplee 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 Bongers, 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 Bongers 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 Bongers, Willem Adriaan, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, G. P. Tierie, 1905.

organización social²³. 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 socializarse²⁵. 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 deshonesto, 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 1985²⁷. 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, verbi-gracia, 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 conductas²⁹. Desde la Dogmática penal von Beling en 1906 reordenó el tipo penal³⁰. Igualmente Roxin en 1963 trabajó sobre el dominio del hecho³¹. 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., Tübinga, 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 Ferrarí, 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 TÉCNICAS, JURÍDICAS E IDEOLÓGICAS PARA EL CONOCIMIENTO Y SANCION DE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA*

Luis 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 criminológica¹, 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 reducido², 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 ellos³, 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-económicas⁴.

Así, a Merton, creador de la Teoría de la Anomía, 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 uso⁵. 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 sociales⁶, 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 compartida⁷.

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 normativo⁸.

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 blanco⁹.

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 LEA¹⁰ 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 penal¹¹, 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 desregulatorias¹³ y favorecedoras de la ausencia de contra fuerzas capaces de advertir e informar sobre el crimen en el seno de las corporaciones empresariales¹⁴.

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 económico¹⁵. 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 ilícitas¹⁶, 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 común¹⁷, 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 determinada¹⁸, 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 política¹⁹.

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 destacados²⁰. 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 acarrear 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 memoriam Alexandri Baratta*, editor Pérez Álvarez, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 52). Aunque, tal vez, no haya sido la intención del autor, el entrecuillado 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.

teórico 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 organizativas²².

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 delinquentes, 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 capitalista²³.

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 patrimoniales²⁴—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 político²⁵.

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 alguna²⁶.

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 delinquentes, 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 blanco²⁷. 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 defraudatorios²⁸. 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 mínimo²⁹, 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 sociales³⁰.

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 conductas³¹.

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 diferenciables³² —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 individuo³³.

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, aunque 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 abducción³⁴ que le aparta del primer plano del sistema penal.

32 Serrano Maillo considera que las posibles especificidades 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 distintas³⁵, 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 social³⁶, 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 control³⁷.

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 segunda³⁹.

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 penales⁴⁰, 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 delictiva⁴¹.

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 rigormismos 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 estas⁴².

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 comenten 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 objeto 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 impenetrable⁴⁴. 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 hermético⁴⁵, 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 Association⁴⁶.

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 delincuencia⁴⁷, 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 mínimos⁴⁸.

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 empresas⁵⁰.

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 mercado⁵¹. 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 Wäcquant⁵² 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. Wäcquant, 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 Criminología⁵³.

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 globales⁵⁴, 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 posguerra mundial se trataba⁵⁶. 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 Europea⁵⁷. 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 seña 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/articulos/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 comunitaria⁵⁸. 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 tráfico 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 práctico⁶¹.

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 subjetiva⁶².

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 afflictivos” (“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 impunidad⁶⁴, 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 interacción, 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 pseudo penal asociadas al delito tales como el cierre de la empresa o la suspensión de actividades acordadas por el juez penal⁶⁶.

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 Baigún, 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 delictivos 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 hacer 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 delictivas⁶⁷ 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 indefinida⁶⁸.

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 ocasión⁶⁹.

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 leyes⁷¹. 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 materializado⁷². 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, Díez 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 penal⁷³ 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 trabajadores⁷⁵—, la tentación de introducir en estos delitos elementos subjetivos especiales relacionados con la intención de perjudicar o elementos característicos de dolos reforzados ha sido habitual⁷⁶.

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 económica⁷⁷, 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 sector⁷⁸. 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 satisfactoria⁷⁹, 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/articulos/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 inculminación 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 infracciones⁸⁰. 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 social⁸¹; 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 crimen⁸².

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 determinar 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 inculminatorias.

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 procedimiento⁸³. 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 inmigrantes⁸⁵.

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 hacia 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 rehabilitadores 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 peligro¹.

* 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 criticable².

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 arts. 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 comportamiento³.

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 tipicidad⁴.

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 drogas⁵.

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 caracterización⁶.

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 eventual⁷.

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 socioeconómicos⁸. 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 esenciales⁹. 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 trabajadores¹⁰ 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 FELJOO, 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 doctrinal¹²– 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 autor¹³.

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 ecológico), 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 un 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 jurídico¹⁴.

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 constatar 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 social¹⁵.

