









ADPE N° 3 (2015)

ANUARIO
DE DERECHO PENAL ECONÓMICO
Y DE LA EMPRESA

Director Dino Carlos Caro Coria

ISSN 2224-9699
ISSN-e 2226-3616

© **2015 CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, CEDPE S.A.C.**, inscrito en la Partida Electrónica N° 12282443 del Registro de Personas Jurídicas de Lima. Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 30.3.11, Certificado N° 00065770. Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 370, San Isidro, Lima 27, Perú. Tfs. +51 1 5149100, www.cedpe.com, cedpe@cedpe.com

© **2015 ANUARIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, ADPE S.A.C.**, Marca Registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, desde el 20.5.11, Certificado N° S00066668.

Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 201112202

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

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

Diagramación: Ximena Zender, ximenazender94@gmail.com

Impresión: Gráfica Bracamonte de Gustavo Bracamonte Heredia

Eloy Ureta 076, San Luis, Lima, Perú

Edición de 500 ejemplares

Junio de 2015

ÍNDICE

DOCTRINA

- SOBRE LAS PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE
Thomas Rotsch 13
- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL
José Luis De La Cuesta Arzamendi 31
- LA NATURALEZA JURÍDICA CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LA MAL LLAMADA
RESPONSABILIDAD “PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
Luis Gracia Martín 63
- EL MODELO ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
José Luis González Cussac 97
- EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL MEDIO AMBIENTE: UNA EVALUACIÓN CRÍTICA
José Manuel Paredes Castañón 111
- LA PROTECCIÓN (¿PENAL?) TRANSNACIONAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS:
EL EJEMPLO DE ESTADOS UNIDOS
Carlos Gómez- Jara Díez 125
- LA UNIÓN EUROPEA Y LA ARMONIZACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL
DERECHO PENAL DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN ¿EN BÚSQUEDA DE UNA
POLÍTICA CRIMINAL?
John A.E. Vervaele 141
- TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO,
PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y FRAUDE FISCAL
Juan Carlos Ferre Olivé 169

- PROTECCIÓN PENAL DE LOS CONSUMIDORES

Javier Valls Prieto 177

- CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO DEL EMPLEADO PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL FRAUDE CORPORATIVO

Gabriel Adriasola 197

- LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL POR LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Rosario de Vicente Martínez 205

- LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Julio Díaz- Maroto y Villarejo..... 223

- EL CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO Y LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA

Miguel Díaz y García Conlledo 241

- SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES. SOBRE EL ASUNTO MICHAUD V. FRANCE DE 06 DE DICIEMBRE DE 2012 DEL TEDH

Isidoro Blanco Cordero 253

- LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL COMPLIANCE: OFFICER
ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL NUEVO DELITO DE OMISIÓN
CULPOSA DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

Luis Miguel Reyna Alfaro 273

- DINERO SUCIO: DE LA CRIMINALIDAD CLÁSICA A LA CORRUPCIÓN

Miguel Ángel Núñez Paz 289

INTERDISCIPLINARIA

- LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO

Francisco Muñoz Conde 305

- MEDITACIONES POSTMODERNAS SOBRE EL CASTIGO: ACERCA DE LOS LÍMITES DE LA RAZÓN Y DE LAS VIRTUDES DE LA ALEATORIEDAD (UNA POLÉMICA Y UN MANIFIESTO PARA EL SIGLO XXI)
Bernard E. Harcourt 331

- PERSPECTIVAS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL ESTADO ECOLÓGICO
Ken Takeshita 355

RECENSIONES

- PROTECCIÓN DE LA MEMORIA Y DERECHO PENAL: UNA REFLEXIÓN SISTEMÁTICA Y COMPARATIVA DEL DELITO DE NEGACIONISMO [NOTAS SOBRE EMANUELA FRONZA “IL NEGAZIONISMO COMO REATO” (EL NEGACIONISMO COMO DELITO), GIUFFRÈ, MILANO, 2012]
Alessandro Gamberini 363

- CRIMINAL COMPLIANCE: ENFOQUES MULTI E INTERDISCIPLINARIOS. RECENSION A “REGULATING CORPORATE CRIMINAL LIABILITY” DE DOMINIK BRODOSKY/ MANUEL ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA/ KLAUS TIEDEMANN/ JOACHIM VOGEL (EDS.)
Luis Miguel Reyna Alfaro 369

INFORMES

- MEMORIA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA.
..... 373



DOCTRINA



SOBRE LAS PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE*

Thomas ROTSCH**

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL TEMA

He recibido con especial alegría esta invitación a Argentina / Chile. Aunque no hablo español, me gustaría al menos realizar mi conferencia en español –con la esperanza de no estar exigiéndoles demasiado con ello–. En consecuencia en mi exposición, que durará 30 minutos, examinaré el (supuesto) ámbito fronterizo entre la ciencia y la práctica del criminal compliance. Para ello, en primer lugar (en el título II.), se efectuará una aclaración del concepto de criminal compliance, antes de que se pueda abordar el origen del fenómeno (III. 1.). A esto se añaden algunos esfuerzos para una concretización más exacta del concepto (III. 2.) y la revisión de las primeras fundamentaciones teóricas (III. 3). Algunas otras preguntas científicas y prácticas del criminal compliance, elegidas de manera selectiva, se presentarán brevemente (III. 4.) Vamos a ver que las fronteras en ocasiones se desdibujan.

II. DE COMPLIANCE A CRIMINAL COMPLIANCE

Cuando uno desea aproximarse al par de conceptos “criminal compliance” (o compliance penal) es imprescindible, en primer lugar, tener presente que con ello se debe describir un particular fenómeno jurídico-penal, cuyo origen –como suele suceder– no está en el de-

recho penal. Mejor dicho, con dicho concepto se hace referencia a una especial forma –sólo penal– “del compliance”. En virtud de estas condiciones se trata ni más ni menos que del hecho que el derecho penal es un área del derecho esencialmente accesoria y que, por consiguiente, sigue (no sólo a la práctica jurídica, sino que especialmente) al derecho civil y público, y depende de sus particularidades.¹

Ya la ciencia se ha ocupado del fenómeno jurídico-penal de compliance con varios años de retraso con respecto al resto (no jurídico-penal) de la discusión de compliance. En la práctica, por el contrario, al principio las sospechas más diversas han obstaculizado el compliance jurídico-penal. Es así que desde el inicio de la recepción de la idea de compliance en la práctica de asesorías y capacitación la etiqueta de derecho penal es tratada con la mayor de las reservas. Recién desde hace poco –y con razón– se introduce la comprensión de que precisamente el criminal compliance o su infracción es lo que frecuentemente puede producir las consecuencias más decisivas para los dependientes de todos los niveles de la empresa, aunque también para la propia empresa²⁻³. Entretanto la asesoría preventiva de compliance, por las razones más variadas⁴, ha asumido una velocidad, dinámica y una extensión a la que no sólo la fundamentación científica del criminal compliance apenas puede seguirle el paso, sino que el asunto de un asesoría preven-

* Traducción desde el alemán “Von wissenschaftlichen und praktischen Fragen der Criminal Compliance” de Jaime Winter Etcheberry.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Gießen.

¹ Cfr., por ejemplo, BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, t. 1, 4a Ed. 1922, p. 3 ss., 73, 166; EL MISMO, Handbuch des Strafrechts, t. 1, 1885, p. 9 y s., 155 y ss.; DAHLEM, Das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht, 1919, p. 9; HOYER, FS Kreutz, p. 691 (692); LÜDERSEN, FS Eser, p. 163.

² ROTSCH (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 45.

³ ROTSCH, ZIS 2010, 614.

⁴ Vid. al respecto, ROTSCH, (ed) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 62 y ss.

tiva jurídico-penal orientada al cliente no es –por decir lo menos– siempre útil. Especialmente, no debe perderse de vista en el análisis del criminal compliance esta (falsa) dicotomía entre una ciencia (incluso hoy en día) ciertamente lenta y obligada a la minuciosidad, y las muy distintas restricciones a las que está sujeta la práctica de la asesoría.

1. COMPLIANCE

El concepto de compliance en el derecho⁵ no se ha aplicado de forma homogénea. Así, es posible diferenciar fundamentalmente entre tres aplicaciones conceptuales: En primer lugar, desde un enfoque básico surge la pregunta de qué se entiende, en general, bajo el concepto de “compliance” (al respecto en a.). Además, el concepto se aplica en un sentido meramente organizativo (vid. en b.). Y finalmente se aplica un concepto de compliance orientado a ciertas medidas (vid. en c.). Todas estas aplicaciones conceptuales tienen –de distintas maneras– repercusiones en la comprensión del criminal compliance (al respecto en 2.)

a) El concepto de compliance desde un enfoque básico

El concepto en inglés de compliance signifi-

ca “cumplimiento”, “conformidad” o “seguimiento”.⁶ Se trata de un concepto relacional (Relationsbegriff), cuyo significado sólo puede inferirse a través de su objeto de referencia. En la adopción del concepto médico original⁷ es de suponer que bajo la idea de compliance –“to be in compliance with the law”⁷– en un sentido absolutamente básico se entiende comportarse en conformidad “con el derecho vigente”.⁹ Este primer intento de definición requiere de una concretización desde dos puntos de vista:

La equiparación compliance = cumplimiento del derecho –que como inmediatamente veremos en realidad es cualquier cosa menos una “perogrullada”¹⁰– ha sido diferenciada y concretizada con una velocidad que hasta hoy pocas veces se ha visto. Mientras tanto, aumentan las voces que hablan de un cambio de paradigma¹¹ en el derecho penal, el que probablemente incluso puede fundamentar un cambio de la imagen humana.¹² De hecho, existen indicios de que el fenómeno del compliance, que refleja el punto por el momento culminante de una evolución desde la confianza en la fidelidad de la norma del individuo en un sentido Feuerbachiano a una propagada desconfianza general del Estado frente a los destinatarios de la norma¹³, se adorna, sin embargo, con la bastante parado-

⁵ Sobre su origen en la medicina, vid. A/R-ROTSCH, 1. Parte Cap. 4, número marginal 1; STÖBER, NJW 2010, 1573; BOCK, Criminal Compliance, p. 19.

⁶ v. BESELER/JACOBS-WÜSTEFELD, Law Dictionary, Fachwörterbuch der anglo-amerikanischen Rechtssprache, 4a ed. 1986.

⁷ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap., número Marginal 1; STÖBER, NJW 2010, 1573; BOCK, Criminal Compliance, p. 19.

⁸ Rotsch, ZIS 2010, 614.

⁹ Vgl. BOCK, ZIS 2009, 68; EL MISMO., Criminal Compliance, p. 1; A/R-Rotsch, 1a parte 54º cap., número marginal 1.

¹⁰ Uwe H. SCHNEIDER, ZIP 2003, 646. Ya en el año 2013 esta objeción fue comentada –en el 35º Strafrechtslehrertagung en mayo en Zurich– en la discusión (de MÜLLER, Cfr. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 659 [665]) posterior a la conferencia de ROTSCH (ZStW 125 [2013], 481), cuando también la vehemente reacción en contra (especialmente. von HASSEMER, vid. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 665 y s.) mostraron con claridad que en último término es injustificada.

¹¹ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 481; ENGELHART, RW 2013, 208; SCHÜNEMANN, GA 2013, 193 (195 y ss.).

¹² Así expresamente SCHÜNEMANN, GA 2013, 196. HASSEMER (vid. YOUSEFF/GODENZI, ZStW 125 [2013], 665) habló en la Strafrechtslehrertagung de 2013 sobre una “Despedida de la idea de bien jurídico”.

¹³ Cfr. en principio sólo SCHÜNEMANN, GA 2013, 196.

jal supuesta exigencia de la autoridad, de que en la delimitación de estos peligros que surgen de los destinatarios de la norma, igualmente deben también ser ellos quienes deben de manera autorresponsable hacerse cargo de dichos peligros. Todas estas facetas no eran tal vez previsibles al inicio de la discusión y todavía estamos lejos de una aclaración de las preguntas que con ello se han planteado. Con esto sólo quiero decir: el dicho de “vino viejo en vasijas nuevas” debe ser ahora definitivamente sepultado.

aa) El primer punto de vista sobre la ya referida concretización del concepto de compliance modifica la comprensión de la idea de seguimiento del “derecho”. Si el compliance efectivamente se circunscribiera a ello, el objeto de referencia del compliance en el derecho sería lisa y llanamente “el derecho” –y realmente no habremos agregado nada nuevo–.

Sin embargo, ha llegado a reconocerse que la realidad de las empresas no se trata meramente de seguimiento del derecho, y con ello de conformidad con el derecho, sino que más bien se trata de “conformidad con reglas”. Esto se debe a que es de hecho completamente irrelevante qué naturaleza tienen estas reglas; esto es, no es necesario que se trate realmente de reglas jurídicas.¹⁴ Más bien, puede tratarse tanto de leyes en sentido formal, como de estándares sectoriales específicos o incluso meramente de declaración de intereses con una motivación ética.¹⁵ La primera concretización de la definición conceptual se efectúa sobre la precisión del objeto de relación jurídico del compliance: compliance no es (sólo) conformidad con el derecho, sino (de manera más

amplia) con reglas, es decir, por consiguiente, armonía con mandatos de comportamiento –incluso no jurídicamente vinculantes de manera directa–.¹⁶

bb) El primer punto de vista sobre la ya referida concretización del concepto de compliance modifica la comprensión de la idea de seguimiento del “derecho”. Si el compliance efectivamente se circunscribiera a ello, el objeto de referencia del compliance en el derecho sería lisa y llanamente “el derecho” –y realmente no habremos agregado nada nuevo–.

A la segunda concretización de la idea de compliance como comportamiento en conformidad con el derecho vigente le concierne la pregunta de a qué se hace referencia con la alusión al derecho “vigente”. Es evidente que una cierta impenetrabilidad de las exigencias jurídicas ha sido una de las condiciones de origen del compliance. Esto debido a que hasta ahora, claramente, el compliance se desarrolla ahí donde las exigencias jurídicas no son comprensibles sin más para una persona cualquiera y, con ello –en el ámbito de un comportamiento preventivo conforme a derecho– no son anticipables. Por el contrario, allí donde el mandato normativo es claro y unívoco y, por ello, es internalizado por el destinatario de la norma, es obvio que no se requiere del compliance. Esto es posible comprobarlo con una ojeada en aquellas áreas del derecho civil y penal en las que el compliance juega un rol importante hasta ahora: Así puede destacarse el derecho del mercado de valores, que en Alemania fue el punto de partida de la idea de compliance¹⁷, así como el derecho penal económico a través de sus bastante

¹⁴ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 483)

¹⁵ Sin embargo, distinto en BOCK, Criminal Compliance, p. 20, que habla de “Hard Compliance” que no debe incluir puntos de vista morales, éticos o económicos. Eso desconoce no sólo la fenomenología práctica del compliance; además no es claro qué se pretende al circunscribirlo de esa manera.

¹⁶ Correctamente advertido por FUCHS, p. 27. Una pregunta completamente distinta es qué relevancia tienen tales órdenes de comportamiento respecto a la pregunta sobre la facultad de ser consideradas en el marco del criminal compliance. Cfr. Al respecto, ROTSCH (ed.), Handbuch, §1 número marginal. 54 y ss., § 2 número marginal 20 y ss.

¹⁷ Vid. Al respecto ROTSCH (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 19.

grandes complejidades y dificultades. Esta complejidad de las exigencias jurídicas generó, en primer lugar, la necesidad de una asesoría profesional preventiva, y sólo en virtud de ello se posibilitó, en realidad, el impulso del compliance.

b) El concepto de compliance desde el punto de vista organizativo

Corresponde diferenciar esta comprensión básica del compliance con el concepto de compliance en sentido organizativo.¹⁸ Con dicho concepto se describe aquel departamento de la empresa encargado de la tarea de asegurar el cumplimiento de las reglas que corresponda.¹⁹ Semejante comprensión organizativa no tiene de manera inmediata ninguna repercusión jurídico-penal relevante. Sin embargo, puede ganar cierta importancia, por ejemplo, cuando se trate de la pregunta de si y en qué medida los asesores de compliance, en el marco de un delito de omisión impropia, poseen una obligación de garante para la prevención de un resultado contemplado en una descripción típica.²⁰

c) El concepto de compliance desde un enfoque orientado a las medidas

Además, el compliance encuentra aplicación en el sentido de que bajo dicho concepto se entiende la totalidad de las medidas que deben asegurar el comportamiento lícito de los dependientes de la empresa. Se trata, entonces, de una comprensión del concepto orientada a las medidas.²¹ Se resume esta comprensión de compliance con el concepto de Compliance-Management-System (CMS).

2. CRIMINAL COMPLIANCE

En un sentido absolutamente básico, el compliance se trata de conformidad con las reglas, así el “criminal compliance”, como “compliance relacionado con la criminalidad”²², tiene fundamentalmente como objeto el cumplimiento de las reglas jurídico-penalmente relevantes. El concepto de compliance relacionado con la criminalidad se ajusta correctamente, porque trae implícitamente aparejado que no existe un compliance jurídico-penal originario.²³ Más bien, cualquier tipo de esfuerzos de compliance son, en primer lugar, fácticos y nunca originariamente de naturaleza jurídica. Sin embargo, finalmente son siempre dirigidos a la evitación de la responsabilidad jurídica, y serían también dirigidos a la consecución de la finalidad definitiva consistente en la maximización económica de las ganancias. Así, las medidas fácticas para el seguimiento del derecho tienen que ser capaces de anticipar la responsabilidad jurídica.²⁴ De este modo, por ejemplo, mientras en el ámbito del compliance civil se trata de la evitación de que se dé origen a un derecho a indemnizar perjuicios, el criminal compliance tiene como finalidad la evitación de sanciones jurídico-penales.

Al principio de la discusión sobre compliance en derecho penal, hace no más de cinco años, la literatura científica se inclinaba a equiparar el compliance con los planteamientos problemáticos ya conocidos hace tiempo del derecho penal (económico). Esa equiparación parece haber sido igualmente superada²⁵ como el no

¹⁸ Cfr. ROTSCH, ZStW 125 (2013), 483.

¹⁹ Cfr. HAUSCHKA-GEBAUER/NIEMANN, § 36 número marginal 1; PARK-BOTTMANN, cap. 2 A número marginal 1.

²⁰ Al respecto en general ROTSCH (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 2 número marginal #; detalladamente DANNECKER, en: Rotsch, en el mismo trabajo, § 5 número marginal #.

²¹ A/R-ROTSCH, 1a 4º cap. número marginal 4; Uwe H. SCHNEIDER, ZIP 2003, 646; BOCK, ZIS 2009, 68; HAUSCHKA-HAUSCHKA, § 1 número marginal 2; PARK-BOTTMANN, número marginal 2.

²² PARK-BOTTMANN, cap. 2 A. número marginal 3. Cfr. también LEWISCH, p. 71, quien habla de compliance relacionado con el derecho penal.

²³ Cfr. ROTSCH, ZStW 125 (2013), 484.

²⁴ ROTSCH, ZIS 2010, 615 y s.; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 484.

²⁵ En detalle ROTSCH (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 12.

justificado paralelo entre criminal compliance y prevención de la corrupción.²⁶

Para prevenir la responsabilidad jurídica (jurídico-penal) se debe anticipar si un comportamiento determinado es o no jurídico-penalmente relevante. En este cambio de punto de vista –desde un enfoque retrospectivo de un derecho penal tradicional-reactivo a un, en lo central, prospectivo sistema de administración moderno-preventivo– se encuentra el elemento fundamental y, a la vez la dificultad particular, muchas veces apenas superable, del criminal compliance.²⁷ Sin embargo, mientras que en amplias áreas del derecho penal económico es apenas posible prever *ex ante* acciones empresariales de relevancia jurídico-penal, el Tribunal Supremo Alemán (en adelante BGH) –claramente social-psicológico– se inclina siempre, más bien, por un cómodo punto de vista *ex post* bajo el impacto del daño (o resultado típico) ya producido, en cuya evitabilidad se basa para determinar en la práctica la punibilidad. Esto agudiza en gran medida el problema.²⁸ Así, tanto el destinatario de la norma como también el abogado que desarrolla su actividad en la asesoría de compliance naturalmente se ve confrontado con el frecuentemente equívoco mandato normativo en el derecho penal económico en –y no después de– la concreta situación de comportamiento. La objeción evidente respecto a esto, esto es, que se trataría de una particularidad que no solo es propia del criminal compliance, sino que la valoración retrospectiva de las circunstancias que hace el tribunal estaría en la naturaleza del asunto, no es válida. El derecho penal nuclear se funda en la expectativa de que el autor conoce y entiende la norma prohibitiva, y que por eso cumple un mandato normativo generalmente unívoco, consentido éticamente y, con ello, internalizada por el destinatario de la norma. Por el contrario, en el derecho penal económico abundan frecuentemente los tipos penales

flexibles formulados en la frontera de la indeterminación inconstitucional. En esa medida, el riesgo de la actividad económica es doble. No sólo el riesgo económico-empresarial debe ser (frecuentemente de manera difícil) ponderado por los interesados; también el riesgo de comportarse de manera jurídico-penalmente relevante es normalmente en realidad menos previsible que en el ámbito del derecho penal nuclear. Sin embargo, donde la relevancia jurídico-penal de los comportamientos no es previsible, difícilmente será posible encontrar medidas efectivas para la prevención de la responsabilidad jurídico-penal. Por ello, la necesidad de la anticipabilidad de la responsabilidad jurídico-penal es un elemento esencial del criminal compliance como medio de la gestión de riesgos normativos.

Debido a que en la práctica normalmente está en cuestión la licitud de una actividad empresarial específica, surge, en primer lugar, la necesidad de contestar la pregunta de si ésta –una conducta razonablemente en duda bajo el punto de vista económico– debe dejar de realizarse, porque en caso de ser ejecutada existe la amenaza de una sanción penal. En caso afirmativo, cabe establecer, entonces, en una nueva etapa, aquellas posibilidades de conducta que son jurídico-penalmente inofensivas. De todo esto se hace especialmente claro que la complejidad específica del derecho es la que paradójicamente al mismo tiempo fundamenta y delimita el fenómeno del compliance: sin esta complejidad no se requiere ninguna medida de seguridad preventiva, al mismo tiempo, es dicha complejidad la que dificulta la finalidad más importante del compliance –la anticipabilidad y evitabilidad de las sanciones jurídicas–.

Cuando se trata de procesos comerciales complejos, que de manera frecuente y cada vez más, como consecuencia de la internacionalización, en muchas empresas no están circuns-

²⁶ Cfr. A modo de ejemplo SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, 2010; PIETH, *Anti-*

²⁷ *Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2011.

Así ya en ROTSCH, ZIS 2010, 615 y s. De acuerdo, por ejemplo, HINTERHOFER, ZFR-Spezial 2010,

²⁸ 63 y s.; HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 21.

critos solamente a su propio país, la seguridad jurídica es cualquier cosa antes que algo fácil de garantizar. En el tráfico económico se originan una multiplicidad de peligros de responsabilidad, cuya realización todavía sólo es evitable mediante las referidas precauciones. Es por esto que el compliance correctamente entendido es algo muy distinto a una peregrinada y de ningún modo algo trivial.²⁹ El hecho de que el compliance se ha convertido en un tema inflacionariamente de moda no sólo en Alemania³⁰ no debería cambiar la visión de que ya no se puede negar la necesidad de un criminal compliance efectivo.

III. PREGUNTAS CIENTÍFICAS Y PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

1. SOBRE EL ORIGEN DEL FENÓMENO

Definitivamente no es un error cuando se vuelve una y otra vez a sostener que el impulso inicial del fenómeno del compliance en la realidad empresarial alemana se habría producido a partir del affaire Siemens.³¹ No obstante el caso Siemens representa solamente la reacción a una reciente jurisprudencia del BGH. Si el criminal compliance –aunque sea algo falto de visión³²– tiene en primer lugar como primera finalidad la evitación de la punibilidad de los órganos de dirección de la empresa, representa una reacción a la moderna jurisprudencia de la imputación “top down” del BGH. Debido a los esfuerzos en

aumento del BGH de ya no sólo sancionar penalmente sólo a los “pequeños”, sino que dirigirse de manera directa contra los “grandes”, se origina para los directivos, por consiguiente, la necesidad de tener que liberarse de esa responsabilidad jurídico-penal.³³

A partir de la jurisprudencia de los conocidos casos de responsabilidad penal por el producto –clave: sentencia del “Lederspray” o spray para cuero³⁴– y especialmente los casos de los guardias del muro³⁵ el BGH, con una creación en alto grado pragmática de una responsabilidad a título de autor de los órganos de dirección de la empresa, ha preparado el escenario para el desarrollo de un fenómeno de compliance jurídico-penal que parece degenerar en una supuesta arma universal contra la utilización del derecho penal y, en materia económica, contra los daños reputacionales que ponen en peligro, de forma dramática, la propia existencia de la empresa.³⁶

2. ESFUERZOS PARA UNA CONCRETIZACIÓN DEL CONCEPTO

A) PUNTO DE PARTIDA

En una de las primeras toma de posición en la literatura¹ se presenta el criminal compliance como una completa proyección del orden jurídico y un (¿mero?) cambio de denominación del derecho³⁷ penal como área del derecho.³⁸ El criminal compliance –en un sentido amplio – comprendería “la no ejecución de

²⁹ ROTSCH, ZIS 2010, 616 nota al pie 19 con más referencias. A/R-ROTSCH, 1a 4º cap. número marginal

³⁰ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 8. Cfr. también BOCK, Criminal Compliance, p. 20. BOCK, Criminal Compliance, p. 22 con mayores referencias.

³¹ Cfr. Por ejemplo, KNAUER/BUHLMANN, AnwBl. 2010, 387; MOMSEN, ZIS 2011, 509 y s.; ARZT, FS Stöckel, p. 15 y ss.; KUHLEN, en: Kühlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 2.

³² Para una crítica a los intentos iniciales de meramente desplazar la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa a empleados subordinados de dicha empresa, vid, ROTSCH, ZIS 2010, 615.

³³ ROTSCH, ZIS 2010, 616.

³⁴ BGHSt 37, 106.

³⁵ BGHSt 40, 218.

³⁶ En detalle ROTSCH (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 35 y ss.

³⁷ En su trabajo de habilitación del año 2011 “Criminal Compliance”.

³⁸ BOCK, Criminal Compliance, p. 246.

cualquier tipo penal”.³⁹ Sólo sería decisivo un concepto restrictivo, meramente jurídico de compliance: “Puntos de vista morales, éticos y económicos (comerciales) [...] no tienen valor jurídico”.⁴⁰ Esta visión ya ha sido superada: ya al inicio de la discusión algunas voces escépticas destacaron que un aspecto esencial del criminal compliance sería la necesidad de anticipar la responsabilidad jurídico-penal.⁴¹ Sin embargo, circunscribirlo sólo a medidas para la prevención⁴² no fue algo compartido ni siquiera desde un principio.⁴³ Más bien, ya en ese entonces se destacaba que el criminal compliance se distinguía especialmente por su finalidad de impedir cualquier tipo de responsabilidad penal.⁴⁴ El compliance relacionado con la criminalidad tiene frecuentemente como objeto (primario) medidas que acaben con el proceso, a pesar de las sospechas de comisión de un delito, o la posibilidad de una atenuación de la pena, en caso de comprobación de la ejecución de un ilícito. El criminal compliance, entonces, puede y debe tener no sólo la finalidad de prevenir la ejecución de una conducta típica; sino que, más bien, puede y debe tener como objetivo evitar,

en último término, la responsabilidad penal de la persona (o empresa) correspondiente⁴⁵. Por ello, es también claro que es característico del criminal compliance un aspecto represivo.⁴⁶ Tanto en la literatura alemana como en la internacional esta comprensión del carácter preventivo y represivo del criminal compliance ha llegado a ser ampliamente dominante.⁴⁷

B) CONCRETIZACIONES AVANZADAS DEL PROYECTO

Con estas ideas como trasfondo, mi primer intento de definición hace ya eternos dos años señalaba: criminal compliance comprende la totalidad de las medidas necesarias y lícitas para la prevención de la responsabilidad de los dependientes de la empresa en virtud de comportamientos relacionados con dicha empresa.⁴⁸ En el intertanto he emprendido más intentos para especificar aún más el par de términos. Estos esfuerzos de concretización y modificación del par de términos criminal compliance se vinculan con su finalidad (aa), su objeto (bb), sus fuentes (cc), sus destinatarios (dd)

³⁹ BOCK, Criminal Compliance, p. 246.

⁴⁰ BOCK, Criminal Compliance, p. 20. Cfr. también RATHGEBER, Criminal Compliance, p. 34; ENGELHART, p. 43.

⁴¹ ROTSCH, ZIS 2010, 615.

⁴² Cfr. ROTSCH, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 8.

⁴³ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap., número marginal 25.

⁴⁴ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 25.

⁴⁵ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 25, EL MISMO., en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 8 ss.

⁴⁶ ROTSCH, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 9 y s.

⁴⁷ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 25. Igualmente KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, Compliance und Strafrecht, 2013, p. 8; HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 21; BITTMANN, a.a.O., S. 148; STANITZEK, S. 30 f.; SILVA SANCHEZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, S. 80; NIETO MARTÍN, en el mismo lugar, p. 28, 51 y ss.; I. ROXIN, StV 2012, 117 y s.; HINTERHOFER, ZFR-Spezial 2010, 61 (69); KONOPATSCHEK, en: Hotter/Lunzer/Schick/Soyer (ed.), Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung, 2010, p. 155; PAULITSCH, en: Hilf/Pateter/Schick/Soyer (ed.), Unternehmensverteidigung und Prävention im Strafrecht, 2007, p. 334; LEWISCH, p. 1 (8); POHLMANN, p. 17 (29). En el mismo sentido ahora también BOCK, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 64. Cfr. también SCHÜNEMANN, GA 2013, 193 (194), quién considera este aspecto abiertamente como de una relevancia decisiva para el rápido desarrollo del criminal compliance.

⁴⁸ En el mismo sentido. A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 6, 25.

y la naturaleza de sus medidas (ee).⁴⁹ Al final de esto nos encontraremos entonces con un grado de determinación más avanzado del concepto, que, sin embargo, por su parte sólo puede ser el punto inicial de una posterior discusión (ff).

aa) *Concretización en virtud de la finalidad del criminal compliance*

Si se concretiza el concepto de criminal compliance a través de su finalidad se hace evidente que al respecto cabe considerar muchas finalidades que son no absolutamente compatibles entre sí, según si uno se coloca, por una parte, al lado de los fines perseguidos por la empresa interesada (1) o, por otra parte, por el Estado (2).

(1) *Finalidades de la empresa en el marco del criminal compliance*

En la literatura reciente ya no se discute seriamente que criminal compliance tenga no solamente una función preventiva. Esto, desde todos los puntos de vista tiene sentido, en primer lugar y antes que cualquier otra cosa, preocuparse de no permitir que se origine la responsabilidad jurídico-penal.⁵⁰ Correspondientemente el compliance relacionado con la criminalidad tiene que, por sobre todo, anticipar –preventivamente– si los requisitos de un tipo penal (y, en una concepción amplia, también una falta de derecho infraccional) se cumplen o no. Al respecto, para la caracterización de una medida como de criminal compliance no es necesario preguntarse si de alguna manera inmediata y exclusiva los requisitos de una norma penal se han cumplido. Por ejemplo, también la

formulación de mandatos éticos de comportamiento no vinculantes jurídicamente de manera directa se trataría de criminal compliance cuando ellas, de todas maneras, deban tener como resultado la prevención de la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa.

Junto con esta función preventiva del criminal compliance se ha consensuado en gran medida que también tiene influencia en materia represiva. El alcance del concepto de criminal compliance se extiende también a la fase posterior a la comisión del ilícito penal.⁵¹ Algunos consideran que este aspecto represivo ha sido decisivo en el triunfo del compliance alrededor del mundo⁵², por lo que es claro que no debe dejar de considerarse, puesto que en la práctica tanto ahora como antes los asesores de compliance no reciben su remuneración por la exitosa evitación de la comisión de delitos, sino que en realidad por haber mantenido la sanción que estaba en cuestión dentro de los límites más aceptables posibles. También en lo que respecta a estos esfuerzos nos encontramos frente a criminal compliance.

El objetivo de la dirección de la empresa va, sin embargo, más allá: igualmente puede ser existencialmente importante para la empresa estar protegida respecto a procesos penales –incluso aunque sean injustificados–.⁵³ Esto, debido a que el riesgo para la empresa se encuentra finalmente en una “pérdida de valor” comercial de la misma. Y el valor de la empresa será determinado de manera relevante a través de su reputación.⁵⁴ Para ello debe ser contrarrestado básicamente todo aquello que pueda poner en peligro la reputación y con ello tener como resultado una pérdida de

⁴⁹ Cfr. Al respecto ya ROTSCH, ZStW 125 (2013), 4 y ss.

⁵⁰ ROTSCH, ZIS 2010, 615; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 485.

⁵¹ ROTSCH, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 9. Para la cualidad represiva del criminal compliance son también las circunstancias del delito cometido igualmente constitutivas, porque se trata de criminal compliance preventivo en el sentido en que aquí se ha entendido. Cfr. SCHÜNEMANN, GA 2013, 194.

⁵² LEWISCH, p. 71 (76).

⁵⁴ RATHGEBER, p. 88.

valor.⁵⁵ La finalidad del criminal compliance no es, entonces, primariamente la prevención de la punibilidad o castigo de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma, sino que antes la evitación de la apariencia de una conducta jurídico-penalmente ilícita.⁵⁶ Desde la perspectiva de la empresa el criminal compliance debe ser dirigido a impedir que llegue a originarse la sospecha de la comisión de un delito.⁵⁷

(2) Objetivo del Estado en el marco del criminal compliance

Sin perjuicio de lo anterior, no es solamente por el lado de la empresa que existe un interés originario en el criminal compliance, sino que también por el lado del Estado.⁵⁸ Esto tiene su fundamento sobre todo en que el Estado no tiene realmente a su disposición los recursos monetarios, personales y temporales que se requieren para las complejas investigaciones que muchas veces duran años en materia de Derecho penal económico.⁵⁹ Así el Estado simplemente no habría estado financieramente en la posición de reunir el valor de los costos calculados finalmente por Siemens para la modificación del estado de cosas.⁶⁰ Pero tampoco es poco frecuente que los órganos de persecución penal no tengan el know-how que requieren, por ejemplo, las investigaciones internas de las empresas, siendo dichos órganos de persecución outsiders

externos a la empresa.⁶¹ Entonces, el criminal compliance también responde al propio interés del Estado, porque tareas que originariamente le corresponden a él puede delegarlas en privados con habilidades financieras y que están mejor calificados.

Con ello no sólo la empresa debe correr ella misma con los costos de una investigación en su contra; a través del socavamiento o no reconocimiento de derechos procesal-penales del imputado en las investigaciones privadas, el Estado está mucho menos restringido en el cumplimiento del principio de oficialidad que en procesos penales dominados por dichos derechos del imputado.⁶² A la inversa, la empresa se convierte así en el verdadero señor del proceso de investigación. De igual manera, el criminal compliance refleja la extensión del crecimiento del principio del acuerdo de las partes propio del derecho civil, así como el largamente discutido desarrollo general desde la estatización a la privatización.

bb) Concretización a través del objeto del criminal compliance

Si uno se enfoca para una nueva concretización del concepto de criminal compliance en su objeto, se obtiene como resultado tres puntos fundamentales. Para ser preciso: por una parte, viene a colación la delimitación del objeto de referencia ubicándose en la rama del derecho del derecho penal económico (1).

⁵⁵ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 487.

⁵⁶ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 487.

⁵⁷ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 487. Debido a que para la iniciación de un proceso de investigación es suficiente la llamada "sospecha inicial" (cfr. VOLK/ENGLÄNDER, Grundkurs StPO, 8a ed. 2013, § 8 número marginal. 3 y ss., 5), uno debe desde el punto de vista de la concretización a través de su finalidad del concepto de criminal compliance incluir la evitación de una sospecha inicial.

⁵⁸ Al respecto y en lo que sigue ROTSCH, ZStW 125 (2013), 488.

⁵⁹ KUHLEN, en: Kühlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 18. Cfr. también PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993, p. 138 y ss.

⁶⁰ Vid. Al respecto ARZT, FS Stöckel, p. 26; SCHÜNEMANN, GA 2013, 197.

⁶¹ RÖNNAU, en: Bumke u.a. (ed.), Begegnungen im Recht, 2011, p. 237 (239).

⁶² Similar ya ARZT, FS Stöckel, p. 29. Para la pregunta que se sigue (controversialmente) de ello sobre la prohibición de utilización o uso probatorio de las investigaciones internas vid. MOMSEN, ZIS 2011, 508. Junto a estos beneficiarios inmediatos del criminal compliance existe un gran grupo de beneficiarios mediatos, a los que también pertenece la dogmática jurídico-penal. Cfr. ARZT, en el mismo lugar., p. 37.

Por otro lado surge la pregunta de si en el caso de estos delitos económicos debe tratarse de aquellos que están relacionados con la empresa (2). Por último, cabe preguntarse si es (únicamente) necesario referirse a las normas del ordenamiento jurídico nacional (3).

(1) *La circunscripción a “delitos económicos”*

En la práctica, y hasta ahora también según la opinión de la literatura jurídico-penal, el criminal compliance debe prevenir la comisión de delitos económicos.⁶³ No está claro, sin embargo, qué se quiere decir con eso.⁶⁴ Al respecto se debe constatar, en primer lugar, que en el contexto que aquí nos interesa no puede ser circunscrito a los tipos penales de derecho penal económico más comunes. Si así lo hiciéramos no se podrían comprender, por ejemplo, las hipótesis de hecho del “Lederspray”. De la mera naturaleza de jurídico-penal de las normas no se puede obtener demasiado. Puede ser apropiado restringir el criminal compliance a circunstancias de hecho (¡no tipos penales!) que tengan relación con el derecho penal económico.⁶⁵ En virtud de esto, parece ser un requisito primordial del (criminal) compliance la complejidad del área del derecho tomada como referencia⁶⁶. Donde no exista esa complejidad del área del derecho, no será necesario ningún esfuerzo

represivo o preventivo de compliance.⁶⁷ No obstante, si realmente sólo existe dicha complejidad en aquel ámbito que hemos descrito –con absoluta falta de claridad⁶⁸– como derecho penal económico es bastante dudoso y deberá ser discutido en el futuro.

(2) *La circunscripción a delitos económicos “relacionados con la empresa”*

En la literatura más reciente⁶⁹ el hecho de circunscribir el compliance a delitos (económicos) “relacionados con la empresa” ha sido puesto en duda con razón.⁷⁰ En realidad, me parece que tiene sentido que el criminal compliance pase por sobre el concepto de empresas (comerciales) y se refiera –y también se circunscriba a– organizaciones, esto es, grupos de personas estructurados y que se mantienen por algún periodo de tiempo.⁷¹ De manera razonable conciernen al criminal compliance aquellas situaciones de hecho que corresponden a derecho penal económico y que están relacionadas con una organización.⁷²

(3) *La circunscripción a las exigencias del ordenamiento jurídico nacional*

Definitivamente no es acertada la ocasional opción por circunscribirlo a los mandatos

⁶³ A/R-ROTSCH, 1a parte 4º cap. número marginal 5 y s.; EL MISMO, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 8 y ss.

⁶⁴ Cfr. en general, ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 49.

⁶⁵ ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 49.

⁶⁶ ROTSCHE, en, del mismo (ed.) Criminal Compliance, Handbuch, § 1 número marginal 36.

⁶⁷ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 489.

⁶⁸ Ver nota al pie 65.

⁶⁹ HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 20 y s.

⁷⁰ Con ello él, sin embargo, equipara –a diferencia de lo que se hace aquí– el aspecto del colectivo con aquel del derecho penal económico, cfr. HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, p. 20.

⁷¹ SCHEWE, en: Springer Gabler Verlag (ed.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Organisation, online: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/773/organisation-v6.html>; Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB-Special Compliance 2008 (número 25), 1 (7 y ss.).

⁷² ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 50.

del derecho penal nacional.⁷³ Esto, debido a que precisamente una de las particularidades esenciales y una de las dificultades específicas del criminal compliance está representada por la creciente globalización y, como efecto de ella, la rápida y progresiva internacionalización de las actividades mercantiles, especialmente en las grandes empresas comerciales hacen forzosamente necesario la consideración de exigencias de ordenamientos jurídico-penales extranjeros.⁷⁴

cc) Concretización respecto a las fuentes del criminal compliance

Si en un sentido básico el criminal compliance se trata del cumplimiento de reglas, surge la pregunta sobre qué naturaleza tienen que tener estas reglas. Si uno se basa en la constatación de que las reglas de compliance pueden exceder ampliamente la obligación general de comportarse de acuerdo a derecho,⁷⁵ puede suceder que, por ejemplo, directrices de comportamiento sean formuladas también sin consideración o directamente en contra de los mandatos legales.⁷⁶ Las medidas de compliance, entonces, pueden producirse de manera esencialmente autárquica –emancipadas del ordenamiento jurídico–.⁷⁷ Que tal autarquía en realidad prevalece tiene su fundamento sobre todo en que la implementación de un Compliance-Management-System se debe originariamente a una visión de administración comercial y sólo secundariamente a necesidades jurídicas. En qué medida el establecimiento de unas razonables “best-practices”

de administración comercial bajo el punto de vista de la reputación de la empresa son compatibles sin más, desde un punto de vista jurídico-penal, con el principio de ultima ratio es, sin embargo, una pregunta distinta.

En la práctica, no obstante, las consecuencias de la diferenciación entre fuentes jurídicas primarias (“hard law”) y secundarias (“soft law”) suelen ser ignoradas: En todo caso, es una pregunta distinta qué consecuencias tiene esta diferenciación para el concepto de criminal compliance.⁷⁸ De todas maneras es incorrecta la generalizada aseveración de que el derecho vigente, como base jurídica primaria de compliance, sería “obviamente expandible mediante reglamentaciones empresariales como directrices, códigos, etc.”⁷⁹ Esto evidentemente no es válido para el derecho penal: en realidad, es correcto que los (estrictos) mandatos de comportamiento interno de la empresa que van más allá de la ley penal pueden revelar un compromiso interno de la empresa.⁸⁰ Esto puede ser válido, en todo caso, en la medida que semejante reglamentación no vulnere las correspondientes normas básicas del derecho (civil). Así, por ejemplo, sería inválida en virtud del § 138 [parágrafo ciento treinta y ocho] inciso 1º del Código Civil Alemán (BGB) una promesa del empleador de encargarse de eventuales multas administrativas por infracciones contra reglamentos sobre el tiempo de conducción en el transporte de mercadería a larga distancia.⁸¹ No obstante, en el marco del compliance relacionado con la criminalidad esto es distinto. Jurídico-

⁷³ HILGENDORF, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 23, quien en dicha interpretación trae a colación también a KUHLEN, en: Kühlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 7 y ss. Kühlen está sin embargo decidido –como aquí se puede ver en el texto– por otra posición.

⁷⁴ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 490. Cfr. a modo de ejemplo PELZ, en: Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, p. 165. Vid. también KUHLEN, en: Kühlen/Kudlich/

⁷⁵ Ortiz de Urbina, p. 7.

⁷⁶ FUCHS, p. 27.

⁷⁷ FUCHS, p. 27; ROTSCH, ZStW 125 (2013), 490.

⁷⁸ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 490.

⁷⁹ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 490.

⁸⁰ Así, sin embargo, HAUSCHKA-HAUSCHKA, § 1 número marginal 21 nota al pie 52.

⁸¹ FUCHS, p. 29.

penalmente las reglas de la empresa que exceden los requisitos del orden jurídico primario en ningún caso pueden tener relevancia inmediata.⁸² Por ejemplo, si la ejecución de un tipo penal tiene como presupuesto el dolo, el dependiente de la empresa no es punible –obviamente–, porque en las directrices internas de la empresa se sanciona la inobservancia del cuidado debido (vinculante al interior de la empresa).⁸³ Incluso esto es igual en el caso inverso: naturalmente la empresa no puede legalizar penalmente una conducta prohibida mediante la amenaza de una pena por el orden jurídico-penal primario mediante el relajamiento de los presupuestos típicos.⁸⁴ Por consiguiente, no tiene en definitiva la empresa la posibilidad de disposición sobre la relevancia jurídico penal de un comportamiento, dado que el derecho penal es una cuestión exclusivamente estatal.