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 afirmativa¹⁶ 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 determinado¹⁷.

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 Kindhäuser¹⁸, 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, trátase 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 totalidad¹⁹.

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 protegido²⁰.

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, contruidos 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 CERZO, 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. FEJOO, 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 sociedad²².

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 garantista²³.

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 tipificación²⁴.

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 individuales²⁵.

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 social²⁷.

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 azar²⁸.

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 penal²⁹. 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 Conviene 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. FEJOO, 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 delitos³⁰.

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-penales³¹.

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 dolo³³.

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 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 este³⁴.

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 lesión³⁵. Y, más concretamente, si se acoge una perspectiva normativa como la que me parece correcta³⁶, 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 abajo³⁷.

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 lesión³⁸.

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 dolo³⁹.

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 consciente⁴⁰.

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 él⁴¹. 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 peligro⁴².

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.

ALCÁZER 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 Penales, 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. Rechtstheoretische

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 acesoriedade 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 repudiam¹.

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 moderno².

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 estudo³. 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, Alemanha.

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 piores

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 crédito⁷.

- b) § 29 BtMG, tráfico de entorpecentes, cujo bem jurídico, segundo a opinião dominante, é a saúde pública⁸. 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 jurídico¹¹. 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 similares¹³. 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 conhecida¹⁴. 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 coletividade¹⁵. 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-consumíveis¹⁹. Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescritção 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 indivíduos²². Esses interesses são divisíveis e portanto individuais. Essa versão da teoria, que poderíamos chamar de *moderada*, é defendida principalmente por Hassemer²³.

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 pessoal²⁴. 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 Strafflosigkeit 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 dualista²⁶. 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 pública²⁹ etc.³⁰ – será muito difícil reconduzir esse bem paradigmaticamente coletivo, porque indivisível, aos indivíduos³¹. 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 penal³². 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 insustentável³³. 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 últimos³⁴. 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*, Parteipendenakquisition 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 Rechtsgutsbestandteil, in: Neumann/Prittwitz (coord.), Personale Rechtslehre 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-juristische 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 incontestado como o mais grave de todos³⁵.

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 corrupção³⁷. 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 maiores 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 Strafrechts 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 deutschen 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 abstrato⁴⁰. 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.º 1*, que também poderia ser chamada de *teste da circularidade*: o fato de que um dispositivo penal não seria legítimo 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 Roxin⁴¹, Schünemann⁴², Hefendehl⁴³, Hörnle⁴⁴ e Anastosopoulou⁴⁵ 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 ser saudável ou enfermo. A saúde pública não passaria de um nome que agrega a soma de todas as saúdes individuais⁴⁶. 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 crédito⁴⁷.

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 coletivo⁴⁸.

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 social⁵⁰.

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 realizados⁵⁴.

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. (cuja crítica se dirige predominantemente 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; *Botke*, 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 desobediência⁵⁵. 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 redescritção de uma sociedade em que há uma obediência generalizada a estas normas⁵⁶. Por ex., a segurança pública não seria um bem afetado em decorrência de comportamentos delituosos, mas a própria situação de não-cometimento de comportamentos delituosos⁵⁷. O mesmo se poderia dizer quando alguém considera que um sentimento⁵⁸ ou a confiança em algo⁵⁹ 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 consequências 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 segurança₂, e com ela designar essas consequências fáticas positivas. O argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo diga que o que lhe importa é a segurança₂, 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 segurança₂, 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 segurança₂), 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 Rechtsguts 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-mediata, 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, Kapitalmarktsstrafrecht 2^a. 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 documental⁶⁵ 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, *Strafgesetzbuch 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

Superintendencias 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 origen 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 Vesces, 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 proviene⁹.

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 Gemeinschaft 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 reprochable 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 Partidas¹⁰.

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 comprendidos 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 Saunague, 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 Tráfico 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 internacional²⁶.

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 Caverro, contenidas en el volumen de García Caverro, 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 inculpação y exculpação *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 psicológico” 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 torno 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 existir *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 toman 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, compartimentabilización 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 concurren 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 concurren 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 redunde 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 concurren 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 procederían 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 idem* (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 competencia. 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, utilizando 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 favoremiento 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 constatare 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 ejerce 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 triple 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 querrela 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 inspeccionadas o de control o de la interposición de la querrela 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 concorra 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 triple, 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 Nº 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 público¹. 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 preventiva².