El hecho que los mandatos de comportamientos internos de la empresa no tengan jurídico-penalmente una relevancia inmediata no significa, sin embargo, que en el marco del criminal compliance sean completamente insignificantes y que, por tanto, sea posible pasarlas por alto. Así, parece que la jurisprudencia se inclina por deducir de la infracción de normas de comportamiento interno de la empresa la ejecución dolosa de un tipo penal.⁸⁵ También normas de comportamiento formuladas de manera punitiva, a pesar de ser dirigidas los miembros de la empresa, pueden tener un efecto respecto a personas externas a la empresa en la medida que sean adecuadas para codeterminar la norma de cuidado debido en los comportamientos conformes a las normas del tráfico comercial –esto es, la exigencia en el marco de un delito imprudente–.⁸⁶ Reglas internas de la empresa

que de manera inmediata son jurídico-penalmente irrelevantes pueden, entonces, influir mediante repercusiones desagradables en la responsabilidad penal de los dependientes de la empresa o, en su caso, de la empresa misma. Esta circunstancia debe ser considerada en una previsora gestión de riesgos normativos en el marco del criminal compliance.

Otra pregunta práctica especialmente relevante en este contexto es aquella respecto a la capacidad (represiva) de establecerse normas de comportamiento formuladas por parte de la empresa. En el –en la práctica indudablemente frecuente– caso en que se profundicen las exigencias legales, hay buenas razones para considerar positivamente los esfuerzos de la empresa –para la determinación de la sanción misma en el procedimiento de conclusión en la evaluación de las circunstancias modificatorias de la pena según el § 46 inciso 2° del StGB o también en el marco de la consideración del comportamiento “de la empresa” posterior al hecho–, en la medida en que no exista ningún indicio de que la empresa ha gestionado un mero “compliance de hoja de higuera” o compliance para el encubrimiento mediante tales aumentos de las exigencias de comportamiento. Pero incluso en aquellos casos –en la práctica mucho menos frecuentes (palabra clave “best practices”)– en que las exigencias del ordenamiento jurídico penal han sido reducidas, no es posible rechazar la posibilidad de considerarlas en el ya referido sentido positivo. Esto, debido a que frecuentemente las exigencias de comportamiento jurídico-primarias dan un resultado en concreto recién ex post a través de la concretización realizada por la jurisprudencia. A no ser que la contradicción entre normas de comportamiento

⁸² LINCK, en: Schaub (ed.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 15a ed. 2013, § 34 número marginal 16.

⁸³ ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 10).

⁸⁴ ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 11). Así también claramente FUCHS, p. 32.

⁸⁵ ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 11).

⁸⁶ Vgl. FUCHS, p. 32.

ROTSCH, ZStW 125 (2013), 491; RÖNNAU, en: Bumke (ed.), *Begegnungen im Recht*, p. 253; FUCHS, p. 32. Cfr., también SIEBER, FS Tiedemann, p. 449 (470): “normativización a través de la práctica”.

ex ante formuladas por parte de la empresa y exigencias judiciales de comportamiento ex post por parte de la judicatura no sea –objetivamente ex ante– evidente, las medidas de compliance como tal deben encontrar reconocimiento en ambas constelaciones.⁸⁷

dd) Concretización a través de los destinatarios del criminal compliance

Se puede arribar a otra concretización del criminal compliance a través de una determinación más detallada de sus destinatarios.⁸⁸ Así, de manera inmediata, las normas de compliance se dirigen a los dependientes de la empresa.⁸⁹ Pero también el Estado es el destinatario del compliance, especialmente las autoridades encargadas de la persecución penal, que *ex ante* o *ex post* deben reconocer los sistemas de compliance implementados y considerarlos positivamente al momento de la imposición de la sanción. Otros destinatarios son el público ajeno a la empresa al que también a través del compliance jurídico-penal se le debe presentar la empresa como un “good corporate citizen” o “buen ciudadano corporativo” para, a través de una ganancia en reputación, aumentar el valor de la empresa.

ee) Concretización a través de la naturaleza de las medidas de criminal compliance

Se discute si el objeto del criminal compliance sólo pueden ser medidas “necesarias” y “lícitas”. Respecto a la primera pregunta sobre la necesidad de medidas de compliance, la problemática se centra en su criterio de evaluación⁹⁰. Así, ¿el conocimiento posterior de

que la introducción de una medida de compliance no habría sido necesaria la convierte en –a posteriori– una medida que no es legítimamente de compliance?⁹¹ En esta segunda pregunta entra en cuestión si para la consecución del objetivo de seguimiento del derecho está permitido emplear medios ilícitos. En mi opinión, esto requiere un tratamiento diferenciado. Corresponde distinguir entre medidas contrarias a normas jurídicas no penales y medidas jurídico-penalmente ilícitas.⁹² Por ejemplo, si la dirección de una empresa instaura una medida contraria al derecho laboral para evitar la punibilidad por corrupción de un dependiente –por ejemplo, en la que el despido del trabajador involucrado resulta ser contrario a normas de derecho laboral⁹³–, la medida no pierde por esa circunstancia su carácter de tal en el marco del criminal compliance ni tampoco la posibilidad de considerarla en el marco del criminal compliance represivo.⁹⁴ El asunto parece ser distinto cuando se trata de medidas contrarias al derecho penal: la declaración absoluta de que por su parte el compliance tendría que cumplir con el derecho no es, considerando la excesiva generalización, exacta. Lo correcto es, en realidad, que el criminal compliance debe cumplir con el derecho penal.⁹⁵ Extremando el ejemplo: El homicidio de un trabajador que deseaba cometer una administración desleal en perjuicio de la empresa no puede –independiente de su sanción según el § 212 del StGB– ser válido nunca como una medida de compliance. La aceptación de medidas contrarias al derecho penal lleva ad absurdum a la idea de criminal compliance como un instrumento para la prevención de delitos. Comportamientos

⁸⁷ En este sentido ya ROTSCH, ZStW 125 (2013), 491.

⁸⁸ Vid, ya ROTSCH, ZStW 125 (2013), 491.

⁸⁹ Esto es, cuando se trata de la evitación de la realización de un tipo penal (o el inicio de una sospecha inicial) cfr. ROTSCH (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 46.

⁹⁰ Vid. ya ROTSCH, ZStW 125 (2013), 494.

⁹¹ Al respecto ROTSCH (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 59.

⁹² ROTSCH, ZStW 125 (2013), 493 y s.

⁹³ Vgl. das Beispiel bei ROTSCH, ZStW 125 (2013), 493.

⁹⁴ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 493

⁹⁵ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 493.

contrarios al derecho penal no pueden representar correctamente medidas de criminal compliance lícitas y dignas de ser consideradas. Esto da como resultado que la definición de criminal compliance en este aspecto debe ser concretizada comprendiendo sólo las medidas no contrarias al derecho penal.⁹⁶

ff) El concepto concretizado de criminal compliance

Tras los intentos aquí emprendidos para concretizar el concepto de criminal compliance se puede definir de la siguiente manera⁹⁷: criminal compliance comprende la totalidad de las medidas, necesarias ex ante y ex post no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o un miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa.

3. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS DE UNA TEORÍA DEL CRIMINAL COMPLIANCE

El intento de explicación teórica del fenómeno del criminal compliance está todavía en sus primeros planteamientos⁹⁸. Esencialmente se discuten cinco elementos respecto de los que no se trata de condiciones de origen alternativas⁹⁹, sino que cumulativas.¹⁰⁰ Éstas son el llamado derecho penal del riesgo (en a), la llamada divisionalización del derecho (b), el avance del desarrollo de la hétérorregulación y autorregulación (regulada) (c), el aspecto de la globalización (d), así como la motivación económica del compliance (e).

A) EL LLAMADO DERECHO PENAL DEL RIESGO COMO CONDICIÓN PARA EL ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

En primer lugar, se discute si la misma idea de derecho penal del riesgo aporta en algo¹⁰¹⁻¹⁰². Sin embargo, los típicos riesgos modernos de la moderna sociedad del riesgo aparecen en y se ejecutan por las empresas comerciales. La idea de la interconexión del criminal compliance con la concepción del derecho penal del riesgo tiene todavía un segundo componente. El criminal compliance representa también una reacción a un creciente-

⁹⁶ ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494. Con ello no se contesta, sin embargo, la pregunta sobre la capacidad de generalización de este enunciado, así, por ejemplo, en qué medida en el marco de compliance en derecho de libre competencia puede actuar de manera contraria al derecho civil.

⁹⁷ Cfr. ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494

⁹⁸ Cfr. Al respecto ROTSCHE, ZStW 125 (2013) 494 y ss.; KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (eds.), S. 12 f; PRITTWITZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 128; SALIGER, RW 2013, 263 (280).

⁹⁹ Cfr. KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 12 y ss.; SALIGER, RW 2013, 263 (280 y ss.). Vid. Al respecto ROTSCHE (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 62, 67.

¹⁰⁰ Vid. ya ROTSCHE, ZStW 125 (2013), 494 y ss.

¹⁰¹ Básico al respecto PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993; HILGENDORF, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993. Vid. también ROTSCHE, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998.

¹⁰² Vid., por un lado KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 14; SALIGER, RW 2013, 282; por otro lado, ROTSCHE, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 15) (Criminal Compliance como consecuencia del moderno derecho penal del riesgo).

mente hipertrofiado derecho penal.¹⁰³ Esto es en esa medida tanto derecho penal del riesgo como derecho penal riesgoso.¹⁰⁴ El criminal compliance aparece como resultado y reverso de una continua extensión de la lucha contra la criminalidad desde un punto de vista temporal y de contenido: mientras más temprano comienza la “lucha”, frecuentemente siendo solo difusamente posible nombrar la merma del bien jurídico, y mientras más intensivamente tiene lugar, más aumenta también la necesidad del potencial involucrado de tomar las medidas preventivas de autoprotección tan temprano como sea posible.¹⁰⁵ Donde por parte del legislador crecen constantemente la necesidad y posibilidad de sanción por el mero aumento del riesgo, también aumenta naturalmente por parte del destinatario de la norma el ansia de prevenir la sanción a través de la disminución del riesgo.¹⁰⁶ Este intento de minimizar el riesgo encuentra su expresión también desde una perspectiva jurídico penal en la gestión de riesgos de la empresa.

B) LA LLAMADA “DIVISIONALIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

En el último tiempo se ha discutido intensamente la conexión de la divisionalización del derecho penal con el fenómeno del criminal compliance. Con la descripción

del desarrollo del moderno derecho penal como divisionalización a través de la diversificación¹⁰⁷ se hace referencia a la creciente formación de subcategorías independientes del derecho penal, que como sector de un (supuestamente) homogéneo derecho penal tradicional obedecen a la accesoriedad de una realidad de reglas que se irá haciendo cada vez más compleja en cuanto a la heterogeneidad de su formación y siempre menor uniformidad dogmática.¹⁰⁸

A esto pertenece especialmente también el derecho penal económico.¹⁰⁹ La indeterminación del nebuloso objeto de referencia del criminal compliance es también expresión de la ahí manifestadas exigencias excesivas del derecho penal. El riesgo de punibilidad resultante de esta indeterminación es lo que los actores involucrados desean detener.¹¹⁰

C) EL DESARROLLO AVANZADO DESDE LA HETERORREGULACIÓN A LA AUTORREGULACIÓN COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Recientemente ha sido defendida prominentemente la visión de que el criminal compliance representa una consecuencia del desarrollo producido más allá del derecho penal del largamente conocido paso de la estatización a la privati-

¹⁰³ Sobre la hipertrofia del derecho ver el artículo homónimo de ROTSCH, ZIS 2008, 1.

¹⁰⁴ KUHLEN, en: Kuhlen/ Corporate Compliance und Arbeitsrecht, p. 12y ss. (27); ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 15).

¹⁰⁵ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 495; EL MISMO, ZIS 2010, 616.

¹⁰⁶ Cfr. ROTSCH, ZStW 125 (2013), 495.

¹⁰⁷ ROTSCH, ZIS 2007, 260. De acuerdo PRITTWITZ, ZIS 2012, 217 (219 y s.); crítico FATEH-MOGHADAM, en: Steinberg/Valerius/Popp (ed.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2011, p. 30 y ss.; KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 15.

¹⁰⁸ ROTSCH, ZIS 2007, 260; EL MISMO, ZStW 125 (2013), 496.

¹⁰⁹ ROTSCH, ZIS 2010, 615; EL MISMO., FS Samson, p. 150 y ss.; EL MISMO, en: Momsen/Grützner, 1er cap. B. número marginal 9 y ss.; EL MISMO, en: Graf/Jäger/Wittig, número marginal 16. Cfr. también Hassemer, en: Kempf/Lüderssen/Volk (ed.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers: Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, p. 29 (43).

¹¹⁰ ROTSCH, ZStW 125 (2013), 496 con nota al pie 87.

zación.¹¹¹⁻¹¹² El compliance relacionado con la delincuencia es, entonces, una consecuencia del creciente desplazamiento de tareas tradicionalmente estatales a privados –aquí: del Estado a las empresas–.¹¹³ La creciente expansión y la siempre en creciente desarrollo especificación del derecho penal se correlaciona de manera paradójica con la creciente incapacidad del Estado de hacerse cargo por sí mismo de la implementación de ese derecho.¹¹⁴

D) LA GLOBALIZACIÓN COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Sin perjuicio de lo anterior, el criminal compliance es una expresión de un derecho penal crecientemente globalizado,¹¹⁵ cuyas repercusiones en la realidad jurídica nacional ya no se pueden pasar por alto.¹¹⁶ El criminal compliance, de todos modos, se ha convertido en corto tiempo en un fenómeno mundial¹¹⁷, que en época de un mundo globalizado obviamente exige respuestas globalizadas para preguntas globales.

E) EL ASPECTO ECONÓMICO COMO CONDICIÓN DE ORIGEN DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Sin embargo, no se puede subvalorar la motivación económica como condición de origen del criminal compliance. Si las medidas de compliance se introducen básicamente como instrumento de la competencia, no es difícil concluir que incluso el compliance relacionado con la criminalidad debe aumentar el valor de la empresa.¹¹⁸ Así, el compliance se dirige a la empresa sólo cuando sus costos económicos son más bajos que los de no-cumplimiento. Sólo en la medida que esta conjetura no sea completamente implausible en la realidad, una empresa invertirá en compliance relacionado con el derecho penal.

4. OTRAS PREGUNTAS PRÁCTICAS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Se presentan una gran cantidad de otras preguntas, las cuales, sin embargo, recién están siendo planteadas. Al respecto, especialmente la pregunta sobre si existe una

¹¹¹ Cfr. COLLIN, JZ 2011, 274 con mayores referencias.

¹¹² SIEBER, FS Tiedemann, p. 449 (459 y ss.); PIETH, FS Hassemer, p. 893 y ss.; KUHLEN, FS Hassemer, p. 875 y ss.; EL MISMO, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 17 y ss.; RÖNNAU, p. 243 y ss.; ROTSCH, ZStW 125 (2013), 486 y s.; SALIGER, RW 2013, 283 y s. Favorable desde un punto de vista criminológico, por ejemplo, KÖLBEL, MSchrKrim 2008, 31 y ss. (34 y s.); escéptico, sin embargo, THEILE, ZIS 2008, 406; EL MISMO, wistra 2010, 457. Crítico también PRITTWITZ, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 129.

¹¹³ Extensamente ROTSCH (ed.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014, § 1 número marginal 68.

¹¹⁴ En ese sentido, por ejemplo, también SALIGER, RW 2013, 284.

¹¹⁵ Sobre el derecho penal en el contexto de la globalización SCHÜNEMANN, GA 2003, 299.

¹¹⁶ Cfr. KUHLEN, en: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, p. 15; ROTSCH, ZStW 125 (2013), (Ms., p. 17). Cfr. también ARZT, FS Stöckel, p. 34 y s., quien habla de un irreversible “desarrollo internacional hacia una maximización ilusoria del derecho penal”.

¹¹⁷ Cfr. ROTSCH, FS Samson, p. 141.

¹¹⁸ ANDRES/BETZER/DOUMET/LIMBACH, KSzW 2013, 92 (94 y ss.).

“obligación de compliance” ya es intensamente discutida –una discusión que, sin embargo, desde el punto de vista práctico no es muy productiva, porque en el intertanto se ha llegado a producir un cumplimiento obligatorio fáctico, dado que no se quiere exponer a la empresa a perjuicios sensibles desde un punto de vista económico y jurídico–.¹¹⁹

Además siempre se vuelve a conjurar el fantasma del “compliance contraproductivo”. Aquí domina igualmente la necesidad de investigación, como por ejemplo, la indagación de la pregunta de en qué medida una –también en Alemania recientemente discutida de nuevo– responsabilidad penal originaria de las empresas puede tener influencias en el compliance y viceversa.

Otros problemas sólo se pueden esbozar aquí: ¿cuál es el significado de los §§ 30 y 130 OWiG en el marco del criminal compliance? ¿Cómo se llevan las “best practices” económicas con el principio jurídico penal de la ultima ratio? ¿Qué problemas esconde el desplazamiento de obligaciones

originariamente estatales a privados? ¿Qué lugar, tareas y obligaciones tiene el asesor de compliance? Debería ser evidente que para responder a todas estas preguntas no sólo puede exigirse a la ciencia y prácticas jurídico-penales.

III. CONCLUSIONES

El fenómeno del criminal compliance es reciente. Con una velocidad vertiginosa ha llegado a convertirse en un topos del derecho. El contenido de su definición es heterogéneo. Su teoría avanza rápidamente y con gran tempo. Mi contribución debería aportar a fortalecer la posibilidad de poner el foco al menos por el momento sobre las diversas dificultades. La discusión sobre compliance tiene el potencial de ocupar a la ciencia y la práctica, de manera creciente, durante el próximo decenio. En un mundo económico sin límites existe también el peligro de un “compliance sin límites”. Para responder a ello, hay que superar los límites entre ciencia y práctica igual como aquellos entre las disciplinas involucradas. ¡Espero que este trabajo sea un aporte a ello!

¹¹⁹ Cfr. ya A/R-ROTSCH.

Si en 1983, la reforma urgente y parcial del viejo Código mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España¹, introduciendo en su art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro –más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas–, veintisiete años después, la LO 5/2010 ha supuesto definitivamente el “certificado de defunción”² del paradigma anterior³, estableciendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas (*numerus clausus*) previstas expresamente por la ley.

I. PERSONAS JURÍDICAS E INTERVENCIÓN PENAL: EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

La gestación de esta importante decisión de

política criminal y penal viene, en todo caso, de lejos. Ya el nuevo Código Penal de 1995 –en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro– aludió en su art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas), algo que, si para Zugaldía Espinar⁴ constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador⁵.

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad– se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personali-

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL). El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación DER2010-21164 (Subprograma JUR), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es investigador principal.

¹ Con todo, no faltaron autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España como Saldaña (Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación), Madrid, 1927) o Massaveu (“La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, Revista de Estudios Penales, II, 1945, pp. 50 ss.), y al igual que Barbero Santos (“¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, pp. 1304 ss.).

² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, dir. por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.

³ En contra, sin embargo, por entender que “la responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal”, ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2011 (pdf), pp. 12 ss.

⁴ “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, Poder Judicial, 1997, p. 333.

⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 18, 2006, p. 147.

dad jurídica propia)⁶ y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷.

A. LAS LLAMADAS “CONSECUENCIAS ACCESORIAS”

En la línea de otros ejemplos del Derecho Comparado⁸ (pero sin incluir la multa)⁹, el artículo 129 contempló como “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídicas: la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión

de las actividades; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores¹⁰; pudiendo la clausura temporal y la suspensión ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

Muy criticado por la doctrina por su carácter “sumamente atrasado”¹¹ y especialmente defectuoso desde el prisma técnico¹², el artículo 129 dio lugar a múltiples controversias en torno la naturaleza y fundamento de esta nueva reacción penal¹³, favorecidas por la escasez de su contenido¹⁴.

⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*, p. 159; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid, 2002, p. 57.

⁷ DE LA CUESTA/PÉREZ MACHÍO, “Auf dem Weg zu einem Strafrecht für juristische Personen – das spanische Strafrecht”, en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen* – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Sieber et al (Hrsg.), Köln-München, 2008, pp. 527 ss.

⁸ BACIGALUPO, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de ‘compliance’ (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *La Ley*, 7442, 2009, pp. 1 ss; CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dir. por Álvarez García/González Cussac, Valencia, 2010, pp. 64 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 176 ss.

⁹ GUARDIOLA LAGO M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Valencia, 2004, pp. 136 ss.

¹⁰ Junto a la disolución, la clausura de la empresa y la prohibición de realización en el futuro de actividades etc. podían tener un carácter definitivo o, salvo la primera, llegar hasta los cinco años; este límite temporal era también aplicable a la suspensión y a la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, a imponer por el tiempo necesario y sin superar los cinco años.

¹¹ TIEDEMANN, K., “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. por Gómez Colomer/González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997, p. 25.

¹² Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. por Díez Ripollés et al, Madrid, 2002, pp. 1141 ss.

¹³ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, *cit.*, pp. 144 ss.

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, dir. por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, vol. I, Cuenca, 2001, p. 977.

Habida cuenta de la no inclusión en el catálogo general de penas (art. 33 CP)¹⁵ y atendido su presupuesto de aplicación (las necesidades de prevención especial)¹⁶, así como la terminología empleada por el Código Penal en algunos de los pasajes referidos a ellas, un sector doctrinal se inclinó por considerarlas medidas de seguridad, admitiendo implícitamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues, de no poder cometer delitos (por incapacidad de acción), la persona jurídica tampoco debería poder ser considerada peligrosa criminalmente. Eminentes autores destacaron, con todo, junto a la ausencia de las consecuencias accesorias de los listados de medidas de los arts. 96 y 105, la incompatibilidad entre el concepto de peligrosidad individual y la peligrosidad objetiva¹⁷ del art. 129.3, exclusiva de la persona jurídica¹⁸ y caracterizada por su nota instrumental¹⁹, en cuanto dirigida a la evitación de la continuidad de la actividad delictiva y sus posibles efectos²⁰.

Para otros autores²¹, las consecuencias accesorias debían considerarse propias y verdaderas penas, por rellenar los requisitos sustantivos propios de éstas y tratarse de respuestas a la comisión de un hecho delictivo, de carácter preventivo (general y especial), legalmente previstas y destinadas a ser impuestas por el juez penal, con respeto de todas las garantías. También aquí (al lado de la falta de inclusión en el catálogo general de penas) las evidentes distancias entre penas y consecuencias accesorias²², a pesar de su proximidad en algunos aspectos²³, unida al hecho de su imposición potestativa y no obligatoria, cuestionaban decisivamente esta posición.

Por todo ello, la mayor parte de los autores, apoyados en su “naturaleza peculiar”²⁴, acabaron inclinándose a favor de su configuración como una “tercera vía” penal, distinta de la propia de las penas y de las medidas de seguridad, las cuales, basadas respectivamente en

- ¹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. por Quintero Olivares/Morales Prats, Pamplona, 2001, p. 279.
- ¹⁶ Para una reformulación en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.G.P.J.*, n° 14, Madrid, 2001, pp. 342 ss.
- ¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Sanciones...*, cit., pp. 142 ss.
- ¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas por el art. 129 del Código Penal)”, en *El nuevo Derecho Penal español*, cit., p. 888.
- ¹⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, coord. por Octavio de Toledo et al, Valencia, 2004, pp. 545 s.
- ²⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., cit., p. 280; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 884.
- ²¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 284 s. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *La Ley*, 3 octubre 1996, pp. 1 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Artículo 129”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Cobo del Rosal, Madrid, 1999, p. 1051; ZÚÑIGA, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2003, p. 213.
- ²² MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 48.
- ²³ ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal Económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 14; MUÑOZ CONDE, F., *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 70.
- ²⁴ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Madrid, 2005, p. 127.

la culpabilidad y en la peligrosidad individuales, quedaban reservadas para las personas físicas²⁵. Con todo, en este mismo marco, y compartida plenamente la necesidad de su imposición con todas las garantías, siguió debatiéndose en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, y así, para algunos, aun aplicadas por el Juez penal, tenían naturaleza administrativa²⁶. La mayoría de los autores integrados en esta línea entendía, sin embargo, que se trataba de consecuencias penales, derivadas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico impuestas no como accesorias a la pena, sino a partir de la constatación judicial de esa peligrosidad derivada del hecho de la comisión de un hecho típico por parte de las personas físicas a ellas vinculadas. No obstante, la falta de regulación suficiente del vínculo de conexión²⁷ y las demás insuficiencias y defectos técnicos oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito²⁸, dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas y/o empresas, eludiendo las dificultades inherentes, desde el principio de culpabilidad personal, a la imposición de verdaderas penas a las mismas.

B) LA REFORMA DE 2003: NUEVAS DISPOSICIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La Ley Orgánica 15/2003 afectó levemente al contenido del artículo 129, al que se insertó una doble referencia para salvar “lo establecido en el artículo 31” e incluir en la audiencia previa al ministerio fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos²⁹.

La Exposición de Motivos reconocía, en todo caso, la intención específica de “aborda(r) la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (apdo. II, letra i), lo que trataba de realizarse a través de dos nuevas previsiones:

La primera, en la parte general del Código, declarando a la persona jurídica responsable directa y solidaria de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) “las condiciones, cualidades o relaciones” requeridas por la correspondiente figura de delito o falta (art. 31.2).

²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*, comp. por Messuti/Sampedro Arrubla, Buenos Aires, 2001 p. 981; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ICADE*, 42, 1997, p. 26; FERNÁNDEZ TERUELO, “Las consecuencias accesorias artículo 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español*, cit., p. 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 1129; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, cit., p. 1163.

²⁶ GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, ed. por Cerezo Mir et al, Granada, 1999, p. 327; medidas asegurativas, reparadoras o preventivas, para ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Pamplona, 2003, p. 111; GRACIA MARTIN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, coord. por Mir Puig/Luzón Peña, Barcelona, 1996, p. 69.

²⁷ MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004, p. 5.

²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Consecuencias accesorias...”, cit., p. 981.

²⁹ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, cit., pp. 152 s.

La segunda, concerniente al tráfico organizado de drogas, ordenando la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias, que el art. 369.2 prefirió denominar “medidas”.

a) Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa

Incardinada en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro³⁰, el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía sólo referido a los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que sí concurrían) llevaría a la impunidad³¹. En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa “como

autor del delito”³², en virtud de lo dispuesto por el art. 31.2, la persona jurídica “en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma.

La doctrina criticó los evidentes defectos³³ de una regulación carente de claridad³⁴, “mezcla de tendencias”, pues en realidad se declaraba a la persona jurídica “responsable del pago [naturaleza civil] de la pena de multa [naturaleza penal]”³⁵, y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad³⁶, la igualdad³⁷ y hasta la inderogabilidad de las penas³⁸. De todos modos, el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad –legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico–, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria³⁹, la fórmula legal buscaba sólo el “aseguramiento patrimonial

³⁰ Críticamente, CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*, p. 153; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”, La Ley, 6548, 13 septiembre 2006, p. 2; GALÁN MUÑOZ, A., “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 2006, pp. 266 ss.

³¹ SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2 del Código Penal: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?”, *InDret*, 2, 2006, pp. 5 s; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, p. 958. Muy críticamente, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 12, 2005, p. 35.

³² A favor de su interpretación en sentido estricto, SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, cit., pp. 5 s.

³³ ALVAREZ GARCÍA, F.J., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12, 2004, pp. 141 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, cit., pp. 38 s.

³⁴ Por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 549 (n.7).

³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, cit., p. 2.

³⁶ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, Valladolid, 2004, pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, cit., pp. 37 ss.

³⁷ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, cit., pp. 154 s.

³⁸ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, cit., pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, cit., pp. 37 ss.

³⁹ MIR PUIG, S., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, cit., 762.

de una deuda de Derecho público”⁴⁰, sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

En cualquier caso, una posición minoritaria, resistiéndose a la asimilación de lo dispuesto por el art. 31.2 con la obligación directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil ex delicto”⁴¹, y partiendo de la admisibilidad de “reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal”⁴², trató de elaborar de un modo constitucionalmente aceptable los presupuestos de la que consideraban una responsabilidad penal generada a partir de “un hecho de conexión”⁴³. Así, a juicio de Gómez-Jara Díez, la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 podía hallar su fundamento en la infracción del deber de garantía propio de la persona jurídica respecto de las actuaciones de sus empleados, que le exige “configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de éstos”⁴⁴. Por su parte, para Galán Muñoz, el art. 31.2 CP suponía la identidad entre “la persona física actuante y la jurídica” y, con base en este entendimiento, fundamentaba “la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su alter ego”, eludiendo toda infracción del principio de personalidad de las penas.

La efectiva condena de la persona física tenía sentido porque sólo entonces cabía asegurar la presencia de todos los elementos precisos para responsabilizar a la persona jurídica; y, para no infringir el principio ne bis in idem, se entendía que la responsabilidad del pago de la multa fuera declarada de modo solidario⁴⁵.

b) Tráfico organizado de drogas: art. 369.2

Si en 1995 el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) incluyó una alusión a la imposición al agente y a la persona o empresa por él representada de la pena de inhabilitación especial, la reforma de 2003 mantuvo la referencia y también puntualmente permitió imponer en los delitos cualificados de tráfico organizado de drogas una la multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito⁴⁶, aplicable a “la organización, asociación o persona titular del establecimiento” (art. 369.2).

Respecto del artículo 262, la conclusión generalizada siguió siendo el rechazo de la naturaleza de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a la empresa⁴⁷.

En el caso del art. 369.2, importantes autores defendieron la naturaleza de consecuencias accesorias⁴⁸ de todas las calificadas por aquél

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, cit., p. 39.

⁴¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, ed. por Bajo Fernández et al, Madrid, 2005, p. 1786.

⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, cit., p. 3.

⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., ibidem, p. 5. También GALÁN MUÑOZ A., “¿Societas...?”, cit., p. 269.

⁴⁴ Lo que no impediría excluir su culpabilidad, conforme a un concepto constructivista de responsabilidad empresarial, si pudiera demostrar que el cumplimiento de la fidelidad al Derecho se integra firmemente en su cultura empresarial. La culpabilidad de la empresa, Madrid, 2005, p. 312; ver también del mismo autor, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, 05:21 ss.

⁴⁵ “¿Societas...?”, cit., p. 271

⁴⁶ Esto, junto al comiso y la clausura, suspensión, disolución o intervención, la privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido, a las que el art. 369.2 (como a las demás del art. 129) llamaba “medidas”.

⁴⁷ Que Quintero Olivares calificó de consecuencia accesoria a pesar de su falta de previsión por el art. 129. Comentarios al nuevo Código Penal, dir. por Quintero Olivares, cit., p. 1320.

⁴⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, cit., pp. 157.

como “medidas”, si bien no faltaron quienes lo consideraron algo particularmente dudoso tanto respecto de la inhabilitación especial, como, sobre todo, en el caso de la multa⁴⁹, la cual podía imponerse de manera directa y acumulativa, sin exigir, además, de las personas físicas intervinientes una actuación por cuenta de la “organización⁵⁰, asociación o persona titular del establecimiento”.

C) *Recapitulación*

La evolución brevemente repasada pone de manifiesto la manera en la que el legislador penal español fue progresivamente decantando su voluntad de responder a la comisión de hechos delictivos a través de entidades y empresas. Una evolución que, partiendo del error del art. 262 y del establecimiento de una sanción de naturaleza nada clara y muy controvertida (las consecuencias accesorias), se tradujo en la reforma de 2003 en la introducción de dos previsiones específicas, como los artículos 31.2 y 369.2 (éste estrictamente limitado a los delitos de tráfico de drogas), orientadas más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias (fun-

damentalmente económicas) de la misma.

II. ALTERNATIVAS BÁSICAS: POSICIÓN PERSONAL

En realidad, adoptada la decisión de intervención por parte del Derecho penal, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentar esta responsabilidad, a cuyo efecto se abren al menos como alternativas más básicas⁵¹: el sometimiento de las personas jurídicas a un régimen de responsabilidad penal ligado y dependiente del de las personas físicas; y la construcción de una nueva línea de intervención penal específica para los entes dotados de personalidad jurídica, que –con plenas garantías y límites claros– permita incidir sobre éstos de un modo directo, a partir de la delimitación de su propia y característica responsabilidad, y sin perjuicio de la oportuna exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas intervinientes. Todo ello, bien respecto de cualquier hecho delictivo o tan sólo por aquellas figuras criminales más cercanas al actuar empresarial, y modulando, en su caso, las diversas categorías dogmáticas⁵² para posibilitar su

⁴⁹ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Derecho penal*, cit., p. 956.

⁵⁰ Contra la posibilidad de que pudiera imponerse una pena a una “organización”, concepto que no exige la personalidad jurídica, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 198.

⁵¹ Para una descripción general de los principales modelos teóricos, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 88 ss. Ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp.80 ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, 86-87, 2008, pp. 129 ss.

⁵² BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *La Ley*, núm. 7541, 5 enero 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.). En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”, en *Responsabilidad penal de las empresas*, cit., p. 26; ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, cit., p. 39; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 79; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio Societas delinquere potest”, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, cit., p. 175. Advierte, con todo, de sus posibles consecuencias negativas para la propia dogmática jurídico-penal, ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret*, 344, 2006, p. 5.

adaptación a las características propias de aquellas entidades.

La segunda de las alternativas apunta al régimen de autorresponsabilidad, un modelo que alcanza una importancia cada vez más relevante en el plano científico y doctrinal⁵³.

Por su parte, el sistema de heterorresponsabilidad se basa en la “responsabilidad por atribución”⁵⁴ de los delitos cometidos por quienes operan finalmente como recursos personales e instrumentos para la realización de las actividades de las entidades.

Con todo, debido en gran parte a las dificultades que para la persecución penal suscita lo anterior, incluso en este plano se han ido abriendo camino los llamados modelos estructurados sobre el principio de agregación⁵⁵. Esta perspectiva, sabedora de que la integración de determinados tipos penales no puede apreciarse sino a través de la valoración del

conjunto de lo actuado, busca llegar a una exigencia de responsabilidad penal que no dependa de la suerte de los comportamientos de determinados sujetos individuales, por muy relevantes que éstos sean en la estructura directiva u organizativa de la entidad.

En los modelos de atribución el examen y delimitación de los vínculos de conexión constituye, naturalmente, una cuestión de la mayor relevancia⁵⁶. Ahora bien, siendo la responsabilidad penal lo opuesto a una responsabilidad puramente objetiva, tampoco en estos modelos puede evitarse el debate en torno a la fundamentación material de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En esta línea, entre otras propuestas⁵⁷, la doctrina del defecto de organización, formulada hace más de dos décadas por Tiedemann⁵⁸, sigue constituyendo un punto de referencia esencial, aun cuando su incardinación preferible en la estructura del delito no sea, a nuestro juicio, la culpabilidad⁵⁹. En efecto, presupuesta la capacidad ge-

⁵³ HEINE, G., Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu Kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden-Baden, 1995; LAMPE, J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, ZStW 106, 1994, pp. 684 ss.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 321 ss.

⁵⁵ VERVAELE, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1, 1998, p. 167.

⁵⁶ BACIGALUPO SAGESSE, S., La responsabilidad penal..., cit., pp. 379 ss., en especial pp. 390 ss.

⁵⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea...”, cit., pp. 72 ss.

⁵⁸ TIEDEMANN, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en Neue Juristische Wochenschrift, núm. 41, 1988, pp. 1169 ss. También, DANNECKER, G., “Zur Notwendigkeit der Einführung Kriminalrechtlicher sanktionen gegen Verbände”, en Goldtdammers Archiv für Strafrecht, 2001, pp. 101 ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos...?”, cit., p. 19; HEINE, G., Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit..., cit; HIRSCH, H., Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, Leverkusen, 1993; VOLK, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, en Juristische Zeitung, 1992, pp. 429 ss; SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en Hacia un Derecho Penal económico europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann, ed. por Arroyo Zapatero, Madrid, 1995, pp. 565 ss.

⁵⁹ También, entre otros, GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, La Ley, núm. 7534, 2010 (pdf), p. 9; GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión...”, cit., pp. 132 s; PÉREZ MANZANO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Actualidad Penal, 2, 1995, pp. 21 ss. A favor, sin embargo, de su pertenencia a la culpabilidad, en la línea originaria de Tiedemann, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español, Valladolid, 2010, pp. 104 ss.

neral de autoorganización o funcionamiento de las entidades jurídicas, en el propio plano del injusto típico –bien directamente o como reflejo de la infracción por parte de la persona jurídica de su deber de garantía en la evitación de la comisión en su seno de hechos delictivos–, el defecto de organización o funcionamiento, ligado al incremento de riesgo⁶⁰, constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica⁶¹, facilitando la exclusión de la tipicidad respecto de resultados (delitos) imprevisibles o inevitables y, en general, cuando su producción sea completamente ajena al defecto de organización apreciado⁶².

En un Derecho penal respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, la imputación típica (objetiva y subjetiva) no basta para la proclamación de la responsabilidad penal. Esta, como responsabilidad personal, requiere también la atribución del hecho típico al sujeto individual y la confirmación de la necesidad de intervención penal respecto del mismo, en este caso, respecto de la propia persona jurídica. La imputabilidad de las personas jurídicas⁶³ no deja de ser problemática; y lo mismo cabe decir de las propuestas de dotar de contenido específico a la culpabilidad de las personas jurídicas⁶⁴, entre las que la culpabilidad por la dirección de la empresa⁶⁵ destaca entre los criterios de culpabilidad organizativa⁶⁶, si bien presenta de-

masiadas afinidades con la culpabilidad por el modo de vida, nada compatible con un Derecho penal del hecho. También parecen de gran interés los ensayos de construcción de la culpabilidad de la persona jurídica con base en la “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”⁶⁷. Tiene, no obstante razón Gómez Tomillo al criticar estas posturas por restringir excesivamente “las posibilidades sancionatorias”, que quedan “reducidas al ámbito de lo excepcional”, pues “una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurren en un delito”⁶⁸. Resulta, por ello, más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en “su disposición jurídica en el momento del hecho”, expresiva, como recuerda Feijóo Sánchez, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa “cultura de cumplimiento de la legalidad” que le es legal e individualmente exigible⁶⁹.

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

En todo caso, la reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurí-

⁶⁰ HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit* pp. 311 ss.

⁶¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 80 ss. Critica, sin embargo, la “debilidad del modelo”, ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., pp. 1 ss.

⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea...”, cit., p. 79.

⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Imputabilidad de las personas jurídicas”, en Libro homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, cit., pp. 425 ss.

⁶⁴ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 91 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 116 ss. y 151 ss.

⁶⁵ HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, cit., p. 313.

⁶⁶ CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia delante ¿un paso hacia atrás?”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, p. 138.

⁶⁷ Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad...*, cit., en particular, pp. 208 ss; y del mismo autor, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9.

⁶⁸ “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 25, 2011, p. 71.

⁶⁹ “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 107-109.

dicas en el Derecho español. Confirmada esa voluntad por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma (desde 2006)⁷⁰, antes de finalizar la primera década del siglo XXI, se ha aprobado la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, entrada en vigor el 23 de diciembre del mismo año tras una *vacatio* de seis meses.

La reforma deroga tanto lo previsto por el artículo 31.2, como por el artículo 369.2 (no así el art. 262.2, que no resulta afectado). Respondiendo a un creciente consenso doctrinal⁷¹—que, partiendo de la crítica al sistema de

las consecuencias accesorias, cuya “relevancia práctica” fue tan sólo “marginal”⁷², reclamaba la estructuración apropiada del sistema adecuado de intervención sobre las personas jurídicas, hace tiempo propugnada en el plano europeo por la Rec. (18)88—, rompe ya sin matices con el principio *societas delinquere non potest*⁷³. Y regula explícitamente⁷⁴ la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, que, naturalmente, lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil directa de la entidad, “en los términos establecidos en el artículo 110”

⁷⁰ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006”, en *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por Arangüena Fanego/Sanz Morán, Valladolid, 2008, pp. 51 ss; MORALES PRATS, F., “La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal”, en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, dir. por Muñoz Conde, Valencia, 2008, pp. 595 ss; y, del mismo autor, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español”, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dir. por Álvarez García, Valencia, 2009, pp. 47 ss. Ver también, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*. Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, 2009, pp. 291 ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma de la Justicia penal*, cit., pp. 23 ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 203 ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, pp. 126 ss; ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. por Luzón Peña, Madrid, 2010, pp. 279 ss. y 284 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 303 ss.

⁷¹ Traducido hasta en propuestas articuladas, entre las que cabe destacar por su desarrollo e importancia la de NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, dir. por Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Madrid, 2008, pp. 146 ss.

⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma del art. 129 CP”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal...*, cit., p. 241.

⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 66. En contra, sin embargo, ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., pp. 12 ss.

⁷⁴ De un “modo formal, expreso y sincero”. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, en *La Ley*, núm. 7561, 2011, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 12 pp.).

y “de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos” (art. 116.3 CP)⁷⁵. Como expresa Zúñiga Rodríguez, se supera de este modo “la etapa del si de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el cómo hacerlo”⁷⁶.

La decisión, justificada por el Preámbulo con base en una amplia lista de textos normativos de la Unión Europea (los cuales, sin embargo, salvo alguna curiosa excepción, no exigen que la responsabilidad que demandan para la persona jurídica tenga que ser de naturaleza estrictamente “penal”)⁷⁷, se incardina en la línea seguida por no pocos legisladores hasta del marco continental europeo, conscientes de la

frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos del Derecho administrativo sancionador⁷⁸ y para los que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces⁷⁹, dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas⁸⁰.

A) EL NUEVO ARTÍCULO 31 BIS

Conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión

⁷⁵ Para las cuestiones que suscita y, en particular, la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto, con anterioridad, por el artículo 120.4 CP, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 193 ss.

⁷⁶ “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010”, en Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof.Dr.Gerardo Landrove Díaz, dir. por Muñoz Conde et al, Valencia, 2011, p. 1154.

⁷⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, en La reforma de la justicia penal, cit., p. 146; ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 70; GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, La Ley, 7501, 3 noviembre 2010, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “¿Responsabilidad penal...?”, cit., pp. 118 s, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, La Ley, 7464, 9 septiembre 2010, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 10 pp.). En realidad, entre las múltiples directivas y decisiones-marco, sólo la Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, alude expresamente (en el título de su artículo 12) a Sanciones “penales” aplicables a las personas jurídicas, si bien en su artículo 11, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, evita la inclusión del calificativo “penal”. También, con algún matiz, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, coord. por Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, 2010, p. 12.

⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1163.

⁷⁹ SCHÜNEMANN, B., “Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht”, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Schünemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Köln, 1995, pp. 271 ss.

⁸⁰ Destaca Fernández Teruelo la posibilidad de que la penalización de la persona jurídica pueda acabar beneficiando al delincuente económico, al “contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al autor” (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 25, septiembre 2011, p. 11), si bien, como recuerda Carbonell Mateu, esto puede evitarse con “la acumulación de responsabilidades”. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, Cuadernos de Política Criminal, 101, 2010, pp. 9 s.

de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas⁸¹.

Estas personas físicas deben:

* presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de:

- representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o
- personas sometidas a la autoridad de los anteriores; y

* actuar, además,

- bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho;
- bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores,
 - en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y
 - por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

La distinción expresa entre representantes legales⁸² y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, lleva a restringir el marco de aplicación de la primera

categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes “no orgánicos y voluntarios”⁸³. Son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento”⁸⁴ de la entidad y que cuentan con “capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes (...) sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa”⁸⁵, actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.

La categoría más problemática en este plano es la de los administradores de hecho, para los que –respecto del artículo 31 y los delitos societarios– mantiene la doctrina que conviene “sustentar(se) sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien”⁸⁶, algo que, coherentemente, ha de ser también aplicable al primer párrafo del número 1º del artículo 31 bis⁸⁷.

Por lo que se refiere a los representantes legales, literalmente cubriría a los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de la entidad, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos “notablemente amplio”⁸⁸, inclusivo de mandos intermedios⁸⁹.

⁸¹ Censura Carbonell Mateu la falta de referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por “los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas”, que “encaja mucho mejor con el dolo” y cuyo tratamiento penal no deja de suscitar “inconvenientes”, aunque no insuperables, desde la perspectiva del art. 31 bis. “Responsabilidad penal”, cit., p. 28.

⁸² Critica la terminología empleada, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº1, del Código Penal”, Cuadernos de Política Criminal, 103, 2011, p. 54.

⁸³ DEL ROSAL BLASCO, B., ibidem, 103, 2011, p. 56.

⁸⁴ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 55.

⁸⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 57.

⁸⁶ Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 60.

⁸⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 93.

⁸⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 65.

⁸⁹ Expresamente a favor de su inclusión en el art. 31 bis 1, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 58 (n.35), que los considera “administradores de hecho”, Introducción..., cit., p. 76. En contra, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, Madrid, 1 junio 2011, p. 50.