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 preventiva³. 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 aquellas⁴. 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 suscribir la, 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 notario⁶.”

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 notario⁷. 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, *Ibidem*.

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 expectativas⁸. 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 “publica”. 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 2007¹⁰). 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 intensa¹¹.

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 años¹³.

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. 301.3¹⁵) 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 triple 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, estupefácientes 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 triple.

“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 intervención¹⁶.

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 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 común¹⁸, 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 administrativo¹⁹. 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 notarial²⁰. 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 CP²¹), así como a casos en que se comete una falsedad en documento público por móviles económicos (art. 419 CP²²) o se asesora de forma defectuosa por idénticos móviles (art. 420 CP²³).

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 esta²⁴. 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 manifestamente 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 delito²⁵.

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 realidad²⁶. 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 incurtidas 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 examen²⁸.

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 *de lege ferenda* de prevaricación notarial²⁹. 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 Notariado³⁰.

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 vigente³—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 competencias⁴.

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 extra-penal, 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-Piedecabras / 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 Piedecabras / 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 jurídico⁵. 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 legal⁶.

III. ¿POSICIÓN DE GARANTE COMO CONSECUENCIA DE UN DEBER DE PROTECCIÓN?

La figura del garante-protector (*Beschützer*) se discute en la bibliografía 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 jurídicos⁷. 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 genérico⁸.

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 empresa⁹.

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 previo¹². 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 alguna¹⁴. 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 *Ibidem*, 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 peligrosos¹⁵. 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 posteriormente¹⁶. Esto fue lo sucedido en el ya famoso caso del *Le-der-spray*, 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 contundentes¹⁷. 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 injerencia¹⁸. 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 garante¹⁹. 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 prohíbe 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 permitido²⁰.

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 perspectiva *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 doctrina²⁴.

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 *Ibidem*

17 Vid, entre otras referencias, Kuhlen: *NSiZ* 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 *Ibidem*, p. 136.

21 Kuhlen: *NSiZ* 12 (1990), p. 568.

22 *Ibidem*

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 injerencia²⁵. 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 imparables²⁶.

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 establecimiento²⁷.

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 salvamento²⁹.

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 riesgo³⁰. 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 *Ibidem*, pp. 427-428.

27 Bottke: *Mir Puig / Luzón Peña* (Coord.), 1996, p. 134.

28 *Jakobs: Estudios*, 1997, p. 353.

29 *Ibidem*, 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 *Ibidem*

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 comercializados³⁴. 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 jurídicas³⁵.

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 anterior³⁶.

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 entrega³⁷. 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 acceso³⁸.

C) Por razón de la desestabilización de un foco de peligro preexistente

Gimbernát 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 Ibidem, § 32/203-204.

37 Otto: *FS-Hirsch*, 1999, p. 308.

38 Roxin: *AT. Band II.*, 2003, p. 782.

39 Gimbernát 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 prescritas 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 incendio⁴¹.

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 Fernando 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 lenguaje⁴³.

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 empresa⁴⁴. 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 Ibidem, p. 14.

41 Ibidem, p. 15.

42 Ibidem, p. 17 (la cursiva es mía).

43 Ibidem, 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 mismo⁴⁵.

¿Significa esto que ya por ello necesariamente la empresa en sí 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 propio⁴⁶. Sin embargo, finalmente, sí sostiene que efectivamente la empresa en sí 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 alguna⁴⁷. 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 peligro⁴⁸.

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 personas⁴⁹. 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 actuar⁵⁰. 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 sí misma una posición de garante⁵¹.

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 indomable “a priori””.

46 Sobre este punto Vid.: Demetrio Crespo: *Omisión*, 2009, p. 95 y ss.

47 *Ibidem*, p. 278.

48 *Ibidem*

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 funcional 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 objeciones⁵². 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 sí una especial obligación de intervenir⁵³. 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 derecho⁵⁴.

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 sí 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 deberes⁵⁵.

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 Ibidem, pp. 116-117.

53 Ibidem, p. 117.

54 Ibidem, p. 118.

55 Ibidem, 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 empresas⁵⁷.

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 garantía⁵⁹. 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 omisión⁶⁰.

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 indiferentes⁶¹. 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 sociedad⁶².

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 Ibidem, 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 Ibidem, 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 Ibidem, pp. 347-348.

63 Ibidem, p. 349.

64 Ibidem, 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 daño⁶⁵. 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 públicos⁶⁶. 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 última⁷¹.

2. Para *García Cervera*, 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 Ibidem, p. 351.

66 Ibidem, pp. 362-363.

67 Ibidem, p. 363.

68 Ibidem, p. 363.

69 Feijoo Sánchez: *Cuestiones*, 2009, p. 268.

70 Ibidem.

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 Caveró* 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 Caveró*

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 expuso 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 Caveró: LH-Rodríguez Mourullo*, p. 393.

73 *Ibidem*, p. 394.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*, 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 descentralización⁷⁷. 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 empresarial⁷⁸. 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 dominio⁷⁹.

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 dominan) “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 anteriores⁸², 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 moderna⁸³. 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 asunción⁸⁴. 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 ello⁸⁵.

76 Schünemann: *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 95.

77 *Meini: Responsabilidad*, 2003, pp. 308-309; Schünemann: *ADPCP* (1988), pp. 540-541.

78 *Meini: Responsabilidad*, 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 *Ibidem*, p. 31.

82 Schünemann: *Spanisch-deutsches Symposium*, 1995, pp. 66 y ss.

83 Schünemann: *ADPCP* Vol. LV (2002), p. 31.

84 *Ibidem*, p. 33.

85 *Ibidem*, 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 otro⁸⁶. 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 inferencia, 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 deber⁹⁰, en el sentido de que en ellos

la autoría se funde en la infracción de un deber especial extrapenal⁹¹. *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 autores⁹³. 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 incorrecta⁹⁴, 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 organizativa⁹⁵. 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 „Herrschaftsbereich als übergeordnete materiale Richtlinie”), pp. 334 y ss (§ 22 “Verwandschaft, Gemeinschaft und Übernahme”).

88 *Schünemann*: *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 281 y ss; ID., GA (1974), pp. 231 y Vss.

89 *Schünemann*: RDP 2 (2005), p. 41.

90 Sobre el problema, *vid. supra* (§2) II.

91 *Schünemann*: RDP 2 (2005), p. 42.

92 *Ibidem*, 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 dirigido⁹⁷. 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 separados⁹⁸. 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 último¹⁰².

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 Lascuráin 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 propio¹⁰³, 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 Caveró, 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 *NSStZ* 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. Lascrain 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 Unterlassungsdelikte”, en Böse / Sternberg-Lieben (Hrsg.), *Grundlagen des Straf- und Strafvfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Belin: Duncker&Humblot, 2009, pp. 303-323.

Silva Sánchez, Jesús M^a, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en Silva Sánchez (ed.) Schünemann / Figueiredo Dias (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*, 12^a 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 corporativo¹.
Desearía que nunca hubiésemos oído de Bernie Ebbers².*

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 disfracó 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 Unidos⁴. 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 penal⁵.

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 podridas⁶ y –quizá prestándose una hoja del álbum de Mark Twain⁷– afirmando que mucho de lo que había sido dicho acerca de la desaparición de Enron fue “sumamente exagerado” o simplemente equivocado⁸. 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 C1 (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 fiscales⁹.

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 cooperar¹⁰. 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 año¹¹. 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 maleta¹².

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 Lay¹³. 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 analizar¹⁴. 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 Bribe 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*, Wall 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 Andersen¹⁵, 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 corporativos¹⁷. 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 2006¹⁸, 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 corporativos¹⁹, 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 casos²⁰, 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 persecuciones completadas entre Marzo 2002 y Julio 2004, por ejemplo, los cargos contra ochenta y siete acusados se resolvieron²⁵.

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 cooperadores²⁷

- 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 iguales²⁸. 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 excepciones²⁹, 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 organizaciones³².

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 mayoritario⁴¹. Los acusados en juicio también incluyeron a cinco Directores de Finanzas⁴² y una variedad de otros ejecutivos financieros

y contables⁴³. Hubo también siete Ejecutivos o Vice Presidentes Principales, cinco consultores de inversión, un Director Ejecutivo Legal, y un Vice Presidente para asuntos legales⁴⁴. Solo una entidad, Arthur Andersen, ha ido a juicio hasta la fecha⁴⁵.

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 ninguno⁴⁶.

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 persecución 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 juicio⁵⁹.