Para corregir lo que considera un probable exceso, propone Del Rosal Blasco una interpretación restrictiva, que reconduzca el ámbito de su aplicación al “factor”⁹⁰. Sin perjuicio de que la coherencia de la propuesta en la línea del “modelo amplio de identificación”⁹¹ defendido por este autor (un sistema, en definitiva, de atribución)⁹², desde la perspectiva que inspira este trabajo no parece, sin embargo, político-criminalmente adecuado restringir de entrada las posibilidades de autorresponsabilidad de los entes jurídicos a los hechos cometidos por apoderados generales, gerentes y directores generales⁹³. Máxime cuando la letra de la ley no lo exige y puesto que, aun cuando no sea en la práctica lo normal⁹⁴, conforme al concepto de administradores de hecho y de derecho defendido (congruente con el sentido otorgado en otros pasajes del Código) y a los solos efectos del primer párrafo del art. 31 bis 1 primero, podrá haber representantes legales que no sean administradores de hecho o de derecho en el sentido restrictivo mantenido. Abunda igualmente en lo anterior el extenso y plural universo organizativo que encuentra amparo en la personalidad jurídica y las grandísimas distancias estructurales, de dimensión, etc.,

entre unas entidades y otras, que podría resultar en impunidad dada la “división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades”⁹⁵ que caracterizan, en particular, a las grandes empresas⁹⁶.

Siendo posible, de otra parte, la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos⁹⁷, el representante de esta última será “el administrador de hecho de la sociedad”⁹⁸.

La actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre de la persona jurídica y, en todo caso, por su cuenta y en su provecho.

La exigencia de haber actuado en nombre y por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco “formal, material y funcional” del “contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca”⁹⁹,

⁹⁰ “La delimitación típica...”, cit., p. 65. A favor de que se trate tan sólo de “quien asuma la representación general”, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 94.

⁹¹ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, La Ley, 7670, 11 julio 2011, pp. 3 s.

⁹² “Un doble sistema de atribución”. DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 44.

⁹³ DEL ROSAL BLASCO, B., *ibidem*, p. 65.

⁹⁴ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS/DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP”, en Comentarios a la reforma penal de 2010, cit., p. 32.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 75 s.

⁹⁶ BLANCO CORDERO, I., “Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13 (2011), r2:3.

⁹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 97; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 33; GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 68 ss.

⁹⁸ Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 64 (n.49). Ver también

⁹⁹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 50.

En esta línea, incluso requiriendo que la actuación “asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica... no se oponga a su Código de conducta”, DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, La Ley Penal, 87, 2011, pp. 2 s. (del texto con notas descargado de la Web, 18 pp.).

pudiendo las “extralimitaciones” puntuales llevar, en el plano penal, a “excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta”¹⁰⁰. La referencia al provecho, cuya naturaleza no queda legalmente fijada¹⁰¹, ha sido criticada por su falta de claridad¹⁰² –muy en particular, en lo que concierne a la necesidad o no de que se trate de un provecho económico¹⁰³– y ha de entenderse en sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física¹⁰⁴, y de forma objetiva: como “efectiva tendencia”¹⁰⁵ o “idoneidad ex ante”¹⁰⁶ para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés¹⁰⁷ a la persona jurídica en un cierto plazo, lo que incluye tanto el provecho directo como el indirecto (reducción de costes)¹⁰⁸ y sin que se requiera su verificación o realización efectiva.

En el caso del párrafo segundo del art. 31 bis

1, se alude a las personas sometidas a la autoridad de representantes y administradores, lo que para la mayor parte de la doctrina abarca a todo aquel que actúe bajo la autoridad¹⁰⁹ de administradores y/o representantes, sin necesidad de una vinculación o laboral o mercantil formal con la entidad¹¹⁰. Por lo que se refiere a su actuación, debe darse “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho” de la entidad; además, es preciso que los hechos hayan podido tener lugar “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control” por parte de los administradores y/o representantes legales¹¹¹ y “atendidas las concretas circunstancias del caso”. Dada la amplitud del supuesto, que debería interpretarse “por exclusión”, esto es, centrándose en los casos de violación del deber de control no susceptibles de incardinación en el párrafo primero del art. 31 bis 1¹¹², aun cuan-

¹⁰⁰ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 34. También BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 86; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, La Ley Penal, 76, 2010, p. 3 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.).

¹⁰¹ BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 4.

¹⁰² GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 63.

¹⁰³ A favor, con razón, de su no restricción a lo “estrictamente económico(s)”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 3. Ver también, ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, La Ley Penal, 81, 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 7 pp.).

¹⁰⁴ Destaca la irrelevancia, a estos efectos, de las “intenciones o motivaciones” de los sujetos intervinientes, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 99.

¹⁰⁵ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 43.

¹⁰⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 86.

¹⁰⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 87.

¹⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18.

¹⁰⁹ A juicio de Fernández Teruelo, “directa” (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 33); sin embargo la FGE admite la falta del debido control “a través de la cadena de delegaciones que se haya previsto a tal fin”, Circular 1/2011, cit., p. 46.

¹¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 89. Así, podrán estar vinculados con la entidad por alguna relación de carácter laboral, de arrendamientos de servicios, o empresa de trabajo temporal, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 46; también GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 79 s. Feijóo Sánchez entiende, con todo, que “sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica”, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 100.

¹¹¹ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 90. Lo que, como recuerda Feijóo Sánchez, obliga a entender que los hechos cometidos han de constituir la “necesaria concreción o realización de la infracción de los deberes” por parte de los administradores y/o representantes. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 103.

¹¹² DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., pp. 90 ss.

do, literalmente, baste con la constatación del defecto de control, por mor del principio de intervención mínima habrá de exigirse que éste sea calificable al menos de grave.

B) MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL

La simple lectura del contenido del artículo 31 bis 1 permite enseguida destacar la importancia que el seno del nuevo sistema de imputación de la responsabilidad penal alcanzan tanto el hecho delictivo que ha de cometer la persona física, como el vínculo de conexión con la persona jurídica. Ambos se conforman como aspectos esenciales de referencia de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, configurando aparentemente un sistema de heterorresponsabilidad, prolongación de lo que, en la línea “del sistema anglosajón del alter ego”, se viene calificando como “modelo de la transferencia o la atribución”¹¹³, también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”)¹¹⁴, y que supone por tanto la imputación por “identificación”¹¹⁵ o por “representación”¹¹⁶ de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adi-

cional de determinados requisitos materiales.

Otros elementos del propio artículo 31 bis apuntan, por su parte, una responsabilidad propia y directa de la entidad¹¹⁷: éste es particularmente el caso del contenido del artículo 31 bis 2, en el que se declara exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. A ello se añade la previsión del número 3, relativa a la ineficacia de cara a la responsabilidad de la entidad de las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, así como “el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”.

En todo caso y a pesar de lo anterior, se diría que, aisladamente considerado, el tenor literal del párrafo 1 del artículo 31 bis 1 ofrece escaso margen de juego a todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro¹¹⁸; y que sólo en el párrafo segundo se alude a lo que, conforme a la teoría del defecto de organización, podría servir de fundamento para la construcción de una responsabilidad propia de la persona jurídica: la falta del debido control¹¹⁹. No faltan, por

¹¹³ ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 9.

¹¹⁴ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, 77, 2010, p. 6 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.).

¹¹⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 3 s.

¹¹⁶ DE URBANO CASTRILLO, E., “El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas”, en *La Ley penal*, núm. 61, junio 2009, p. 4 (del texto con notas descargado de la Web, 9 pp.); en sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 19. Ver también, con matizaciones BACIGALUPO SAGESSE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Gómez Tomillo, 2ª ed., Valladolid, 2010, p. 272; de la misma, “Los criterios de imputación...”, cit., p. 3, donde acaba indicando que, en realidad, “el legislador no ha elaborado un modelo de imputación en sentido estricto” (p. 4).

¹¹⁷ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (a cargo de V.Gómez Martín), Barcelona, 2011, p. 204.

¹¹⁹ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, “Responsabilidad penal...”, cit., p. 71; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Xurídica Galega*, núm. 63 (2009), p. 50.

ello, autores que defienden que el sistema introducido es un sistema mixto¹²⁰, el cual, sin perjuicio de independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya claramente en la adhesión/identificación/atribución respecto de los delitos cometidos por los representantes y administradores, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad (con base en el defecto de control) en los supuestos contemplados por el segundo párrafo del artículo 31 bis 1¹²¹.

Ahora bien, salvo que se prefiera defender que la responsabilidad proclamada “sólo es formalmente penal”¹²², para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico¹²³, fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su “hecho propio”¹²⁴ y no por el “inevitable hecho de referencia”¹²⁵, p.e. de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un “presupuesto” de su responsabilidad, éste no puede ser considerado su “fundamento”¹²⁶, salvo que aceptemos la responsabilidad penal por el hecho ajeno”¹²⁷. En el caso de la regulación penal introducida por la LO 5/2010, la exigen-

cia resulta aún más acuciante a la vista de que, en la parte especial, no son pocos los delitos, calificados como menos graves si se realizan por personas físicas, que serán objeto de penas con “la consideración de graves” (art. 33.7) de ser de ellos declaradas responsables las personas jurídicas. Sin perjuicio de lo establecido por la regla 2ª del art. 66 bis (que, por otra parte, tiene una aplicación limitada, tanto por las penas afectadas como por la propia naturaleza de algunas de ellas), y al margen de las críticas que pueden derivar desde el principio de proporcionalidad, esto obliga, sin duda, a buscar aquel injusto específico que permita fundamentar el salto en la gravedad de la pena por la comisión de unos mismos delitos.

De otra parte, carente el Código penal de toda norma (cuya ilegitimidad sería, por otro lado, palmaria) que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10, sin que baste para ello su concurrencia en la persona física, corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido del artículo 31 bis en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia.

¹²⁰ RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas”, en *La Ley penal*, núm. 75, 2010, p. 5 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.); SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma...” cit., pp. 6 s. Para Carbonell Mateu/Morales Prats, el modelo es cercano a un sistema de transferencia, aun cuando se apoya en la “responsabilidad directa y coprincipal” de la persona jurídica. “Responsabilidad penal...”, cit., p. 72.

¹²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 1 ss.

¹²² ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 12.

¹²³ Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 91.

¹²⁴ Critica Robles Planas las referencias doctrinales a un supuesto “hecho propio” de la persona jurídica, por entender que es simplemente “una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad”. “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”, *InDret*, 2, 2009, p. 5; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

¹²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

¹²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 4.

¹²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coord. por García Valdés et al, T.I, Madrid, 2008, p. 721.

Frente al pronunciamiento de la Circular 1/2010 en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es propiamente una forma de “heterorresponsabilidad”, “responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” y que, sin perjuicio de su carácter autónomo, presenta una “naturaleza indirecta o subsiguiente”¹²⁸, resultan, por todo ello, especialmente valiosos los esfuerzos doctrinales dirigidos a resolver las dificultades anteriores, destacando como especialmente apropiadas las propuestas que, partiendo de la idea del defecto de organización, se centran en la falta del debido contro.

En efecto, a nuestro parecer y como ya se ha indicado supra, junto a la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la “criminalidad de la empresa”¹²⁹, es construir no tanto la culpabilidad¹³⁰ cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por cuenta y provecho; un deber de garantía “del cumplimiento de la legalidad y de la ade-

cuación de la organización a lo prescrito por el Derecho”¹³¹, que se presenta como de carácter “colectivo”, dirigido “a todos los entes dotados de personalidad jurídica”¹³², y que no por el hecho de que sólo resulte mencionado de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero¹³³, habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al “ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado”, por ser el desplegado “al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos”¹³⁴.

La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos¹³⁵, en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1, el cual, en su párrafo segundo, requiere asimismo la falta de aplicación del debido control (dolosa o imprudentemente)¹³⁶ por parte de las perso-

¹²⁸ Circular 1/2010, cit., pp. 30 y 107. Para una crítica en este punto de la Circular, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El ‘delito de sospecha blindado’ y la responsabilidad objetiva ‘impura’ en la Circular 1/2010 de la FGE”, La Ley, núm. 7694, 14 septiembre 2011, pp. 1 ss.

¹²⁹ Que conviene distinguir con claridad de la “criminalidad en la empresa” y de la “criminalidad contra la empresa” GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, Revista General de Derecho Penal, 16, 2011, p. 29.

¹³⁰ A favor del entendimiento de que la regulación española asume el concepto de culpabilidad por defecto de organización, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 141 ss.

¹³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 67.

¹³² GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 29.

¹³³ Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 3.

¹³⁴ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 28.

¹³⁵ Afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, esto es, no vicarial ni por el hecho de otro, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., pp. 49 ss.

¹³⁶ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 47. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Fundamentos modernos..., cit., p. 489; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 60.

nas físicas responsables; todo ello, siempre que concurra también el “merecimiento de pena”¹³⁷: esto es, si ratificada su capacidad individual de autoorganización y funcionamiento (imputabilidad), podía evitarlo¹³⁸ y no se hallaba amparada por excusa legal alguna (culpabilidad), manifestando así, también, en el momento del hecho las carencias de la entidad en cuanto a esa “cultura de cumplimiento de la legalidad”¹³⁹ que le era individualmente exigible.

Ni las dificultades de aplicación de la categoría del dolo a las personas jurídicas¹⁴⁰, ni la proximidad del desarrollo del debido control con la observancia del debido cuidado sirven de fundamento suficiente para entender que esta responsabilidad haya de ser “de naturaleza imprudente”¹⁴¹. El artículo 31 bis admite tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente de la entidad, que no puede confundirse con el hecho de que la responsabilidad de la persona física sea dolosa o por imprudencia. Ciertamente, es de reconocer que la vía de la imprudencia puede resultar muy adaptada a las características de la realidad de esta criminalidad, permitiendo un adecuado juego a la implantación o no de mecanismos de preven-

ción de delitos¹⁴². Además, el hecho de que, en la parte subjetiva del tipo del delito imprudente, la concurrencia “(d)el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”¹⁴³ pueda quedar en la práctica satisfecha con la mera constatación de la ausencia de voluntad del autor de comisión del hecho resultante, facilitaría su apreciación respecto de la persona jurídica. Ahora bien, conviene indicar que, de lege lata, la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por imprudencia¹⁴⁴ a las personas jurídicas se enfrenta a no pocas dificultades en el Derecho penal vigente en España:

- De un lado, para admitir el castigo de las acciones u omisiones imprudentes, el artículo 12 del Código Penal obliga a que “expresamente lo disponga la ley”, y ni en el artículo 31 bis ni en los preceptos de la parte especial alusivos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla referencia explícita alguna al castigo de la comisión imprudente por parte de éstas¹⁴⁵; por ello, la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física¹⁴⁶:

¹³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo...”, cit., p. 727.

¹³⁸ CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss.

¹³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 109.

¹⁴⁰ Y sus riesgos para la dogmática penal tradicional, NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal..., cit., pp. 161 s.

¹⁴¹ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 35 s. Por su parte, Rodríguez Ramos mantiene que el “título de imputación objetiva” ha de ser la “comisión por omisión”, debiendo ser el de “imputación subjetiva” la imprudencia, que ha de exigirse sea grave. “¿Cómo...?”, cit., pp. 3 ss.

¹⁴² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., pp. 20 s.

¹⁴³ Que se añade al “elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente)”. MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 297.

¹⁴⁴ Incluso si sólo se limita a la imprudencia grave, como propone DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad...”, cit., p. 21.

¹⁴⁵ Sin embargo, MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 206.

¹⁴⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 13 ss; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...”, cit., p. 6; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 4.

en realidad, financiación del terrorismo y blanqueo¹⁴⁷, conforme a la legislación en vigor¹⁴⁸.

- De otra parte, y dejando al margen la cuestión de que “el marco penal es único”¹⁴⁹, teniendo las penas para las personas jurídicas, por disposición legal, “todas la consideración de graves”, como ya se ha indicado, del repaso de las previstas por los tipos penales de la parte especial del Código se desprende que, en no pocos supuestos, las penas aplicables a las personas jurídicas serán de mayor gravedad que las susceptibles de imposición a las personas físicas por hechos dolosos, algo que no resultará fácil de justificar (desde el prisma del principio de proporcionalidad) simplemente por la presencia del injusto específico de la persona jurídica y que se convertiría en especialmente rechazable si, frente al castigo en el caso de la persona física del delito doloso, el título de imputación, en el caso de la persona jurídica, fuera además, la imprudencia.

- El examen de lo dispuesto por el artículo 66 bis en materia de aplicación de las penas lleva también a la misma conclusión: siendo la regla general la libertad judicial en cuanto a la aplicación de las penas en los delitos imprudentes (que, frente al criterio seguido por el proyecto y anteproyectos que le precedieron –los cuales mantuvieron igualmente este mismo criterio para las penas aplicables a las personas jurídicas–, sólo se somete “a su prudente arbitrio”), el artículo 66 bis, in-

troducido por la reforma de 2010, se ocupa de detallar las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, declarando la plena aplicabilidad de las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66, unas reglas reservadas exclusivamente para los delitos dolosos, en el caso de las personas físicas.

Por todo lo cual, y a falta de todo apoyo legal más específico, ha de concluirse que en el Derecho penal español en vigor la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconducirse exclusivamente por la vía dolosa (inclusiva del dolo eventual).

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN: “NUMERUS CLAUSUS”

La aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”. La reforma limita en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica¹⁵⁰, taxativamente¹⁵¹, los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la

¹⁴⁷ Respecto del blanqueo, advierte, en todo caso, Feijóo Sánchez que, de interpretarse el “en tales casos” del art. 302.2 en el sentido de que se refiere exclusivamente a los supuestos “de existencia de una organización dedicada al blanqueo (...) no cabrían supuestos de imprudencia”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 78 (n.18).

¹⁴⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, en *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigido por Quintero Olivares, Cizur Menor, 2010, p. 57; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 4.

¹⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. cit., p. 206.

¹⁵⁰ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html>, p. 5.

¹⁵¹ BACIGALUPO SAGESSE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., dir. por Gómez Tomillo, Valladolid, 2011, p. 273.

corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)

- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2)

Una primera cuestión suscitada es si el “delito” cometido por la persona física debe entenderse como comportamiento típico, antijurídico y culpable. El párrafo 3 del art. 31 ordena que la falta de culpabilidad¹⁵² de la persona física “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, lo que lleva a entender que no será precisa la culpabilidad

y sí un hecho típico y antijurídico¹⁵³; sin embargo, será difícil constatar la concurrencia de causas de justificación cuando falte la persona física sujeto activo del delito concreto, por lo que, en estos supuestos, bastará con que el hecho de la persona física sea “objetivamente típico”¹⁵⁴, apuntando, así, indiciariamente a su carácter penalmente injusto.

De otra parte, y entrando en los delitos particulares, siendo predominantes –junto a las infracciones penales en las que la personalidad jurídica es frecuentemente aprovechada por la criminalidad organizada– las directa o indirectamente reconducibles al derecho penal socioeconómico, llama la atención la presencia de figuras difícilmente aplicables a la realidad de las personas jurídicas y, simultáneamente, la ausencia de delitos destacados en este marco¹⁵⁵. En este orden de cosas, al lado de la contaminación ambiental por imprudencia y de determinadas infracciones en el campo de productos defectuosos o de riesgo, incluso resultantes en lesiones u homicidios¹⁵⁶, debían haber merecido una especial mención las infracciones penales contra los trabajadores¹⁵⁷ y en materia de seguridad en el trabajo¹⁵⁸, supuesto para el que continúa vigente la previsión del artículo 318 CP, por lo que el juez podrá facultativamente adoptar alguna de las “consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito” previstas por el art. 129; ahora bien, éste expresamente queda reservado, por exigencia de su propio tenor literal, a las entidades que, por carecer de personalidad jurídica, están excluidas del artículo 31 bis¹⁵⁹,

¹⁵² Los proyectos y anteproyectos anteriores se referían, en un sentido más amplio, a la ineficacia de la concurrencia de eximentes de responsabilidad en la persona física de cara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹⁵³ ZÚÑIGA, L., “Societas delinquere potest”, cit., p. 14.

¹⁵⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 54.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., pp. 10 s. (n.3).

¹⁵⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 19.

¹⁵⁷ BACIGALUPO, S., “Los criterios...” cit., p. 4.

¹⁵⁸ Por todos, RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

¹⁵⁹ Mantiene un entendimiento en sentido amplio, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 166.

lo que muestra un grave problema de negligencia del legislador que se traduce en la falta de coordinación entre los diversos preceptos. Lo mismo prevé el Código penal, “con criterio inconsecuente”¹⁶⁰, para los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294), delitos de riesgos producidos por explosivos y otros agentes (art. 348), delitos contra la salud pública distintos del tráfico de drogas (art. 366) y falsificación de moneda (art. 386), supuestos en los que la aplicación a las personas jurídicas de las consecuencias del artículo 129, respetando los requisitos del art. 31bis, deberá serlo tan sólo con carácter facultativo¹⁶¹.

Conviene recordar, para finalizar este punto, la experiencia del Derecho penal francés, el cual, habiendo introducido en el nuevo Código una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas limitada a los casos expresamente previstos por la ley y el reglamento (art. 121-2), por medio de la Ley Perben II (Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo) suprimió esta referencia, pasando a regir el principio de

generalidad, a partir de su entrada en vigor¹⁶². Esta solución resulta mucho más razonable¹⁶³, ya que también son imaginables supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en otras áreas delictivas, incluso (p.e., en el ámbito sanitario)¹⁶⁴ respecto de hechos generadores de muerte y/o de lesiones.

D) PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES:

La nueva responsabilidad penal es predicable de las “personas jurídicas”, sin ninguna exigencia particular respecto de su sistema de organización y complejidad¹⁶⁵. La falta de personalidad sólo deja abierta la aplicabilidad de las consecuencias accesorias del art. 129.

El concepto de persona jurídica no resulta definido por el Código penal¹⁶⁶, pero deberá ser más amplio que en el artículo 297, el cual sí recoge una definición de sociedad, pero referida en exclusiva a los delitos societarios¹⁶⁷.

En la línea de los “ordenamientos más intervencionistas”¹⁶⁸, ciertas personas jurídicas quedan al margen del nuevo sistema, si bien,

¹⁶⁰ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 2.

¹⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 24.

¹⁶² Por todos, COEURET, A., « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Revue de jurisprudence sociale*, 11, 2006, pp. 843 ss; SORDINO, M.Ch., « La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion », *La Gazette du Palais*, 254, 2004, pp. 13 ss.

¹⁶³ Abiertamente también a favor del *numerus apertus*, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., p. 2. Demanda también la ampliación del listado de delitos, FGE, Circular 1/2011, cit., pp. 59 s.

¹⁶⁴ TRESPADERNE BERACIERTO, M.I., ¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada (Tesis doctoral UPV/EHU), San Sebastián, 2011.

¹⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 33 s.

¹⁶⁶ Critica también Zugaldía Espinar la falta de pronunciamiento por parte del Código sobre la “determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas”, que pone de manifiesto el “olvido de la transnacionalidad del fenómeno”. “Societas...”, cit., pp. 8 y 7. Ver, por su parte, Feijóo Sánchez, quien considera que, respecto de las personas jurídicas extranjeras que cuenten en España con sucursales o unidades sin personalidad jurídica, quedará abierta tanto la vía del art. 31 bis como la del art. 129 CP, incluso para su aplicación simultánea. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 75.

¹⁶⁷ En los grupos de sociedades la responsabilidad residirá en cada sociedad. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem.*, p. 78.

¹⁶⁸ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 16 y, en general, pp. 14 ss.

a “las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil” a las que se refirieron los textos anteriores al Anteproyecto de 2009 (que aludían a asociaciones, fundaciones y sociedades), han acabado sumándose “algunas personas jurídico-públicas”¹⁶⁹. El art. 31 bis 5 declara, en efecto, la inaplicabilidad de su contenido a:

Las entidades de Derecho público y asimiladas: en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de derecho público.

- Las entidades estatales¹⁷⁰ mercantiles: Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Los partidos políticos y sindicatos, incluidos inicialmente en este listado, han sido sacados de él por el artículo único, uno, de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE, núm. 312, 28 de diciembre de 2012).

Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen reconducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (v.gr. disolución o suspensión) hasta difícilmente imaginable. También cabría aludir a su falta de capacidad de autoorganización, dada su total sujeción a la ley, pero esta objeción alcanza progresivamente un menor peso habida cuenta de las nuevas tendencias organizativas, también en el seno de la propia Administración pública¹⁷¹.

En todo caso, la doctrina recuerda la plena admisibilidad de las “relaciones interadministrativas de carácter sancionador”¹⁷² y comparte ampliamente la falta de suficiente fundamento de la exclusión de algunos supuestos: como las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales y, en particular, las sociedades mercantiles públicas (también lo hizo respecto de los sindicatos y los partidos políticos, sacados ya de la lista de exclusiones por la reforma de 2012)¹⁷³. Por su parte, la Circular 1/2011 considera que la exclusión de las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales deberá quedar sujeta a una “valoración jurídica casuística”¹⁷⁴ y, en el caso de las organizaciones que ejerzan po-

¹⁶⁹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 16 y, en general, pp. 14 ss.

¹⁷⁰ ¿Y las autonómicas, provinciales y locales”? A favor de su asimilación a las estatales, por todos, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21.

¹⁷¹ En este sentido, v. gr. en la Comunidad Valenciana, el Decreto 62/2010, de 16 de abril, por el que se establecen los instrumentos generales del sistema para la modernización y mejora de la calidad de los servicios públicos de los entes, organismos y entidades del sector público dependiente de la Generalitat (DOCV, n.º 6250, de 21 de abril de 2010) o, en Baleares, el Decreto 89/2010, de 9 de julio, por el cual se regula la creación del Comité de Gerencia del sistema de gestión por procesos (BOCAIB, núm. 107, de 19 de julio de 2010).

¹⁷² GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 42, quien reproduce a título ilustrativo el texto del F.J. 3º de la STS de 7 noviembre 2003 (pp. 42 s).

¹⁷³ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 61. Ver también, al respecto, VALLS PRIETO, J., “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”. Cuadernos de Política Criminal, 104, 2011, pp. 109 ss.

¹⁷⁴ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21. A favor de un “régimen híbrido” para estos supuestos, también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 16.

testades públicas de soberanía y administrativas, mantiene que deberá procederse a un entendimiento restrictivo de la exclusión, que resultará aplicable tan sólo “en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas” y, si se trata de las sociedades estatales, cuando efectivamente estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general¹⁷⁵.

Tampoco parece muy oportuna la regulación de las denominadas “sociedades de pantalla” (art. 31 bis 5)¹⁷⁶, por lo restrictivo de la fórmula a través de la cual se trata de permitir la declaración de responsabilidad penal, al exigirse que el propósito de la elección de una de las formas jurídicas excluyentes de la responsabilidad penal haya sido precisamente la elusión de “una eventual responsabilidad penal”, cuestión “de una enorme relevancia” que deberá ser apreciada por el juez penal¹⁷⁷.

Nuevamente aquí el Derecho penal francés se presenta menos cerrado que la regulación introducida en 2010 en España: dejando a salvo al Estado, permite la declaración de responsabilidad penal de las personas de derecho público y hasta de los entes territoriales y sus agrupaciones, si bien en estos supuestos sólo por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de

servicio público (art. 121-2)¹⁷⁸.

E) PENAS (Y OTRAS CONSECUENCIAS)

Las penas aplicables a las personas jurídicas “tienen todas la consideración de graves” (art. 33.7). Esto, que como ya se ha indicado, no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al “carácter de ultima ratio de la intervención penal”¹⁷⁹, algo razonable dada la particular “onda expansiva del castigo”¹⁸⁰ en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción¹⁸¹.

El artículo 33.7 recoge las siguientes penas¹⁸²:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

¹⁷⁵ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21

¹⁷⁶ Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 16.

¹⁷⁷ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal...” cit., p. 6; duda el autor de que el juez pueda contar con el “conocimiento profundo de la estructura de la sociedad, su actividad y su relación con otras entidades” legalmente requerido (p. 7).

¹⁷⁸ BOULOC, B., *Droit pénal général*, 22ª ed., Paris, 2011, p. 722.

¹⁷⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1174.

¹⁸⁰ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., p. 287.

¹⁸¹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 62.

¹⁸² La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa; no así otras penas, como la prohibición de determinadas actividades, cuya utilidad en esta línea podría, sin embargo, resultar de gran interés. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 63.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En realidad, se trata de las sanciones ya conocidas como consecuencias accesorias por el viejo artículo 129 del Código Penal, a las que se ha añadido, como pena “fundamental”¹⁸³, “de imposición obligatoria”¹⁸⁴, la multa, cuya importancia destaca la doctrina¹⁸⁵ como la pena aparentemente más idónea en estos supuestos. La previsión de la pena de multa –que en principio ha de establecerse “en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida” (art. 52.4)– se ha visto acompañada por la introducción de una regulación específica de su extensión máxima (cinco años), cuantía¹⁸⁶ y

fraccionamiento (hasta durante 5 años, si la cuantía pone su “supervivencia... o el mantenimiento de los puestos de trabajo... o cuando lo aconseje el interés general”)(art. 53.5), así como del sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta que, en el caso de la persona jurídica, abre la vía (potestativa para el tribunal) de la “intervención hasta el pago total de la misma”; esto suscita la cuestión de si podrá extenderse más allá de los cinco años para los que la intervención judicial se encuentra legalmente prevista como pena¹⁸⁷, algo que debería responderse en sentido negativo.

Sólo respecto de la pena de multa se alude, además, en el último inciso del art. 31 bis 2, a una posible necesidad de modulación¹⁸⁸ de “las respectivas cuantías” en el caso de doble responsabilidad –tanto de la persona jurídica como de la persona física responsable–, una norma que persigue explícitamente que “la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad” de los delitos cometidos. Calificada de “innecesaria”¹⁸⁹ siempre que las reglas penales sean objeto de adecuada aplicación, la previsión ha sido acertadamente criticada por entender que, enfocada a encarar un posible bis in idem, en el supuesto de que efectivamente éste tuviera lugar, “la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas

¹⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit, p. 13.

¹⁸⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 111.

¹⁸⁵ Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 6; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, I., “Societas delinquere potest”, en La reforma penal de 2010, coord. por Zúñiga Rodríguez et al, Salamanca, 2011, p. 17.

¹⁸⁶ Frente a los 2 y 400 €, límites ordinarios de las cuotas diarias para las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, las cuotas diarias se valoran entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Y, por lo que respecta a la multa proporcional, el art. 52.4 establece que, en caso de imposibilidad motivada de su cálculo con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, las multas previstas deberán sustituirse por: 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 la prevista es prisión de más de 2 años e inferior a 5; multa de 6 meses a 2 años, en los demás casos.

¹⁸⁷ DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución...”, cit., p. 16.

¹⁸⁸ Al respecto, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 116.

¹⁸⁹ DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución...”, cit., p. 14.

luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad”¹⁹⁰.

Se subraya, por el contrario, la buena acogida de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por considerarse justo que una empresa desde la cual se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de ayudas públicas¹⁹¹.

En cuanto a la intervención judicial, que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia, la experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito. Al igual que respecto de la multa, el Código penal –que en realidad desaprovecha en gran parte sus posibilidades¹⁹²– recoge para la intervención una regulación más detallada que la prevista para el resto de las penas aplicables para las personas jurídicas. Indica así el segundo párrafo de la letra g) del art. 33.7 que podrá extenderse “a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”, lo que deberá ser objeto de exacta determinación judicial, al igual que la persona encargada y los plazos de los informes de seguimiento. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y

locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se permite la modificación o suspensión “en todo momento” de la intervención, “previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal”, y el Código penal se remite a la vía reglamentaria en lo concerniente a la determinación de los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

En cualquier caso, son muchas las insuficiencias detectables en una regulación que carece de referencias sobre la ejecución de las penas interdictivas y hasta su incumplimiento¹⁹³. De otra parte, como la comparación del listado de penas con los empleados en el marco comparado pone de manifiesto, las ausencias son relevantes¹⁹⁴; v.gr. la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve¹⁹⁵, la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público¹⁹⁶, la prohibición de cotizar en mercados¹⁹⁷ o la prohibición de publicitarse¹⁹⁸, de emitir obligaciones y cheques, de utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, y hasta la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades¹⁹⁹ o prestaciones de servicios a la comunidad²⁰⁰, la misma “pena”

¹⁹⁰ CARBONELL MATEU, J., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 30.

¹⁹¹ Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 28; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 19.

¹⁹² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 124 ss.

¹⁹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, pp. 126 ss.

¹⁹⁴ Para un repaso de las sanciones impuestas a personas jurídicas en Derecho comparado, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones y reparación en el Derecho penal económico”, en *Cuestiones actuales...*, cit., pp. 196 ss.

¹⁹⁵ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS/DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Personas jurídicas”, cit., p. 46.

¹⁹⁶ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., pp. 289 s.

¹⁹⁷ DE LA FUENTE HONRUBIA, “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 167.

¹⁹⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 64.

¹⁹⁹ Crítica Feijóo Sánchez que el art. 33.7 e) permite prohibir la realización de actividades, pero no obligar a su realización. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 123.

²⁰⁰ LÓPEZ PEREGRIN, C., “La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Cp, once años después”, en *Problemas actuales...*, cit., p. 57 (n.41).

de reparación²⁰¹... Todas estas sanciones, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas. Llama igualmente la atención la “ausencia de substitutivos penales”²⁰², que, como en el caso de las personas físicas, permitan la suspensión condicional temporal (total o parcial) de la ejecución de la pena impuesta o incluso su sustitución, pues también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir “una de las prioridades del Derecho Penal”²⁰³.

Como ya se ha dicho, las penas recogidas en los apartados c) a g) del art. 33.7 (esto es, todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución) operan, con el mismo contenido²⁰⁴, como consecuencias accesorias “en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica²⁰⁵, pudiendo imponerse motivadamente, al igual que “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”²⁰⁶, en

los supuestos específicamente previstos por el Código, así como respecto de las infracciones penales que permiten la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129). Frente a lo desarrollado respecto de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias –que cumpliendo una “función residual”²⁰⁷, siguen siendo “de aplicación potestativa” y resultan susceptibles de imposición cautelar (art. 129.3)–, el Código penal continúa manteniendo una “grave indefinición”²⁰⁸ e “indeterminación”²⁰⁹, tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación²¹⁰, como sobre su naturaleza jurídica; han desaparecido también del art. 129 las anteriores referencias a su fundamento y finalidad –prevención de la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos–, actualmente recogidas en el artículo 66 bis, el cual debe seguir entendiéndose aplicable a las consecuencias accesorias²¹¹. La reforma mantiene el *numerus clausus* e introduce una importante precisión, que aclara el sentido de la accesoriedad de estas consecuencias. En efecto, el propio artículo 129 alude a estas consecuencias como “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el

²⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones...”, cit., pp. 214 ss.

²⁰² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 7.

²⁰³ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., p. 288.

²⁰⁴ Con “el mismo alcance y el mismo fundamento”, para DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164; si bien más adelante indica que la diferencia se encuentra en “el contenido retributivo y aflictivo derivado de poder imponer las penas de multa y disolución de las personas jurídicas, una vez declarada su responsabilidad penal” (ibidem, pp. 164 s.).

²⁰⁵ Ver, con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 162 s.; a partir de la falta de claridad del tenor literal entiende este autor que cabe también en él que la referencia a la carencia de personalidad jurídica quede sólo referida a los “grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”, lo que, de ser así, permitiría cubrir parcialmente por esta vía “la autoría y participación de personas jurídicas en delitos cometidos por personas jurídicas”.

²⁰⁶ En opinión de Feijóo Sánchez, el único sentido de esta referencia añadida es “dejar claro que se trata de una consecuencia que carece de límite temporal”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 247.

²⁰⁷ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 67. De “cuasisupletorio” califica a su régimen DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164.

²⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38.

²⁰⁹ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en La Reforma Penal..., cit., p. 113.

²¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., pp. 244 s.

²¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 243.

anterior art. 129, continúan manteniendo que basta con una accesoriedad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico²¹², debiendo entenderse ya que la accesoriedad requerida es máxima²¹³: “sin pena (...) no hay consecuencia accesoría”²¹⁴.

La inaplicabilidad del art. 129 a las entidades con personalidad jurídica cierra el paso a toda alternativa de intervención preventivo-especial, al margen de la pena aun en los casos en que ésta pudiera resultar indicada²¹⁵. Algo que no se suaviza por el hecho de que de la regulación de las penas interdictivas –las cuales, a juicio de Feijóo Sánchez, en realidad “sólo tienen de penas el nombre”²¹⁶ – se desprenda que su orientación es la preventivo-especial indicada.

F) REGLAS DE APLICACIÓN DE LAS PENAS

Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez²¹⁷, el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66.1, que declara extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”. Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas,

las cuales, a pesar de la dicción “un tanto engañosa” del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa²¹⁸. El artículo 31 bis 4 establece, además, un “sistema tasado y cerrado de Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez¹, el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66.1, que declara extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”. Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas, las cuales, a pesar de la dicción “un tanto engañosa” del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa². El artículo 31 bis 4 establece, además, un “sistema tasado y cerrado de atenuantes”²¹⁹, limitándolas a determinados supuestos de actuación post-delictiva de la persona jurídica, encauzada a través de sus representantes legales: confesión (con carácter previo al conocimiento de que el procedimiento se dirige contra ella); colaboración en la investigación del hecho, aportando pruebas nuevas y decisivas; reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral); y establecimiento (también con carácter previo al juicio oral) de “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”²²⁰.

²¹² En este sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 165.

²¹³ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias...”, cit., p. 115; también BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 39.

²¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 247.

²¹⁵ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias”, cit., p. 116.

²¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 113.

²¹⁷ Críticamente, por vulneración del principio de legalidad, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 7; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²¹⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 112.

²¹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, p. 129.

²²⁰ Indica Fernández Teruelo cómo la eficacia dependerá más que “del tipo de medidas (...) de la forma concreta en que en el futuro se ejecuten”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 35. Por su parte, a juicio de Del Rosal Blasco, el modo en que se regula esta atenuante, de redacción “poco feliz”, impide mantener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, “esté basada en un hecho propio de la persona jurídica”. “Responsabilidad penal...”, cit., p. 4.

Esta regulación –que parece querer dar cauce en el plano penal al “fenómeno de la autorregulación regulada”²²¹– ha generado una importante crítica doctrinal referida tanto a la limitación excesiva de las circunstancias como a su conformidad constitucional²²², a la propia naturaleza de las mismas y al alto grado de exigencia²²³. Así no se comprende la falta de mención a la atenuante analógica o a la de dilaciones indebidas²²⁴, previstas para los hechos cometidos por las personas físicas, lo que puede ser fuente de insoportables situaciones de desigualdad²²⁵. De otra parte, la naturaleza ex post de la atenuante del artículo 31 bis 4 d) suscita la cuestión del tratamiento a otorgar a los casos de adopción de medidas con carácter anterior o coetáneo a la realización del hecho delictivo. En general, la doctrina considera que la no regulación expresa de las eximentes deja abierta la plena aplicabilidad de las pre-

vistas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4º, 5º y 6º del art. 20, siempre que sea posible²²⁶. Y partiendo de lo anterior, en cuanto a las autorregulaciones, códigos de conducta corporativa y programas de prevención o cumplimiento, tan bien valorados en el marco comparado²²⁷, se entiende que su adopción y exigencia de aplicación en el modo adecuado debería llevar a la no declaración de responsabilidad penal de la entidad²²⁸, especialmente si colabora con las autoridades tras la comisión del delito²²⁹, si bien se discute sobre la vía adecuada de incardinación del supuesto en la estructura de la teoría del delito²³⁰. En contra de esta posición, sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, expresamente afirma que “las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, sólo son relevantes en la medida en que traduzcan

²²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²²² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²²³ Por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 145 ss; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 59 ss. Ver también FGE, Circular 1/2011, cit., p. 52.

²²⁴ Defiende, sin embargo, y a pesar del “sólo” inicial, la aplicabilidad de otras atenuantes, como la de “dilación extraordinaria e indebida”, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., p. 2. En contra, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 51, que no excluye que por parte de los órganos jurisdiccionales se aplique “una interpretación análoga in bonam partem” (p. 52).

²²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, Madrid, 2011, p. 89; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 84.

²²⁶ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 58 s.

²²⁷ ALONSO GALLO, J., “Los programas de cumplimiento”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal..., cit. pp. 143 ss; NIETO, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de empresa”, Política criminal, 5, 2008, A3-5.

²²⁸ BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, dir. por Juanes Peces, Madrid, 2010, p. 85; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 70, 105 y 1135; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 21.

²²⁹ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 58.

²³⁰ Para De la Mata/Bilbao/Algorta, sería un supuesto de “ausencia de tipicidad” (“La atribución...”, cit., p. 4), mientras que para Gómez-Jara Díez, excluiría la culpabilidad (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 4).

una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal²³¹.

Al lado de las reglas generales explicadas, el artículo 66 bis distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada. En el primero de los casos, de cara a la aplicación de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores, así como el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena.

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad²³², que “ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”, frenando así la extensión que determinadas sanciones penales podrían alcanzar con base en razones estrictamente preventivas²³³.

En la misma regla 2ª, precisando “indirectamente”²³⁴ las agravantes específicas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años o a cinco años (o con carácter permanente, en el caso de la disolución o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito): Reincidencia de la persona jurídica (condena ejecutoria previa al delinquir, por un delito del mismo título y misma naturaleza) o utilización instrumental de la misma²³⁵ para la comisión de ilícitos penales, si se trata de imponer las penas por una duración superior a dos años.

Reincidencia cualificada (al menos por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza: art. 66.1.5ª) o utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales, para la imposición con carácter permanente de la disolución o de la prohibición definitiva de actividades, y para la aplicación por más de cinco años de la prohibición de actividades y la pena de inhabilitación (cuyo límite máximo es de 15 años).

²³¹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 39; ver también DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 4 s. Con todo, DOLZ LAGO, M.J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, La Ley, núm. 7665, D-270, 4 julio 2011 (pdf), p. 2. También al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 77 (n.84) y p. 78.

²³² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos”, cit., p. 124; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 65.

²³³ Véanse, entre otros, MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 65.

²³⁴ MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 66.

²³⁵ Se entiende que concurre la utilización instrumental (art. 66 bis regla 2ª II b) “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”, lo que debe entenderse como sinónimo de “delictiva”. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 122 (n.87).

G) EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: EXCEPCIONES

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se cierra en el Libro I del Código penal con lo relativo a la extinción de la responsabilidad penal.

Aplicable, en principio, a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 130 CP, asimilando a la muerte del reo la disolución de la persona jurídica (que curiosamente no se menciona si es auténtica, sino sólo para regular los supuestos de “disolución encubierta o meramente aparente”)²³⁶, el art. 130.2 se ocupa de “precisar los límites y consecuencias”²³⁷ de determinadas transformaciones que jurídicamente son tratadas, con carácter general, como desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente “fraude de ley”²³⁸.

Dispone así el art. 130.2 que, en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que “se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”, permitiendo al juez o tribunal su moderación “en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable guarde con ella”.

Sin perjuicio de lo necesario de una solución como la prevista, dados los “problemas prácticos” que suscitará el precisar esa “proporción”²³⁹, desde el prisma técnico la fórmula presenta importantes problemas en un marco regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución²⁴⁰. De otra parte, siendo la responsabilidad penal personal²⁴¹, no resulta fácil de admitir el “traslado” de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad “absoluta”, sino que basta con una “identidad sustancial”²⁴². En este sentido, el establecimiento de mecanismos de “retroacción y anulación de la absorción o fusión”, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora²⁴³, hubiera sido ciertamente mucho más apropiado.

La misma regla de inextinción se aplica igualmente para la disolución encubierta o tan sólo aparente, entendiéndose, con base en “un criterio económico-organizativo”²⁴⁴, que esto concurre “cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos” (art. 130.2). Se trata de una previsión dirigida a evitar el abuso de derecho que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, lo que ha sido objeto de crítica por la “clara inversión de la carga de la prueba”²⁴⁵ que supone.

²³⁶ Tampoco se alude a los casos de disolución ordenada judicialmente. QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *La Reforma Penal...*, cit., pp. 118 s.

²³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *ibidem*, p. 117.

²³⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 68.

²³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción...”, cit., p. 118.

²⁴⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 137.

²⁴¹ Para Robles Planas, el hecho de esta regulación es, precisamente, un argumento más a favor del entendimiento de la “abierta consagración de la responsabilidad por hecho ajenos y (...) expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad” en el caso de las personas jurídicas en *Derecho penal español*. “Pena...”, cit., p. 10.

²⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 36.

²⁴³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 37.

²⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 8.

²⁴⁵ BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5.

IV. CONCLUSIÓN

La ruptura con el principio *societas delinquere non potest* por parte del legislador español de 2010 constituye una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del Derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídica, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

En este sentido, y aun cuando las “consecuencias accesorias” introducidas en 1995 por el nuevo Código penal daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, la decisión de 2010 supone el banderazo de salida a nuevos debates y pone fin a otros anteriores. No son pocas, en efecto, las cuestiones suscitadas por la nueva regulación, entre las que destaca por su importancia, lo relativo al modelo de responsabilidad penal establecido. En efecto, si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del

modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, la infracción del deber de vigilancia y prevención de la comisión de delitos, en cuanto reflejo del defecto de organización, se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar esta responsabilidad, a cuyo efecto, en el Derecho penal español y a la luz del conjunto de la regulación en vigor, no debería bastar la imprudencia.

La criticable exclusión de figuras delictivas muy relevantes en el ámbito laboral o económico, las discutibles limitaciones en cuanto a las entidades susceptibles de ser sujetos de responsabilidad penal, la falta de regulación de las eximentes, la escasa imaginación desplegada en materia de penas y sus alternativas (en realidad inexistentes) justifican, entre otras²⁴⁶, la demanda de revisión de una regulación que, desaprovechando los seis meses de *vacatio legis*²⁴⁷, ha necesitado esperar casi un año desde su entrada en vigor para dar cobertura a la “notoria ausencia de regulación procesal”²⁴⁸. Esto, cuando a nadie se le ocultaba que el desarrollo del estatuto procesal penal de las personas jurídicas resultaba de todo punto imprescindible²⁴⁹, a la

²⁴⁶ Para las insuficiencias de la regulación relativa al derecho transitorio, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 138 ss.

²⁴⁷ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 69. También GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, núm. 7501, 3 noviembre 2010, apdo. III.

²⁴⁸ DOLZ LAGO, M.J., “Sobre...”, cit., p. 1.

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma...”, cit., p. 5; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1178 s. Ver también sobre esta cuestión, AGUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 26, 2011, pp. 79 ss; ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *La Ley*, núm. 7632, 18 mayo 2011; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal”, en *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable. Otras modificaciones*, coord. por Gascón Inchausti, Cizur Menor. 2010, pp. 19 ss; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal...” cit., p. 11.

vista del potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus administradores y representantes, dada la posibilidad de declaración de responsabilidad penal de ambos y, por tanto, la necesidad de que se proceda tanto contra la persona física como contra la jurídica en aquellos hechos que puedan generar su responsabilidad penal.

Por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 245, 11 octubre 2011) ha acabado produciéndose esta regulación procesal, que presenta unas distancias con lo previsto por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado²⁵⁰ nada irrelevantes.

²⁵⁰ FGE, Circular 1/2011..., cit., pp. 74 ss.

LA NATURALEZA JURÍDICA CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LA MAL LLAMADA RESPONSABILIDAD “PENAL” DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Luis GRACIA MARTÍN*

I. INTRODUCCIÓN

1. Contribuir con éste artículo científico, y precisamente con éste, al presente y merecido Libro Homenaje a Bernd Schünemann, que el mundo jurídico iberoamericano quiere brindarle, y del que soy además un privilegiado coeditor junto con los queridos y admirados colegas y amigos que figuran en la portada, representa para mí un gran honor y una inmensa alegría que me colman de satisfacción. Mi cercanía a Bernd Schünemann, permanentemente continuada desde el momento de nuestro primer encuentro personal, que tuvo lugar allá por marzo del año 1991, en mi querida Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y con motivo de su visita a ella invitado por mi querido maestro José Cerezo Mir para impartir una conferencia sobre el concepto material de culpabilidad, ha dado como fruto perenne unos vínculos personales y científicos tan estrechos entre ambos, y, para mí, tan sumamente agradables y gratificantes, como también altamente provechosos, que bien puedo así dejar aquí mi más emotiva y sincera constancia de mi conciencia y de mi sentimiento personal de tener en Bernd Schünemann, por sobre todo, a un grandísimo y muy particularmente destacado amigo entre mis amigos. En nuestros cruces de correspondencia siempre nos despedimos mutuamente con un familiar “Haus zu Haus”, y en lo concerniente al ámbito académico nuestros contactos han sido —y por supuesto continúan siéndolo— muy intensos y muy frecuentes. Hemos dialogado y debatido permanentemente sobre cuestiones científicas; desarrollado conjuntamente acciones integradas de investigación; yo he realizado varias largas estancias de investigación junto a él en el Ins-

tituto de la Universidad de Munich del que ha sido Director hasta su jubileo, en el cual además he mantenido algunas conferencias en el famoso “Donnerstagseminar” que iniciara en ya lejana época el gran Arthur Kaufmann; también mis discípulas han llevado a cabo estancias de investigación en Munich junto a Bernd Schünemann; él ha visitado en varias ocasiones mi Facultad de Zaragoza para participar en eventos científicos; y en fin, nuestras coincidencias en Latinoamérica con motivos académicos y científicos han sido muchas y frecuentes, y también aquí hemos sido ambos conjuntamente reconocidos y distinguidos con varios honores, entre los cuales fueron especialmente emotivos los correspondientes a nuestros respectivos doctorados honoris causa otorgados por las Universidades José Carlos Mariátegui de Moquegua y Hermilio Valdizán de Huánuco, ambas en Perú, donde hasta se nos insinuó —y casi hicieron realidad— distinguirnos como ¡Bomberos! Ilustres y Honoríficos del Cuerpo de la Ciudad de Moquegua en Perú, a fin de que pudiéramos desarrollar así la función del cargo formal de apaga-fuegos en los incendios de que en ocasiones es objeto la Dogmática jurídico-penal en ciertos lares.

2. Por otra parte, como sin la menor duda debía y tenía que ser, y aunque esto no haría falta recordarlo, Bernd Schünemann se ha hecho acreedor —y así goza en la realidad— del reconocimiento como un grande y genial jurista científico y como un maestro entre los maestros, y por cierto como uno perteneciente a la especie superior de ellos que hoy día, sin embargo, se encuentra en muy grave peligro de extinción, a saber: la que se caracteriza, identifica y destaca, por sobre todo, por una decidida vocación y por un nada fácil sino, por el

* Doctor Honoris Causa Múltiple. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza (España).

contrario, muy costoso —pero en sus resultados, a la postre también muy reconfortante y gratificante— empeño firme en alejar al Derecho de la vulgar y tan gravemente perjudicial doxa, para hacerlo el objeto de una verdadera episteme y elevar así al saber jurídico al rango de una auténtica Ciencia; es decir, como actividad del pensamiento que, operando con el debido respeto al depurado saber jurídico acumulado a lo largo de la historia y, sin la menor duda, absolutamente válido y vigente en el presente, se orienta en la dirección correcta hacia la construcción de conceptos y a la formulación de enunciados con validez general, esto es, idóneos para explicar “regularidades” del acontecer relevantes para el Derecho y para resolver por medio de ellos de un modo homogéneo y uniforme —y así en salvaguarda de la seguridad jurídica— las cuestiones y los problemas prácticos que plantean tales regularidades¹. Muy alejado de esto se encuentran, por el contrario, las ya insoportablemente extendidas doxologías de las meras opiniones libres pero sin fundamento ni apoyo algunos en el saber jurídico válido e indeclinable², y las Dogmáticas “sin consecuencias” —como quiere llamarlas nuestro homenajead— que

operan arbitrariamente y elaboran a capricho, por conveniencia u oportunidad construcciones ad hoc que luego son puestas en el mercado de opiniones en oferta y a disposición para el caso al que se ciñen como un guante³. Estas actitudes amenazan seriamente con secuestrar y con encriptar el minimum minimorum del saber jurídico.

3. Más allá de los análisis, explicaciones, construcciones dogmáticas y propuestas politico-criminales concretas sobre cuestiones y problemas singulares muy variados que la Ciencia jurídicopenal debe al ingenio de Bernd Schünemann, en mi opinión son particularmente dignas de destacar sus aportaciones metodológicas, las cuales son por su rigor y por su profundidad, realmente decisivas y transcendentales para la elaboración de la Ciencia jurídica general y de la jurídicopenal en particular. En este sentido, ya en su monumental y extraordinaria tesis doctoral sobre el fundamento y los límites de los delitos de omisión impropia, asumió y se adhirió con matices propios al postulado fundamental —o como él lo dice, a “la idea intermedia”— del método del finalismo conforme al cual “las

¹ Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 221 s. (= ADPCP, 1996, pp. 209 s.); asimismo GIMBERNAT, en sus Estudios de Derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 158 ss.

² Sobre la práctica que hoy parece ya dominar como modo de la producción jurídica, de ignorar las grandes —y para muchos conceptos y soluciones, también definitivas— obras (clásicas) de la Dogmática penal, y de sustituirlas por discursos y opiniones huérfanos de todo respaldo científico y, por eso, absolutamente carentes de fundamento, y sobre las consecuencias negativas que de ahí se derivan para la elaboración del sistema penal, véase GIMBERNAT, en sus Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999, p. 375; véase además Alejandro NIETO, en Alejandro Nieto/Tomás R. Fernández, El Derecho y el revés, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 217 ss., donde describía la tendencia ya suficientemente marcada cuando él hizo la advertencia, que no se ha detenido ni cambiado de rumbo, y de la que tal vez pueda pensarse que hoy haya podido alcanzar su climax, con observaciones como estas: la producción de pensamiento —dice Alj. Nieto— tiene “un enemigo letal: la prisa”, pues “antes nos lo tomábamos con calma porque sabíamos que era una carrera de fondo”, pero hoy “en esta etapa veloz”, se puede pasar “en cuatro o cinco años de los bancos del aula al estrado profesoral, (se hacen) doctores, (se cumplen) los rituales de estancia en el extranjero, (se escribe) media docena de artículos y (se publica) un libro” (p. 217, en los paréntesis he cambiado el tiempo verbal utilizado por Nieto en pasado). En fin, que no estaría mal recordar la advertencia hecha por el gran físico alemán Wolfgang Pauli (1900-1958) a algún discípulo suyo, de que “no me importa que usted piense despacio, sino que publique más rápido de lo que piensa”.

³ Véase SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 223 ss. (= ADPCP, 1996, pp. 211 s.); y sobre el efecto destructivo de la tópica para la Dogmática, véase Gimbern timer, en sus Ensayos (n. 2), p. 375; y sobre los peligros políticos de esto, véase Zaffaroni PG, 2ª ed., pp. 22 ss., 94 ss., y especialmente 386 s.

estructuras lógico-objetivas únicamente vinculan al legislador en función de a cuál de sus propiedades enlaza su regulación”⁴, una idea a la que no solo ha permanecido fiel desde entonces, sino que enriqueciéndola de matices y detalles a lo largo del tiempo, la ha tenido siempre presente como directriz metodológica de su pensamiento en todas sus sólidas y hasta geniales producciones científicas⁵.

4. En su último y reciente artículo sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bernd Schünemann ha llevado a cabo una muy dura, despiadada y

demoledora crítica de este extraviado y perverso constructo con base en la mencionada directriz metodológica enriquecida con sus propios y personales matices⁶. Puesto que mi rechazo de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es absoluto y en idéntica medida que lo rechaza también Bernd Schünemann⁷, y puesto que comparto con él, al menos en el punto de partida, la directriz metodológica de la relativa vinculación de toda regulación jurídica a las estructuras lógico-objetivas de su objeto como método para la construcción jurídica⁸, en principio me pareció que sería especialmente oportu-

⁴ Véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971, pp. 39 y 41.

⁵ Para citar de su voluminosa obra sólo una selección relevante de lugares donde ha desarrollado el método, véase, además de la obra citada en la nota anterior, por ejemplo, SCHÜNEMANN FS Klug, 1983, pp. 169 ss.; el mismo, FS Roxin, 2001, pp. 23 ss.; y EL MISMO, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2000, pp. 654 ss., y 660 ss.

⁶ Véase SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 1 ss.; EL MISMO, *Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen. Rechtsgutachten zum Gesetzantrag des Landes Nordrhein-Westfalen*, 2013, http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf; y sus precedentes trabajos sobre la cuestión, EL MISMO, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, pp. 155 ss., 172 ss. y 232 ss.; EL MISMO, en *wistra* 1982, pp. 41 ss. (= ADPCP 1988, pp. 551 ss.); el mismo, en Schünemann/Suárez (eds.), *Madrid Symposium für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, pp. 265 ss. (= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565 ss.); EL MISMO, en Schünemann (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung III*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, pp. 129 ss. y 168 ss.; EL MISMO, ADPCP 2002, pp. 9 ss.; EL MISMO, en *Bajo/S. Bacigalupo/Gómez-Jara* (eds.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 151 ss.; EL MISMO, LK I, 12ª ed., 2006, pp. 1841 ss.; el mismo, FS Tiedemann, pp. 429 ss.; EL MISMO, GA 2013, pp. 193 ss.

⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, en *Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 40 ss y 63 ss.; EL MISMO, *Prólogo al libro de José Luis Castillo Alva, Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, pp. 59 s.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, en *Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 216 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, p. 8.

⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 75 ss. y 115 ss.; EL MISMO, RECPC 06-07 (2004), <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 4 ss., 8 ss.; EL MISMO, *Prólogo al libro de Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 22 ss.; EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 44 ss. y 232 ss.; EL MISMO, en *Rebollo/Tenorio* (dirs.), *Derecho penal, Constitución y Derechos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 203 ss., 210 ss. y 228 ss.

no y adecuado escribir aquí sobre el método de construcción jurídica de conceptos en general y particularizarlo en ese inconcebible constructo de la responsabilidad de la persona jurídica, para brindar así mi particular homenaje a mi entrañable y querido amigo y tan admirado maestro y colega Bernd Schünemann. Sin embargo, la elaboración del trabajo llegó a un punto en que su extensión desbordó de un modo ya inasumible los límites de lo razonable para un lugar como éste, pues el mismo ha llegado a superar ya las cien páginas y todavía no puedo considerarlo terminado ni mucho menos cerrado y listo para su publicación completa. Esto me ha forzado a realizar grandes y drásticos cortes en lo ya escrito hasta ahora para entresacar del conjunto un texto más breve con la extensión que razonablemente permite este lugar.

II. SOBRE LOS VICIOS DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ÓRDENES PENAL Y SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

1. La doctrina que pretende construir un supuesto de hecho de responsabilidad penal de la persona jurídica como fundamento de la aplicación a ella de consecuencias jurídico-penales, en particular “penas” y sanciones administrativas, es una que quebranta de un modo demasiado grosero e irritante todas las reglas de la construcción jurídica racional, es decir, no arbitraria, así como las de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura jurídicos, y más allá de esto también quebranta las reglas generales de la lógica formal y material, y en definitiva, las reglas y los principios del habla y del pensamiento racionales. Que todo esto no son afirmaciones gratuitas y unilaterales del autor de este artículo, lo prueban las

opiniones que al respecto han vertido muchísimos de los más grandes juristas que han legado un saber jurídico —que los aún vivos y activos enriquecen y hacen progresar en el presente— con conocimientos cuya validez y permanente vigencia nadie puede discutir y que, por esto, son de conocimiento y de respeto obligados e indispensables para todo el que se proponga desarrollar o producir verdadero conocimiento jurídico en vez de contaminar o destruir la semántica y los conceptos jurídicos con meras e infundadas opiniones propias de la arbitrariedad y de la doxología sin substancia. Para citar solo algunas de las graves descalificaciones hechas por supremas autoridades del saber jurídico, podemos comenzar aquí con el gran Kelsen. Al inicio de su exposición del concepto de persona jurídica, Kelsen asimila a determinadas concepciones de ella con las creencias animistas del hombre primitivo, porque duplican —hipostasían— el objeto del conocimiento al separar de él, por una parte, una substancia independiente y, por otra, las cualidades de la substancia⁹, y después de haber analizado todos los pormenores y detalles relativos al modo de ser y de actuar de la persona jurídica (una ficción del Derecho), concluye que “la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza”¹⁰. Por su parte, el gran civilista italiano Ferrara calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”¹¹. Ya en tiempos recientes, el genial iusadministrativista español Alejandro Nieto, con razón y sin empacho alguno, descalifica los intentos de fundamentar una imposible e inconcebible culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con juicios

⁹ Véase Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, p. 109.

¹⁰ Véase Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 127.

¹¹ Cita tomada de LACRUZ/DELGADO, en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 2º, Personas, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 267 (Ferrara se refería obviamente a la construcción de Gierke).

tales como que así se da “un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”¹², o que tales intentos serían simples “artilugios”¹³ y “fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables”¹⁴ con las que, en definitiva, se termina recurriendo a “una especie de ‘hipocresía’”¹⁵. Por su parte Schünemann no ha ahorrado descalificaciones tan severas como contundentes sobre el modo de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, y así contra los conceptos de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas que se formulan sostiene con razón que no son otra cosa que productos de la falacia del quaternio terminorum, pues una acción y una culpabilidad “imputadas” no son en modo alguno ni acción ni culpabilidad¹⁶; la construcción de conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica, según Schünemann, sería una completa arbitrariedad, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, al emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes se estarían quebrantando las “reglas de la lógica entendidas como los principios del habla racional”¹⁷. Y en cuanto a la denominación de “pena” a lo que de ningún modo que se lo mire puede serlo, advierte Schünemann que ello conduce a una contaminación semántica que arrastra consigo gra-

ves defectos del pensamiento y que produce también graves consecuencias dogmáticas y político-criminales.¹⁸

2. Particularmente en el Derecho, casi todo es opinable y discutible. Sin embargo, la severidad de los juicios descalificativos que acaban de transcribirse sobre los intentos de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece insinuar que el saber jurídico tendría un minimum minimorum que trazaría algún límite a lo que puede ser objeto de discusión y de debate, y particularmente a que plantear precisamente la cuestión de una posible responsabilidad penal de la persona jurídica sería algo tan diparatado que no podría ser objeto de ningún debate serio¹⁹, sino sólo de descalificaciones tan severas y contundentes como las formuladas por juristas tan eximios como los citados. Personalmente me identifico con tales descalificaciones, y para aportar la mía propia, en la línea sugerida por Schünemann, quien recientemente ha tildado al Derecho penal de agrupaciones como “zombi político-criminal”²⁰, yo diría que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se podría comparar con un manual práctico de hechicería de vudú haitiano para dotar a la persona jurídica del cuerpo y del espíritu que naturalmente le faltan, para

¹² Así, literalmente, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 398.

¹³ También así Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 402, refiriéndose literalmente a “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia”, y p. 427: “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable”; A. Nieto se refiere aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la culpa in eligendo y a la in vigilando, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, pp. 113 ss.

¹⁴ Así Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427.

¹⁵ Así, literalmente, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427 (se refiere Nieto a la hipocresía de llamar “culpabilidad” a algo que no puede ser tal ni en lo más mínimo).

¹⁶ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

¹⁷ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

¹⁸ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

¹⁹ Así Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 114: “no se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”.

²⁰ Véase Schünemann ZIS 1/2014, pp. 1 y 18.

poder afirmar así que ella misma realiza acciones antijurídicas de un modo culpable y que por esto puede luego soportar una pena como consecuencia jurídica de sus propias fechorías criminales. Qué oscuros e inconfesables motivos impulsan a esta disparatada invención jurídica, es una cuestión que aquí debe quedar imprejuizada²¹. Pero ¿cómo puede llegarse a esta milagrosa transfiguración o transubstanciación de la persona jurídica en un sujeto jurídico-penalmente idóneo? La respuesta a esta pregunta se obtiene sin ninguna dificultad con la observación de los modos en que opera la doctrina que pretende lograrlas, y que

no son otros que los sugeridos explícita o implícitamente por las severas descalificaciones transcritas, es decir: ignorando o pasando por alto todo el saber jurídico válido y vigente que se opone a semejante extravío, recurriendo a todo tipo de manipulaciones, de artilugios y de falacias lógicas, y finalmente colgando a los productos así obtenidos los nombres o las etiquetas —acción, culpabilidad, pena— que únicamente admiten las facultades humanas de las que la persona jurídica carece absolutamente y hasta en el mínimo infinitesimal imaginable²². Y en efecto, una mera observación del desarrollo de la doctrina de la respon-

²¹ Nietzsche contrapone la "invención" (Erfindung) en cuanto ruptura histórica, al "origen" (Ursprung) en cuanto continuidad metafísica; por ejemplo, Nietzsche sostiene con razón, en contra de Schopenhauer, que la religión no tiene ningún origen, sino que en ella no cabe ver nada más que una fabricación o invención debida a oscuras relaciones de poder; véase NIEZTSCHKE, *Die fröhliche Wissenschaft*, edición Insel Taschenbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, n° 99 (pp. 112 ss.), n° 151 (p. 151), n° 353 (pp. 234 s.); también FOUCAULT (La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 20 ss.), al comentar el concepto nietzschiano de invención, advierte que toda invención "posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable" (p. 21). En todo caso, independientemente de cuáles sean los oscuros y perversos motivos que impulsan a la formación del constructo, sociológicamente parece que el fenómeno puede explicarse a partir del estado alcanzado por la Ciencia jurídico-penal en la actualidad, el cual ha sido descrito magistralmente por Bernd Schünemann. Según él, la Ciencia jurídico-penal alemana se caracterizó hasta los años 60 del siglo pasado, por la gran coherencia y homogeneidad de un pensamiento cultivado y desarrollado por un número reducido de participantes en la discusión científica, formados en el seno de auténticas escuelas que podrían compararse con los bloques compactos, y relacionados entre sí, de la gran muralla de Cuzco; a partir de esa época comenzaría la desintegración y la entropía de la Ciencia jurídico penal hacia una situación como la actual, que Schünemann compara con "una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería", porque como él describe, el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente, "se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, y que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta", todo lo cual sería posible porque, según concluye Schünemann, "la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella", y porque "no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por el motivo de un cambio de moda por argumentos débiles"; véase SCHÜNEMANN GA 5/1995, P. 221 S. = ADPCP 1996, PP. 209 S.

²² Sobre la completa ausencia en la persona jurídica incluso de un solo dato tangible que pudiese ser comparable con alguno de la persona natural, véase por ejemplo Kelsen, *Teoría general* (n. 9), pp. 109 ss.: "hombre es un concepto de la biología y de la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales; persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas" (p. 111); Federico DE CASTRO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, p. 264: "la persona jurídica no tiene la misma realidad que la persona humana"; LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 ss.: a las personas jurídicas "les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación", ya que éstas son "facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres" (p. 268).

sabilidad penal de las personas jurídicas pone claramente de manifiesto como rasgos más sobresalientes de su modo de operar, al menos, los que se tratan a continuación.

3. a) Según algunos de los más conspicuos defensores de la subjetividad jurídico-penal de la persona jurídica, por una parte el legislador no estaría limitado por la Dogmática jurídica, sino que estaría legitimado democráticamente para la determinación del Derecho de un modo libre y soberano, y así entonces para configurar un injusto de la acción y una culpabilidad propios de la persona jurídica, esto es, desviados y diferentes de los correspondientes a la persona natural²³. Por otra parte, como la imposibilidad de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica²⁴ derivaría únicamente del hecho de que los contenidos y la estructura de todas las categorías dogmáticas del concepto del delito se han determinado históricamente en referencia exclusivamente a la persona física, esto no debería ser obstáculo alguno para que la teoría del Derecho penal construya ahora “otra” teoría del delito análoga o paralela a la de la persona física con “las mismas” categorías dogmáticas, pero “revisándolas” para “adaptar” o para “modular” sus contenidos y sus estructuras hasta donde lo requieran la naturaleza del ser y el

modo de actuar peculiares de la persona jurídica; en todo caso —se dice— la Dogmática jurídica —es decir, el saber jurídico— no debe ser ningún obstáculo para ello, y si pretendiera serlo, entonces “peor para ella”²⁵, porque de lo que aquí se trata es de dar una respuesta práctica a un problema de criminalidad, y entonces la Dogmática tiene que perder en favor de la política criminal²⁶.

b) Sólo de las expresiones utilizadas en defensa de una decisión meramente política a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debiera resultar ya la autodescalificación que conllevan semejantes declaraciones desde cualquier punto de vista que quiera adoptarse. Desde el punto de vista epistemológico, ahora resulta que esta doctrina parece tener nada menos que un superpoder en virtud del cual podría dotar a un ente —la persona jurídica— de las “mismas”, pero a la vez “distintas” (;) capacidades —de acción y de culpabilidad— que, sin embargo, sólo y exclusivamente posee “otro” ente absolutamente “diferente” a él. Con esto, sin embargo, esta doctrina liquida de plano y sin el menor empacho la milenaria diferencia entre lo “mismo” y lo “otro” que, como tan magistralmente ha estudiado y demostrado Michel Foucault, constituye la referencia y la guía de la episteme

²³ Véase en este sentido VOGEL StV 7/2012, p. 428.

²⁴ Así CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27ª ed., 2006, comentario previo al § 25 n° 129 = Heine, en la 28ª ed., 2010; Zugaldía CPC n° 11, 1980, pp. 86 s.; EL MISMO, CPC n° 53, 1994, pp. 620 s.

²⁵ Así, lisa y contundentemente, y sin más, ZUGALDÍA CPC n° 11, 1980, p. 87.

²⁶ Véase en este sentido VOGEL, StV 7/2012, p. 428; en el mismo sentido NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008, p. 17: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador”; y ya antes ZUGALDÍA CPC n° 11, 1980, p. 86, donde propuso —;sic et simpliciter!— “prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro”.

y del conocimiento, y que es, en definitiva, el criterio rector y determinante de todo posible “orden de las cosas”.²⁷

c) Por otra parte, la premisa de que el legislador pueda crear libremente unos conceptos jurídicos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica divergentes de los correspondientes a

la persona natural es racionalmente indefendible desde cualquier punto de vista que se la mire. En primer lugar, tanto los legisladores que, como el español, han querido introducir una responsabilidad “penal” de las personas jurídicas y llamar “penas” a las consecuencias jurídicas aplicables a ellas, como —y esto es ya más grave— la doctrina que avala semejante

²⁷ Sobre ello véase FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Ed. Gallimard, Paris, 1966, *passim*, pero para lo dicho en el texto, basta con una lectura superficial del prefacio (pp. 7-16), y sobre todo pp. 32 ss., donde explica las “figuras de la semejanza” (epistemológicas) y puede verse que todas ellas —a excepción de la analogía— constituyen formas completamente arbitrarias de relacionar entre sí y de ligar cosas completamente diferentes y sin nada en común; y así, la *convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes solo por su “proximidad”, por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta, la *aemulatio* es la semejanza que se establece entre objetos distintos, y además distantes, como “imitándose” los unos a los otros (*imitatio*), y así por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una gran ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía; la analogía, en cambio, es la semejanza que se establece entre objetos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades en referencia a algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas como instrumentos funcionalmente equivalentes para producir el “mismo” efecto del corte de uñas. Debería verse como algo mucho más que evidente, que la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede establecer ninguna semejanza ni paralelismo jurídicos entre la persona jurídica y la natural per analogiam, sino que por el contrario, todas las que forma y describe no pueden ser vistas más que como puras arbitrariedades propias de la *convenientia* o de la *aemulatio*. Sin embargo, y como ya demostrara Arthur Kaufmann con una validez epistemológica hasta ahora no rebatida en lo más mínimo, únicamente la analogía es apropiada para la correcta construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”, véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 4), p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar —en su caso la acción y la omisión— exista una “comunidad” [*sic.*; identidad] previa”; y en general, SCHÜNEMANN, en FS-Arthur Kaufmann, 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN, en Diez Ripollés/Gracia, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 78 ss.; EL MISMO, en *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, EL MISMO, *Prólogo al libro de M^a Ángeles Rueda, ¿Participación por omisión?*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 23 ss. Por otra parte, como advierte el mismo FOUCAULT (*L'archéologie du savoir*, Ed. Gallimard, Paris, 1969, pp. 45 s.) “los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un conjunto si se refieren a un solo y mismo objeto” (p. 45), y por eso hace inmediatamente la importante observación de que los conjuntos de enunciados mismos no se refieren siempre al mismo objeto, pues por ejemplo el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: “no son los mismos locos” (pp. 45 s.). Que los enunciados de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas son unos que tienen a “otro” o a “otros” objetos completamente distintos y de diferente naturaleza que los que corresponden al Derecho penal, esto es algo tan evidente que no precisa aquí de ninguna argumentación.

extravío legislativo respecto del Derecho²⁸, incurren en un grosero y muy grave fraude de etiquetas en el sentido más serio y estrictamente riguroso de esta expresión, y no en el distorsionado y frívolo con que se la utiliza en demasía. Un fraude de etiquetas se da cuando se llama a lo mismo de distinta manera, pero también cuando se emplea un único y mismo nombre para denominar a objetos completamente diferentes, y esto último precisamente es lo que sucede cuando se llaman acción y culpabilidad a los substratos reales de los que se pretende luego derivar una responsabilidad de la persona jurídica en el orden “penal” y en cualquiera otro orden “sancionador”, especialmente en el administrativo. Ya Francis Bacon advirtió con carácter general sobre el vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”²⁹. En contra de la insostenible e inadmisibile habilitación que se pretende reconocer y dar al legislador para formular unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica, advierte Schünemann con toda la razón, y de un modo que no puede ser más contundente, sobre cómo ello daría lugar

a una violación clara de la “prohibición de la arbitrariedad”, toda vez que de ésta forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la Gramática, y por cierto entendiendo aquí a la Lógica no en sentido formal, sino como los principios del habla conforme a la razón, los cuales se conculcan cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”³⁰. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto que se dice estar aplicando ya no es él mismo, pues en tal caso el objeto material de su contenido está completamente ausente de la realidad, y por esto el que realmente se estará aplicando será “otro” completamente diferente que tendrá que tener también “otro” nombre propio y distinto³¹. Por esto, empeñarse en continuar llamando al concepto que realmente se está aplicando con el nombre del inexistente que se dice estar aplicando, supone terminar en un ostensible fraude de etiquetas, y en una violación de las reglas de la Lógica formal y material que dará

²⁸ Pues como en seguida razonaré, a una legislación que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se le puede reconocer el carácter de Derecho, dado que ella no puede ser más que un producto de la arbitrariedad y porque ésta es incompatible con el Derecho.

²⁹ Véase el resumen que hace Foucault del pensamiento de F. Bacon en su *Novum organum* de 1620, del cual me parece necesario reproducir aquí algunos fragmentos del propio Bacon y de la glosa de Foucault sobre ellos. Según Foucault (*Les mots et les choses* [n. 27], p. 65), la crítica de la semejanza en Bacon concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas”, de modo que no serían más que “los ídolos de la caverna y los del teatro” los que nos harían “creer que las cosas se asemejan entre sí”, pues —y esta es cita textual de Bacon, loc. cit., pp. 65 s.— “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto —ahora según interpreta Foucault, loc. cit., p. 66— no son más que “ídolos de la tribu, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los ídolos del foro, y” —concluye Foucault advirtiendo— “sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”. Puesto que lo transcrito es todo claridad y de la más diáfana, aquí huelga todo comentario o apostilla al respecto.

³⁰ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

³¹ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 4), p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto” (cursivas del mismo autor).

lugar a graves confusiones lingüísticas y semánticas que llevarán, en definitiva, a graves errores del pensamiento y del conocimiento³², pues toda “contaminación semántica” induce a errores en el razonamiento (lógicos)³³ y en el conocimiento y comprensión de las cosas, porque si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura es también un error sobre las cosas”³⁴. En este sentido se pronuncia también Alejandro Nieto respecto de la pretensión de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador. Pues como observa el eximio administrativista español, todos los intentos de construir una culpabilidad de la persona jurídica se llevan a cabo eliminando algún elemento esencial del concepto de culpabilidad y haciéndole perder a éste toda substancia³⁵. Pero así, dice con razón Alejandro Nieto, la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”³⁶ y entonces ya no hay razón alguna que permita hablar de la “culpabilidad”, porque —así lo explica con este símil de su genialidad— “si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar otro nombre al alimento que se le prepare”³⁷.

d) La premisa de que el legislador podría configurar libremente unos conceptos de acción y de culpabilidad adaptados a la persona jurídica y divergentes de los correspondientes a la persona natural, es no sólo insostenible epistemológicamente, sino que también tiene que ser política y jurídicamente inadmisibles, pues un ejercicio por el legislador de semejante libertad daría lugar a una arbitrariedad completamente antijurídica porque ello supondría una clara violación del Derecho y de los límites que el Estado de Derecho impone al poder político. Esta premisa es propia del más extremo positivismo jurídico, conforme al cual sería Derecho absolutamente todo lo que el poder decida que lo sea y lo imponga así como tal, pero el positivismo jurídico es incompatible con el Derecho mismo desde el momento en que con él éste queda entregado totalmente a la arbitrariedad del poder establecido³⁸. En un Estado de Derecho empero es inadmisibles identificar al Derecho con la legislación emanada del poder establecido³⁹. La legislación es ante todo un instrumento político de carácter técnico para la concreción del Derecho en los distintos ámbitos de relación y de la interacción sociales⁴⁰. Sólo pueden ser reconocidas como Derecho las leyes que realmente determinan una verdadera y

³² Así ya, y precisamente respecto de la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität (n. 6), pp. 234 s.; y más recientemente, EL MISMO FS-Tiedemann, 431 ss.; EL MISMO, GA 2013, p. 200; EL MISMO, ZIS 1/2014, pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16; en sentido similar véase Robles Planas, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley nº 7705, 29 Sep. 2011, pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.

³³ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 11 y también en http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf. (p. 15).

³⁴ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 15.

³⁵ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 416.

³⁶ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 398.

³⁷ Véase Alejandro NIETO, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), p. 416 (subrayado mío).

³⁸ Véase en este sentido WELZEL, Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana de Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, de Felipe González Vicén, segunda reimpr. de la 2ª ed. de 1971 en español, Aguilar, Madrid, 1977, p. 259.

³⁹ En este sentido, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 4 ss.

⁴⁰ Cfr. sobre este complejo problema ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953, passim, y ahora especialmente pp. 75 ss. y pp. 85 ss. Según Engisch “se da también concreción como determinación en el plano de la legislación, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas” (p. 77).

auténtica concreción de éste, pero no aquellas que, porque lo contradicen, son solo por esto antijurídicas⁴¹. No es posible en este espacio abordar la compleja cuestión de adónde hay que ir para llegar al encuentro del Derecho. Para lo que aquí interesa debe bastar con dejar indicado que el Derecho en general, y el penal en particular, tiene que ser concebido, por así decirlo, como una “instancia superior” que proporciona los criterios materiales de justicia que han de operar como medida de enjuiciamiento de los actos del poder político, particularmente los del legislador penal, y en virtud de los cuales tiene que determinarse si los mismos son realmente actos de Derecho o si son, por el contrario, algo distinto, es decir, actos de no-Derecho⁴², o para decirlo con Zaffaroni, si son realmente actos del Estado de Derecho o si, por el contrario, no son más que actos antijurídicos de fuerza y de coacción del Estado de policía⁴³. De este modo, el Derecho penal se tiene que concebir y entender como el conjunto de principios y de reglas que tienen

que limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones, y puesto que la competencia para la formulación, el desarrollo y la concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-penal, el Derecho penal se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-penal⁴⁴, esto es, como dice Welzel en general, con “la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.”⁴⁵. Frente a las fáciles tentaciones de ver en estas afirmaciones alguna suerte de perspectiva o de reminiscencia iusnaturalista, he de advertir que entenderlas así sería un craso e inaceptable error, pues a parte de que ya en otros lugares me he pronunciado decididamente contra el iusnaturalismo y he defendido al método del finalismo de las infundadas filiaciones iusnaturalistas que se le

⁴¹ Véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 4), p. 40: “el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos valores básicos preexistentes, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la evidencia de estos valores, avalada por la convicción general. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando aquí con Maihofer— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el Derecho penal de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos ... no alcanzan a crear Derecho” (las últimas cursivas son mías, las demás del propio autor citado).

⁴² Cfr. en sentido parecido, aunque desde una postura iusnaturalista que no comparto, WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 26 ss., quien remite al valor de la dignidad del ser humano —y esto sí lo comparto sin reserva— como medida y punto de apoyo últimos para la determinación y configuración del Derecho como referencia y límite del poder y de la legislación positiva.

⁴³ Véase ZAFFARONI, PG 2ª ed., pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., y 101 ss.

⁴⁴ En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI, PG 2ª ed., pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN, en FS-Herzberg, 2008, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es “el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder” (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios, como por ejemplo el de protección de bienes jurídicos, la Dogmática jurídico-penal “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49).

⁴⁵ Así WELZEL, *Introducción* (n. 38), p. 193, añadiendo que “la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”; véase también ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung* (n. 40), pp. 231 ss.

quieren atribuir⁴⁶, no reconozco a más Derecho que al positivo. A mi juicio, la fuente del Derecho (positivo) es el contrato social⁴⁷, y el cometido de la Ciencia del Derecho es precisamente desarrollar por medio de la razón los contenidos generales y demasiado abstractos de sus estipulaciones en principios y en reglas concretos para organizar la convivencia social y para limitar el ejercicio de todos los poderes políticos, especialmente el punitivo, conforme debe ser en Derecho. Por lo demás, en el presente se debe partir de que muchos de los principios de Derecho se encuentran positivizados con fuerza vinculante en los instrumentos de Derecho internacional, sobre todo en los concernientes a los derechos humanos, así como también en las Constituciones políticas de los Estados que reconocen derechos fundamentales y derechos sociales y económicos de los individuos y de los grupos de individuos⁴⁸. Los principios *nulla iniuria sine "actione"* y *nulla iniuria sine "culpa"* constituyen exigen-

cias indeclinables de la ética republicana y del Estado de Derecho⁴⁹. Ningún concepto de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el sentido del Derecho penal puede ser más que una invención irreal cuyos contenidos no pueden tener lugar en el mundo de lo real en que tiene que operar e influir el Derecho⁵⁰. Por esto, toda construcción de cualquier supuesto de hecho de responsabilidad "penal" de las personas jurídicas y toda previsión de consecuencias jurídicas "sancionadoras" para ellas no puede ser más que producto de la arbitrariedad incompatible con el Derecho e inconstitucional. Frente a la creencia de Nieto Martín, de que no pueda mantenerse "seriamente" que una decisión del legislador a favor de la imposición de sanciones a las personas jurídicas sea contraria a la Constitución⁵¹, hay que decir, pues, todo lo contrario, es decir, que la falta de "seriedad", por falta de todo rigor dogmático y político, reside precisamente en la configuración de una más que evidentemente

⁴⁶ Véase GRACIA MARTÍN, RECPC 06-07 (2004), [_http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc), pp. 2-3 nota 6.

⁴⁷ Véase GRACIA MARTÍN, Fundamentos (n. 8), pp. 215 ss., 224 ss.; y más recientemente EL MISMO, GA 6/2010, pp. 344 s. = RDPC 3ª época nº 3 (2010), pp. 60 s.

⁴⁸ Véase, en este sentido, ZAFFARONI, PG 2ª ed., p. 102, quien propone "la construcción del tipo normativo de leyes penales constitucionalmente admitidas (como instrumento que permita excluir por inconstitucionales las restantes)", y para lo cual indica la necesidad de recurrir al Derecho constitucional y al Derecho internacional de los derechos humanos. Véase asimismo PAREDES CASTAÑÓN, La justificación de las leyes penales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 51 ss. Véase también el importante libro de Díez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, Ed. Trotta, Madrid, 2003, *passim*, y especialmente, pp. 109-163, donde analiza los principios de la racionalidad ética de las leyes penales, que a mi juicio deben operar como los criterios de juridicidad y, por tanto, de validez de las leyes penales. Además, FERRAJOLI, Derecho y razón, 5ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 851 ss., y especialmente sobre el "derecho ilegítimo", pp. 868 ss.; EL MISMO, Derechos y garantías, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001, *passim*, y especialmente pp. 28 ss., y 152 ss.

⁴⁹ Véase en este sentido ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 399 ss. (para la acción), y 139 ss. (para la culpabilidad), y en particular para el concepto de acción p. 414, donde dice con razón que "el *nullum crimen sine conducta* reclama un concepto pretípico de acción que, por imperativo constitucional e internacional, debe imponerse incluso al poder criminalizante primario, pero si para construirlo se lo funda en los actos de criminalización primaria (los tipos legales), el refugio no será otra cosa que una jaula de leones"; véase además FERRAJOLI, Derecho y razón (n. 48), pp. 480 (para la acción) y pp. 487 (para la culpabilidad); Díez Ripollés, La racionalidad (n. 48), pp. 147 s. (para la acción) y 152 ss. (para la culpabilidad); PAREDES CASTAÑÓN, La justificación (n. 48), pp. 298 s. y 304 ss.

⁵⁰ Véase por todos ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 386 ss. en general, y en particular sobre los intentos de construir un concepto de acción para la persona jurídica, p. 428: "los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante".

⁵¹ Véase NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal (n. 26), pp. 17 y 102 ss.

inconstitucional figura de responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el establecimiento de sanciones para ellas⁵².

4. a) La imposible transformación de lo “otro” y “diferente” (la persona jurídica) en lo “mismo” de un ente completamente distinto (la persona natural), como pretende hacer la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo puede intentarse, sin embargo, si se ignora o se pasa por alto y desprecia al *minimum minimorum* del saber jurídico válido y vigente sin la mínima duda⁵³, y si por añadidura se esquivo a toda crítica fundada en dicho saber ignorándola, es decir, no respondiendo ni a uno solo de los argumentos contrarios⁵⁴ o tratando de rebatirlos a partir de una irritante tergiversación de sus enunciados fundamentales o, como mucho, poniendo el acento sólo

en aspectos absolutamente superficiales e irrelevantes de ellos. Y que el proceder de la doctrina favorable a una responsabilidad penal y sancionadora administrativa de las personas jurídicas es uno como el descrito, esto es algo que resulta comprobado con la mayor certeza mediante una mera y superficial mirada a sus productos y, en particular, con una mera observación de los procedimientos mediante los que aquellos son elaborados y derivados. Así lo han puesto de relieve con la mayor severidad y contundencia algunos de los más eximios juristas que se han pronunciado críticamente sobre los extravíos de dicha doctrina. Y así, respecto de lo primero —la ignorancia o el desprecio del saber jurídico válido— Alejandro Nieto, invocando la famosa frase de von Kirschmann, advierte con razón que todo intento de fundamentar una culpabilidad de las

⁵² Véase en este sentido SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 8 ss. donde advierte que un supuesto de hecho legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser inconstitucional por vulnerar los principios de igualdad y de proporcionalidad (pp. 8 s., 15 ss.), el derecho fundamental de asociación (pp. 9 s. y p. 16), el principio de culpabilidad (pp. 10 y 11), y en definitiva el principio del Estado de Derecho (pp. 17 ss.); véase en el mismo sentido, en relación con la regulación del art. 31 bis CP, Robles Planas (n. 32), pp. 13 ss., por suponer una clara vulneración del principio de culpabilidad; véase también MIR PUIG, Bases constitucionales del Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 127 s.

⁵³ En el sentido que explica FOUCAULT, *El orden del discurso*, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona, 1980, pp. 22 y 44, de que “bastantes textos importantes se oscurecen y desaparecen, y ciertos comentarios toman el lugar de los primeros” (p. 22), y así “los discursos deben ser tratados como prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también se ignoran o se excluyen” (p. 44). En este sentido parece apuntar la advertencia de Robles Planas (n. 32), p. 15, al ver en la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “una involución monumental en nuestra cultura jurídica”.

⁵⁴ Al respecto, véase SCHÜNEMANN, en Bajo Fernández (dir.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 151 s. donde critica en general a este modo de proceder de algunos sectores de la doctrina en el sentido de que, primero “el criterio siempre extendido en el *common law* y en aumento en el continente europeo, de que hay que centrarse en soluciones pragmáticas y dejar de lado las cuestiones teóricas, constituiría naturalmente la aniquilación de toda ciencia jurídica que se considere seriamente ciencia” (p. 151); y segundo, en relación con la extendida tendencia a “ignorar la crítica y posiciones de los opositores”, que “la ciencia jurídica no sólo vive, sino que consiste incluso en la discusión vívida mantenida con opositores y críticos de modo que quien merece reprimenda es ... en realidad quien se sustrae a ese debate, y no así sus críticos” (p. 152). No obstante, en lo que concierne al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe reconocerse como una excepción a ese rechazable modo de proceder, sobre todo al trabajo valioso de Gómez-Jara, pues este autor sí se ha tomado en serio a los argumentos contrarios, y ha tratado de rebatirlos, si bien a mi juicio infructuosamente; véase GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 77, 82 ss., 109 ss., 118 ss., y 128 ss., quien advierte con razón que “representa un error considerable prescindir de las serias objeciones planteadas por la dogmática a la responsabilidad penal empresarial” (p. 77).

personas jurídicas, solo puede emprenderse si se “envían a la papelería bibliotecas enteras de literatura jurídica”⁵⁵ y si se ignoran los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho⁵⁶. Y en efecto, sólo si se prescinde de estos saberes jurídicos, se pueden explicar ciertas afirmaciones absolutamente infundadas que, sólo a partir de presunciones o de suposiciones no contrastadas en lo más mínimo, atribuyen sin el menor empacho a aquellos saberes lo que no sólo no dicen en absoluto porque más bien dicen categóricamente justo lo contrario.

b) Y así, por ejemplo, y con independencia ya de su intrínseca inconsistencia lógica, debida a la falacia del quaternio terminorum que encierra la deducción, es rechazable y absolutamente inadmisibles afirmar —como lo hacen entre otros Zugaldía y Gómez Tomillo— que dado que entre el Derecho penal y el sancionador administrativo no existen diferencias sustanciales y que ambos se rigen por los mismos principios, y dado que en el último se ha reconocido siempre y se reconoce la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones, de todo esto debería resultar que no tendría que haber ni la mínima dificultad para admitir a la persona jurídica como sujeto activo en el Derecho penal⁵⁷. Sin embargo, sólo con una toma de razón superficial del estado del saber jurídico general y de las Dogmáticas civil y

administrativa, salta a la vista que no sólo el Derecho sancionador administrativo, sino que tampoco el civil, reconocen a la persona jurídica ni capacidad de acción ni capacidad de culpabilidad, y que incluso existe una rigurosa doctrina debidamente documentada que pone en serias dudas que las consecuencias jurídicas que se aplican a la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo sean verdaderas sanciones.

c) En la teoría general del Derecho, Kelsen no puede ser más claro y explícito al respecto, pues según él, “no se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos”, y “cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de seres humanos”⁵⁸. Pero es contra la opinión que afirma sin la menor comprobación ni verificación de lo afirmado, que podría hablarse de dos posibles modelos de responsabilidad de la persona jurídica, a saber: el de transferencia o imputación, y el de autorresponsabilidad, es decir, ¡por el hecho propio!⁵⁹, hay que oponer con la mayor contundencia que, como no podría ser de otro modo, absolutamente todo aquello por lo que se pueda hacer responder en algún sentido a una persona jurídica, no puede ser nunca, y sin ninguna excepción, nada más que algo jurídicamen-

⁵⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 404 s.