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, absolviéron 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 juicio⁶⁰. 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 nivel⁶¹, 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 perjurio⁶². 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 culpables⁶³. Una vez considerado como un plus a causa de que todos los cinco Presidentes anteriores se encontraban entre los testigos cooperadores⁶⁴, 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 fiscal⁶⁵, de otro que tomaba antidepresivos, y de aún otro que engañaba a su esposa⁶⁶. Los Fiscales tampoco tenían alguna ventaja por la falta de pruebas documentales enlazando directamente a Scrushy con el fraude⁶⁷, una desafortunada elección de escenario⁶⁸, el esfuerzo de Scrushy de una campaña efectiva de relaciones públicas antes y durante el juicio⁶⁹, y —créanlo o no— la falta de evidencia de huellas dactilares⁷⁰.

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 sería 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 Fiscalía⁷¹.

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 Enron⁷². Otros llamaron al juicio nulo de la banda ancha un revés y un “segundo golpe” para los Fiscales de Enron⁷³, viniendo como lo hizo poco después de la revocación de la Suprema Corte de la condena a Arthur Andersen por obstrucción de la justicia⁷⁴.

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 millones⁷⁵. 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 Internacional⁷⁶ 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 Ebberts 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 marginales⁷⁷. 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 señal de OK a la mesa de defensores⁷⁸. 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 caso⁸⁰. 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 Swartz⁸¹, y en otros momentos se atasaban en su complejidad⁸². 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 deliberaciones⁸³. 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 culpabilidad⁸⁶. 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 principalmente⁸⁷. “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 Jurado⁸⁹.

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 comentarista 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”. Memorandum 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 juicio⁹⁰, 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 truncan 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 entender⁹².

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 jurado⁹³. 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 acusados⁹⁵. 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	Vere-dicto de Culpabilidad	Segundo Juicio Viciado
Adelphia	D-1	✓				
Cendant	D-1			✓		✓
CSFB	D-1			✓	✓	
Duke Energy	D-1					
Enron Broad-band 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 restantes⁹⁶. 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 juicio⁹⁷.

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*				
ADELPHIA				
Acusación	Acusado	Cargos	Disposición	Estatus
Estados Unidos vs. Rigas	Presidente de Adelphia y Presidente de la junta	Conspiración; fraude de títulos; fraude electrónico; fraude bancario	Condenado por el jurado	Sentenciado a 15 años en prisión
<i>Co-acusados</i>				
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 correos; fraude 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
<i>Co-acusados</i>				
E. Shelton	Vicepresidente ejecutivo de Cendant y Vice-director; presidente internacional y Director de Operaciones	Conspiración; fraude 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 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
<i>Co-acusados</i>				
T. Reid	Vicepresidente ejecutivo de los Gerentes y Supervisores	Mafia de chantaje, fraude 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 electrónico; falsificación de libros y registros	Declaración de Culpa-bilidad 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 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
<i>Co-acusados</i>				
G. Foster	Vicepresidente fiscal de Dynegy	Los mismos	Declaración de Culpa-bilidad 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 Dynegy	Los mismos	Declaración de Culpa-bilidad 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. Balyly	Director de la División Global de Inversión Bancaria Merrill Lynch	Conspiración; fraude electrónico	Condenado por el jurado	Sentenciado a 30 meses en prisión; multa de \$250,000 Restitución de \$295,000
<i>Co-acusados</i>				
J. Brown	Director del Grupo de Arrendamiento de Activos estratégicos y financiero de Merrill 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 Merrill 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 Merrill 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 Culpa-bilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
<i>Co-acusados</i>				
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	_____	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 Culpa-bilidad y Acuerdo de Cooperación	Esperando sentencia
<i>Co-acusados</i>				
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 Culpa-bilidad 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	_____	
<i>Co- acusados</i>					
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	
<i>Co-acusado</i>					
P. Bacanovic	Consejero Financiero de Merrill Lynch	Conspiración; afirmaciones falsas; hacer 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	
<i>Co-acusado</i>					
A. Saad	Director de la Junta y Presidente de Impath	Los mismos	Declaración de Culpa-bilidad	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 Culpa-bilidad	Sentenciado a 24 meses en
<i>Co-acusado</i>				
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 Culpa-bilidad	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
<i>Co-acusado</i>				
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
<i>Co-acusados</i>				
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
<i>Co-acusados</i>				

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
<i>Co-acusado</i>				
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
<i>Co-acusado</i>				
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. Ebberts	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 formal². 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 delictiva³. 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 Cervera, *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 sustancia⁴.
- 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 Lurca).