⁵⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 421 s.

⁵⁷ Véase ZUGALDÍA, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16 ss.: “admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal” (p. 17); GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 32: “si se acepta la unidad ontológica de infracciones administrativas y delitos, los criterios utilizados en ese marco jurídico pueden ser especialmente útiles ahora en Derecho penal”; en el mismo sentido, EL MISMO, *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 377 s. En sentido parecido, también NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal* (n. 26), p. 17: “si estos principios [sic.: los del Derecho penal] son de aplicación ya a las sanciones administrativas que se imponen a las personas jurídicas, con más razón habrán de serlo a un hipotético régimen de responsabilidad penal”.

⁵⁸ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 114 (cursivas mías).

⁵⁹ Así, véase sólo ZUGALDÍA, *La responsabilidad criminal* (n. 57), pp. 64 ss.

te imputado⁶⁰, y además con la importante comprobación de que nada de lo que puede serle imputado a una persona jurídica tiene ni el mínimo parecido con una “acción” en el sentido del Derecho penal, por lo que llamar así a lo que se imputa a una persona jurídica no debiera ser visto más que como una señal de haberse alcanzado el clímax de la arbitrariedad en la construcción jurídica, de la contaminación semántica y de la violación de las reglas del habla racional⁶¹. Y así, como dice de nuevo Kelsen, “referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es imputar dicho acto a la comunidad misma”, pero “ésta es, sin embargo, otra especie de imputación, diferente de aquella a que nos referimos al tratar el problema de la imputabilidad como capacidad jurídica de cometer un acto violatorio”⁶². No menos infundada es la afirmación de que la persona jurídica sea destinataria de normas jurídicas de conducta y que esto tenga que presuponer su capacidad de acción⁶³. Pues también esto lo desmiente categóricamente la teoría general del Derecho. Como explica Kelsen “al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, regula la conducta de individuos (...) los que resultan de este modo obligados y facultados son los individuos humanos que obran como

‘órganos’ de la misma”, y en definitiva “declarar que el ‘derecho del Estado’ da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que un ser diferente de los individuos humanos resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos individuos”⁶⁴.

III. LA EQUIPARACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA Y DE LA NATURAL Y LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACCIÓN Y DE CULPABILIDAD DE LA PRIMERA EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO CIVIL

1. Pese que todos los ordenamientos jurídicos, desde el romano hasta los de nuestros días, equiparan en algún sentido, y solo empero hasta ciertos límites⁶⁵ y a determinados efectos, a la llamada persona jurídica y a la natural o física en los órdenes del Derecho privado y del Derecho público⁶⁶, también los juristas más autorizados y rigurosos de las Dogmáticas civil y administrativa niegan categóricamente la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Comencemos por la Dogmática civil. En ésta, como no podría ser de otro modo, se parte de que los substratos de la persona jurídica y de la natural no tienen ni un solo elemento estructural común en la

⁶⁰ Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), p. 125: “es este un caso de responsabilidad vicaria o indirecta”; según KELSEN (lo. cit., p. 82), la responsabilidad colectiva es siempre y sin excepción, absoluta, esto es, vicaria.

⁶¹ Véanse las descalificaciones de Schünemann en este sentido, expuestas más atrás en II.1.

⁶² Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), p. 116 (cursivas mías).

⁶³ Así, véase sólo ZUGALDÍA, La responsabilidad criminal (n. 57), pp. 61 s.

⁶⁴ Véase KELSEN, Teoría general (n. 9), pp. 117 s. (cursivas mías).

⁶⁵ Una limitación, por cierto, que resulta ya por sí misma de la condición no humana de la persona jurídica, y así por ejemplo, la persona natural y la jurídica pueden ser perfectamente equiparadas en derechos y en deberes subjetivos privados y públicos como, por ejemplo, en el derecho de propiedad o en el de edificación por medio de una licencia, y en los deberes de indemnización por el daño o tributarios, pero no podrían serlo en modo alguno en otros derechos como los de uso y habitación, de cursar una carrera universitaria o de obtener una licencia de conducción de vehículos a motor, ni en deberes como el de alimentos “entre parientes”, el de detener el vehículo ante una señal de parada o los de realizar u omitir acciones (humanas) respectivamente prohibidas u ordenadas, como matar o alimentar a un recién nacido; véase Federico DE CASTRO (n. 22), p. 268; LACRUZ/DELGADO (n. 33), pp. 276 ss., y especialmente p. 279.

⁶⁶ Sobre los inicios en el Derecho romano y la evolución, véase Federico DE CASTRO (n. 22), pp. 138-175; y más resumidamente LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 260 ss.

esfera real u ontológica, es decir, en sus seres existenciales tangibles⁶⁷. Por esta razón, como advierten mis grandes maestros civilistas Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, a las personas jurídicas “les faltan la conciencia y voluntad en sentido sicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación”, ya que éstas son “facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres”⁶⁸. Por esto, todas las semejanzas y todos los paralelismos que se han querido y que se quieran o quisieran hacer entre cualesquiera de los elementos esenciales de los substratos reales de ambas en la esfera ontológica, como por ejemplo —y prescindiendo ahora de lo nada afortunados que son⁶⁹— entre los estatutos de la jurídica y el cerebro de la natural, y entre los órganos de la primera y los miembros corporales de la segunda⁷⁰, no pueden ser comprendidos más que como puras metáforas con las que sólo puede pretenderse expresar unas ciertas semejanzas entre ambos tipos de personas. Estas “semejanzas”, sin embargo, serían unas que sólo podrían establecerse per convenientia et aemulatio, es decir, que en ningún caso podrían ser unas ligadas o sintetizadas con elementos estructurales idén-

ticos —simplemente porque no existe ninguno— de unos objetos distintos y diferentes, que es precisamente lo que define y caracteriza a las semejanzas (identidades) propias de la analogía⁷¹, y que son, también precisamente, las que sirven de base a la construcción jurídica de conceptos y de supuestos de hecho⁷². Y es que la personalidad jurídica no se construye a partir de ningún dato ontológico estructural (constitutivo) del substrato existencial y tangible de los seres o de los entes a los que se les otorga, porque ella no es y no consiste en nada más que en una pura atribución de capacidad jurídica por el Derecho, es decir, no es más que el resultado de un puro recurso técnico-jurídico, por lo que, en este sentido, también la natural es una persona jurídica. La personalidad jurídica no es, pues, ninguna cualidad innata y natural del ser humano, sino una cualidad que éste solo adquiere en virtud de la atribución a él de la condición de sujeto jurídico por el Derecho⁷³, esto es, de sujeto con capacidad jurídica plena⁷⁴, o dicho de otro modo: solo es sujeto (jurídico) en virtud de la atribución jurídica de la capacidad para adquirir derechos y para contraer obligaciones; más allá de esto, la persona —toda persona,

⁶⁷ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁶⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268.

⁶⁹ Ferrara calificó a la descripción antropomórfica de la persona jurídica por Gierke como una “hipótesis fantástica de un artista del Derecho”; cita tomada de LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁷⁰ Así, antes de su cambio de opinión al respecto, JAKOBS AT 2ª ed., p. 149, el nivelar en un supraconcepto de “sistema” a la persona física (mente y cuerpo) y a la jurídica (estatutos y órganos). En la doctrina del common law, se llega a asimilar a la persona jurídica con el cuerpo humano, viéndola como un ente dotado de cerebro y de centro nervioso representados por sus directivos y órganos que deciden y controlan todo lo que ella hace, y viendo así los conocimientos, la voluntad y los estados mentales de éstos como los propios de la persona jurídica, y como un ente dotado asimismo de brazos y de manos representados por los empleados subordinados que usan las herramientas para la ejecución de lo ordenado por el cerebro; véase ZAFFARONI PG, 2ª ed., 2002, p. 427, con referencias.

⁷¹ Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), cfr. supra nota 27.

⁷² Véase Arthur KAUFMANN, Analogie und “Natur der Sache” (n. 27), passim, y especialmente pp. 18 ss., 29 ss., y p. 32, donde advierte sobre cómo no se comprende en su justa medida el concepto análogo de la persona jurídica cuando se supone que “su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir”; véase también SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen (n. 4), pp. 229 ss., y especialmente pp. 231 ss., donde aplica de forma modélica el método análogo a la equiparación de la omisión a la acción; y con alcance general, véase SCHÜNEMANN, FS-Arthur Kaufmann, 1993, passim.

⁷³ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁷⁴ Véase H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht, I, 8ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1971, p. 196.

también la natural— no es nada más que un objeto del Derecho⁷⁵.

2. De acuerdo con la conocida, nunca discutida y universalmente aceptada explicación de Kelsen, “la llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. No es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes”, y “en este sentido” —concluye Kelsen— “la llamada persona física es una persona jurídica”⁷⁶. La denominación “persona jurídica” es en realidad un pleonismo, pues no hay más persona que la jurídica⁷⁷. La persona es solo y nada más que un centro de imputación objetiva de efectos jurídicos conforme a criterios exclusivamente normativos; un centro de

imputación de derechos y de obligaciones, de potestades, de expectativas, pero también de cargas, de riesgos, de daños y de perjuicios⁷⁸. Esta desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicos del ser humano es la que hace posible reunir y unificar, es decir equiparar y abrazar en un mismo concepto de persona a realidades ontológicamente tan diversas como el ser humano individual y la agrupación de una pluralidad de éstos, e incluso a otros entes con substrato puramente patrimonial⁷⁹, pero esto, por cierto, y hay que advertirlo ya, no a todos, sino sólo a los efectos para los cuales el concepto ha sido pensado y construido. La desvinculación del concepto de persona de todo atributo o propiedad específicamente humanos es lo que permite explicar sin complicaciones la equiparación jurídica de la persona natural y de la colectiva no sólo lógicamente sino también funcionalmente. En

⁷⁵ Véase Armin KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1954, p. 127: en relación con el “deber” en el sentido de que algo “tiene que” tener lugar necesariamente en virtud de un juicio de valor previo (norma de valoración), como por ejemplo el pago de un impuesto cuando se dan los presupuestos de hecho de la obligación tributaria, “la persona es solamente objeto, y por cierto no sólo como parte del objeto de un juicio de valor —en este sentido siempre es objeto—, sino también como mero objeto de distribución del patrimonio”, de modo que “el hombre no es considerado aquí como un sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes”.

⁷⁶ Véase Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª ed. De Viena (1960), de Roberto J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, México DF. 1979, pp. 160 ss. (cursivas mías); véase también Kelsen, *Teoría general* (n. 9), pp. 111 ss.: “la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes y derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes” (p. 111). El concepto de “persona” desvinculado del ser humano (individuo) que define JAKOBS —“destino de expectativas normativas correspondientes a roles”— no es ninguno distinto sino que, más allá de las variaciones lingüísticas y del contexto en que lo describe, es uno que substancialmente coincide con el de Kelsen y que, en todo caso, tiene la misma raíz; véase Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 30 s., 50, 53, 72 ss. y 80 ss.; véase además JAKOBS, *La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal*, en Moisés Moreno Hernández (coord.), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, Ed. D. R. Ius Poenale, México D. F., 2003, pp. 69 s.; EL MISMO, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en Jakobs/Cancio, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s. f., pp. 18, 39, 47 s.; y también, siguiendo a Jakobs, PAWLICK, GA 1998, p. 369.

⁷⁷ Véase Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 113.

⁷⁸ Véase, en este sentido, por ejemplo, H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht I* (n. 47), pp. 194, 201 ss.; LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 259; GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 7), p. 8; el mismo, *La cuestión* (n. 7), p. 40.

⁷⁹ Así desde el Derecho romano fue objeto de discusión la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a la herencia yacente (véase Federico DE CASTRO [n. 22], pp. 177 ss.), y como advierten LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 259, “algunos entes, incluso, no están constituidos por un grupo, sino por una obra”, como sería el caso de “el hospital fundado por un testador que dejó sus bienes para construirlo y dotarlo”.

definitiva, si el concepto de persona es uno desvinculado de —y para el que no cuentan para nada— los atributos y propiedades específicamente humanos, entonces nada obsta a que el mismo pueda comprender a entes desprovistos absolutamente de tales propiedades. Como advirtiera Kelsen, “si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como ‘jurídica’”⁸⁰. Pero por esta razón, toda búsqueda de propiedades semejantes o análogos a los específicamente humanos en cualquier otro substrato distinto al del ser humano individual para poder fundamentar y explicar a partir de ellos la equiparación de ambos en el mismo concepto de persona (jurídica), no sólo es una tentativa absolutamente inidónea, sino que, por lo dicho, únicamente puede verse como una búsqueda absolutamente innecesaria e inútil para la construcción jurídica del concepto de persona (jurídica) comprensivo con el mismo rango y a los mismos efectos tanto de la natural como a la colectiva⁸¹.

3. Que la equiparación (jurídica) de la persona jurídica a la natural no pueda tener lugar a partir de ni una sola propiedad existencial y tangible común a ambas, no significa, empero, que no quepa establecerla en absoluto. Esto será posible, pero sólo en la medida en que se identifiquen y sean sacados a la luz los datos o elementos de la realidad a partir de los cuales tiene que ser posible ligar una semejanza entre ellas que permita ya su equiparación per analogiam, y que como queda dicho, tendrán que ser datos de naturaleza forzosamente distinta

a la de las propiedades humanas existenciales (biopsíquicas). Para comenzar, debemos tener en cuenta que en el presente se pueden tener como superadas las visiones extremas de la persona jurídica como una ficción total o como un ente real “supraindividual” pretendidamente idéntico o similar a la persona natural y, aceptando con Federico de Castro que la polémica entre las teorías de la ficción y de la realidad “se reduce de hecho a una querella terminológica”⁸², entender que, como sostiene la doctrina mayoritaria actual, de la que son cualificados exponentes Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, “la persona jurídica, en suma, participa de la ficción y de la realidad”⁸³. La persona jurídica es, por una parte, una figura o ente legal jurídica⁸⁴ y, en este sentido, una ficción jurídica, pero no se puede desconocer que, por otra parte, y como tan acertadamente advierten y dicen los civilistas últimamente citados, ella “contiene un substrato real” a partir del cual “aspira a funcionar con independencia y autodeterminación [autonomía] en el tráfico”, y por esto “debe encontrar en el ordenamiento los medios para ello”⁸⁵. El quid preexistente de la persona jurídica es —como observan Lacruz/Delgado— “una realidad sociológica, compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc.”, y la puesta en funcionamiento de tal organización para la consecución de fines por medio de una actividad colectiva, es precisamente el dato real a partir del cual ya es posible establecer la semejanza de la persona jurídica con la natural, una semejanza “en cuanto ‘unidad de eficacia’; en cuanto factor activo en el acontecer social”⁸⁶. De este modo la analogía entre la persona jurídica y la natu-

⁸⁰ Véase Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 113.

⁸¹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s.

⁸² Véase FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸³ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁸⁴ Véase FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸⁵ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 267.

⁸⁶ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268; véase también Federico DE CASTRO (n. 22), p. 264; y para la doctrina alemana, véase LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6ª ed., C.H. Beck, München, 1983, p. 129; en sentido similar desde el punto de vista penal LUZÓN PEÑA *PG-Lecciones*, 2ª ed., 2012, p. 152: “la personalidad y las actuaciones de éstas no son una pura ficción, sino que ciertamente responden a una realidad social”.

ral, a los efectos jurídicos, encuentra su fundamento, como advierte Federico de Castro, recordando a Florentino, sólo en el hecho de que la persona jurídica funciona (*fungitur*) en ciertas relaciones como una persona humana, y absolutamente en nada más⁸⁷. Además, toda equiparación que puede hacerse de la persona jurídica y de la natural se agota con el “reconocimiento” por el Derecho de su aptitud para ser sujeto de derechos y de deberes y —para que pueda hacerla efectiva— en la translación sólo de la subjetividad jurídica de la segunda a la primera, y sin que quepa pensar como posible ninguna otra equiparación a partir de alguna otra —inexistente e imposible, y por esto sólo imaginada— similitud entre ambas⁸⁸. En suma, y como se dice en la STC de 2 de junio de 1998, citada por Lacruz/Delgado⁸⁹, las personas jurídicas “sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento”.

4. Determinados así tanto el fundamento como los límites de la equiparación y de la nivelación jurídicas de la persona jurídica a la natural —sólo en cuanto “sujetos de derecho”, y en nada más—, la cuestión que debe plantearse a continuación es la relativa a cómo la jurídica —en comparación y a semejanza de la natural— “actualiza” en la realidad la subjetividad jurídica que se le reconoce. Con esto se trata de determinar el modo en que la persona jurídica concreta y manifiesta su funcionamiento como factor activo en el acontecer

social, el modo en que por medio de este funcionamiento produce efectos —y cuáles sean éstos— en tal acontecer, y de determinar, en última instancia, lo que tal vez sea más importante para el Derecho, a saber: las consecuencias jurídicas que, en tanto que posibles, puedan derivar así de los efectos como también del funcionamiento mismo de la persona jurídica que los produce, y que, por ello, podrán serle aplicadas a ella en cuanto sujeto de derecho, o dicho de otro modo: en cuanto “centro de imputación jurídica” o “sujeto jurídicamente imputable”. A este respecto, debe llamarse la atención acerca de la frecuente y, no obstante, muy grave confusión doctrinal de la persona jurídica con la “actividad” que ésta desarrolla, a su modo, por medio del funcionamiento de su organización en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pues tal confusión, que es fuente de muy graves errores conceptuales y dogmáticos, alcanza cotas máximas en la doctrina jurídicopenal cuando se habla en ella de la “persona jurídica” y de la “empresa” indistintamente, esto es, como si ambas realidades y sus correspondientes conceptos fueran lo mismo, y de tal modo que, en unos casos, se las mezcla, y en otros se intercambia a la una y a la otra⁹⁰. Pues la persona jurídica es el sujeto jurídico titular de la organización y de la actividad que desarrolla en el tráfico jurídico y económico por medio del funcionamiento de su organización, mientras que la organización y la actividad mismas son, más bien, los “objetos” que se imputan a su subjetividad jurídica, los cuales, cuando tienen un sentido económico y una forma empresarial, se configuran ciertamente como “empresa”, siendo entonces precisamente ésta la que constituye el objeto que se imputa a la persona jurídica como sujeto de derecho y a los

⁸⁷ Véase Federico DE CASTRO (n. 22), p. 264, y en sentido parecido LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s.

⁸⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), pp. 267 s., y en sentido parecido FEDERICO DE CASTRO (n. 22), p. 264.

⁸⁹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 268.

⁹⁰ Paradigmáticos al respecto los títulos de dos libros de GÓMEZ-JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2010.

efectos jurídicos correspondientes⁹¹.

5. Ahora bien, dicho lo anterior, y a diferencia de lo que hace la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹², cuando se opta por un modo no arbitrario de construcción jurídica de

conceptos, es decir, por uno que tome y respete los datos de la realidad del mundo en que se quiere operar y producir efectos por medio de ellos⁹³, y que respete asimismo el *minimum minimorum* de los principios y de los enunciados jurídicos fundamentales que aún hoy conservan

⁹¹ Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 8 s.: “El titular de la empresa es el sujeto jurídico al que se imputa el conjunto socioeconómico del sistema de acción [operativo] ‘empresa’”, pudiendo ser aquél tanto una persona natural como una jurídica; ya antes, EL MISMO. en FS-Tiedemann, pp. 439 s. (el corchete añadido es mío).

⁹² En el mismo sentido, contundentemente, SCHÜNEMANN, ZIS 1/2014, pp. 4, 8 s.; véase también ZAFFARONI, PG, 2ª ed., pp. 426 s.; Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), pp. 404 s. y 421 s.

⁹³ Los cuales deben incluir datos tanto ónticos como sociológicos, y naturalmente sin que quepa transformar a tales datos eo ipso en conceptos jurídicos. Como advierte ZAFFARONI, PG, 2ª ed., pp. 386 ss., la necesidad de respetar datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen en la realidad social los objetivos político-criminales en función de los cuales se construye el concepto jurídico, porque representaría “una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad” (p. 386) y porque si “toda disciplina o saber se ocupa de un ámbito de la realidad y lo hace desde cierta perspectiva y con cierta intencionalidad, (entonces) no puede dejar de ser selectiva en cuanto a los datos que recoge para la elaboración de los conceptos”, ya que si dejara de hacerlo, entonces “caería en la ilusión o en la alucinación”, y esto “equivaldría a inventar el mundo mismo”, dando lugar a “un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político” (p. 387). Sobre la necesidad de tener en cuenta y de respetar también los datos sociales en la construcción de los conceptos jurídicos, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., pp. 22 ss., porque de lo contrario, se “terminaría creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo” (p. 22), y porque a consecuencia de esto, se acabará proponiendo finalmente nada más que “la ilusión de solución de gravísimos problemas sociales que en la realidad no resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia” y, en definitiva, introduciendo un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, “puesto que la ilusión de solución neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces” (p. 24, las cursivas son del propio Zaffaroni). Además, véase en sentido parecido SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen (n. 4), pp. 36 ss.: “como en la formación jurídica de conceptos no se modifica la realidad misma, sino solo sectores de la realidad, los conceptos jurídicos deben formarse igualmente ajustados a la realidad (entendiéndose por realidad no sólo la psicofísica, sino también los datos socioculturales preexistentes propios del Derecho)”, y de tal modo que “la consecuencia jurídica se deduzca directamente de la observación del substrato” (p. 38, las cursivas son del propio Schünemann). En el mismo sentido que los autores citados, véanse mis propias consideraciones en GRACIA MARTÍN, La cuestión (n. 7), pp. 55 ss.: “un desconocimiento de los datos previamente dados que se destacan como esenciales para una regulación, sí impide que la regulación propuesta pueda alcanzar su fin, pues en tal caso se muestra objetivamente errónea, contradictoria e incompleta” (p. 56), y GRACIA MARTÍN, Fundamentos (n. 8), pp. 79 ss.: “si la materia configurada por los datos ónticos emergentes ... fuera una que no se correspondiera con el objeto sobre el que se proyecta la regulación pretendida, entonces o no será ya posible llevar a cabo la regulación por falta de objeto, o bien será imposible que la misma pueda alcanzar su fin al ser aplicada a un objeto inapropiado” (p. 80). Sobre la frustración del fin de la regulación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas como consecuencia de ser una construida sin respeto a los datos de la realidad, y sobre lo cual se volverá más adelante, véase ahora R. SCHMITT, FS-Lange, 1976, p. 885; STRATENWERTH FS-R. Schmitt, 1992, pp. 300 ss.; SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, pp. 14 s.

toda su validez⁹⁴, tanto en la teoría general como en las específicas y diferentes ramas del Derecho⁹⁵, y en particular en el Derecho civil, se comprueba fácilmente que también la Dogmática de éste sector jurídico, igual que la teoría general del Derecho, no ve ni en la adquisición de derechos subjetivos por la persona jurídica ni en todo aquéllo por lo que se la puede hacer responsable nada más que hechos ajenos —y nunca propios— que, por esto mismo, solo le pueden ser imputados. Es más, en el Derecho civil, lo que se imputa “objetivamente” a la persona jurídica no son nada más que los efectos jurídicos de la acción ajena de quien haya actuado válidamente como órgano o representante suyo⁹⁶, pero en ningún caso se le imputa la voluntad —ni siquiera la negocial— del sujeto individual de la acción. Y así, como explican Lacruz/Delgado “no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad”, pues “es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la representación”⁹⁷. Ahora bien, como sostienen también los civilistas citados, en los negocios representativos —los concluidos entre el representante, en nombre del representado, con el tercero—, las voluntades del representado y del represen-

tante, aunque concurrentes ambas, en ningún caso se mezclan ni confunden, pues si bien en tales negocios una y otra se unen entre sí funcionalmente, esto en nada afecta al dato real de que ambas sean y permanezcan “autónomas desde el punto de vista estructural”, y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que “aporta la voluntad de contenido” que es la “más ostensible”, porque es la “dirigida a determinar el contenido efectivo del negocio”⁹⁸, mientras que la presencia y la voluntad del representado son meramente virtuales (*contemplatio domini*)⁹⁹. Más allá de la imputación de los efectos del negocio representativo, en el orden civil, la persona jurídica está sujeta a una responsabilidad civil incluso por los daños causados por los hechos delictivos cometidos por sus órganos y por sus dependientes en general. Y así, por ejemplo, en el Derecho español, el art. 120.4º CP establece la responsabilidad civil de “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”. Pero aún siendo esta responsabilidad de naturaleza civil, no hay duda de que, también en este orden jurídico, en ningún caso es una por el hecho propio, sino que se trata más bien de una res-

⁹⁴ Como ya se dijo, y ahora se insiste en ello, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador* (n. 12), p. 404 s., advierte con razón e invocando la famosa frase de von Kirschmann, que la fundamentación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede tener lugar si se “envían a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica” (p. 404).

⁹⁵ Así, respecto de la construcción de la “responsabilidad” de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, véase el acertado criterio de Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador* (n. 12), pp. 421 s., quien apela para tal fin a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421).

⁹⁶ Véase LACRUZ/DELGADO, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 3º, *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 274.

⁹⁷ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 11), p. 281.

⁹⁸ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 96), p. 281.

⁹⁹ Véase LACRUZ/DELGADO (n. 96), p. 286.

ponsabilidad de tipo objetivo y por el hecho ajeno¹⁰⁰ que en ningún caso tiene ni podría tener su fundamento ni en la voluntad de la acción ni en la culpabilidad mismas del autor del hecho¹⁰¹, las cuales en ningún caso son ni podrían ser imputadas a la persona jurídica, sino que más bien, y como lo explica Kelsen, lo tiene en la relación jurídica existente entre aquél y ésta, es decir, en una situación jurídica a la que se la mire por donde se la mire, en ningún caso puede identificarse con ningún concepto de acción ni con ninguno de culpabilidad en el sentido del Derecho penal¹⁰².

IV. LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACCIÓN Y DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

1. Volviendo a la crítica de las opiniones de Zugaldía y de Gómez Tomillo, que aquí se han seleccionado como representativas de las muchas que circulan por la doctrina penal con el

mismo o parecido contenido, la afirmación de estos autores de que a la persona jurídica se le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad en el Derecho sancionador administrativo, carece del mínimo fundamento, como resulta de un riguroso estudio y análisis de la mejor y más cualificada doctrina iusadministrativa, la cual por lo demás, y como debe ser desde el punto de vista científico, para nada se encuentra desligada de los saberes de la teoría general del Derecho y del Derecho civil. Es cierto que en el plano de la legislación, todos los ordenamientos jurídicos vienen admitiendo desde antiguo y establecen positivamente una responsabilidad de las personas jurídicas en el orden sancionador administrativo. Así, por ejemplo, en la legislación española, el art. 130.1 de la LRJAPPC establece con carácter y alcance generales para todo el ordenamiento jurídico sancionador administrativo que “podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos”. Es cierto también que por alguna

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, pp. 331 ss., 361 ss. y 375 ss.; GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, pp. 108 ss.; ALASTUEY, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 635 ss.; LACRUZ/LUNA SERRANO, en Lacruz et. alt., *Elementos de Derecho civil, I, Parte General*, vol. 2º, Personas, 2ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, pp. 275 s.; LACRUZ/RIVERO, en Lacruz et. alt., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2º, Contratos, cuasicontratos, delito y cuasidelito, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 502 ss.

¹⁰¹ Lo que resulta obvio y palmario en el caso previsto en el art. 31 bis de la responsabilidad de la persona jurídica cuando no se ha identificado al autor del hecho o éste obró sin culpabilidad, lo cual es la pureza evidente de que por mucho que a dicha responsabilidad se la quiera denominar “penal”, materialmente no tiene ni puede tener otra naturaleza jurídica que no sean las de carácter civil o la administrativo no sancionadora; en el mismo sentido, véase Robles Planas (n. 32), pp. 12 ss.

¹⁰² Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 80 ss.: “el sujeto del deber jurídico, o legalmente obligado, es el capaz de obedecer o desobedecer la norma de derecho, es decir, aquel cuya conducta, en cuanto acto antijurídico, es condición de la sanción”, mientras que “responsable de tal acto es el individuo o son los individuos contra los cuales se dirige la sanción, aun cuando la condición para que la sanción se dirija contra él o contra ellos no sea su conducta propia, sino la relación jurídica que tienen con el autor” (pp. 80 s.); de este modo “cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma (...) no es su conducta, sino su relación específica con los autores del acto lo que constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos” (p. 81); y en todo caso, “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste” (p. 82); véase en el mismo sentido, pero más en concreto en relación con la responsabilidad civil del empresario, LACRUZ/RIVERO (n. 100), pp. 500 y 502 ss.

doctrina y por la jurisprudencia españolas se ha venido admitiendo desde antiguo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones administrativas¹⁰³, pero ya no es cierto que tal postura sea unánime e indiscutida, y en mi opinión ni siquiera que sea la postura mayoritaria¹⁰⁴. Por otro lado, dentro de la doctrina iusadministrativa que dice admitirla, las divergencias respecto a su fundamento y a su estructura jurídica son tan profundas e incompatibles conceptualmente, que permiten poner en duda que, al menos algunas de las opiniones que se manifiestan en principio como favorables tengan realmente este signo y no, más bien, el contrario si, más allá de la nomenclatura utilizada, se atiende a los conceptos y a las construcciones dogmáticas que formulan¹⁰⁵. En todo caso, la doctrina iusadministrativa más rigurosa y más altamente cualificada, niega con la ma-

yor contundencia la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica también en ese orden sancionador. Por esta razón, el tratamiento de la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica no debe limitarse al campo de lo criminal, sino que debe extenderse también al de la sanción administrativa, pues en éste no sólo se plantea en idénticos términos que en aquél, sino que debe resolverse también de la misma manera. Esto es y debe ser así para todo el que, como es mi caso, entienda que todo Derecho sancionador sin una sola excepción, y en particular el llamado administrativo, tiene idéntica naturaleza que el penal criminal¹⁰⁶, porque ambos son manifestaciones de un único y mismo poder punitivo (Strafgewalt) que es distinto del poder coercitivo (Zwangsgewalt)¹⁰⁷ en el sentido de la fructífera diferenciación de ambos que debemos a Otto Mayer¹⁰⁸. Las sanciones administrativas

¹⁰³ Véase, por ejemplo, MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965, pp. 143 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 236 ss.; sobre la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de las infracciones administrativas en el orden laboral véase por ejemplo DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990, pp. 72 s., 130 ss., y la jurisprudencia de ese orden que cita especialmente en nota 123 de p. 72; GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, pp. 57 ss.; y para el ámbito de la infracción tributaria administrativa, véase PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 280 ss. y ZORNOZA PÉREZ, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 181 ss.

¹⁰⁴ Véase sobre todo GRACIA MARTÍN, *La cuestión* (n. 7), pp. 45, 48 s., 69 ss.; EL MISMO, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Tratado* (n. 7), pp. 546 ss. y 576 s.; EL MISMO, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones* (n. 7), pp. 216 ss.; Fuster Asencio, *El procedimiento sancionador tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 106; NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 67; y recientemente, en el mismo sentido, ROBLES PLANAS (n. 32), p. 8; en la doctrina peruana, véase en el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1999, p. 141.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 67), pp. 421 ss.: “en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho penal y adentrándose en las de la responsabilidad civil” (loc. cit., p. 421, subrayado mío).

¹⁰⁶ Así la doctrina mayoritaria, véase por todos CEREZO MIR, *PG I*, 6ª ed., 2004, pp. 56 ss.; por el contrario, en la doctrina iusadministrativa, entiende que el Derecho administrativo sancionador tiene autonomía y naturaleza distinta a la del penal criminal, y que por ello debe regirse por otros principios, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y especialmente todo el Capítulo IV de esta magnífica obra, que se extiende desde la p. 124 hasta la 160.

¹⁰⁷ En el mismo sentido ZAFFARONI PG, 2ª ed., 2002, pp. 48 ss. y 214 ss.

¹⁰⁸ Véase Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 3ª ed., München und Leipzig, 1924, pp. 213 ss.

deben estar sometidas a los mismos e idénticos principios y garantías de la penal criminal, y sin la mínima flexibilización, no sólo en razón de la identidad material entre ambas (y entre sus respectivos supuestos de hecho) y en razón de la identidad del poder que las aplica (punitivo)¹⁰⁹, sino también por exigencias ético-políticas y por la urgente necesidad de someter al Derecho el ejercicio de semejante poder —en mi opinión originariamente judicial— delegado en las autoridades y funcionarios de la Administración, toda vez que la realidad cotidiana nos prueba y demuestra que en éste ámbito el poder punitivo ha alcanzado un máximo y difícilmente superable grado de corrupción y que su ejercicio real se practica sin sujeción al Derecho de un modo completamente arbitrario y, en definitiva, salvaje, entendiendo esto en el sentido de no sujeción de hecho a ninguna regla¹¹⁰. Por todo esto, el estudio y el desarrollo doctrinales de la posible o imposible responsabilidad penal de las personas jurídicas compete en idéntica medida a penalistas y a iusadministrativistas.

2. Se la mire por donde se la mire, la interpretación que hace Gómez Tomillo del concepto de acción de Roxin “como manifestación de la personalidad” para luego pretender fundamentar a partir de él la capacidad de acción de la persona jurídica es absolutamente contradictoria e insostenible¹¹¹. Ya el mismo Roxin rechaza la capacidad de acción de la persona jurídica a partir precisamente de su propio concepto porque “dado que les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden

manifestarse a sí mismas”¹¹². Pero dado que en la edición de la Parte General de Roxin que cita Gómez Tomillo —la traducción de la 2ª edición alemana, de 1994—, aquél concluía su exposición de las opiniones favorables a la capacidad de acción de las personas jurídicas con la indicación de que habría “que esperar a ver como sigue evolucionando la discusión”¹¹³, el autor español cree poder entender que Roxin dejó ahí la cuestión abierta en el sentido de que pudiera aceptar la capacidad de acción en el futuro a la vista de tal evolución de la discusión¹¹⁴. Esta interpretación de Gómez Tomillo es, sin embargo, completamente desafortunada, pues no se ve cómo el concepto de “manifestación de la personalidad” de Roxin podría asimilar a cualquier substrato carente de substancia psíquico-espiritual que pudiera ser propuesto por cualquier nuevo concepto de acción para la persona jurídica, como lo demuestra que en su última edición de 2006 Roxin continúe rechazando por la misma razón, y sin ninguna variación, la incapacidad de acción de la persona jurídica, y que tras haber observado aquella evolución durante los 11 años transcurridos entre ambas ediciones, haya suprimido la invitación a esperar a la evolución de la discusión¹¹⁵. Por lo demás, que a partir de un concepto de acción como “manifestación de la personalidad” no es posible derivar ni explicar ninguna capacidad de acción de la persona jurídica, lo confirma ahora con razón Luzón Peña, al negar dicha capacidad con base en su muy similar concepto de acción como “manifestación externa activa o pasiva de una voluntad”¹¹⁶. Pero por otra parte, y esto es lo que interesa para

¹⁰⁹ En el mismo sentido ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.

¹¹⁰ Sobre ello, en general, véase ZAFFARONI, PG, 2ª ed., 2002, pp. 177 ss.; y en particular sobre el panorama del “Derecho” sancionador administrativo español y de su ejercicio cotidiano, véanse las ciertamente sobrecogedoras pero absolutamente realistas descripciones y estimaciones de Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, 5ª ed. (n. 12), pp. 26 ss.

¹¹¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), pp. 47 s.

¹¹² Véase ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 59, p. 262.

¹¹³ Véase ROXIN PG I, 2ª ed., 1997, § 8 n° 56c in fine, p. 260.

¹¹⁴ Véase GÓMEZ TOMILLO (n. 57), p. 48.

¹¹⁵ Véase ROXIN AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 59, p. 262 y § 8 C n° 63, p. 263.

¹¹⁶ Véase LUZÓN PEÑA, PG-Lecciones, 2ª ed., pp. 137 ss., y especialmente pp. 152 s.

la crítica que ahora estoy desarrollando, a Gómez Tomillo le sorprende¹¹⁷, y cree que es una contradicción, que pese a que Roxin considera que existe una gran proximidad entre el Derecho penal y el sancionador administrativo, sostenga luego, sin embargo, que en el ámbito de las contravenciones sea posible aplicar “sanciones” sin necesidad de la concurrencia de una acción¹¹⁸. Sin embargo, ni hay motivo alguno para sorprenderse ni tampoco —esto aún menos— para ver contradicción alguna en la postura de Roxin. En primer lugar, porque Roxin sostiene expresamente que la multa para personas jurídicas del § 30 OwiG no es más que una “consecuencia accesorio”¹¹⁹, y este tipo de consecuencias no tiene naturaleza ni finalidad propiamente “sancionadoras”, por lo cual la realización de una acción —aunque haya tenido lugar— no es elemento constitutivo del supuesto de hecho habilitante de su aplicación, porque éste no está constituido más que por estados o situaciones objetivamente contrarias a Derecho (enriquecimiento injusto, peligrosidad objetiva de la cosa, defecto de organización, etc.)¹²⁰. Pero es que, en segundo lugar, si bien Roxin no entra en detalles, su postura no sólo es plenamente acertada, sino que es también absolutamente coherente porque en realidad, como resulta del saber que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho civil y del administrativo, al supuesto de hecho de la “responsabilidad” —y aquí por cierto tanto de la persona jurídica como de la física— no siempre pertenecen como elementos constitutivos ni la realización de una acción ni tampoco —esto aún menos— la culpabilidad del autor de la infracción. Con esto, paso ahora ya a desvirtuar definitivamente las infundadas opi-

niones de Zugaldía y de Gómez Tomillo sobre el reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el Derecho sancionador administrativo.

3. En particular Gómez Tomillo, se decanta por rechazar a cierta doctrina iusadministrativa —y por cierto, la de mayor prestigio y rigor científicos— que niega la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica también en el Derecho sancionador administrativo, y considera que la responsabilidad de ella es una de tipo “objetivo”. Por un lado, porque en su opinión, prescindir de la culpabilidad podría suponer una “inaceptable afección del principio de proporcionalidad” y podría también “plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad”¹²¹. Y por otro lado, porque “se incidiría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo”¹²². Estos argumentos de Gómez Tomillo, sin embargo, no son afortunados. Los primeros porque como tan documentadamente ha demostrado Schünemann, según ya se vió más atrás¹²³, es precisamente la pretensión de fundamentar una acción, una culpabilidad y una pena para la persona jurídica lo que —justo al revés de lo que cree Gómez Tomillo— sí vulnera los principios de proporcionalidad e igualdad. De esto no puedo ocuparme aquí ahora. En cambio, sí voy a hacerlo, aunque sea brevemente, de la segunda de las razones esgrimidas por Gómez Tomillo, porque sin la menor duda tiene toda la razón cuando afirma que prescindir de la culpabilidad de la persona jurídica nos llevaría al Derecho civil, y porque esto es precisamente lo que sin la menor duda debe ser. Y si aquí

¹¹⁷ Véase GÓMEZ TOMILLO (n. 57), pp. 48 s. y nota 76.

¹¹⁸ Véase ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 2 O n° 133, p. 59 y § 8 C n° 60, p. 263.

¹¹⁹ Véase ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 8 C n° 60, p. 263.

¹²⁰ Sobre todo esto, véase ampliamente GRACIA MARTÍN, La cuestión (n. 7), pp. 69 ss.; EL MISMO, en Tratado (n. 7), pp. 552 ss., 576 s. y 580 ss.; EL MISMO, en Lecciones, 4ª ed., 2012, pp. 201 ss. y 216 ss.; y en sentido próximo Robles Planas (n. 32), pp. 8 s. y 12 ss.

¹²¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), p. 99.

¹²² Véase GÓMEZ TOMILLO, Introducción (n. 57), p. 100.

¹²³ Vid. supra nota 52.

sí que tiene Gómez Tomillo toda la razón es porque es evidente y cierto que eso sólo es lo que se puede hacer respecto de la persona jurídica, es decir: imputarle una responsabilidad de tipo “objetivo” estricta y exclusivamente civil —y en su caso, también administrativa “no sancionadora”—; porque como con una gracia no exenta de ironía y, en cualquier caso, de un modo que no dudo en calificar de “genial”, ha afirmado el magnífico y brillante joven colega Víctor Gómez Martín, “existen razones para creer que bajo la piel de lobo de la pena, la LO 5/2010 oculta, en realidad, en parte la oveja de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistemas de medidas de seguridad interdictivas para sociedades peligrosas”¹²⁴. Todo esto se explica bien si no se pasan por alto ciertos importantes conocimientos que proporciona el saber jurídico.

4. Partiendo de la premisa —es que no hay otra posible— de la absoluta imposibilidad de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas¹²⁵, advierte Alejandro Nieto que respecto de ellas el Derecho administrativo sancionador se vería en principio abocado a optar por estas tres alternativas: a) a no poder sancionar nunca a una persona jurídica¹²⁶; b) a tener que “modular” el principio y el con-

cepto de culpabilidad para poder así afirmar la concurrencia de ésta en la persona jurídica y poder así aplicarle la sanción sin violentar aquél principio¹²⁷; y c) a negar la vigencia del principio de culpabilidad en éste ámbito sancionador, y a reconocer en consecuencia que en él rige un tipo de responsabilidad objetiva¹²⁸. La primera de las alternativas no es viable en absoluto, pues está en abierta contradicción con la legislación y con una inveterada y copiosa praxis jurídica que sanciona desde siempre a las personas jurídicas con base en dicha legislación¹²⁹. Pero la segunda alternativa, que es por la que se ha decantado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, incluida la constitucional, es una que cuando se intenta poner en práctica agrava considerablemente el problema por la sencilla razón de que la misma es una de imposible realización. En efecto, ya que todas las “modulaciones” del concepto de culpabilidad que se han formulado por doctrina y jurisprudencia y cualquiera otra que quisiera intentarse, en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad¹³⁰, pues por mucho que se quiera seguir llamando así a cualquiera de los resultados de la modulación, en ellos empero —en palabras de Alejandro Nieto— no cabe ver nada más que “juegos formales realizados por juristas habilidosos para, res-

¹²⁴ Véase GÓMEZ MARTÍN, en Mir/Corcoy (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, p. 383 (cursivas mías).

¹²⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 391, 402.

¹²⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 393 y 414.

¹²⁷ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 393.

¹²⁸ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402 s., 415 s. y 418 ss.

¹²⁹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 395 ss. y 414.

¹³⁰ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 398, pues se recurre al “deus ex machina de la ‘modulación’ de la culpabilidad”, pero luego “a la hora de dar una explicación concreta de esta modulación, se da un salto funambulesco apoyándose en la cuerda floja de la ficción”, pues “si las personas jurídicas son entes de ficción nada más fácil que, a través de otra, imputarles la voluntad de sus agentes”, es decir, que “lo único que se hace —aquí viene el salto— es ‘trasladarla’ [sic] desde una persona física a una persona jurídica”, y así de tal modo que la culpabilidad “se ha desvanecido como el humo”.

petando la letra de las normas, quebrantar su espíritu en un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho”¹³¹.

5. a) Descartadas, pues, las dos alternativas expuestas, Alejandro Nieto se decanta decididamente por la tercera, y llega a la conclusión de que en el tema que nos ocupa, optar por la “responsabilidad objetiva [sic. en el Derecho sancionador administrativo] no debiera, por tanto, escandalizar a nadie, pues no supone una agresión a una sociedad democrática, [sino que] antes al contrario, [supone] un robustecimiento efectivo del Estado social”¹³². Sin duda, ésta es, a mi juicio, la única vía posible y correcta para resolver la cuestión de la “responsabilidad” de la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones administrativas por las personas físicas que actúan para ella. Como indica el eximio administrativista español, “de lo que se trata, en definitiva, es de llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción”, o bien, y para expresarlo “en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino ‘el que puede pagar’”¹³³. Pero —pregunta— “¿qué necesidad hay de hablar de culpabilidad —un fenómeno psíquico riguro-

samente personal— cuando estamos ante una infracción cometida por una empresa?”¹³⁴. A la vista de cómo está el panorama actual de la doctrina jurídica, no es de extrañar que Alejandro Nieto piense en que su propuesta de reconocer de plano y sin ambages una responsabilidad “objetiva” derivada de la comisión de infracciones penales y administrativas pueda ser tachada por algunos “de inadmisibile herejía constitucional”¹³⁵, y probablemente así sucederá. Sin embargo, frente a esto hay que decir que no sería precisamente a su tesis, sino que, al contrario, deberá ser a toda crítica que se haga de la misma desde la ignorancia o desde el desprecio del saber jurídico que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público, a lo que legítima y realmente sí se lo tendrá que tachar de herejía o de algo peor. Pues a mi juicio, en la construcción que propone Alejandro Nieto no debiera verse una de naturaleza sancionadora, sino más bien una plural con estructuras del Derecho civil y del administrativo coercitivo e incluso de las llamadas potestades administrativas ablatorias¹³⁶, pues evocando de nuevo la graciosa y genial metáfora de Víctor Gómez Martín, más atrás expuesta, ninguna duda puede haber acerca de que las personas jurídicas —incluidas las naturales cuando no se las contempla como

¹³¹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 393, 338, 402 y 427; donde habla del “atajo hipócrita de considerar que la inobservancia es una variante de imprudencia” (p. 338); literalmente de “los artilugios que está utilizando la jurisprudencia” (p. 402), y de que “con este sencillo artilugio ya tienen un culpable” (p. 427), refiriéndose aquí al artilugio de llamar culpabilidad a la culpa in eligendo y a la in vigilando, que como es sabido son conceptos de la responsabilidad civil objetiva que nada tienen que ver con la culpabilidad; sobre ello véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 113 ss. y cfr. supra las descalificaciones que dirige Nieto a todos los intentos de configurar un concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

¹³² Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 425 (corchetes añadidos por mí).

¹³³ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 402.

¹³⁴ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., p. 415, donde advierte sobre que exigir la culpabilidad de la persona jurídica lleva a “imputaciones arbitrarias” que fuerzan a “colgar a alguien el título de culpable”.

¹³⁵ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 426.

¹³⁶ Como vengo sosteniendo desde hace años; véase GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos* (n. 131), pp. 103 ss.; véase además supra nota 120.

seres humanos, sino como “personas”— en ningún caso pueden ser ovejas expuestas a los lobos punitivos y sancionatorios, sino única y exclusivamente ovejas de una raza mixta civil y administrativa, que únicamente pueden morar y pastar en los rediles y en los prados civil y administrativo.

b) No veo claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica que Alejandro Nieto atribuye a la responsabilidad de la persona jurídica¹³⁷, pero sí —y esto es lo decisivo— que su tesis está sólidamente fundada en los saberes jurídicos que proporcionan la teoría general del Derecho y las Dogmáticas del Derecho privado y público, a los cuales remite de un modo expreso e inequívoco y con una llamada de atención acerca de que en este campo la estructura de la construcción jurídica es una de naturaleza más bien civil que sancionadora o punitiva¹³⁸. Por otra parte, el eje de la construcción de Alejandro Nieto lo constituye la importante —pero tan ignorada— distinción de la teoría general del Derecho entre “culpabilidad”

y “responsabilidad”¹³⁹. “Esto que parece tan elemental a los juristas” —dice— “se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad”¹⁴⁰. Conforme a esta distinción básica en la teoría general del Derecho, por diversas razones puede ser que el autor de una infracción no sea responsable, mientras que, a la inversa, es posible hacer responsable a un sujeto que ni siquiera haya realizado la infracción ni haya participado en ella. Ahora bien, debería estar fuera de toda duda que una estructura o figura de responsabilidad de esta clase sólo puede tener una naturaleza civil o administrativa, y en modo alguno una de carácter sancionador. Con esto, sin embargo, A Gómez Tomillo, no le quedan otras salidas que o bien la de aceptar lo que él parece querer rechazar y evitar, es decir, que como no puede ser de otro modo, aquí estamos ante una responsabilidad objetiva inequívocamente civil, o bien, si quiere poder continuar afirmando una culpabilidad de la persona jurídica, desvirtuar esta importante

¹³⁷ Aunque en el desarrollo de su tesis Alejandro Nieto habla constantemente de “infracción” y de “sanción”, en algún momento, sin embargo, plantea la cuestión de si a la vista de los presupuestos y del régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo sancionador, podríamos estar en presencia de una “difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción”; véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 351.

¹³⁸ Véase Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 421 s., donde apela para a los saberes jurídicos que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho, y considera que aquí deben dejarse atrás “las aguas del Derecho penal” y adentrarse “en las de la responsabilidad civil” (p. 421). De hecho, los títulos de imputación objetiva que menciona Nieto (*loc. cit.*, p. 42), son de naturaleza civil: “a) ex lege (la propiedad del vehículo si no aparece el conductor infractor), b) ex culpa (in vigilando, in eligendo, in conservando), c) ex contractu (contrato de seguro de responsabilidad), d) ex bono (apropiación de los beneficios producidos por la infracción)”. Para la imputación objetiva en el Derecho civil, véase por ejemplo, Lacruz/Delgado (n. 11), p. 280, mencionan el principio *ubi commodum, ibi periculum*; en el mismo sentido, Lacruz/Rivero (n. 100), pp. 499 s. y 503, quienes enumeran como fundamentos de la imputación objetiva la culpa *in vigilando*, *in eligendo*, *in educando*; el riesgo empresarial y el principio *cuius comoda, eius est periculum*; y para la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, véase Alastuey (n. 100), pp. 633 ss., quien enumera como títulos de imputación objetiva la culpa *in vigilando* (p. 634), la *in eligendo* (p. 636), el principio *cuius comoda, eius incommoda* (p. 638) y la propiedad “susceptible de crear riesgos” (p. 640).

¹³⁹ Sobre ella, por ahora, véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, pp. 414 ss. y especialmente pp. 421 s. El mismo valor y sentido jurídicos tiene la distinción entre “deuda” y “responsabilidad”; véase al respecto Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970 (reimpr. 1972), 329 s.

¹⁴⁰ En este sentido Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, p. 422.

distinción entre culpabilidad y responsabilidad en el sentido expuesto, y en el que, para terminar, se desarrolla a contiunción.

V. ACCIÓN (INFRACCIÓN) CULPABLE Y RESPONSABILIDAD

1. Efectivamente, como ha dicho Alejandro Nieto, es un error muy grave ignorar o pasar por alto la fundamental distinción entre “culpabilidad” y “responsabilidad”, formulada en primera instancia por la teoría general del Derecho¹⁴¹, y aceptada y normalmente operativa en diferentes ámbitos jurídicos específicos¹⁴². Mientras que el término “responsabilidad” es multívoco y remite en concreto a significados jurídicos muy distintos y variados¹⁴³, el concepto de “culpabilidad” tiene un significado relativamente preciso y unívoco. Sea cual sea la concepción o la teoría que se sustente sobre ella, la idea de culpabilidad remite siempre, desde el momento inicial en que se piensa, hasta el último en que se comprueba y verifica

su presencia, a un juicio, ya sea éste descriptivo o normativo, sobre un sujeto humano individual a causa de algo hecho por él mismo o que está presente en él mismo y porque las condiciones y la razones del juicio están dadas también en él mismo; en fin, de todos los aspectos y matices de la culpabilidad, el que aquí interesa destacar es que ella está ligada de modo esencial e indisoluble a la autoría del hecho propio y, por consiguiente, que no es concebible —y si lo fuera sería absolutamente inadmisibile— una culpabilidad de nadie por el hecho realizado por un sujeto distinto¹⁴⁴; de aquí deriva eo ipso que la consecuencia jurídica con que puede responderse a la culpabilidad —la pena— tiene que ser forzosamente personal, es decir, que sólo puede aplicarse al autor del hecho que él mismo, y sólo él, ha realizado culpablemente¹⁴⁵.

2. De los diferentes significados que tiene el término “responsabilidad”, interesa aquí el de “responder” de las posibles “consecuencias”

¹⁴¹ Sobre ella, véase extensamente la brillante construcción y exposición de Kelsen, *Teoría general* (n. 9), pp. 75 ss.; véase también NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984, pp. 184 ss.

¹⁴² Así, en el Derecho francés goza de una gran tradición la figura denominada como *responsabilité pénale du fait d'autrui*, también llamada *responsabilité du chef d'entreprise*, la cual, pese a su denominación, y según la doctrina francesa, no es más que una clase de responsabilidad civil del jefe o del encargado de la empresa que opera como garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor material de la infracción; véanse los clásicos trabajos de BONNARD, *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale*, notamment patronale du fait d'autrui, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, pp. 12 ss. y CARTIER, *Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise*, Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977, pp. 46 s. Lo mismo cabe decir respecto de la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase al respecto, véase el clásico trabajo de Pettoello MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, pp. 23 y 51 ss. Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 7), pp. 49 ss. A este modelo de responsabilidad respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase al respecto, GRACIA MARTÍN, en Boix/Lloria, *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 818 ss.; en el mismo sentido ALASTUEY (n. 100), pp. 632 s.; también SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, *InDret* 2/2006, pp. 11 s. y 20 ss.

¹⁴³ Sobre la amplitud de significados del término “responsabilidad”, véase por ejemplo NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 184 ss.

¹⁴⁴ Véase Kelsen, *Teoría general* (n. 9), p. 82: “la responsabilidad por un acto antijurídico cometido por una persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste”.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, MIR PUIG RECPC 06-01 (2004), p. 9: “el principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: solo puede imponerse una pena al culpable del hecho”.

de un hecho, entre las cuales hay que contar incluso el cumplimiento o satisfacción de la sanción. En este sentido, responsabilidad significa hacerse cargo y soportar sobre sí mismo las consecuencias de un hecho; en relación con los hechos ilícitos, responsable es aquél “que ‘responde’ de las consecuencias del ilícito (en primer término una sanción administrativa)”¹⁴⁶. Mientras que la culpabilidad, como se ha dicho, va siempre ligada al autor del hecho, la responsabilidad por las consecuencias puede recaer en un sujeto distinto y que ni siquiera haya participado en el hecho¹⁴⁷. La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es subjetiva o personal, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro¹⁴⁸. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, substrato de la culpabilidad es únicamente el ser humano, y por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre personal (subjetiva) y por el hecho propio. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la culpabilidad y es, por ello, siempre objetiva¹⁴⁹ o, como la llama Kelsen, absoluta¹⁵⁰, pues se traduce y concreta en una “obligación” que la ley le imputa a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción y, por lo tanto, el sujeto de ella ya no es el ser humano, sino la “persona”. Ahora bien, cuando la ley determina que el sujeto responsable sea el mismo autor del hecho, no por ello queda eliminada y sin efecto la distinción entre culpabilidad y responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por el hecho propio el autor del hecho habrá tenido que ser ne-

cesariamente un ser humano que haya obrado culpablemente, pero este ser humano es al mismo tiempo el substrato de un sujeto jurídico, esto es, de una “persona”. Como advierte Alejandro Nieto, “se es responsable porque así lo declara la ley”¹⁵¹, y la ley puede declarar que lo sea tanto un sujeto distinto como “el autor material directo”¹⁵². En los casos de responsabilidad por el hecho propio, aun a pesar de coincidir en un mismo sujeto la culpabilidad y la responsabilidad, debe continuar distinguiéndose entre una y otra por la simple razón de que, también aquí, el sujeto se ha manifestado y obrado en la doble condición de ser humano y de persona. En estos casos, pues, consecuentemente, en la “responsabilidad” del sujeto por su propio hecho hay que ver y distinguir un momento estrictamente subjetivo anclado en la culpabilidad del autor en su condición de ser humano, y que por esto mismo no es susceptible de “imputación” ni de “transferencia” a ningún otro sujeto, y otro momento objetivo respecto del cual el sujeto que entra en consideración es la “persona”, es decir, el sujeto jurídico capaz de imputación; un momento objetivo referido a las consecuencias del hecho, incluida la satisfacción de la sanción, respecto de las cuales pueden emanar “obligaciones” que, a diferencia de la culpabilidad, sí son ya susceptibles de imputación y de transferencia a un sujeto distinto contemplado también en su condición de “persona”, es decir, como sujeto capaz de “imputación jurídica”¹⁵³.

3. Ahora bien, contra lo que pretende en la

¹⁴⁶ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 426.

¹⁴⁷ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 77 ss.; NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 187 ss.; Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 414 ss.; GRACIA MARTÍN, en *Diccionario* (n. 142), pp. 818 ss.; EL MISMO, en Gracia/Boldova/Alastuey, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 218.

¹⁴⁸ Véase, por todos, Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402, 418 ss. y nota anterior.

¹⁴⁹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 402, 416 y 425; NINO, *Introducción*, p. 190.

¹⁵⁰ Véase KELSEN, *Teoría general* (n. 9), p. 82.

¹⁵¹ Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 419.

¹⁵² Véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), p. 427.

¹⁵³ Cfr. sobre todo esto KELSEN, *Teoría general* (n. 9), pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.

doctrina española Gómez-Jara, hay que decir que el sujeto del Derecho penal, como ya he demostrado ampliamente en otro lugar, no es en absoluto la “persona”¹⁵⁴, sino única y exclusivamente el ser humano empírico¹⁵⁵. La distinción entre culpabilidad y responsabilidad corresponde precisamente a la distinción entre ser humano individual y persona, y en este sentido debe distinguirse entre el “sujeto de la acción” y el “sujeto de la imputación”¹⁵⁶. Uno y otro podrán coincidir cuando el primero sea una persona natural, porque sus cualidades existenciales le permiten producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, y aun aquí, como se ha dicho, también se tienen que distinguir. En el caso de las personas jurídicas, en cambio, el sujeto de la acción y el de la imputación son siempre inexorablemente distintos, pues aquéllas sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción. Ahora bien, a mi juicio, todo aquello que puede imputarse inmediatamente a la persona jurídica son sólo y exclusivamente los efectos objetivos y externos de la acción del órgano o del representante, por ejemplo los efectos jurídico-civiles del contrato celebrado inmediatamente por él en cuanto persona jurídica que la representa¹⁵⁷, pero en ningún caso podrá ser imputada la voluntad de la acción ni el proceso de su formación, porque esto pertenece a la esfera individual del sujeto de la acción y es intransferible¹⁵⁸. En este sentido, ya Frank advirtió claramente que lo que exclusivamente se imputa al representado

(sic. a la persona jurídica) son las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal, en cambio, es sólo de la incumbencia del que concluyó el contrato inmediatamente¹⁵⁹. Nagler, por su parte, sostuvo que “las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado” sino que “se desdobl原因 en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia”. De esto resulta, según Nagler, que el ordenamiento jurídico no impone deberes de obediencia a estos sujetos (sc. a órganos y representantes) “en cuanto órganos de la vida jurídica ajena”, sino “en su ser por sí mismos”, y dado que nuestra cultura jurídica no reconoce una representación criminal, la actividad de la voluntad en estos casos y, por lo tanto, la responsabilidad criminal, no pueden alcanzar en modo alguno al representado sino exclusivamente “al representante en cuanto individuo que actúa”¹⁶⁰. Y Rodríguez Mourullo, en nuestra doctrina, advierte con razón, que “no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que se celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos”, y como “el fenómeno de la representación” –prosigue Rodríguez Mourullo– “no tiene cabida en cuenta a los sujetos activos del delito, para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena”¹⁶¹.

4. De todo cuanto se ha expuesto, pues, se tie-

¹⁵⁴ Véase GÓMEZ-JARA, La culpabilidad (n. 54), pp. 219 ss.

¹⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN, El horizonte del finalismo (n. 8), pp. 214 ss.

¹⁵⁶ Véase al respecto, especialmente, la exposición de SEILER, Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967, pp. 50 ss.

¹⁵⁷ Véase GRACIA MARTÍN, El actuar I (n. 1), pp. 8 s., 11.

¹⁵⁸ En Derecho penal “sujeto de la imputación es el hombre, si y en la medida en que actúa responsablemente”, como afirma acertadamente MAIWALD, ZStW, 1966, p. 54; y en el mismo sentido HARDWIG, Die Zurechnung, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 117 s.

¹⁵⁹ Véase FRANK, ZStW, 1917, p. 31.

¹⁶⁰ Véase NAGLER, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903, p. 55.

¹⁶¹ Véase RODRIGUEZ MOURULLO, PG I, pp. 228 ss.

ne que deducir no sólo que la persona jurídica no es en absoluto capaz de acción; es que ni siquiera le pueden ser imputadas las acciones de sus órganos y representantes¹⁶². Por lo tanto, carecen de todo fundamento todas las opiniones que, independientemente de cuál sea el modelo de responsabilidad de la persona jurídica del que digan partir, pretenden fundamentarla en cualquier mecanismo o criterio de “imputación” a la persona jurídica del hecho cometido por la persona física, pues todo lo que se puede imputar a la persona jurídica no es nada más que la “responsabilidad” misma y en virtud de que así lo establece la ley en razón de la relación jurídica existente entre ella y los sujetos que hayan cometido la infracción. Esta responsabilidad de la persona jurídica, sin embargo, nada tiene que ver con la responsabilidad personal o individual derivada de una acción u omisión culpable, sino que es una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros. Con esto, me reafirmo en las tesis que al respecto formulé hace ahora 25 años.

VI. CONCLUSIONES

1. Como queda dicho, a diferencia de la culpabilidad, la “responsabilidad” es multívoca y no sólo en lo estrictamente semántico¹⁶³, pues en el sentido estricto explicado de cargar con

las consecuencias de un hecho y de soportarlas, también se distingue entre clases o tipos de responsabilidad, como por ejemplo: objetiva y subjetiva, directa o indirecta y subsidiaria, por hecho propio o por ajeno, mancomunada, solidaria, etc¹⁶⁴. Estas diferentes clases de responsabilidad se han ido configurando a lo largo de la historia del Derecho como propias o típicas de uno o de varios sectores jurídicos específicos, y así como responsabilidad civil, administrativa, tributaria, penal, etc. Esta distribución es meramente formal en cuanto a la simple adscripción, pero desde el punto de vista de los fundamentos de la adscripción tiene sin la menor duda un sentido y un significado materiales. Contra de lo que parece opinar el tan lamentable e injustamente perdido y malogrado colega alemán Joachim Vogel¹⁶⁵, la distribución y la inserción precisas de cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad en el sector jurídico que le sea propio de acuerdo a su naturaleza tiene una importancia máxima¹⁶⁶. Pues el sector de la realidad que se recorta y selecciona por el concepto jurídico con el que se trata de aprehenderlo para operar en esa realidad y así poder producir los efectos que se pretendan con el concepto, tiene ya prefigurados en aquella misma realidad unos contenidos materiales determinados y una cierta estructura que no pueden ser en absoluto alterados o modificados con el modo de construcción del concepto ni tampoco — esto mucho menos— con un etiquetamiento del concepto con una denominación inapro-

¹⁶² En el mismo sentido Kelsen, *Teoría general* (n. 9), pp. 79, 81 y 82.

¹⁶³ Véase NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 184 ss. (puede usarse como asumir los deberes de un cargo, causar una catástrofe, ser capaz mentalmente, como cualidad moral, etc.)

¹⁶⁴ Véase NINO, *Introducción* (n. 141), pp. 187 ss. Para las distintas figuras de responsabilidad por la comisión de infracciones en el Derecho administrativo (solidaria y subsidiaria), véase Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed. (n. 12), pp. 378 ss.

¹⁶⁵ Véase VOGEL StV 7/2012, pp. 430 s., quien sostuvo que si bien las investigaciones empíricas permiten presumir que el (mero) “etiquetamiento” de las sanciones contra empresas como penas criminales, apenas ofrece provechos preventivos, no obstante sí puede plantearse la cuestión de si tal etiquetamiento podría llevar consigo un provecho simbólico determinante, teniendo en cuenta que la estructura de la responsabilidad de la persona jurídica es una y la misma (sic) tanto si su regulación se inserta en un contexto penal como en uno administrativo sancionador e incluso en el derecho civil de daños.”

¹⁶⁶ Véase SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4.

piada y hostil con la realidad subyacente¹⁶⁷. Como todo saber, también el jurídico debe aspirar, a semejanza de la taxonomía, a ordenar claramente en un sistema clasificatorio a la diversidad de figuras jurídicas para posibilitar identificar y distinguir por sus características y propiedades materiales específicas —y además, de acuerdo con un rígido Código de Nomenclatura, también por sus nombres no fungibles— a cada uno de los diversos fenómenos jurídicos con relevancia jurídica; y distinguirlos —incluso de sus similares— para dar a cada uno el tratamiento jurídico adecuado y justo que debe posibilitar la producción de los efectos y alcanzar los objetivos —por ejemplo políticocriminales— que se pretenden con cada uno. Pues como, recordando a Henkel, aleccionara hace ya algún tiempo Enrique Gimbernat¹⁶⁸, qui bene distinguit, bene iudicat, y es obvio que no distingue bien, y por ello tampoco juzga bien quien, sea consciente o inconscientemente, mezcla, confunde o intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente y, por añadidura, llama al objeto de su mezcolanza con un nombre errado que en absoluto lo identifica y aumenta así la confusión y el desconcierto porque el nombre usado remite de inmediato a otro objeto completamente distinto del que se está denominando con el término errado¹⁶⁹.

2. Hace ya algunos años, mi estimado colega Zugaldía quiso objetar a mis propuestas de tipos o clases de reacciones jurídicas frente a personas jurídicas, que no obstante mi recha-

zo de la responsabilidad penal de éstas, acababa proponiendo todo un arsenal de reacciones jurídicas de carácter (en mi opinión) no sancionador pero que, en su opinión, sin embargo, podrían “hacer las delicias de cualquier partidario de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”, toda vez que tras de haber fundamentado yo —según él, “jugando con las etiquetas”— que a las personas jurídicas “no se les puede imponer absolutamente de nada”, con mi propuesta “se les termina(ría) imponiendo absolutamente de todo”¹⁷⁰. Pero como tiene que resultar de todo lo dicho aquí, lo cual aún tendrá que ser desarrollado con mucho más detalle en el futuro, nada, absolutamente nada de lo que puede predicarse de la persona jurídica tiene ni de lejos naturaleza ni carácter “jurídicopenal”, y por lo ya razonado y documentado aquí suficientemente, resulta absolutamente innecesario cualquier argumento adicional para desvirtuar lo que se desvirtúa por sí mismo: que es la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de modo muy particular Zugaldía, quien cuelga a las cosas etiquetas a todas luces inapropiadas¹⁷¹. En su crítica, Zugaldía consideró también que mis razonamientos y construcciones discurrían de un modo metodológicamente equivocado o incorrecto¹⁷². Desde luego, no me compete a mí juzgar si el método de construcción jurídica de conceptos que sigo es o no el correcto, pero en todo caso lo que sí puedo afirmar, dado que esto no es una opinión, sino un hecho comprobable, es que con el método que sigo lo que no hago es ni

¹⁶⁷ Véase en este sentido ZAFFARONI, PG 2ª ed., 2002, p. 387: “no hay saber humano que no proceda pescando sus datos del mundo”, y p. 415: “se pescan pedazos del ser, se recortan” (cursivas del mismo autor citado); también Schünemann, Grund und Grenzen (n. 4), pp. 36 ss.

¹⁶⁸ Véase GIMBERNAT, Estudios, 3ª ed., p. 217.

¹⁶⁹ Véase de nuevo SCHÜNEMANN ZIS 1/2014, p. 4: “se vulneran las reglas del habla racional cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes.”

¹⁷⁰ Véase ZUGALDÍA, CPC n° 53, 1994, p. 622, si bien ahora, para Zugaldía, mi juego de etiquetas parece haberse convertido en “un alarde de logomaquia”; véase ZUGALDÍA (n. 57), p. 61.

¹⁷¹ Y que esto es así, ni siquiera es preciso que lo planteemos quienes nos posicionamos en contra de tal doctrina, pues que lo importante, en definitiva, es colgar la etiqueta de lo “penal” es algo que con un gesto de sinceridad, ya lo han confesado algún caracterizado defensor de esta doctrina, como es el caso de Vogel en la cita que hago de su opinión supra en nota 157.

¹⁷² Véase ZUGALDÍA, CPC n° 53, 1994, pp. 621 s.

prescindir del minimum minimorum del saber jurídico válido y vigente, ni tampoco esquivar los argumentos contrarios que no tengan un carácter superficial. Para su publicación en este lugar, he tenido que reducir el trabajo en más de 70 páginas que ya tengo escritas, de las que aproximadamente 50 están dedicadas a explicar el método del que me sirvo yo, pero también del que se sigue para la construcción del imposible supuesto de hecho de una responsabilidad penal y en el orden san-

cionador administrativo de la persona jurídica. Así, pues, espero poder debatir muy pronto con mi apreciado colega Zugaldía sobre el método, pero de momento, me tengo que conformar —aunque no es poco— con expresar la tranquilidad y el sentimiento de cierta seguridad que me proporciona la garantía de seguir un método muy próximo al de mi querido y admirado amigo y colega aquí homenajeado, Bernd Schünemann, de cuyo prestigio y genialidad nadie duda.

EL MODELO ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC**

1. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA DE 2010

La LO 5/2010 comporta un cambio trascendental del modelo español en esta materia, que siguiendo la tendencia internacional dominante, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para poder comprender mejor este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la reforma de 2010, es preciso contextualizarlo y situarlo en relación a otros ámbitos afines, pudiéndose para ello distinguir estos tres planos básicos diferentes (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC):

Primero, se mantiene el art. 31, si bien con la derogación del perturbador apartado segundo, para resolver los problemas de imputación en los delitos especiales, en los cuales la condición o calidad requerida en el tipo concurre en la sociedad, pero no en la persona física que actúa en su nombre. Es decir, regula las *actuaciones en nombre de otro*, esto es de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de la representación, diferenciando entre el representante y el representado al realizar un acto jurídico calificado de delictivo. Por consiguiente, bajo esta expresión se contemplan no solo los supuestos de actuaciones en nombre de personas jurídicas, sino también los de actuación de una persona física en nombre de otra persona física.

Segundo, la reforma introduce un novedoso

sistema de *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en el art. 31 bis, con unos criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de estas penas. El régimen jurídico se contiene en los arts. 31 bis, 33,7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116,3 (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Y, *tercero*, se mantiene el catálogo de *medidas accesorias* de los arts. 128 y 129 para los supuestos de actuaciones delictivas cometidos a través de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas, que por carecer de “personalidad jurídica”, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP. Aquí únicamente advertir que no queda completamente delimitada el ámbito de aplicación del art. 31 bis y del art. 129, al menos en el sentido de comportar círculos totalmente secantes.

2. LA OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Por todos es conocida la célebre máxima *societas delinquere non potest*. En efecto, tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se negaba, sustentándose esta negativa en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; tampoco tienen capacidad de culpabilidad; e igualmente carecen de capacidad de sufrir penas. De ahí que los sistemas clásicos sólo castigaban como autores de los delitos a las personas físicas.

* Publicado inicialmente en “El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango”. Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca (coords. J L Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia (Tirant) 2012, págs. 1033 a 1050.

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, España.

Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas esta máxima fue paulatinamente debilitándose hasta finalmente quebrarse. Resulta llamativo que el impulso del cambio siempre ha tenido su origen en instancias políticas, que con argumentos de una mayor eficacia y pragmatismo, terminaron por imponerse a consideraciones más teóricas o de mayor prudencia. Así pues, la decisión político-criminal de hacer responder criminalmente a las personas jurídicas ha ido progresivamente extendiéndose desde los países anglosajones hasta finalmente alcanzar también a los sistemas continentales. La tendencia definitivamente se ha invertido, debido a dos razones fundamentales: la necesidad de castigar los delitos socioeconómicos y financieros (delincuencia de cuello blanco) y la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Pero indudablemente también por razones de legalidad, sobre todo, a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el marco de sociedades o por sus representantes legales. Hay que recordar que más del 80% de los delitos socioeconómicos se cometen a través de empresas (TIEDEMANN).

Las razones político-criminales que inspiran el giro de orientación pueden comprenderse mejor atendiendo a las cifras de escandalosos de fraudes en EEUU en fechas anteriores a la actual gran crisis financiera, bastando recordar, a título de ejemplo, los siguientes: WORLDCOM (107 billones \$); ENRON (63'3 billones \$); ADELPHIA (24'4 billones \$); GLOBAL CROSSING (25'5 billones \$). El listado tiene que completarse con los habidos en Europa, Asia y Latinoamérica. Todos estos casos evidenciaron el fracaso del modelo llamado de "autorregulación", la debilidad del sistema tradicional de responsabilidad individual en el seno de complejas estructuras societarias, así como el de las múltiples construcciones jurisprudenciales precedentes (DEL ROSAL BLASCO). La decidida opción legislativa por la intervención penal expresa, entre la que destaca la aquí comentada de posibilitar una responsabilidad criminal de las sociedades,

trata de atajar estas carencias. Es pronto para ofrecer un balance de su eficacia y eficiencia en alcanzar los objetivos, así como en evaluar los posibles "daños colaterales". En cualquier caso, no puede obviarse ni la carencia de un debate previo serio a escala internacional acerca de esta gran transformación del Derecho penal, ni tampoco la ausencia de unanimidad. En efecto, porque más allá de los diferentes modelos de implantación, muchos autores consideran innecesaria la solución penal, mostrándose partidarios de una responsabilidad administrativa o cuanto menos consideran que para alcanzar esas finalidades no basta solo con una aparente mayor intervención punitiva.

En cualquier caso, la suma de todas estas razones impulsó con vigor la conveniencia de reformas orientadas a castigar a las propias personas jurídicas. Y aunque el debate sigue en parte abierto, sin embargo, la tendencia en el panorama internacional es ahora claramente favorable a establecer modelos de responsabilidad penal de las sociedades, sobre todo en los EEUU de América, en Canadá y en el Espacio Económico Europeo. En Latinoamérica el debate también ya está totalmente abierto. Algunos ejemplos ilustran sobradamente esta línea político-criminal favorable a la responsabilidad penal de las sociedades: Holanda (1976); EEUU, Reino Unido, Noruega e Irlanda (1991); Islandia (1993); Francia (1994); Finlandia (1995); Eslovenia y Dinamarca (1996); Estonia (1998); Bélgica (1999); Suiza y Polonia (2003); Portugal (2007). Y ahora España en 2010. A ello hay que sumar numerosos acuerdos en esta dirección dentro del espacio europeo.

Pero esta opción político-criminal dominante en el Derecho comparado se traduce luego en diferentes articulaciones (HEINE). En síntesis pueden distinguirse dos grandes modelos de responsabilidad punitiva de las sociedades. El primero, en realidad, establece una *responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Este es el caso de Alemania, y parcialmente de Italia, pues contiene san-

ciones administrativas –junto a un complejo sistema penal–, pero aplicadas por la jurisdicción penal.

Un segundo modelo es el que ha optado por establecer *responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. A su vez, éste se subdivide en dos. El primero, el de aquéllos que han elegido la *imputación directa, propia e independiente* –esto es, no vinculada a la actuación de las personas físicas que actúan en el marco societario–, sustentado en la idea de la autorregulación, y que mayoritariamente recurre al “criterio del defecto de organización” o de control para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Generalmente es conocido como modelo de “*responsabilidad propia u originaria*” o “*del hecho propio*”, y requiere una elaboración, o cuanto menos una adaptación específica, de todas las categorías centrales de la teoría jurídica del delito. Sobre las posibilidades de llevar a término esta reelaboración dogmática existe una viva polémica doctrinal, incluso entre sus partidarios (ver una exposición de la misma en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ; NIETO MARTÍN; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ). Como certeramente recuerda DEL ROSAL BLASCO, hasta ahora este modelo no había tenido un reflejo expreso en ningún ordenamiento positivo, ni siquiera, contra lo afirmado por algunos autores, en el mundo anglosajón. Sin embargo, recientemente podemos observar un ejemplo de este arquetipo de responsabilidad penal directa de las sociedades en la novedosa Ley Anticorrupción británica (The Bribery Act de 2010), si bien muy circunscrito a la delincuencia organizada.

El segundo submodelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es el de aquéllos otros que siguen un criterio de *atribución*, o de “*responsabilidad derivada o de transferencia*”, esto es, que la actuación de determinadas personas físicas que actúan en nombre de la sociedad “contaminan” a ésta y le trasladan la responsabilidad penal bajo ciertos criterios de imputación (SILVA SÁNCHEZ).

Éste último es el históricamente aplicado en el área anglosajona y el más seguido en las legislaciones europeas continentales, entre ellas por la reciente española, denominado “*responsabilidad por atribución*”. En la tradición anglosajona, doctrina y jurisprudencia acudían a dos instancias diferentes para operar la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica. Así, en unos casos manejaban la “*teoría de la identificación*” o del alter ego, según la cual se identificaban la voluntad de la primera con la de la segunda, “de modo que la persona que actúa no es que actúe para la corporación, es que es la corporación” (DEL ROSAL BLASCO). Más adelante se introdujo una nueva doctrina, denominada de “*responsabilidad vicaria estricta*”; mediante la cual la transferencia de responsabilidad penal a la empresa no solo cursaba por actuaciones u omisiones de sus directivos o administradores, sino también por comportamientos de empleados, aunque aquéllos hubieran dispuesto de controles y medidas preventivas si estos no se habían ejercido en el nivel operativo. No obstante, todos los sistemas, tanto el de responsabilidad administrativa, como los de responsabilidad penal, ya sea independiente o derivada, conviven con los mecanismos legales de solución de las actuaciones en nombre de otro, en particular, de la representación de las personas jurídicas en delitos especiales. Conforme a esta cuestión, se continúa castigando criminalmente sólo a las personas físicas que actúan como administradores o representantes de las mismas. Otras legislaciones han introducido medios legales para castigar indirectamente a las personas jurídicas, partiendo de la idea de que en realidad, su voluntad no se diferencia de la de sus administradores. De ahí que la solución adoptada sea, en primer lugar, posibilitar la sanción penal a los administradores de las sociedades o a los que actúan en nombre de otras personas, cuando hayan sido los representantes los que tomaron las decisiones delictivas.

En el CP español anterior a la reforma de 2010 este era el caso del art. 31. El modelo se com-

plementaba, desde 1995, con unas “medidas accesorias” que permitían disolver una sociedad, paralizar o suspender su actividad, o intervenir su administración (anterior arts. 128 y 129 CP). Sobre la naturaleza jurídica de estas últimas surgió una interesante discusión, pues aunque formalmente recibían el nombre de medidas, para un sector de la doctrina en realidad se trataba de auténticas penas impuestas a las propias sociedades. En realidad configuraba un sistema de responsabilidad penal accesoria de las personas jurídicas, que implicaba la previa responsabilidad penal principal de la persona física y de ahí, luego, se transfería a la empresa (GUARDIOLA LAGO).

3. EL MODELO ESPAÑOL DEL ART. 31 BIS CP

En este precepto se establece con claridad la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta responsabilidad penal de la persona jurídica coexiste junto con la responsabilidad penal de las personas físicas. Pero a diferencia de la regulación anterior, para poder condenar a la persona jurídica ya no se precisa una previa declaración de culpabilidad de las personas físicas, de suerte que ambas corren autónomamente y en paralelo. De ahí que pueda hablarse de una *responsabilidad derivada y coprincipal* (QUINTERO OLIVARES). En efecto, pues el art. 31 bis 2º, contempla la posibilidad de que se impongan penas por un mismo hecho a ambas personas, jurídica y física, y que se castigue a la sociedad aunque “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. Es más, la ruptura entre ambas esferas de responsabilidad penal se confirma con lo dispuesto en el art. 31 bis 3º, al disponer que la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes en la persona física no excluye ni modifica la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sentada la posibilidad de dos vías paralelas de responsabilidad penal, lo decisivo será determinar con precisión bajo qué criterios es posible articularlas. Es claro que la responsa-

bilidad criminal de las personas físicas deberá establecerse conforme a las reglas generales. La novedad estriba pues en precisar los presupuestos que permiten trasladar la imputación penal a las personas jurídicas. Pues bien, esos presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrolla conforme a las dos posibles alternativas de imputación contenidas en el art. 31 bis 1º CP.

El primer presupuesto de traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, descrito en el apartado primero, precisa la previa realización de un hecho delictivo, cometido “en nombre o por cuenta y en provecho” de la persona jurídica, por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación legal, o la condición de administradores de derecho o de hecho de la misma. Aquí el criterio de imputación descansa en la atribución de poder de representación legal en la persona física que comete el delito, o en su capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad y de control en su funcionamiento. Es decir, se articula el primer instrumento de impregnación o transferencia de la responsabilidad criminal a la sociedad por el poder formal o material ejercido por personas físicas que la representan y actúan por su cuenta y beneficio social.

El segundo presupuesto de contaminación, explicitado en el apartado segundo, requiere la previa comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten “poder de dirección social”, y que la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido sobre ellas “el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. Esta segunda alternativa es más compleja al vincular a personas físicas con diferente grado de poder social en una escala vertical. En efecto, porque en este caso la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica exige, de una parte, la actuación ilícita de empleados que no posean representación legal ni sean administradores, y de otra, su conexión causal con la falta del control exi-

gible a los representantes y administradores. Esta dualidad de reglas de imputación y su aparente dificultad interpretativa ha generado ya varias hipótesis acerca del fundamento de la imputación penal, alguna de ellas realmente sorprendente por su creatividad, muy alejadas del tenor literal posible descrito en el texto de la ley. Así, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2009, se mantiene que el primer apartado del art. 31 bis 1º CP consagra un sistema de responsabilidad vicaria pura, mientras que en el segundo apartado se instala un modelo de responsabilidad por hecho propio. En la doctrina encontramos también opiniones totalmente divergentes. Por ejemplo, para algunos autores la nueva regulación establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, 2010). Desde esta perspectiva cobrarían fuerza los llamados “códigos de buena conducta corporativa”, esto es, en la idea del “defecto de organización” o de “autocontrol”. Sin embargo, para otros autores, en realidad esta regla de imputación se acerca al clásico concepto civil de “culpa in vigilando o in eligendo”, por lo que se inclinan a considerar que la reforma de 2010 instaura una suerte del modelo “mixto”, entre la responsabilidad directa y el de transferencia (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Una línea ecléctica también parece abrazar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, al calificar la nueva normativa como una responsabilidad “directa e independiente”. Sin embargo, otros autores claramente apuestan por su incardinación en la doctrina de la transferencia pura y particularmente de responsabilidad vicaria (RODRÍGUEZ MOURULLO), o incluso como un “modelo amplio de identificación” (DEL ROSAL BLASCO).

Pues bien, más allá de singulares matices y críticas a la reforma, lo más importante es determinar el criterio fijado de imputación de la persona jurídica. Y en este sentido, la exégesis de la responsabilidad directa pura, esto es, por hecho propio, no se ajusta al texto de la ley, como expone detalladamente la Circular de la

Fiscalía General del Estado 1/2011. En efecto, porque la redacción legal no habla de “falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación, ni tampoco de una acción y de una culpabilidad autónomas e independientes de la persona moral; sino que exige que los representantes legales o administradores hayan cometido una conducta ilícita (apartado primero); o bien que los subordinados hayan realizado una previa acción u omisión típica, dolosa o imprudentemente permitida por sus superiores. Es decir, que en el caso concreto los responsables de la empresa –sus representantes legales o administradores– no han ejercido el control debido conforme al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el parámetro que fija el precepto para medir la infracción no son los “códigos internos de buen gobierno” de la empresa, sino la legislación vigente. Lo determinante en Derecho penal no es si la empresa está mejor o peor organizada, o si posee controles o códigos internos, sino si se ha realizado la acción típica por unos sujetos subordinados en connivencia con los superiores. En similares términos se expresa DEL ROSAL BLASCO, al señalar que el haber tenido establecido un código interno de medidas preventivas de la sociedad es absolutamente irrelevante desde la exigencia legal explícita.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 lo advierte rotundamente y por su transcendencia se reproduce literalmente una parte: “...la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles –no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas–, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulen la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto”. A lo que añade que

en la actualidad existe el riesgo de creer que “la mera formalización de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, ‘corporate defense, compliance guide’, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que se han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada (...); por consiguiente, lo importante será acreditar, y ésta es una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a la que la misma se refiere (...). En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión” (pags. 47, 48 y 49; el subrayado es mío).

Desde luego esta regulación plantea numerosas cuestiones, entre las que cabe subrayar las siguientes: a) la determinación de las características típicas del hecho de conexión cometido por la persona física; b) la entidad de la participación concreta en los hechos por parte de la sociedad, bien por acción directa o por omisión; c) los límites de la admisión de la imputación a los superiores a través de la comisión por omisión y del “autor detrás del autor”, con las dificultades consabidas de encaje en el sistema positivo español. No obstante, lamentablemente, hasta ahora, estas cuestiones se han venido resolviendo

en la práctica de una forma un tanto burda (QUINTERO OLIVARES), que quizás la reforma pudiera coadyuvar a corregir.

El nuevo modelo se complementa con las siguientes características esenciales (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC).

El art. 31 bis 4º, aunque no contempla eximentes propias para las personas jurídicas, si contiene un catálogo específico de circunstancias atenuantes. Todas ellas operan *ex post factum* al hecho cometido y se hallan conectadas a criterios de arrepentimiento y colaboración procesal. Esquemáticamente son las siguientes: confesión ante las autoridades; colaboración con la investigación de los hechos; reparación o disminución del daño ocasionado; creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control para evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos; y, por último se incluye una atenuante analógica.

A su vez, el art. 31 bis 5º, excluye de este precepto, es decir, no permite atribuir responsabilidad penal, “al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Mientras que la exclusión del Estado y de las Administraciones públicas parece totalmente razonable, no lo es tanto la de ciertas sociedades participadas con capital público. También se discute la de los partidos políticos y sindicatos, aunque en ambos casos ciertamente poseen regímenes establecidos en normativas específicas.

Por otra parte, el art. 33,7º contiene el catálogo específico de penas a imponer a las personas jurídicas, mientras que el art. 66 bis disciplina las reglas también específicas para determinar las penas en este ámbito.

Por último, señalar que el nuevo modelo incorporado al Código Penal español, describe un sistema tasado de delitos en los que se admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Este sistema de *numerus clausus* se materializa en el Libro II, en el que en cada ámbito delictivo es necesario que conste una cláusula expresa para habilitar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

4. DOGMÁTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Con este nuevo modelo se incorpora al Derecho Penal la completa separación jurídica entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen, de forma que nos encontramos ante sujetos de derecho completamente distintos. No obstante, es necesario insistir en que el presupuesto de la imputación de uno y otro sujeto nos son idénticos. En efecto, pues en el caso de las personas físicas el título de imputación procede de la aplicación de las reglas generales, esto es, de la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, conforme a la formulación clásica. Por el contrario, en el supuesto de las personas jurídicas la responsabilidad penal procede de uno de los dos criterios de traslación recogidos en el art. 31 bis CP.

Y como he advertido anteriormente, el legislador de 2010 ha incorporado a nuestro ordenamiento el mecanismo reflejado en la normativa europea, que comporta un criterio de transferencia de responsabilidad para los supuestos en que el delito es llevado a cabo por quienes ostentan poder societario, o por los subordinados a consecuencia de la falta de control ejercido sobre ellos por los órganos sociales, bajo circunstancias determinadas. Por consiguiente la responsabilidad penal de la empresa no surge directa e independientemente, esto es, fijada conforme a parámetros de “actuación” de los órganos societarios o de otros criterios como “la falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos

y de autorregulación. Por el contrario, la responsabilidad criminal de la persona jurídica se origina en la previa comisión de delitos por determinadas personas físicas dentro del ámbito societario y de acuerdo a ciertas condiciones taxadas legalmente. Así pues, debe hablarse de una “*derivación, traslación, atribución, o contaminación*” de la responsabilidad criminal a la sociedad por la actuación precedente ilícita de alguna persona física.

Esta opción legislativa requiere y parte de una imprescindible previa comisión de una acción típica por una persona física, como referencia de la imputación penal de la persona jurídica. De suerte que esta técnica legislativa fuerza una aproximación diferente a los dos grandes obstáculos dogmáticos tradicionalmente esgrimidos: el primero referido a la falta de capacidad de acción de las sociedades; y, el segundo a su carencia de capacidad de culpabilidad, y con ambos al principio de personalidad de la pena (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ).