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 hecho⁵.

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 participe, 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 tener⁶. 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 dolosa⁷. Una exigencia esta última que se mantiene también en aquellos casos en los que tal sujeto únicamente puede ser considerado participe 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 omisión⁸.

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 posibles⁹:

- a) En primer lugar, aquellos casos en los que el *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, participe”. En tal sentido también García Caveró, *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 Caveró, *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 Caveró, *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 Caveró, *InDret*, 3/2006, pp. 8-10.

o participe (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 instrumentalizado¹⁰.
- 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 testafarro 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 testafarro 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 testafarro 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 testafarro, 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 tener¹¹.

11 Un planteamiento que parece hallarse implícito en algunos razonamientos de García Cervera, *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. Una 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 participación¹². 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. *Ibidem*, 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” (*Ibidem*, 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 responder¹³. 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 eventual¹⁴.

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 testafarro 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 testafarro 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 receptor sobre las características del delito previo para considerar que estos han obrado con dolo¹⁵.

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 trafica¹⁷. 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 exige¹⁸. 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 Baciagalupo 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 conocimiento¹⁹.

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 testafierros 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 Lurca), 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 actuaran 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 amplio²⁷. 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 sencilla²⁸.

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 constatar 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 texto²⁹. 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 notables³⁰. 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 ello³¹. 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 estas 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. Ciertamente 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 esas 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 personas³². 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 cuestión³³.

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 Lúcar) (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 Lúcar) (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 Caveró, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

García Caveró, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, Lima (ARA Editores-Universidad de Piura), 2003.

García Caveró, 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 (Cotex), 2001.

Groß, Bernd, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften*, 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, München (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 DOCTRINA 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.
(Ensaio 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. ADOCTRINADACEGUEIRADELIBERADA

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 deliberada¹.

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 Universitario 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 ignorância².

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 conhecimento³.

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 criminosa⁴.

- 2 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafierro 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 potencial⁵.

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 conhecer⁶.

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 qual⁷. 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 1899¹⁰.

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 IBC-CRIM. 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 económico y empresarial: un esbozo de una teoría general de los delitos económicos*, 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 económico 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 en 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 en 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 concluir-se que o agente atuou com fundada suspeita de que poderiam ser drogas, mas preferiu não certificarse 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 addivinção, ela deveria ter consciência dos fatos, tampouco que foi negligente em reconhecer o que estava acontecendo. Ao contrário, deve restar provado –reputa-se: acima de qualquer dúvida razoável– que a acusada, motivada e deliberadamente, evitou descobrir todos os fatos¹⁶.

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 condenação¹⁷.

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.3d 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.2d 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 doutrina²⁰. 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 acolhendo²² 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 cegueira 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 testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 15.

21 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal económico 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 en derecho penal*, p. 35).

o desconhecimento provocado faz supor o dolo, ainda que falte o grau de conhecimento que essa figura exige²³. 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 conhecimento²⁴.

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 conduta²⁵.

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 subjetivo²⁶.

Assim, apesar da sua crescente utilização, a doutrina da cegueira deliberada desperta dúvidas quanto à sua recepção pelo direito penal espanhol²⁷.

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 figura²⁸. 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 refram 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 concretos²⁹. 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 testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. p. 15.

24 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro 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 testafarro 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 nacional³¹.

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 Nº 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 Nº 5520-CE (processo Nº 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 deveriam 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 antecedentes³³. 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 absolvição³⁴.

Afora esse paradigmático caso, existe ainda outro precedente de aplicação da doutrina pelo Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos da apelação criminal Nº 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 Moraes, 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 Nº 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 lavagem³⁵.

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 julgador³⁷.

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 de-seje 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 direto⁴¹. 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 capitais⁴². 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 I⁴⁵)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 garante⁴⁷ em relação à inevitabilidade 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 penal⁴⁹. 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 conduta⁵⁰.

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 Pitombo⁵¹ e Marco de Barros⁵². 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 prático⁵³.

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 consciente⁵⁴. 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 criminoso da transação⁵⁶.

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 Nº 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 objetiva⁵⁷.

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 criminoso. De qualquer forma, será o contexto probatório, e não somente um ou outro fato isolado, que permitirá uma conclusão mais segura⁵⁸.

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 brasileiro⁵⁹.

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 tarefa⁶⁰.

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 dolo⁶¹.

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 testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 18-19.