En relación al primero, podría decirse que las personas jurídicas son sujetos de Derecho porque el ordenamiento jurídico les atribuye tal estatus. Al respecto no cabe duda alguna, en la medida que se les considera sujetos jurídicos plenamente independientes de las personas físicas, y su voluntad, formada a través de procedimientos legales o estatutarios, es así reconocida y posee plenos efectos jurídicos. Pero esta afirmación no significa que pueda decirse que las personas jurídicas *actúan* o que *cometan el delito* exactamente igual que una persona física. En realidad, conforme al sistema legal español esta pregunta resulta innecesaria, puesto que éste no lo exige en modo alguno en el art. 31 bis CP. El tenor literal del precepto literalmente señala que “serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. Es decir, no precisa que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que hace es consagrar un sistema de “*atribución*”, ya sea “*vicarial*”, o si se prefiere de “*identificación*”, en el cual,

bajo ciertas condiciones, traslada también la responsabilidad penal a la persona moral con fundamento y referencia a la conducta cometida por determinadas personas físicas. De modo que, en este modelo, tendrá que demostrarse -más allá de automatismos y presunciones-, la realización de un delito por las personas naturales especificadas -sin que sea necesaria la individualización de la responsabilidad de cada persona física-, y dos, verificar si se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Pero entonces ¿qué repercusiones tiene la discusión acerca de la capacidad de acción de las personas jurídicas? En este marco resulta de interés dejar constancia de alguna de las fructíferas polémicas surgidas al efecto. Por ejemplo la decidida propuesta de CARBONELL MATEU (2009) a favor de reconocer su capacidad para ser sujetos activos de delitos por poseer capacidad de acción, a la que llega desde un desarrollo de la denominada doctrina de la “acción significativa” de VIVES ANTÓN (de la misma opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin embargo RODRÍGUEZ MOURULLO objeta que “por esta vía se pierde al final toda percepción de la realidad empírica y se incurre en una concepción ultranormativizada difícil de compartir. Porque la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano con un determinado significado”. Por lo que concluye que esta concepción aboca a un tratamiento igualitario -con mínimos matices- para personas físicas y jurídicas, que prescinde de las diferencias que existen empíricamente entre la persona natural y la persona jurídica. Recientemente ha terciado en la disputa VIVES ANTÓN (2012) al recordar que nunca afirmó que las acciones sean puros significados, ni tampoco el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato, “y por ese camino, ni se pierde ni puede perderse ‘toda la percepción de la realidad empírica’, sino solo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido”.

Tras este esencial matiz ampliamente expuesto en sus dos ediciones de los “Fundamentos del sistema penal”, a continuación desliza probablemente una guía para aproximarse mejor a la cuestión central. Advierte VIVES ANTÓN de la paradoja de operar con un concepto unitario de acción, común a todas las acciones, que de ser posible, habría de reflejar algo que todas ellas poseen en común: un significado genérico de la misma y que debería determinarse antes que responder a la pregunta de cuál es la acción específica que se enjuicia. A lo que añade que “al no haber nada que todas las acciones tengan en común ni ninguna clase de sentido genérico que todas ellas realicen, la paradoja se esfuma: la respuesta a la pregunta acerca de si algo es o no una acción ha de comenzar determinando de qué acción específica se trata”.

De aceptarse la precitada argumentación, la pregunta entonces no debería ser si las personas jurídicas tienen capacidad de acción, esto es, una capacidad genérica de actuar de forma penalmente relevante; sino más exactamente, si son capaces de realizar la acción típica específica que se enjuicia en el caso concreto. Y por tanto, en cada tipo delictivo analizado la respuesta puede ser muy diferente, pues distinto será el sentido del sustrato requerido en cada tipo de acción. De suerte que nos encontraremos con conductas que difícilmente podremos afirmar que son realizadas exactamente igual por una persona física y por una persona moral; o incluso siquiera que podamos decir que han sido cometidas por estas últimas. Luego la discusión acerca de si el sustrato psicológico u ontológico únicamente pertenece a la conducta humana individual, debe plantearse, en todo caso, respecto a cada comportamiento conforme a su descripción típica y no frente a un prejurídico concepto general de acción. Ahora bien, en el modelo adoptado por el Código Penal español en esta reforma de 2010, parece innecesario plantearse el problema de la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues ciertamente el precepto no requiere que éstas cometan el delito directamente. Porque como ya se ha reiterado, se opta por una

técnica de transferencia de la responsabilidad penal, que siempre exige como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona moral un hecho delictivo anterior cometido por una de las personas físicas pertenecientes al círculo descrito en la norma (RODRÍGUEZ MOURULLO; DEL ROSAL BLASCO).

Respecto al segundo problema, la superación de las concepciones morales y psicológicas de la culpabilidad, con un progresivo entendimiento en términos normativos, tendente a comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias en que cometió el hecho, son perfectamente aplicables a las personas jurídicas (CARBONELL MATEU; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin cuestionar lo anterior, nuevamente he de insistir en que no tengo la seguridad que el criterio de traslación legal del art. 31 bis CP llegue a requerir exactamente esta comprobación. Lo que indudablemente si es imprescindible, es que el régimen legal de atribución de contenido en este precepto, respete los postulados básicos de los *principios de presunción de inocencia y de culpabilidad*, esto es, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual (interdicción de la responsabilidad objetiva). Y es aquí, donde a mi juicio, se concentran los problemas del nuevo régimen. Problemas que por otra parte son los que siempre se han venido debatiendo en el seno de los modelos de transferencia o atribución, ya sea el vicarial o el de identificación. Así pues, la novedad de este nuevo modelo obliga a estar atentos para que su aplicación sea conforme con el contenido de los derechos fundamentales, en especial los relativos a legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y ne bis in idem.

Desde siempre se ha objetado a estos sistemas de transferencia vulneraciones de principios generales del Derecho penal, en particular los vinculados al de culpabilidad, así como serias dificultades aplicativas. El más grave al que se enfrenta el modelo de “responsabilidad vicaria estricta” es la denuncia de infracción del principio de responsabilidad personal, habi-

da cuenta que puede interpretarse como un supuesto de “*responsabilidad por hecho de otro (por hecho ajeno)*”. En esta línea se afirma que, en virtud del principio de personalidad, para que alguien cometa un delito es necesario que haya realizado la conducta típica. De forma que, aunque en el ámbito del Derecho privado y del Derecho administrativo es posible establecer una clase de responsabilidad vicaria, fundamentada en la capacidad de que la actuación del representante produzca consecuencias jurídicas a la sociedad representada, ello no es admisible en Derecho penal que siempre exige una responsabilidad personal. Así pues, la persona jurídica carece de capacidad de culpabilidad, al menos en el sentido requerido en nuestro Código Penal, consistente en una capacidad de comprensión y autodeterminación que únicamente posee la persona física. De ahí que RODRÍGUEZ MOURULLO concluya que “*el modelo vicarial acogido por el legislador de 2010 se quebranta, por definición, el principio de personalidad, porque la persona jurídica responde por un hecho ajeno, por el hecho que realiza la persona jurídica*”.

Por otro lado, el modelo de identificación es criticado en consideración a disfunciones aplicativas, porque aunque pueda ajustarse a estructuras empresariales pequeñas, de tamaño reducido y con estructuras jerárquicas lineales, en donde el responsable concentra competencia e información, se resiente fuertemente frente a grandes sociedades en las que su estructura es compleja, con diferenciación funcional y división de tareas, lo que dificulta extraordinariamente la individualización de responsabilidades. Además, no evita la sanción frente a conductas aisladas de personas físicas por más que la compañía haya adoptado toda clase de medidas preventivas (DEL ROSAL BLASCO).

No cabe duda que el modelo introducido por la reforma de 2010 se corresponde con el denominado de atribución, ya sea entendido como de responsabilidad vicaria o como de identificación. Y en este sentido, estimo que sea cual sea de los dos, plantean idénticos

problemas en relación al principio de culpabilidad, en la medida que en ambos late aparentemente la *responsabilidad por hecho ajeno o por una responsabilidad objetiva*. Esto es así, vuelvo a reiterar, porque el art. 31 bis CP no requiere que las personas jurídicas “cometan” el hecho delictivo, sino que se limita a señalar que “serán responsables”, bajo ciertos presupuestos y circunstancias, por los hechos realizados por determinadas personas físicas vinculadas a la sociedad. En este sentido, deben rechazarse todas las críticas vertidas enfocadas al modelo de responsabilidad “directa” o “por hecho propio”.

¿Podría entonces fundamentarse la responsabilidad de la persona moral en presupuestos diferentes a la propia comisión de un delito? ¿Sería constitucionalmente legítimo sancionar penalmente a la persona moral aunque ésta no hubiera cometido un delito, y consecuentemente sin que pudiera decirse que han actuado típica, antijurídica y culpablemente, conforme a los preceptos del CP que definen la infracción penal?.

En este contexto coincido con una reflexión general de QUINTERO OLIVARES, pues no deja de ser una paradoja las críticas que a la vez censuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en puridad no es una persona sino una ficción del Derecho; y simultáneamente afirman que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se violentan principios y garantías penales nacidos para las personas naturales. Desde este enfoque la cuestión resulta tan irresoluble como improductiva.

También comparto plenamente la siguiente consideración de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que por su claridad transcribo y suscribo: “*En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas–, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito*

sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal” (pag. 9).

En realidad el texto del art. 31 bis CP recuerda bastante a los modelos ya implantados en otros ordenamientos europeos, especialmente el británico y el francés, consistente en un sistema de *heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas*, indirecta, subsiguiente o derivada, que posibilita la sanción a las mismas por los delitos cometidos por las personas físicas especificadas en el precepto. Se dibuja así una construcción equivalente a la clásica de “las actuaciones en nombre de otro” y que se ha venido describiendo como “*responsabilidad del hecho personal por representación*” (Circular 1/2011 de la FGE, pag. 31). Con ello se posibilita una responsabilidad de la persona moral no independiente, pero si autónoma, susceptible de apreciarse de forma exclusiva o acumulada a la de la persona natural, pero siempre requiriendo la actuación ilícita de alguna de las personas físicas pertenecientes al círculo trazado en la ley.

La reforma de 2010 no ha incorporado un modelo de imputación directa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque si hubiera elegido este incierto camino a día de hoy, entonces sí tendría que haber diseñado toda una arquitectura punitiva ad hoc. Algo que manifestamente no ha hecho. Pero tampoco ha variado los criterios generales de imputación del Código Penal, especialmente los contenidos en los arts. 5 y 10, donde se contiene la definición de delito, que permanecen incólumes y referenciados al comportamiento de seres humanos. De modo que todos los mecanismos de imputación objetiva y subjetiva, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, continúan referidos a la persona física. En realidad el legislador ha optado por una vía intermedia, mediante la cual crea una suerte de *vínculo o conexión normativa* entre la conducta delictiva de las personas físicas descri-

tas legalmente y la empresa a la que sirven. La constatación en cada supuesto de la presencia de esa conexión normativa resulta básica, pues constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin duda se trata de un sistema de *responsabilidad vicaria o de identificación*, pero ello no implica necesariamente que instaure un instrumento de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno. La clave por tanto descansa en la exigencia de aquilatar la concurrencia de los requisitos específicos para poder efectuar la transferencia de responsabilidad, esto es, para poder fundamentarla en criterios constitucionalmente legítimos. Entre estos requisitos, el sustancial debe ser la “*identidad de intereses*” (QUINTERO OLIVARES). Este mecanismo es claro en el primer apartado del art. 31 bis 1º CP, en la medida que la transferencia atiende a la equiparación entre las personas físicas que ostentan poder formal, material y funcional de la corporación. Pero para la atribución de responsabilidad penal a la persona moral no basta con que haya actuado un representante legal o un administrador, sino que lo haya hecho “en nombre y provecho” de la misma, y que pueda articularse una relación nítida entre la conducta delictiva realizada y la actividad ordinaria de la empresa. Y lo mismo puede decirse del apartado segundo, al requerir como fundamento de la transferencia de responsabilidad, el no haber ejercido el “debido control” por parte de los representantes o administradores sobre los subordinados, dentro del ejercicio de actividades sociales, o sea, ordinarias; y que la actuación haya sido “por cuenta y en provecho” de la empresa. Y finalmente, de modo expreso, exige una relación clara entre la comisión del delito y la falta del control debido. Por tanto, de nuevo late la idea de la “identidad de intereses”.

Así pues, en este segundo apartado ni se instaura un sui generis modelo de responsabilidad directa, ni se identifica con la tenencia o cumplimiento de códigos internos, ni menos aún se corresponde con el viejo axioma civil de la culpa in vigilado. Este último resulta es-

pecialmente incompatible con el texto legal desde el momento que dibuja una responsabilidad a título de dolo, mientras que aquélla se construye esencialmente desde la categoría de la imprudencia.

En síntesis, opino que los verdaderos problemas de esta regulación no son de naturaleza dogmática, sino constitucional. Los derechos fundamentales a la legalidad y presunción de inocencia pueden verse seriamente infringidos si se continúa aplicando automáticamente una transferencia de responsabilidad, eludiendo acreditar todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el art. 31 bis CP, o presumiendo su presencia sin una actividad probatoria suficiente. Esto es, en modo alguno puede interpretarse el precepto como un mecanismo de responsabilidad penal objetiva, sino que en todo caso deberá demostrarse la concurrencia de los requisitos legales de impregnación de la persona jurídica, que son los que permiten fundamentar su responsabilidad penal más allá de la responsabilidad individual de las personas naturales.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional español -en la misma línea que otras jurisdicciones constitucionales europeas-, reconoce el ejercicio de determinados derechos fundamentales a las personas morales, pero como un efecto reflejo del que poseen los individuos que las integran (v. gr. STC 139/1995). Y a la vez, configura el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal (STC 150/1991), asociado a la idea de dignidad (por ejemplo STC 59/2008), excluyendo las penas exclusivamente sustentadas en la personalidad del sujeto (Derecho penal de autor) o en la mera producción del resultado (responsabilidad objetiva). Ninguna de estas exigencias se encuentra conculcada en el art. 31 bis CP. No obstante, en la medida que reconoce a la persona moral derechos de las personas naturales como un reflejo, habrá que aquilatar el mismo sobre la exigencia de que la responsabilidad penal es personal por los hechos y subjetiva: sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del ilí-

cito penal en el uso de su autonomía personal. Finalmente, en la medida que el sistema descansa en una atribución de responsabilidad del hecho personal por representación, podría verse afectado el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho, en los casos en donde se compruebe una identidad absoluta y sustancial entre el representante o administrador y la persona moral, y no una mera identidad de intereses. Es decir, en supuestos de total solapamiento entre la voluntad de la persona natural y de la persona jurídica, carentes de auténtica alteridad y diversidad de intereses. Aquí se produciría una confusión de sujetos, y hasta resultaría irrelevante la personalidad jurídica en ciertas figuras delictivas. La opción debería ser castigar únicamente a la persona física.

BIBLIOGRAFIA

CARBONELL MATEU: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. S. Vives Antón” (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, Tomo I, pág. 307 y ss.

CARBONELL MATEU/MORALES PRATS: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Álvarez García y González Cussac coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch) 2010, pág. 55 y ss.

DEL ROSAL BLASCO: “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, La Ley, n 7670, 11 de julio de 2011.

FEIJOÓ SÁNCHEZ: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Estudios sobre la reforma del Código Penal” (Díaz-Maroto), Madrid (Civitas) 2001, pág. 65 y ss.

FOFFANI: “Bases para una imputación subje-

tiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, en “Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores” (Boix/Bernardi coordinadores), Madrid (Iustel), 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ: “La culpabilidad penal de la empresa”, Madrid (Marcial) Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2010.

GÓMEZ TOMILLO: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Valladolid (Lex Nova), 2010.

GUARDIOLA LAGO: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

HEINE: “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en “Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial” (Gómez-Jara), Pamplona (Aranzadi), 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: “Derecho penal económico y de la empresa. Parte general”, 3ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011, pág.519 y ss.

MORALES PRATS: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, Estudios de Derecho judicial n° 155, Madrid (CGPJ) 2010.

NIETO MARTÍN: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid (Iustel), 2008.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC: “Compendio de Derecho Penal. Parte general”, Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª ed., 2011, pág. 279 y ss.

QUINTERO OLIVARES: “La regulación de

la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal”, en Curso de incidencias de la reforma del Código Penal. Cursos de la Fiscalía General del Estado. Texto electrónico, marzo de 2011.

RAMÓN RIBAS: “*La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*”, Granada (Comares), 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática*”, Tribuna, nº 5, abril-junio 2011, pág. 7 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: “*La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en Derecho Penal y Criminología, vol. 29, nº. 86-87, 2008, pág. 130.

TIEDEMANN: “*Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

VIVES ANTÓN: “*Fundamentos del sistema penal*”, 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

VIVES ANTÓN: “*Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo)*”, en Teoría y Derecho (en prensa), 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR: “*La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR: “*Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)*”, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, noviembre 2010, pág. 1.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*”, Pamplona (Aranzadi), 2009.

EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL MEDIOAMBIENTE: UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

José Manuel PAREDES CASTAÑÓN*

1. A estas alturas, la cuestión de la responsabilidad penal que deba derivarse de los ataques al medio ambiente, la de la aparente ineficacia de los instrumentos diseñados para hacer efectiva dicha responsabilidad y, en fin, la de la escasa contribución –a causa, precisamente, de ello– del Derecho Penal a la protección del medio ambiente (tan necesitado él de protección en las modernas sociedades industrializadas, tecnificadas y consumistas) se han vuelto ya tópicos manidos de la discusión jurídica y político-criminal contemporánea. No sólo manidos, sino también –me atrevería a afirmar– un tanto fastidiosos, al menos para quienes nos venimos ocupando con algún detenimiento de estos problemas.

Y es que la protección penal del medio ambiente no es ya, hoy en día, ninguna novedad de última hora, sino que tiene detrás una historia: corta, es cierto (al menos, en comparación con algunos otros delitos más “clásicos”), pero ya respetable. En efecto, si en el Derecho comparado las primeras disposiciones sancionadoras de naturaleza penal contra determinados ataques al medio ambiente se empiezan a introducir de forma consciente e intencionada en la legislación generalmente en los años setenta, en España, los delitos contra el medio ambiente aparecen (aunque un poco más tarde) ya en los años 80: el art. 347 bis del Código derogado es fruto de la reforma de 1983. Más de veinte años han pasado, por lo tanto: veinte años de intentar la aplicación de la ley a conductas que el legislador había declarado intolerables en su contenido nocivo para el “equilibrio de los sistemas naturales”.

¿Qué puede estar pasando, entonces, para que, más de veinte años después, todavía parezca que seguimos discutiendo sobre los principios

más básicos, hasta la propia legitimidad y la propia eficacia del Derecho Penal del medio ambiente, para que parezca que casi no hemos avanzado desde entonces? Dos hipótesis resultan plausibles: la primera, claro está, es que la impresión de ineficacia e inestabilidad en el ámbito del Derecho Penal del medio ambiente resulte falsa, una pura apariencia, sin correspondencia con la realidad; la segunda, que existan problemas tan serios en el propio diseño de este sector del Derecho Penal (en sus principios, en la legislación, en su viabilidad procesal, en los instrumentos para hacerlo perseguible de forma efectiva) que haya que reconocer el fracaso y la necesidad de un nuevo comienzo en la tarea de reprimir las conductas que atentan contra el medio ambiente. Avanzo ya que mi diagnóstico global (a cuya fundamentación se dedican las páginas que siguen) apunta hacia una combinación –no necesariamente equilibrada– de ambas explicaciones: en mi opinión, en efecto, existe, en los debates y análisis que cuestionan la relevancia del Derecho Penal del medio ambiente, un punto de percepción deficiente de la realidad; pero también es cierto que algo no está bien acabado en el diseño de la política criminal y de la legislación en la materia, algo debería ser cambiado, si queremos proteger efectivamente el derecho humano al medio ambiente en esta sociedad en la que nos ha tocado vivir.

2. Empecemos, entonces, por examinar algunos datos. ¿Cuál es, en efecto, la magnitud real del problema al que hay que hacer frente? De una parte, tenemos, como fuente fiable (aunque, desde luego, insuficiente desde el punto de vista estrictamente estadístico), los informes de las más prestigiosas organizaciones ecologistas: Greenpeace, por ejemplo, viene publicando informes (sobre incendios foresta-

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Oviedo (España).

les, sobre la degradación de las costas españolas, sobre vertidos) que ponen de manifiesto la gravedad del problema medioambiental y la insuficiencia de la respuesta represiva del Estado. Y en el mismo sentido se ha pronunciado igualmente, en repetidas ocasiones, Ecologistas en Acción. La percepción del movimiento ecologista es, pues, clara: en comparación con la enorme cuantía de los daños ambientales que tienen lugar y con la gran cantidad de infracciones de la legislación medioambiental que –se presume– se están produciendo, la respuesta represiva estatal resulta ser notoriamente insuficiente. Vale decir, estaríamos aquí también ante aquello que, en el ámbito (diferente, pero muy relacionado) de los derechos humanos, ha sido calificado como una situación estructural de impunidad producida por la falta de diligencia debida (intencionada o no) por parte del Estado en la persecución de las correspondientes infracciones. Una percepción que, casi con seguridad, es compartida (tal vez no siempre con un fundamento sólido para ello, pero de manera cierta) por una gran parte de la ciudadanía, así como de buena parte de los expertos y expertas.

Por otra parte, podemos acercarnos a las estadísticas oficiales. En este sentido, y ante la crónica ausencia de estadística criminal fiable en el Estado español, tan sólo podemos recurrir a datos como los que nos presenta la última Memoria, correspondiente al año 2008, de la Fiscalía General del Estado, relativos a la actividad del Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo:

“– Diligencias de Investigación Penal Tramitadas por las Fiscalías.

A tenor de los datos obtenidos se ha podido comprobar que en el año 2006 se incoaron 2.293 Diligencias de Investigación Penal en temas de medio ambiente, por parte de las Fiscalías, así como 1.634 Diligencias en ordenación del territorio y urbanismo.

En el año 2007 se incoaron 1.220 Diligencias de Investigación en medio ambiente y 1.781 en or-

denación del territorio (si bien faltan los datos sobre este punto de la Fiscalía de Guadalajara). Tal como se puede observar existe una disminución de las Diligencias de Investigación en medio ambiente en el año 2007 respecto al año 2006 y un ligero aumento en el número de las citadas Diligencias en lo que respecta a ordenación del territorio y urbanismo. Las propias Fiscalías ponen de manifiesto que esa disminución puede haberse debido a la novedad que supuso la creación de la especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Fiscal, que dio lugar a la presentación de un importante número de denuncias, novedad que dejó de serlo al año siguiente (2007). Sin embargo el aumento de las Diligencias en temas de ordenación del territorio, como era de prever, ha aumentado de un año al otro, aunque lo haya sido en poca cantidad.

– Procedimientos Judiciales.

Se tiene constancia de que en el año 2006 existían 4.221 procedimientos judiciales en tramitación en medio ambiente, de los que 869 lo fueron por ordenación del territorio y urbanismo. En el año 2007 se comprueba la existencia de 4.405 procedimientos judiciales en tramitación en medio ambiente, de los que 1.096 lo eran por delitos sobre la ordenación del territorio (siempre a falta de los datos de la Fiscalía de Guadalajara).

– Sentencias Condenatorias.

En el año 2006 se dictaron 295 sentencias condenatorias (a falta de los datos de Guadalajara, Baleares, Toledo y Lleida), de las que 141 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo. A este número de sentencias habría que añadir las 7 sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo en medio ambiente, de las que 2 lo fueron por delitos de ordenación del territorio.

En el año 2007 se tiene constancia de 407 sentencias condenatorias en la materia (sin datos de Lleida, Guadalajara y Zaragoza). De estas sentencias 190 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo y 82 sentencias lo fueron por el delito de incendio fores-

tal. A estas cifras habría que añadir igualmente las 7 sentencias de condena en medio ambiente dictadas por el Tribunal Supremo, sin que exista constancia de sentencias de condena en ordenación del territorio dictadas por el Alto Tribunal.

– *Sentencias Absolutorias.*

En el año 2006 se dictaron 117 sentencias absolutorias (a falta de los datos de Guadalajara, Baleares, Toledo y Lleida), de las que 61 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio. A ello habría que añadir las 3 sentencias absolutorias dictadas por el Tribunal Supremo en medio ambiente, una de las cuales lo era por el delito de ordenación del territorio.

En el año 2007 se dictaron 141 sentencias absolutorias en medio ambiente (sin datos de Lleida, Zaragoza y Guadalajara), de las que 58 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio y 19 por delitos de incendios forestales. A ello, de nuevo, cabría añadir las dos sentencias absolutorias en medio ambiente dictadas por el Tribunal Supremo, ninguna de las cuales lo era por ordenación del territorio.”

Sobre la base de estas cifras, si hacemos una somera comparación (ni exhaustiva ni suficientemente rigurosa, pero sí orientativa) con las cifras globales de asuntos judiciales que la misma Memoria contiene, comprobaremos que durante el año 2007 la Fiscalía dedicó el 11% de sus diligencias de investigación a delitos contra el medio ambiente, pero sólo un 0,07% de los procedimientos judiciales por delito en tramitación (en proporción a los incoados en 2007... lo que significa que el porcentaje real es aún menor) lo eran por tales delitos. Y que en todo el año solamente hubo 135 sentencias condenatorias en materia de medio ambiente y 64 sentencias absolutorias (67,8% y 32,2%, respectivamente), lo que constituye un 0,08 % de todos los procedimientos por delito que el Ministerio Fiscal calificó en el año. (En ninguno de los dos casos se incluyen los delitos urbanísticos)

Estos son los datos cuantitativos. Si, además, hacemos una ligerísima cata de naturale-

za cualitativa (en la jurisprudencia, que es la única fuente accesible y fiable para ello de que disponemos sin ulterior investigación empírica), comprobaremos también que muchos de los casos –no todos, desde luego– que se sustancian en la vía penal son de escasa entidad: casos de ruidos, algunos vertidos, algún supuesto de tráfico de especies protegidas, etc. Si, nuevamente, comparamos estos datos con la realidad de las numerosísimas y gravísimas infracciones medioambientales que tienen lugar en nuestra sociedad, la impresión vuelve a ser poco alentadora.

Así pues, no parece aventurado afirmar que, como reza la convicción general, es cierto que los delitos contra el medio ambiente siguen teniendo un nivel de aplicación comparativamente bajo: ciertamente, no inexistente (como sucede, por cierto, con otros muchos delitos del Código Penal); pero sí muy bajo. Nivel que no parece compadecerse bien con la realidad de una cantidad bastante elevada de daños y de infracciones ambientales, así como con la creciente preocupación ciudadana por ello.

3. Naturalmente, la pregunta que hay que hacerse es por qué ocurre esto. Y creo que, a este respecto, es útil distinguir entre los factores intrínsecos y los factores extrínsecos que contribuyen a que suceda. Llamo factores intrínsecos (del bajo nivel de aplicación y de eficacia del Derecho Penal del medio ambiente) a aquellos que se derivan de la propia estructura de este sector del Ordenamiento jurídico, de manera que, para suprimirlos o para rebajar su relevancia, sería necesario transformar dicho sector de forma significativa. Por el contrario, hablo de factores extrínsecos para referirme a aquellos otros que pueden ser alterados mediante la modificación de otros elementos (del sistema penal –proceso, organismos de persecución, etc.–, del resto del Ordenamiento jurídico o de la estructura social), sin necesidad de tocar el propio Derecho Penal (sustantivo) del medio ambiente.

Se comprenderá en seguida cuál es la relevancia de esta distinción: mientras que, como va-

mos a ver, la eliminación de aquellos factores intrínsecos al propio Derecho Penal medioambiental que contribuyen a su ineficacia exige soluciones de índole técnico-jurídica, la de los factores extrínsecos ha de encararse mediante otra clase muy diferente de soluciones: soluciones políticas (no juridificadas), principalmente.

4. En efecto, el movimiento ecologista viene denunciando, con abundancia de datos acerca de casos concretos para acreditarlo, que la criminalidad medioambiental es una forma de conducta desviada que tiene lugar, principalmente, en el contexto de actividades socialmente adecuadas, lo que ocasiona una relativa carencia de visibilidad en tanto que conductas delictivas. En el mismo sentido, los estudios científicos acerca de la huella ecológica de los individuos, grupos sociales y estados pone de manifiesto esto mismo: que la huella ecológica está desigualmente distribuida, de manera que los individuos, clases y estados más ricos y poderosos son los que más contribuyen, con sus acciones, al impacto ambiental. Lo que, por la mera aplicación del cálculo de probabilidades, conduce a inferir, consiguientemente, que también las actuaciones dañosas no permitidas tenderán a concentrarse en tales individuos y clases sociales.

Precisamente, los estudios criminológicos que se han hecho –principalmente en otros países– sobre este extremo nos permiten afirmar que se trata de una afirmación legítimamente generalizable: en sus expresiones más lesivas, la criminalidad medioambiental es prácticamente siempre una criminalidad de los grupos sociales poderosos (empresarios, líderes políticos, ... y personal a su servicio); e incluso en sus expresiones de menor calado, se trata en la mayor parte de las ocasiones de una forma de criminalidad protagonizada por personas bien integradas, en la parte más confortable de la estructura social. Dicho en otros términos: las “clases peligrosas” de la delincuencia medioambiental no son, desde luego, ni el lumpen ni los sectores más pobres, marginados y excluidos de la clase trabajadora; al con-

trario, lo son las clases altas, las clases medias y los sectores más prósperos del proletariado.

5. Si, ahora, cruzamos esta evidencia criminológica con los datos sociológicos acerca cuál es la procedencia social mayoritaria de los funcionarios superiores de la Administración de Justicia (jueces y fiscales) y de la Administración Pública, de una parte, así como con la composición social de aquella parte del electorado que participa de forma más regular en los procesos electorales, de otra, obtendremos ya un primer atisbo de razones extrínsecas para que la delincuencia medioambiental no sea perseguida con la misma tenacidad que otras formas de delincuencia. Así, en primer lugar, el hecho de que muchas conductas atentatorias contra el medio ambiente sean vistas en sí mismas como socialmente adecuadas, o formen parte de una actividad que globalmente es vista como tal, por parte de los grupos sociales de los que proceden los mismos encargados de prevenir y de perseguir tales conductas ocasiona, casi inevitablemente, un sesgo cognitivo en favor de la mayor invisibilidad de tales delitos: se perciben menos como delitos y cuando, pese a todo, se ven como tales, se valoran como menos graves. Ello, incluso sin necesidad de presuponer mala intención en aquellos, ni tampoco que siempre exista colusión entre supervisores y supervisados (aunque a veces también exista... tanto más fácilmente, a causa de la similar procedencia social de unos y de otros, lo que hace posible que las redes sociales en las que se integran faciliten dicha colusión). Pero, incluso cuando no la haya ni exista mala intención alguna, las percepciones individuales acerca de la realidad –especialmente, de la social– están tan condicionadas por el proceso de socialización que se haya experimentado que, en principio, es muy difícil para un juez o para un fiscal procedentes –digamos– de la clase media o de la burguesía ver un atentado al medio ambiente como un hecho tanto o más grave que –digamos– un acto de venta de drogas ilícitas. Como lo es también, por cierto, para buena parte de los ciudadanos y ciudadanas... que no tienen que soportar las consecuencias más directas

de la degradación medioambiental (quienes la soportan son ante todo aquellos que menos contribuyen a dicha degradación, que ocupan los escalones inferiores de la estructura social). Todo ello se plasma, en la práctica, en la extrema selectividad de la persecución de dichos hechos: ni abundarán las denuncias, ni las mismas serán investigadas siempre con todo el interés, ni la valoración judicial de la prueba y la interpretación judicial de los tipos penales en cuestión resultarán siempre coherentes con la entidad que el problema político-criminal de la lesión del bien jurídico medio ambiente significa realmente.

Eliminar por completo el sesgo cognitivo acabado de exponer parece de todo punto imposible. Ello, sin embargo, no significa que no se puedan hacer cosas para reducirlo y para incrementar, consiguientemente, el grado de motivación de los organismos supervisores y perseguidores de los atentados medioambientales. Dos cosas se pueden hacer. La primera es apostar seriamente por la educación ambiental: en todos los ámbitos de la sociedad (desde la escuela hasta los medios de comunicación, pasando por la universidad y por el movimiento asociativo), desde luego; pero, muy especialmente, en la formación de todo el personal de la Administración Pública encargado de supervisar actividades delicadas desde el punto de vista medioambiental y de todo el personal de la Administración de Justicia penal. Y la segunda, establecer (o reforzar, cuando ya existen) mecanismos de rendición de cuentas de dichos organismos (administrativos y judiciales) ante la ciudadanía: incrementar, en suma, los mecanismos participativos propios de una democracia avanzada, dando voz relevante a la opinión pública (no sólo a los medios de comunicación, siempre en manos de intereses particulares) y a los movimientos sociales (al ecologista, muy especialmente), aumentando la transparencia de las actuaciones administrativas, abriendo espacios de debate y participación en los medios de comunicación, etc. Pues, en efecto, solamente unos supervisores (bien formados y, además) que “sientan en la nuca el aliento”

de los ciudadanos y ciudadanas preocupados por el problema medioambiental, que sepan que sus actuaciones van a ser examinadas en detalle por agentes sociales informados y con posibilidades de acceder al público estarán dispuestos a combatir sus propios sesgos cognitivos y valorativos y a tomarse en serio su tarea. En este sentido, me parece un buen ejemplo de cómo las cosas pueden y deben cambiar el de lo que está ocurriendo (con todos los defectos y críticas que pueden hacerse en aspectos concretos) en relación con la persecución de la violencia machista: cómo la formación y la sensibilización del público, que empieza a pedir cuentas, obliga a quienes toman decisiones y a los órganos judiciales a tomarse en serio un problema hasta entonces sistemáticamente ninguneado.

6. El segundo efecto que se deriva del particular origen social de la delincuencia medioambiental es la escasa prioridad que, en general, la persecución de estos delitos posee desde el punto de vista presupuestario. Y es que, como es obvio, perseguir delitos es una actividad estatal que, como cualquier otra, exige –entre otras cosas– una asignación suficiente y racional de recursos (humanos, técnicos, económicos). Y, sin embargo, si comparamos la cantidad de recursos que el Estado español dedica a –por ejemplo– la persecución de la delincuencia política violenta o de la delincuencia patrimonial tradicional y la que dedica a la persecución de la actividad delictiva medioambiental (significativamente más grave y preocupante para el futuro de nuestra sociedad y de nuestro bienestar... y acaso de nuestra supervivencia en unas condiciones dignas), veremos dos mundos completamente diferentes. Naturalmente, ello ha de ocasionar necesariamente, pese a todos los esfuerzos (muchas veces puramente voluntaristas) de jueces, fiscales, policías y organismos administrativos, un grado de ineficacia de la persecución penal también completamente diferente. Por lo tanto, afrontar la delincuencia medioambiental implica también empezar a enfrentarse a la práctica, apenas disfrazada, de nuestros legisladores y de nuestros líderes po-

líticos de tomar la cuestión del medio ambiente como una especie de “sector ornamental” de la política: un ámbito en el que se trata de reafirmar simbólicamente (como mera propaganda) valores esenciales en los que todos parecemos estar de acuerdo, pero que no tiene excesivas implicaciones prácticas. Por el contrario, hay que exigir (es decir: la ciudadanía debería exigir –y, de nuevo, la educación ambiental vuelve a resultar esencial para ello) que se diseñen, debatan y decidan verdaderas políticas medioambientales (entre ellas, una política criminal medioambiental), con objetivos específicos, estrategias de acción y asignación de recursos. Y que se discuta y se decida acerca del nivel de prioridad (presumiblemente, bastante alto) que tales políticas deberían tener en la acción de cualquier gobierno de un país desarrollado del siglo XXI que pretenda actuar de forma responsable.

7. Por fin, la tercera consecuencia perversa que se deriva de la naturaleza criminológica de la delincuencia medioambiental es el papel extraordinariamente relevante que en este ámbito poseen los grupos de presión. En efecto, dado que nos encontramos ante formas de delincuencia procedente principalmente de grupos sociales poderosos, parece inevitable que los mismos intenten influir de manera decisiva (y muchas veces lo consigan) sobre aquellas políticas del Estado que pretenden regular y sancionar sus comportamientos. Influencia que se plasma, al menos, en tres aspectos. En primer lugar, en una legislación notablemente permisiva con los ataques al bien jurídico medio ambiente, que no incrimina (ni, muchas veces, tampoco sanciona de ningún otro modo) la gran mayoría de las conductas que lo atacan. Ello, desde luego, obedece en parte –en sus líneas más básicas- a la concepción económica desarrollista que es hegemónica en nuestra sociedad (hegemonía que no puede ser combatida con Derecho sancionador, sino solamente, en su caso, con debate político democrático). Pero también, en otra parte no desdeñable, en relación con situaciones y problemas concretos, a la acción de poderosos lobbies (al servicio de empresas

constructoras, de empresas mineras o petroleras, de empresas agroindustriales, etc.) que influyen sobre los legisladores para que dicten normas favorables –o, al menos, no contrarias- a sus intereses.

En segundo lugar, la acción de los grupos de presión se plasma en la fijación de los niveles de riesgo permitido en las actividades peligrosas y lesivas para el medio ambiente, a través de normativa administrativa. Como es sabido, buena parte de las actuaciones prohibidas por su impacto en el medio ambiente lo están sólo cuando superan determinados límites de lesividad, fijados en normas administrativas de diversa naturaleza (en leyes, a veces, pero muchas más en reglamentos comunitarios, reglamentos de los poderes ejecutivos estatal y autonómicos, ordenanzas municipales, etc.). Además, el Derecho Penal medioambiental español está construido predominantemente sobre la base de la técnica legislativa de la accesoriedad administrativa de la tipicidad penal, en virtud de la cual las conductas descritas en los tipos penales (y lesivas para el medio ambiente) sólo resultan penalmente típicas si, además, infringen determinadas normas administrativas (que fijan así, rígidamente, el nivel de riesgo permitido). En este contexto legislativo, lograr que las administraciones públicas dicten normas administrativas (determinando cantidades de sustancias, distancias, dimensiones, etc.... y fijando así la frontera entre riesgo permitido y delito) permisivas constituye una oportunidad verdaderamente golosa para que los grupos de presión poderosos dejen de desaprovecharla. Tanto más cuanto lo cierto es que dichas normas administrativas serán dictadas prácticamente sin control judicial (solamente el muy débil que la jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer sobre unas decisiones que están configuradas como discrecionales) y casi sin ningún control político (rara vez el Poder Legislativo, los partidos políticos de oposición o los medios de comunicación consideran interesante discutir sobre –por poner un ejemplo- las cantidades de sustancias sulfurosas que es lícito verter a los ríos, con lo que casi so-

lamente el movimiento ecologista, con algún circunstancial aliado –movimiento vecinal, movimiento campesino,...- alzará su voz, casi siempre también débil).

En ambos casos, la solución es clara: más democracia. Lo que, en el ámbito que nos ocupa, quiere decir ante todo más transparencia y más mecanismos participativos para que la ciudadanía y los movimientos sociales puedan intervenir y controlar la actuación de los poderes públicos, contrapesando así la inevitable acción de los grupos de presión.

En tercer lugar, la acción de lobby sobre el poder político actúa también en favor de incrementar el grado de tolerancia hacia las conductas ilícitas. Es sabido que, en general, la persecución efectiva de los delitos está siempre condicionada por la selectividad que en dicha actividad es introducida por aquellos agentes encargados de detectarlos, de investigarlos, de identificar y aprehender a sus responsables y de acumular las pruebas que han de servir para enjuiciarlos. Dicha actividad ha sido siempre llevada a cabo –y, por lo tanto, dirigida- fundamentalmente por el Poder Ejecutivo: a través de las fuerzas policiales, principalmente, aunque no sólo. En ausencia de una auténtica policía judicial (dirigida efectivamente y siempre por el Poder Judicial), es, en efecto, el Poder Ejecutivo el que decide a qué delitos hay que dedicar más esfuerzos –y recursos- para su persecución. Esto, que ocurre en todos los casos, resulta especialmente problemático cuando, como sucede en el ámbito de la delincuencia medioambiental, se une, de una parte, el hecho de que los tipos penales estén redactados con una profusa utilización de conceptos jurídicos indeterminados (“grave peligro”, “contraviniendo las leyes protectoras del medio ambiente”, “equilibrio de los sistemas naturales”, etc.), con el de que, de otra, no cualquier conducta lesiva para el bien jurídico resulte delictiva (existiendo amplios espacios de riesgo permitido) y, por fin, con el de que la valoración de dichos conceptos y de dichos espacios de riesgo permitido haya de ser realizada en primer lugar, a efectos de seleccionar

los casos que van a llegar al Ministerio Público y a los tribunales de justicia, por organismos de la Administración Pública sin naturaleza propiamente policial (servicios de medio ambiente, de urbanismo, de caza y pesca, etc. de los ayuntamientos, comunidades autónomas y/o Administración Central), que están encargados de las funciones de inspección de las actividades peligrosas para el medio ambiente, pero que casi siempre poseen también funciones de autorización previa de actividades y funciones de regulación de las mismas (de elaborar las normas administrativas a las que más arriba se ha hecho referencia). Es decir, son organismos que han estado en contacto directo con los infractores desde antes de que estos comenzasen a actuar... con lo que han estado expuestos durante bastante tiempo a la influencia corruptora de su acción de lobby. Y son, además, organismos sometidos a una estricta obediencia jerárquica a sus superiores dentro del Poder Ejecutivo, pero sin los procedimientos consolidados de control que en el ámbito de las fuerzas policiales se han ido introduciendo, para evitar –para reducir- su arbitrariedad y que mitigan los riesgos de dicha obediencia. Sólo estos hechos permiten entender que clamorosas infracciones medioambientales hayan salido a la luz únicamente cuando los movimientos sociales o los medios de comunicación han logrado hacerlas públicas. Y que las administraciones actúen muchas veces –no siempre, por fortuna- antes como elementos obstruccionistas que introducen obstáculos a la persecución efectiva de dichas infracciones que ejerciendo su responsabilidad legal. En este sentido, es evidente que el desarrollo y consolidación de una fuerza auténticamente policial encargada de (preparada, formada,... para) la persecución de la delincuencia medioambiental constituye una necesidad imperiosa para lograr la eficacia del Derecho Penal.

Esta misma necesidad, por lo demás, se deriva también de las particulares exigencias probatorias que conlleva la prueba del daño ambiental y de las relaciones de causalidad –habitualmente complejas- entre éste y aquellas

acciones objeto de enjuiciamiento. Dado que el daño ambiental no es necesariamente uno perceptible a simple vista (dicho burdamente: no siempre tiene que concretarse en muerte de peces o en la completa toxicidad de las aguas de un río), pues muchas veces se concreta simplemente en una desestabilización de ese sistema dinámico que es siempre un ecosistema (con consecuencias mediatas que, no obstante, pueden ser muy graves: la progresiva pérdida de flora en una laguna que puede resultar, por ejemplo, del aprovechamiento excesivo de las aguas de la misma, aun purificándolas antes de volver a verterlas); y dado que, por otra parte, es frecuente el mismo tenga un origen multicausal (por ejemplo: una acumulación de acciones contaminantes, no una sola), la preparación adecuada de pruebas idóneas para obtener una condena que resulte compatible con la presunción de inocencia y con el principio de lesividad sólo puede ser fruto de una labor de investigación policial rigurosa. Lo que de nuevo nos lleva al problema de los recursos: una policía (ambiental) de calidad es, necesariamente, una policía cara, ya que es fruto de una política policial ambiciosa, de un trabajo de años (de formación, organización, diseño de estrategias de detección, de desarrollo de técnicas de investigación y de protocolos de actuación, etc.).

8. Si hasta aquí he considerado factores extrínsecos al propio Derecho Penal medioambiental (que inciden, no obstante, de manera decisiva en su eficacia), ello no quiere decir que todo esté bien en la regulación legal y que sólo haya que acabar con los vicios que se producen en la aplicación de la misma. Por el contrario, es más cierto exactamente lo contrario: que dichos vicios proliferan (además de por los factores criminológicos enunciados) al amparo de una regulación legal manifiestamente mejorable, tanto desde el punto de vista político-criminal (en su orientación y objetivos, por lo tanto) como desde el técnico-jurídico (en su plasmación textual). Es decir, que el Derecho Penal medioambiental está, en general, mal diseñado y peor desarrollado. Son estos los factores intrínsecos determinan-

tes de la (relativa) ineficacia de este sector del Derecho Penal, a los que más arriba se hizo referencia, y que a continuación paso a detallar.