61 Ragués i Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafierro 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 dinheiro⁶². Assim, para o autor, a doutrina da ignorância deliberada não pode merecer, ao menos por ora, uma valoração positiva⁶³.

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 proporcionalidade⁶⁴.

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 consequências⁶⁵.

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 nacional⁶⁶ 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 testafierro 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 Saragamo– 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 Moraes, 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 Nº 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 económico y empresarial: un esbozo de una teoría geral de los delitos económicos. *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 juizes 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 Fiacco, 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 testafierro 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 ilegal², en la medida que las grandes ganancias, productos y efectos de este ilícito³, 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 Viena⁴, que tipifica el blanqueo de capitales diferenciando los actos de conversión y transferencia, frente a los de ocultamiento y tenencia⁵, 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 Palermo⁶ adoptada el 15.11.00, mantiene esa diferencia⁷, 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 organización⁸.

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 o 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 señalado⁹. 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-JUS¹⁰. 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 real¹².

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 Pucio, quien la presidió, Víctor Prado Saldarriaga, Julio Bueno Tirado, Oscar Kea Velaochaga, Rosa Mavila León, Ricardo Soberrón 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 otros¹³. 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 no¹⁵. 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 cosa¹⁶. 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 capitales¹⁷, 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 transformaciones¹⁸. 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 Caveró, 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 Caveró, 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 omnicompreensiva 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 supuestos²⁴. 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 investigada²⁵.

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 oneroso²⁹, y puede implicar la transferencia del dominio o propiedad, de la posesión o de la simple tenencia³⁰.

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 tercero³², lo que dicho de

- 20 En esa línea, Galvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., p. 77. Gómez Inieta, 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 Caverro, 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 Caverro, 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, Ius- tel 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-civil³³, 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 activos³⁴, 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 disposición³⁵. 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 bienes³⁶, 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 nacional³⁷. 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° 27765³⁸. 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° 986³⁹. A diferencia del tipo de conversión

33 Como parece entender García Caverro, 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 Caverro, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 497.

38 García Caverro, 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 transferencia⁴¹, 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 transferencia⁴². 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 ocultamiento⁴³. La **adquisición** supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito⁴⁴, 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 propiedad⁴⁶, aunque por cualquier título⁴⁷, 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 delictivo⁴⁸, 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 Caveró, 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 Caveró, 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 Caveró, Percy, *Derecho penal económico. Parte Especial*, cit., p. 498.

tenencia del Derecho civil clásico⁴⁹, 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 sucesivo⁵⁰, 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 ocultarlo⁵², es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor⁵³. En la **custodia** el autor va más allá, si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión⁵⁴, ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen⁵⁵. 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 jurídico⁵⁶, 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 ellos⁵⁷.

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 delictivo⁵⁸, 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 refiérase 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 Caveró, 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 Caveró, 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 Caveró, 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 Caveró, 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 bien⁶¹, sin que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas por se ilícitas⁶².

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 obligados⁶³, 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 activos⁶⁴ y reportar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten⁶⁵. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes⁶⁶, así como la optimización de su rendimiento⁶⁷, de las

cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener⁶⁸. 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 recientemente⁶⁹, 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 Caveró, 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 movilizadas, 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 incorporeales, 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 preparación⁷⁰, puedan considerarse como objeto material de lavado de activos⁷¹, 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 delictiva⁷², 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 delito⁷³. 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 antecedente⁷⁴.

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 derecho⁷⁵, pues el blanqueo persigue la integración de bienes de apariencia legítima en el patrimonio del autor⁷⁶. 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 lícito⁷⁷, 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 lavador⁷⁸, 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 Caverro, 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 establece 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 punición⁷⁹. 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 Tributaria⁸⁰, preveía una pena atenuada cuando el tributo defraudado no superaba las 5 UIT⁸¹, 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 administrativos⁸², 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 gravedad⁸⁴. 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 económica⁸⁵. En efecto, frente a los diferentes sistemas de determinación legal del delito fuente en el Derecho comparado⁸⁶, 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 pluralidad de diferencias de bien jurídico protegido, la receptación tutela el patrimonio⁸⁸ y el lavado de activos el sistema de administración de justicia⁸⁹, 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 extorsión⁹⁰ 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 Caveró, 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 Caveró, 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-empresarial*. 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 grave⁹¹, pero ello no acontece *de lege lata* en nuestro sistema que prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que pueden generar beneficios⁹², 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 cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa⁹³, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo⁹⁴.

De acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal⁹⁵, 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 cometió⁹⁶, 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 provisiones 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 Caverro, 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 bienes⁹⁷, 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 cerrarse⁹⁸. Esta interpretación correctiva fue complementada en nuestro medio con los aportes de la doctrina española⁹⁹, 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 penal¹⁰⁰, 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 capitales¹⁰², o la “*relación de integración*” porque el hecho previo es solo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo¹⁰³. 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 Caveró, 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 Caveró, 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 ausente¹⁰⁶. 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 Viena¹⁰⁷ y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo¹⁰⁸ que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria¹⁰⁹. 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 activos¹¹⁰.

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 particular¹¹¹ 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 activos¹¹² 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 mismo¹¹³. 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 legal¹¹⁵.

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 Viena¹¹⁶ y de Palermo¹¹⁷. 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 nacional¹¹⁸, 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 Fundamental¹¹⁹. Evidentemente

113 Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, cit., pp. 92-93. García Caverro, 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 razonabilidad¹²⁰ 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 conducta¹²³, 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 blanqueo¹²⁶. 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 teleológicas¹²⁹, 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 Geldwäsche: 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 ilegal¹³⁰, 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 ilícita¹³¹. 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 precedente¹³³. 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 porcentual¹³⁶, 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 correspondiente¹³⁹; 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 contaminante¹⁴⁰; 3) las transmisiones 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 mezcla¹⁴¹; 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 jurídico¹⁴³; y, 7) si se produce la prescripción o despenalización del hecho delictivo, el origen delictivo del bien desaparece, el bien se descontamina¹⁴⁴.

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 activos¹⁴⁷–, 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 típica¹⁴⁸, 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 lícito¹⁵⁰. 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 “*cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*” los bienes¹⁵¹, 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 adquirente¹⁵², 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 peruano¹⁵³, 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 Caverro, 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 decomisables¹⁵⁶.

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 proscribire 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 comiso¹⁵⁸, 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 legal¹⁶⁰. 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 capitales¹⁶¹.

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 lícito 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 consumir 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 inocuidad, una serie de reglas previas o coetáneas a la norma penal¹⁶⁵ 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 permitido¹⁶⁶ 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 beneficios¹⁶⁸. 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 emparejar 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 decomisible –“(…) 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 Caveró, 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 Caveró, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.*, cit., p. 747, texto entre paréntesis añadido.

o defecto de organización, o deficiente administración del riesgo¹⁷¹, como ha establecido el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.09¹⁷². 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 decomisible, 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 razonable¹⁷⁴, 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 permitida¹⁷⁵. 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 fondos¹⁷⁶, 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 Feijóo 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 general¹⁷⁸, 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 penal¹⁷⁹. 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 receptación¹⁸⁰. 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 eventual¹⁸², 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 1918¹⁸³. 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, Peña 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. 6¹⁸⁴, 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 Antidroga 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 eliminada¹⁸⁵. 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 peligro¹⁸⁷ abstracto¹⁸⁸, 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 típico¹⁹⁰, 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, transferencia, 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 ser abarcado por el dolo, la tipicidad subjetiva no demandaba la concurrencia de otros elementos subjetivos¹⁹¹.

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 bienes¹⁹². 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 cortado¹⁹³. 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 Caverro, 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 conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente*” (pf. 2 *ab initio*), “*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 distintos 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 ocasiones¹⁹⁶ 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

grave¹⁹⁹. 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 ellas²⁰⁰. 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 infracción²⁰¹, 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 Caveró, 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 activos*, 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 culpa²⁰⁴, indiferencia²⁰⁵ 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 Caveró, 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 Caveró, Percy, Derecho penal económico. Parte especial, cit., pp. 507-508.

206 En esa línea, Gálvez Villegas, Tomás Aladino, El delito de lavado de activos, 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 alemana²¹², la española²¹³ o la argentina²¹⁴ 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 anglosajón²¹⁶, 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 psicológica, contingente y natural: una presunción, es decir la representación hipotética o “sospecha fundada” del origen ilícito del bien que se lava²¹⁷. 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 estipulada 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 conscientemente 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 severo²²⁰, motivación que en términos del D. Leg. N° 1106 debe cifrarse en la violación deliberada o la huida de ese deber de representación. Pero si 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 Caveró, *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.