9. Comenzaré por las cuestiones político-criminales más básicas. La primera de ellas es, claro está, la del objeto jurídico de protección del Derecho Penal medioambiental. ¿Qué es, en efecto, aquello que merece protección jurídica (y jurídico-penal) en el ámbito del medio ambiente? O tal vez debería comenzar por una pregunta previa: ¿es que hay algo que merezca tal protección? Pues, como es sabido, un sector significativo de la doctrina penal sostiene, sorprendentemente (al menos, para mí), que el medio ambiente no constituye un objeto de protección legítimo e idóneo para el Derecho Penal. Para ello, se apoya en una teoría extremadamente individualista del bien jurídico-penalmente protegible, a tenor de la cual la pena (y, en especial, la pena de prisión) no constituye una reacción legítima más que ante ataques directos a intereses inmediatamente individuales. Según esto, en el ámbito ambiental, sólo la vida y la salud de las personas podrían constituir intereses dignos de protección. Nada más.

Se comprenderá que esta tesis resulta extrema tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias. Y, en tanto que tal, no ha sido seguida de forma explícita ni por legisladores ni por jueces. Sin embargo, es muy posible que, siendo también un síntoma de la misma, haya contribuido igualmente a reforzar la generalizada ausencia de visibilidad de las infracciones ambientales, que más arriba denunciaba. De hecho, es sabido que existe una tendencia en nuestra jurisprudencia penal acerca de los delitos contra el medio ambiente que restringe, de hecho (esto es, sin fundamentarlo de manera demasiado explícita), estos delitos a las amenazas graves a la salud de las personas. Tendencia que se compadece bien con esta posición.

Aunque no es posible analizar aquí a fondo los presupuestos conceptuales y valorativos de los que parte la tesis de la ilegitimidad del me-

dio ambiente como objeto de protección del Derecho Penal (extremado individualismo, iusnaturalismo anticuado, etc.), sí es posible observar, sin embargo, que la misma resulta un cuerpo extraño en el ordenamiento jurídico de cualquier estado moderno, desarrollado, industrializado, tecnificado,..., y contaminador y peligroso para el medio ambiente, por lo tanto, precisamente cuando el derecho al medio ambiente es reconocido hoy, sin duda alguna, como un derecho humano.

10. Pero, aun descartando esta tesis abolicionista, debemos volver sobre la pregunta inicial, para profundizar en ella, ya que dista de estar clara cuál es la respuesta que ha de dársele: ¿qué es lo que en el ámbito del medio ambiente debe ser protegido? A este respecto, lo primero que hay que decir es que el debate tradicional en la doctrina penal sobre este extremo parece hoy bastante obsoleto. Es posible, en efecto, que en el pasado, décadas atrás, pudiera discutirse aún razonablemente acerca de si lo más adecuado en la materia era una concepción más antropocéntrica (centrada, pues, en aquellos aspectos del equilibrio medioambiental que afectan más directamente a la vida humana) u otra más ecocéntrica (centrada más bien en el valor que la supervivencia de dicho equilibrio posee per se) del medio ambiente. Hoy, sin embargo, resulta abrumadora la evidencia empírica de que el modelo socioeconómico desarrollista e industrialista en el que vivimos puede acabar por desestabilizar por completo la biosfera, haciendo imposible la vida humana en unas condiciones de un bienestar mínimo y provocando al tiempo la extinción de una gran cantidad de especies vivas. Y, además, resulta igualmente evidente que cualquier alteración mínimamente significativa de un ecosistema (la desaparición de una especie, un incremento en la salinidad de las aguas, la alteración de la temperatura media, etc.) es susceptible de producir unos efectos en cadena bastante difíciles de calcular, pero que en todo caso son de gran magnitud, afectando a otros ecosistemas, a otras especies,... y, en último extremo, a la vida humana. Por ello, creo que un Derecho

Penal del medioambiente adaptado a los tiempos tiene que ser necesariamente un Derecho Penal ecocéntrico: que otorgue relevancia y valor a cualquier ataque contra cualquier elemento de los ecosistemas. Y ello, con bastante independencia en relación con lo que, en el plano moral, se pueda pensar sobre cuestiones tan discutidas como los derechos de los animales, la hipótesis Gaia, la ecología profunda, etc. Esto es, incluso si se parte de una concepción ontológica y moral predominantemente antropocéntrica, hoy hay que apostar, no obstante, por un Derecho Penal radicalmente ecocéntrico.

Me parece, entonces, que no es esta la cuestión que hay que discutir ya. Por el contrario, creo que aquello que exige ulterior elaboración, por lo que hace a la teorización acerca del bien jurídico protegido en el Derecho Penal medioambiental es, más bien, la caracterización detallada de la lesividad para el bien jurídico medio ambiente (concebido ya desde una perspectiva ecocéntrica) y las gradaciones que dicha lesividad admite. En concreto, el examen de la jurisprudencia pone de manifiesto la gran vaguedad con la que los conceptos de lesión y de puesta en peligro son empleados tanto en los propios tipos penales en la materia como en las sentencias que los interpretan y aplican. Así, si, por una parte, existe práctica unanimidad en la jurisprudencia y (casi) en la doctrina acerca de la naturaleza de delitos de peligro abstracto –o, en otra terminología, “delitos de aptitud”– que poseen dichos tipos (y, en particular el art. 325 CP), lo cierto es, sin embargo, que las condiciones concretas que cada sentencia acaba exigiendo para la condena (por delito consumado) varían: a veces parece bastar con la realización de una actividad estadísticamente peligrosa (por ejemplo: verter determinada sustancia a un río, aun si la misma acaba por resultar inocua); a veces parece, más bien, que se necesita además algún efecto de dicha actividad (por ejemplo: que aumente el nivel de toxicidad de las aguas del río); y a veces, en fin, parece que es preciso que tenga lugar algún resultado físicamente tangible y conceptualmente separable de la propia

acción (por ejemplo: que mueran peces). Es decir, parece que, con un mismo texto legal y con una misma categorización dogmática del mismo, la jurisprudencia se las apaña, pese a todo, para intentar graduar la responsabilidad penal en atención al diverso nivel de impacto que la conducta enjuiciada posee sobre el bien jurídico. Aunque, por supuesto, dicho esfuerzo por graduar el desvalor del hecho resulte necesariamente muy imperfecto: por resultar casuístico; por hacerse de forma intuitiva y poco fundamentada; por sacrificar la coherencia que habría que reclamar a la interpretación judicial de cualquier precepto legal; y, finalmente, por llevarse a cabo obligadamente mediante la elección entre dos alternativas extremas (condena o absolución), sin opciones intermedias.

En mi opinión, la razón por la que la interpretación de los delitos contra el medio ambiente se ve atrapada en esta trampa estriba en la falta de concreción del concepto de lesión del bien jurídico: algunos opinan que ciertos bienes jurídicos, como el medio ambiente, debido a su naturaleza, no admiten conceptualmente la eventualidad de su lesión, sino solamente la de su puesta en peligro; otros, negando lo anterior, se revelan, sin embargo, incapaces de concretar el concepto de lesión en estos delitos. Y, sobre todo, de hacerlo en unos términos que sean suficientemente materialistas (en el estricto sentido de la expresión: vale decir, mediante una descripción que esté expresada en el lenguaje de las ciencias naturales, y no mediante metáforas más o menos vagas). En cualquiera de ambos casos, el resultado final es el mismo: vaguedad en la interpretación (que favorece el casuismo, la incoherencia y la ausencia de motivación suficiente, acabadas de denunciar).

Frente a esta situación, hay que aclarar, en primer lugar, que necesariamente cualquier bien jurídico, si lo es verdaderamente (y no una mera cobertura para intereses que no merecen protección penal), puede ser definido como un estado de cosas valioso (no necesariamente estático: en el caso del medio am-

biente, se trata, por el contrario, de un sistema dinámico). Y que, en tanto que tal estado de cosas, siempre puede ser alterado, para deteriorarlo: puede ser lesionado, por consiguiente (al igual que puede ser puesto en peligro de alteración y de deterioro). En segundo lugar, dicha alteración, dicho deterioro (dicha lesión) puede y debe ser traducida, para poder determinarla (¡y probarla!) con precisión, en términos empíricos: en los términos de la ciencia. Así, en el caso de la lesión del medio ambiente, es preciso traducir las lesiones del bien jurídico al lenguaje de la Ecología y de la Biología, pues es la única forma de poder controlar la racionalidad de las interpretaciones y de las valoraciones de la prueba que la jurisprudencia lleva a cabo.

Si todo lo anterior es cierto, entonces se puede ver cuál es el error de nuestros legisladores en este aspecto: al optar por la extraña solución de crear delitos de peligro abstracto contra el medio ambiente, sin que existan delitos de peligro concreto ni delitos de lesión contra el mismo bien jurídico, y al prescindir así –al menos, en apariencia– de la lesión efectiva del bien jurídico como elemento típico determinante de la completud del injusto, se pone al intérprete ante una extraña situación. En efecto, si éste se toma en serio la opción del legislador, habrá de apostar por una interpretación que anticipe de modo extremado la intervención penal, prescindiendo por completo, a la hora de establecer la responsabilidad y la pena, del efecto causal que la acción enjuiciada pueda tener efectivamente sobre el medio ambiente. A cambio, ha de renunciar (salvo que retuerza el tipo penal de modo estrambótico) a todas las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones, castigando por igual conductas abstractamente peligrosas y conductas directamente lesivas. La otra alternativa de interpretación es ignorar la intención legislativa –y, en alguna medida, también el tenor literal– para interpretar el tipo penal como un delito de lesión. En tal caso, sin embargo, la dicción literal de la ley (el art. 325 CP, pero lo mismo ocurre con los demás delitos: los de-

litos contra la flora y la fauna son el ejemplo más evidente de ello) resulta excesivamente imprecisa para que sea posible establecer sin duda alguna en qué consiste exactamente dicha lesión. Y, además, entonces las conductas de peligro sólo podrían tener encaje en los limitados términos en los que la tentativa de delito permite acomodarlos (prácticamente nada, en el caso de las conductas sólo abstractamente peligrosas). Y, claro, siempre queda, por fin, la solución –cómoda, pero inaceptable– de resolver ad hoc, interpretando, según convenga, en cada caso el delito como uno de peligro o como uno de lesión. Que es aquella por la que la jurisprudencia parece haber optado.

Todo lo dicho abona la idea de que es imprescindible una reforma legislativa en este ámbito, que defina más adecuadamente el concepto de lesión del bien jurídico medio ambiente, lo concrete en resultados típicos expresados en el lenguaje de las ciencias naturales y que distinga grados diferentes de lesividad para el medio ambiente (tanto para seleccionar sólo algunos de ellos como hechos jurídico-penalmente relevantes, como para fijar para los que sí que lo sean unas penas más diferenciadas, ajustadas a su relativa gravedad).

Acabaré poniendo tres ejemplos concretos que constituyen un buen indicio de esta necesidad de concreción en el plano legal. El primero es el del tratamiento del ruido como delito medioambiental: es sabido que varias sentencias han condenado, en estos últimos años, por el delito previsto en el art. 325 CP a sujetos que (normalmente en negocios, de hostelería o de otra clase) realizaban de manera regular actividades ruidosas, molestas para el vecindario y que, pese a los apercibimientos previos, no habían renunciado a ellas. Pues bien, reconociendo que el ruido es, desde luego, un problema en nuestras ciudades, hay que preguntarse: ¿de verdad el ruido de un bar desestabiliza el ecosistema (del barrio) y produce efectos ecológicos? Cabe dudar de que, hablando en serio (esto es, científicamente),

pueda darse una respuesta positiva. Y, sin embargo, el tipo penal, interpretado de un cierto modo, parece admitir tal solución.

Un segundo ejemplo: el art. 335 CP castiga la caza o pesca ilegal contra especies no declaradas amenazadas. Una incriminación que, al entender de muchos (entre los que me cuento), no necesariamente tiene que ver, desde el punto de vista material, con la protección del equilibrio de los ecosistemas, dado que el tipo penal no exige –al menos, explícitamente– ningún requisito de lesividad que garantice tal conexión. Así pues, en un mismo tipo penal, y con la misma pena, habrán de subsumirse conductas verdaderamente lesivas para el medio ambiente y otras completamente inocuas, en las que lo que esté en juego sea únicamente la disciplina administrativa en materia cinegética (así todas las posibilidades intermedias). Por fin, el propio tenor literal del art. 325 CP constituye otra manifestación de la confusión del legislador a la hora de precisar el sustrato de antijuridicidad material de estos delitos, por cuanto que, preocupado de no dejar ninguna laguna de punición, recoge un amplísimo elenco de conductas típicas... pero, luego, se olvida (mejor: no es capaz) de hacer en las mismas alguna distinción, que posea algún efecto penológico, en atención al distinto grado de lesividad que puedan conllevar para el bien jurídico medio ambiente. De manera que la pena oscilará siempre entre los seis meses y los cuatro años de prisión (más la multa y la inhabilitación) sea cual sea la relevancia del vertido, de la radiación, de la extracción, etc., salvo en aquellos casos en los que sea aplicable el tipo cualificado del art. 326.e) CP (“riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”)... en los que, en todo caso, la pena sólo podrá elevarse, como máximo, hasta los seis años de prisión. En mi opinión, esta simplista forma de graduar la pena revela una de dos cosas (o las dos): un legislador poco atento a las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones (poco atento a la justicia de la pena, en suma); o un legislador que ha sido incapaz de establecer los criterios adecuados para determinar cuándo una conducta de vertido, de radiación, de

extracción, etc. es más o menos lesiva.

11. Una segunda cuestión en la que el legislador español parece no haber tenido ideas muy claras es la de la determinación de las conductas delictivas. Como ya he señalado, en este aspecto la técnica legislativa empleada se caracteriza ante todo por la preocupación por no dejar nada fuera del ámbito del Derecho Penal, recurriendo entonces a larguísimas enumeraciones de acciones típicas y de objetos materiales: el art. 325 CP, en cualquiera de sus dos apartados, o el art. 334 CP, son dos buenos ejemplos en este sentido. Por supuesto, el problema que estoy señalando nada tiene que ver con la estilística ni con la elegancia, sino que es de fondo: tiene que ver con la decisión legislativa de equiparar conductas diversas (además, no siempre atinadamente descritas), que responden a dinámicas criminológicas diferentes y que tienen efectos sobre el medio ambiente también distintos. En efecto, aunque sean todos ellos problemas medioambientales relevantes, creo que es fácil concordar en que el de los vertidos tóxicos en las aguas continentales, el de las minas y canteras a cielo abierto y el de –por poner un último ejemplo– los pozos ilegales son asuntos completamente distintos, con efectos diferentes con el medio ambiente y que exigen reacciones específicas. Esto, que resulta evidente para cualquiera (para el movimiento ecologista, para los expertos... ¡hasta para la Administración Pública!), no parece, sin embargo, haber preocupado al legislador al redactar la tipificación penal en la materia, puesto que ha incluido todas estas conductas –junto a otras muchas– en el mismo tipo penal, con los mismos requisitos para la condena y con la misma pena.

Naturalmente, es casi inevitable que una solución legislativa como la que estoy denunciando lleve aparejadas injusticias e inadecuaciones varias (que se unen a las expuestas con anterioridad). Y esto es, efectivamente, lo que sucede, frecuentemente. Por ello, y como segundo paso, tras el de la concreción suficiente del contenido del bien jurídico protegido y del concepto de lesividad en relación con el mismo, en la mejora de la legislación penal

medioambiental, debería darse el de una sistematización más casuística: con casuismo del bueno (y no del que se deriva de la incuria), que es aquel que intenta ajustar la respuesta penal a la dinámica criminológica subyacente y a la valoración que cada conducta justificadamente merece. En este sentido, puede resultar ilustrativo comparar el elenco de conductas que aparecen tipificadas en nuestro código penal con el que lo están (y cómo lo están: de un modo diferenciado) en regulaciones paralelas del Derecho comparado o –sin ir más lejos– en el mandato de incriminación contenido en el art. 3 de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

12. El tercer problema que quiero destacar es el ocasionado por la decisión legislativa de condicionar estrictamente la tipicidad penal de las conductas descritas en los tipos (y que –hay que presumir– en alguna medida resultan lesivas para el bien jurídico) a la infracción de normas administrativas (accesoriedad de la tipicidad penal respecto de normas administrativas: el art. 325 CP, por ejemplo) o a la inexistencia de autorización administrativa (accesoriedad de la tipicidad penal respecto de actos administrativos: el art. 335.2 CP, por ejemplo). Esta decisión, de no atenerse a la regla general (aplicada, por ejemplo, en el homicidio, en las lesiones y en los daños imprudentes), de que la existencia o inexistencia de desvalor objetivo en las acciones descritas en los tipos penales sea apreciada libremente por el órgano juzgador, aplicando los criterios jurídico-penales de valoración de acciones, tiene diversos inconvenientes, que he estudiado detenidamente en otro trabajo mío y que aquí me limito a resumir. Primero, constituye una transferencia (casi siempre, injustificada) de poder desde el Poder Legislativo y el Poder Judicial hacia el Poder Ejecutivo, permitiéndole decidir, en última instancia, acerca de los contornos de las prohibiciones penales. Ello, además de las objeciones que genéricamente pueden oponérsele desde la perspectiva de la división de poderes y de la necesaria legitimidad democrática máxima que necesitan las

leyes penales, resulta especialmente peligroso en un ámbito, como es el de la delincuencia medioambiental, que se caracteriza precisamente por la existencia de relevantes posibilidades de connivencia entre delincuentes y supervisores (administrativos). Pero es que además, en segundo lugar, ocurre que prácticamente en todos los casos el recurso a esta técnica legislativa es innecesario, ya que buena parte de lo que la Administración Pública regula o decide podría haber quedado (al menos, en sus líneas generales) decidido en la propia ley. Hay casos, es cierto, en los que ello no ocurre así: determinadas decisiones tienen que tomarse territorio por territorio (ayuntamiento por ayuntamiento, por ejemplo), o caso por caso. En estos sí que estaría justificada la técnica de la accesoriedad. Pero son los menos: los más, nuevamente, obedecen más bien a la pereza de los legisladores (y a la baja calidad de la técnica legislativa empleada), así como al ansia de acaparar poder que parece poseer siempre al Poder Ejecutivo (que, claro está, necesita confluir, con una sangrante dejación de funciones y de responsabilidades por parte de los legisladores), cualesquiera que sea el signo político de quienes en cada momento ostentan su titularidad.

Lo que reclamo a este respecto, en resumidas cuentas, es que los legisladores –y la opinión pública– no se dejen abrumar y engañar por el mito de la complejidad técnica de los problemas medioambientales. La complejidad existe, sin duda alguna. Pero no es mayor que la que pueda existir –por poner un ejemplo– en materia de estafa o de insolvencias punibles. Y, sin embargo, en estos ámbitos nadie ha pensado en otorgar al Poder Ejecutivo derecho de veto sobre lo que haya de ser considerado o no como materia delictiva. ¿Por qué, entonces, sí en materia de medio ambiente? ¿Ignorancia o mala fe?

13. Nada diré, en fin, de las dificultades que la individualización de responsabilidades penales conlleva, en el marco de unas actuaciones delictivas que son predominantemente empresariales (y, por ende, organizadas), por

no ser un problema específico del Derecho Penal medioambiental. Sin embargo, es claro que, al igual que ocurre en el conjunto del Derecho Penal económico, la determinación de las posiciones de autor (a título, según los casos, de autor directo, de coautor o de autor mediato), de inductor y de cooperador (complicada cuando, además, intervienen órganos colegiados), la delimitación entre responsabilidades por acción y por omisión y, en fin, la prueba del dolo de los intervinientes constituye un problema añadido. Como lo es el del tratamiento que debe darse a las personas jurídicas implicadas: hoy, concebidas como instrumento del delito, pueden ser sujetas a las “consecuencias accesorias” –así las denomina la ley– del art. 129 CP, bastante mal reguladas; pero es sabido que está abierto el debate sobre si no debería darse un paso más y apostar decididamente por la responsabilidad penal de la propia persona jurídica (así parece hacerlo, por ejemplo, el proyecto de reforma del CP de 2007).

14. De igual modo, también es un problema propio del conjunto del Derecho Penal económico (y, por consiguiente, también del Derecho Penal del medioambiente) el de la idoneidad y eficacia de las sanciones. Pues, si el art. 5 de la Directiva 2008/99/CE, antes citada, establece que las sanciones penales para los delitos medioambientales deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias”, es evidente que ello es más fácil de proclamar que de cumplir. El problema puede ser formulado de un modo sencillo: ¿cómo diseñar unas penas que resulten suficientemente intimidatorias ya en su conminación y eficazmente resocializadoras cuando tengan que ser ejecutadas, dado que las mismas van dirigidas fundamentalmente a delincuentes poderosos (o que actúan a su servicio), si, al tiempo, se quiere preservar la proporcionalidad entre delito y sanción (y no recurrir, por lo tanto, al mero “terror penal”)? La formulación es clara, pero no es fácil hallar una respuesta coherente, que se viene buscando, en relación con toda la “criminalidad de cuello blanco”, al menos ya desde los años

treinta del pasado siglo.

En todo caso, aun sin tener todavía un modelo coherente de respuesta penal a este género de criminalidad, creo que es posible afirmar que las soluciones penológicas de la ley española para los delitos contra el medio ambiente se quedan notablemente cortas, al menos en dos sentidos. Por una parte, en cuanto a su cuantía, ya que, en un código caracterizado por sus exorbitantes penas (en materia de terrorismo o de delitos sexuales, por ejemplo), establecer como pena máxima de cualquier delito medioambiental, por muy grave que resulte, los seis años de prisión no parece compadecerse bien con la importancia que el bien jurídico medio ambiente debería tener en nuestro Derecho Penal. Este efecto de benignidad se ve, además, agudizado por el hecho de que la solución concursal a la que recurre generalmente la jurisprudencia cuando tiene lugar una concurrencia de resultados lesivos es casi siempre la de la unidad de delito, y no la del concurso.

Por otra parte, desde el punto de vista cualitativo, parecería que es posible usar de un modo más imaginativo la panoplia de penas que el CP contiene (renovándola, si ello fuese necesario): en concreto, el empleo más intenso de las penas privativas de derechos podría resultar una solución político-criminalmente adecuada, al compatibilizar efecto intimidatorio (al fin y al cabo, para un empresario o para un profesional, la privación del derecho a ejercer su negocio o profesión, si es cumplida efectivamente, puede tener un efecto extremadamente aflictivo) con respeto al principio de proporcionalidad de las sanciones (que no existiría en penas

de prisión demasiado graves).

15. No quiero acabar este rápido repaso de los retos que deberían afrontarse para renovar el Derecho Penal del medio ambiente y volverlo (suficientemente) eficaz sin referirme, finalmente, a la prevención. Y es que, obviamente, todo lo anterior tiene interés en aquellos casos en los que es posible determinar una responsabilidad individual, en solitario o en grupo, en la acción o acciones que han determinado el daño al medio ambiente. Pero de nada vale en todos aquellos otros supuestos –muy frecuentes igualmente en la práctica– en los que el daño medioambiental se deriva de una inadecuada organización de un determinado ámbito de actividad (la industria extractiva, la generación eléctrica mediante energía nuclear, la agricultura industrializada, etc.). En todos estos casos, la responsabilidad penal (individual) no puede existir. Y en todos ellos solamente una actuación preventiva de los poderes públicos (dictando regulaciones, estableciendo deberes de información y de solicitar autorización, estableciendo controles, etc.) puede evitar que una suerte de “imprudencia estructural” acabe por tener lugar, con efectos demoledores para el medio ambiente. Frente a esto, y contra lo que a veces se pretende (con una inadmisble concepción “justiciera” del Derecho Penal), nada puede hacer la justicia penal. Frente a esto, solamente la política (la buena política medioambiental), aplicada de un modo diligente por la Administración, y sometida a la vigilancia de la opinión pública y de unos movimientos sociales fuertes y respetados, puede ser efectiva.

LA PROTECCIÓN (¿PENAL?) TRANSNACIONAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS: EL EJEMPLO DE ESTADOS UNIDOS

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La internacionalización de los mercados financieros pone en jaque las tradicionales estructuras de protección de los mercados de valores nacionales. Y ello no sólo en lo que se refiere a las reglas para una alocaión más eficiente de los recursos, sino en la misma medida para la estabilización de unas normas – incluidas las penales – que tutelen los derechos de los inversores. La búsqueda continua por parte de los operadores financieros de mercados más atractivos para su financiación – ya sea en términos de reducción de los costes de la misma, ya sea en función de la captación más ágil de los inversores – ha provocado que, cada vez en mayor medida, las empresas emitan títulos o valores en mercados internacionales¹.

La creciente difusión de productos financieros por los mercados internacionales y la igualmente creciente emisión de títulos y valores financieros cuyos inversores se encuentran en diversas jurisdicciones provocan posibles lagunas de regulación – que sin duda son aprovechados por los operadores más hábiles –². Frente a ello, parece que pueden observarse dos tendencias claramente definidas. Por un lado, determinados reguladores pretenden otorgar una protección más homogénea dentro de su “jurisdicción” – entendido este término en clave anglosajona –; es el caso de la Unión Europea y las diversas iniciativas respecto de la Directiva de Folletos de Emisión³, la regulación de los mercados financieros, manipulación de mercado y operaciones con información privilegiada⁴, las ventas en corto

* Profesor de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Socio Corporate Defense.

¹ Sobre esta tendencia, y los litigios que surgen como consecuencia de la misma, vid. Stephen J. CHOI & Linda J. SILBERMAN, *Transnational Litigation and Global Securities Class Action Lawsuits*, WIS. L. REV. (2009), pp. 465.

² Ello, igualmente, incrementa la posibilidad de fraude en este tipo de transacciones. Así, se habla de un escalamiento del fraude bursátil transnacional. Vid. El escrito que presentó como Amicus Curiae, en el caso más adelante comentado Morrison, la SEC cuando todavía estaba el procedimiento en el 2º Circuito. Vid. Asimismo *pricewaterhousecoopers, 2008 securities litigation study* 43 (april 2009). Accesible en: <http://10b5.pwc.com/PDF/NY-09-0894%20SECURITIES%20LIT%20STUDY%20FINAL.PDF>.

³ Directiva 2010/73/ue del parlamento europeo y del consejo de 24 de noviembre de 2010 por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. DiarioOficialde la Unión Europea L327/1. 11.12.2010.

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del consejo sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. COM(2011) 654 final. Fuera del ámbito penal, se ha propuesto un reglamento (no disponible en español): Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council on insider dealing and market manipulation (market abuse). COM(2011) 651 final. Sobre ambos textos, muy ilustrativo el Commission Staff Working Paper Executive Summary Of The Impact Assessment. Sec(2011) 1218 final.

y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago⁵, entre otras. Si bien no todas estas regulaciones contiene mandatos penales⁶, lo cierto es que resulta innegable que existe una preocupación extrema a nivel de la UE por proporcionar una protección lo más armonizada posible en estas materias.

2. EL ORDENAMIENTO ESTADOUNIDENSE COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN TRANSNACIONAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS: LUCES Y SOMBRAS

2.1. Introducción: el caso *Morrison v. National Bank of Australia* y el nuevo test “transnacional”

Ahora bien, por otro lado, determinadas jurisdicciones, que hasta el momento venían ejerciendo de “policías del mundo” en materia de mercados financieros y de valores⁷, han comenzado a batirse en retirada, reconociendo abiertamente no sólo los problemas de injerencia en asuntos ajenos, sino la falta de idoneidad de un intento de tutela tan amplio.

La conocida sentencia de la Corte Suprema de EEUU en el asunto *Morrison v. National Bank of Australia*⁸ aborda con cierto detalle estas cuestiones. Así, en términos generales, se puede señalar que los objetivos que perseguía la Corte en dicho pronunciamiento eran dos: el primero, reducir la creciente inseguridad jurídica que existían hasta la fecha, toda vez que los tests elaborados por la Corte de Apelaciones (del 2º Circuito) – basados en la “conducta” o los “efectos” – eran un tanto farragosos; el segundo, minimizar la injerencia de los Estados Unidos en los asuntos, de orden regulatorio, de otros países, ya que la aplicación extraterritorial de la conocida regla antifraude⁹ – 10(b)5 de la Ley de 1934 – podría dar al traste con la solvencia de empresas extranjeras que tienen un punto de conexión sumamente tenue con los Estados Unidos. La corte suprema estableció entonces un “test transaccional” en lo que fue la primera sentencia del Alto Tribunal estadounidense sobre la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense del mercado de valores.

⁵ Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. COM(2010) 482.

⁶ En tiempos recientes la Comisión Europea ha considerado imprescindible la armonización de las legislaciones penales en materia de información privilegiada y manipulación de mercado para dotar de eficacia a la política europea al respecto.

⁷ Resulta relevante el dato que el 14% de todas las Class Actions relativas al mercado de valores en EEUU, habían sido interpuestas en EEUU en 2009 contra emisores extranjeros. Vid. Pricewaterhousecoopers, 2009 Securities Litigation Study 35 (Abril 2010), accesible en http://10b5.pwc.com/PDF/NY-10-559%20SEC%20LIT%20STUDY_V7%20PRINT.PDF.

⁸ 130 S. Ct. 2869 (2010).

⁹ No en vano, esta regla había sido calificada por la propia Corte Suprema con anterioridad como una cláusula omnicomprendensiva (catch-all). *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185, 203 (1976). No en vano, el antiguo presidente de la Corte Suprema, Rehnquist, llegó a tildar dicha regla como una “encina judicial que había crecido a partir de una pequeña bellota” Louis LOSS / Joel SELIGMAN, *Fundamentals of Securities Regulation*, 5ªed., 2003, p. 936.

En efecto, el test de los “efectos” se centra en el hecho de si inversores estadounidenses o los mercados estadounidenses han sido perjudicados por el supuesto fraude. Como resulta fácilmente deducible, el caso típico consiste en aquellas empresas extranjeras que cotizan en el mercado estadounidense¹⁰. Ahora bien, en general, los tribunales de EEUU consideran que no es suficiente que existan determinadas conductas en el extranjero que hayan tenido algún tipo de efecto en los EEUU¹¹. Así, aquellas conductas que, por ejemplo, afectan la confianza generalizada en el mercado de valores estadounidense no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la regla antifraude. Una y otra vez, los tribunales estadounidenses exigen que se muestren los perjuicios para intereses específicos dentro de EEUU; éste es el caso cuando se puede probar que se han producido determinados perjuicios económicos como consecuencia de conductas llevadas a cabo en el extranjero.

Por otro lado, el test de la “conducta” analiza si el tipo de conducta que materialmente causó el perjuicio se llevó a cabo en todo o en parte en EEUU, con independencia de dónde se encontraban los inversores o de los mercados en los que fueron vendidos los valores¹². Ya aquí se puede observar cómo un problema que se plantea ab initio es qué grado de conducta se exige que haya acontecido en EEUU para considerar que este país asume jurisdicción sobre los hechos, sobre todo porque hoy en día las transacciones con valores pueden estar compuestas por diversas partes en diversas jurisdicciones y las actuaciones defraudatorias

pueden llevarse a cabo en varios países¹³.

A renglón de ello, uno de los mayores que se planteaba – y como se indicará más adelante, se planteará debido a la nueva regulación introducida con la Ley Dodd-Frank – es que se debía distinguir entre conducta “preparatoria” y conducta “sustancial”¹⁴. Ello conllevaba dificultades importantes para determinar cuándo era de un tipo y cuándo se otro. De hecho, la Corte de Apelaciones en el caso Morrison aplicó dicha distinción y consideró que la conducta del National Bank of Australia había sido cometida en EEUU, como mucho, de manera preparatoria, pero nunca sustancial. Ésta última parte, según la Corte de Apelaciones, había acontecido fundamentalmente en Australia, no en EEUU. Como en su día señalaron Choi y Silverman, “el grado y el tipo de conducta que debía acontecer en EEUU para poder cumplir con los requisitos del test era difícilmente determinable”¹⁵.

Sin embargo, respecto del test de los efectos, lo cierto es que la corte de apelaciones había llegado a afirmar que “un efecto perjudicial sobre los intereses económicos generales de EEUU o sobre los precios de títulos valores estadounidenses” no constituye un efecto suficiente para la aplicación extraterritorial de la regla antifraude¹⁶. Como reconoce la Corte Suprema, los “tests” elaborados por la Corte de Apelaciones nunca fueron fáciles de aplicar¹⁷ y, de hecho, fueron varios los académicos que apelaban al alto grado de inseguridad que incorporaban los mismos ya que en cierta manera eran “impredecibles e incoherentes en su

¹⁰ Vid. ya Schoenbaum v. Firstbrook, 405 F.2d 200 (2d Cir. 1968).

¹¹ HANNAH L. BUXBAUM, Multinational Class Actions Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict, COLUM. J. TRANSNAT'L L. 46 (2007), pp. 14, 22.

¹² Bersch v. Drexel Firestone, 519 F.2d 974, 993 (2d Cir. 1975).

¹³ STEPHEN J. CHOI / ANDREW T. GUZMAN, The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Law, NW. J. INTL L. & BUS. 17 (1996), pp. 217 ss..

¹⁴ Vid. ya desde la conocida Psimenos v. E.F. Hutton & Co., 722 F.2d 1041, 1045 (2d Cir. 1983).

¹⁵ STEPHEN J. CHOI & LINDA J. SILBERMAN, Transnational Litigation and Global Securities Class Action Lawsuits, WIS. L. REV. (2009), pp. 465, 492.

¹⁶ Ya desde Bersch v. Drexel Firestone, Inc., 519 F.2d 974, 989 (2d Cir. 1975).

¹⁷ Morrison, 130 S. Ct. P. 2879.

aplicación”¹⁸ calificándolos de “creación especulativa del derecho”¹⁹.

En cierta manera, estos “tests” parecen tener una naturaleza de competencia jurisdiccional, por lo que fácilmente se puede caer en la tentación de que la cuestión aquí suscitada sobre la protección del mercado, en realidad se trata de una cuestión circunscrita únicamente a la competencia de un tribunal. Sin embargo, lo interesante de dicha decisión de la corte suprema es, precisamente, que se rechazó el argumento de que se trata de una cuestión competencial y se reafirmó que lo importante a dilucidar era el ámbito de protección de la norma antifraude de la legislación estadounidense²⁰. De hecho, dado que la corte de apelaciones había considerado que sí se trataba de una cuestión de competencia, el resultado en principio hubiera sido que, estimándose el recurso de casación, se remitiera al tribunal para una nueva sentencia acorde con los dictados de la Corte Suprema. No obstante, el Alto Tribunal decidió que tenía elementos suficientes para determinar si se podía extender dicho ámbito de protección, y decidió negativamente. O expresado de otra manera: decidió que dicha norma no se aplicaba extraterritorialmente.

Ciertamente, uno de los problemas más acuciantes de los que se ha hecho eco la doctrina es que la Corte Suprema no tuvo en cuenta determinados argumentos – sustentados por el Solicitor General – respecto de la sección 30 de la referida legislación. En dicha regulación, se refiere específicamente la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense en la materia – si bien de manera negativa –. Ello constituyó la base del argumento del citado le-

trado para sostener, a sensu contrario, que debería haber supuestos en los que sí se aplica extraterritorialmente. No tendría sentido, continuaba el argumento, que la legislación indicara supuestos de no aplicación extraterritorial si toda la legislación no tuviera aplicación extraterritorial. Sólo resulta coherente dicha regulación si existen supuestos de aplicación extraterritorial.

Adicionalmente, se puede cuestionar la idoneidad de referir las reflexiones sobre dicho caso, que tuvo lugar en el seno de la jurisdicción civil, al ámbito penal. No obstante, el hecho de que se estuviera dilucidando qué conductas eran consideradas típicas desde un punto de vista civil a los efectos de la regla antifraude que igualmente es la base de los procedimientos penales en materia de manipulación de mercado e información privilegiada, hace que resulten sumamente pertinentes para los operadores jurídicos del ámbito penal. Asimismo, la Corte Suprema refiere en numerosas ocasiones sentencias por ella dictada en casos penales para reafirmar su posición. Por ello no es de extrañar que académicos y prácticos de aquel país hayan planteado la incidencia de Morrison en el campo penal²¹.

La problemática que se planteó la corte suprema es fácilmente extrapolable a cualquier ordenamiento jurídico. Resulta sumamente cuestionable que un ordenamiento, al promover su regulación de los mercados, pretendan regular también mercados foráneos internacionales. En general, como señala también el artículo 3 de la LMV española, las legislaciones establecen los requisitos y las prohibiciones que atañen a su propio mercado de valores y no a

¹⁸ Morrison, 130 S. Ct. P. 2881.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Morrison, 130 S. Ct. P. 2877. Expresamente indica el ponente de la sentencia, Antonin Scalia: “La cuestión sobre qué conducta es contemplada por sección 10(b), es lo mismo que preguntar que conducta dicha sección prohíbe”.

²¹ Vid. por todos Zachary D. CLOPTON, Bowman Lives: The Extraterritorial Application of U.S. Criminal Law after Morrison v. National Australia Bank, en: NYU Annual Survey of American Law (2011).

los extranjeros²²; no ya sólo por una cuestión teórica de intromisión en la soberanía de otros estados, sino también práctica por la imposibilidad de tener en cuenta las diversas circunstancias que afectan y pretenden tener en cuenta dichos países.

2.2. El debate estadounidense post Morrison

Siendo ésta la intención de la Corte Suprema, lo cierto es que con posterioridad al dictado de dicha sentencia, los tribunales federales inferiores están expandiendo la interpretación de la misma. Así, en algunos casos en los que la transacción acontece en los EE.UU., algunos tribunales han considerado que ésta es demasiado remota como para justificar la aplicación de la regla antifraude. Curiosamente, este tipo de consideraciones era lo que trataba de evitar la Corte Suprema con los criterios claramente delimitadores fijados en Morrison. Sin embargo, desde el punto de vista de política criminal, ello puede tener sentido al existir ciertas transacciones en los Estados Unidos que resultan en realidad sumamente remotas para los intereses del país. Ello fue especialmente claro en el caso de Morrison el que el Juez Stevens indicó que el caso tenía “Australia escrito por todas partes”²³.

En idéntica medida, los tribunales están teniendo cierta dificultad a la hora de tratar con transacciones fuera del Exchange en las que parte de la solicitud o bien emana de EE.UU. o bien llega hasta inversores estadounidenses, pero el vendedor mantiene que, a pesar de ello, la transacción se produjo offshore. Precisamente en estos casos pueden producirse importantes transferencia de dinero

hacia una estafa piramidal tipo Ponzi gestada en los Estados Unidos. Ya se han producido casos de esta índole en el pasado reciente y quizás deban modificarse los actuales criterios y reglas de determinados supervisores – muy especialmente de la SEC – para poder aprehender este tipo de comportamientos. En estos casos que acaban de referirse no surgen los mismos problemas de reciprocidad que en aquellos supuestos en los que se aplican las disposiciones anti-fraude de la legislación estadounidense a empresas extranjeras que cotizan en un mercado extranjero. En ambos supuestos, empero, parece que una de las soluciones más plausibles es que los reguladores definan claramente dónde se considera que acontece la transacciones en estas casos de solicitudes transnacionales.

En el ámbito estadounidense, con posterioridad a la sentencia en el caso Morrison, se ha producido un importante debate respecto de cuál debe ser la aproximación más adecuada a este problema y si debe volverse a los antiguos criterios. La mayor parte de los académicos parecen, de hecho, apoyar el criterio de este último juez en lugar del test de la Corte Suprema. En cualquier caso, se plantean una serie de problemas extremadamente interesantes. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si la NYSE, tras una fusión, traslada su centro operativo a otro país? Más importante aún: ¿resulta de aplicación el criterio del caso Morrison a emisiones en el mercado primario reguladas por la Ley de 1933, especialmente cuando las ofertas se realizan en EEUU y los prospectos también se distribuyen en dicho país vulnerando las obligaciones de la Sección 5 de la Ley, pero aconteciendo la “venta” offshore? Finalmente ¿qué

²² Morrison, 130 S. Ct. P. 2889. “We know of no one who thought that the Act was intended to “regulat[e]” foreign securities exchanges—or indeed who even believed that under established principles of international law Congress had the power to do so. The Act’s registration requirements apply only to securities listed on national securities exchanges.”

²³ Morrison, 130 S. Ct. p 2895 (Voto concurrente de J. Stevens).

ocurriría si un gobierno extranjero quiere que las transacciones dentro de su territorio se vean cubiertas por la regla antifraude 10(b)5 – como parece ser el caso de Israel?²⁴

Unas de las cuestiones más interesantes en este contexto es qué ocurre con los ADR (American Depositary Receipts) que cotizan en un U.S. Exchange. La Corte Suprema no tuvo que enfrentarse a este problema; pero otros tribunales inferiores sí. Así, en el caso *Stackhouse v. Toyota Motor Co.*, se afirmó²⁵ – o más bien se dio por supuesto – que el test transaccional de *Morrison* se aplicaba los ADRs que estuvieran listed en un US Exchange. Sin embargo, en un caso posterior de significativa importancia, – *In re Societe Generale Sec. Litig.*²⁶ – se adoptó una decisión en sentido contrario. Así, se indicó expresamente que los ADRs que coticen en el US Exchange deberían considerarse “predominantemente una transacción extranjera”²⁷. Pese a que el trading en el caso de *Societe Generale* era over the counter (y por tanto no un Exchange), se efectuó en los Estados Unidos. En consecuencia, esta decisión parece ir en contra de lo sentado en *Morrison*, que específicamente hizo mucho hincapié en evitar consideraciones respecto a si la transacción era “predominantemente” nacional o extranjera, sino que se centraba en la ubicación efectiva de la transacción. Por ello no resulta extraño que la mayor parte de los tribunales inferiores no hayan seguido el criterio de *Societe Gene-*

rale y, por el contrario, hayan considerado que el trading con ADR – al menos cuando sea en un Exchange – se encuentra sometido a la regla antifraude 10(b)5²⁸.

No obstante, se asoma aquí una cuestión que difícilmente puede ser tratada con *Morrison*: en los supuestos de unsponsored ADRs el emisor no ha realizado un acto manifiesto de introducirse en el mercado estadounidense, pero puede ser perseguido en EEUU si bien sus acciones cotizan exclusivamente en un mercado extranjero. En estos casos, el emisor no ha registrado o listed sus valores en EEUU, pero puede verse sometido a un procedimiento judicial por las declaraciones o statements que haya realizado fuera de territorio estadounidense. Resulta posible que esta problemática pueda resolverse conforme al criterio de la jurisdicción por razón de la persona, lo cual no empece a que se trate de una respuesta, si acaso, parcial.

Asimismo, la inadecuación del criterio en *Morrison* parece aflorar en determinados casos de *reductio ad absurdum*. Así, ¿resulta lógica la aplicación de la regla antifraude en una venta llevada a cabo por un solo accionista de una empresa extranjera que no cotiza en EEUU a un comprador en una transacción en persona que acontezca en un aeropuerto estadounidense? En caso de fraude ¿puede el comprador querrellarse contra el emisor?

²⁴ Si bien la SEC ha recibido importantes quejas por parte de la Unión Europea, el Reino Unido, Francia, Alemania, Australia y Suiza refiriendo que los test de “conducta” y “efectos” limitan inadecuadamente su capacidad para regular sus propios mercados de valores, no es menos cierto que la SEC ha recibido una petición por parte de la commission de valores de Israel (Israel Securities Authority (“ISA”)) para que las transacciones relativas a valores listados en ambos mercados, deberían estar cubiertos por la legislación estadounidense. Vid. La carta de February 18, 2011 dirigida a la SEC por parte de Yael Almog de la ISA que ha colgado la SEC en su web. No obstante, estos valores doblemente referenciados constituyen un elenco tan mínimo que probablemente no serían relevantes para *Morrison*.

²⁵ 2010 WL 337409 (C.D. Cal. Julio 16, 2010).

²⁶ 2010 WL 3910286 (S.D.N.Y. Sept. 29, 2010).

²⁷ Id. Pg. *6

²⁸ Vid por ejemplo, *In re Royal Bank of Scotland Group PLC Sec. Litig.*, 2011 WL 167749 Pg. *8 (S.D.N.Y. Enero 11, 2011); *In re Vivendi Universal S.A. Sec. Litig.*, 2011 WL 590915 Pg. *7 (S.D.N.Y. Feb. 17, 2011); *Cornwall v. Credit Suisse Group*, 729 F. Supp. 2d 620 (S.D.N.Y. 2010).

Algunos supuestos de protección transnacional de los mercados financieros

Probablemente, uno de los supuestos más interesantes se refiere *transacciones en exchanges extranjeros de títulos valores que están inscritos o listed en un Exchange estadounidense*.

Así, cuando un emisor extranjero registra títulos valores con la SEC de conformidad con la Sección 12 de la Ley de 1933, tiene que inscribir todos los títulos de la misma clase. En consecuencia, cuando se inscriben ADRs en un mercado de valores estadounidense normalmente deberá inscribir con el Exchange un número aproximadamente equivalente de acciones normales u ordinarias al número de ADRs que ha inscrito, pese a que dichas acciones no van a cotizar en el mercado estadounidense.

La pregunta entonces es: ¿resulta suficiente ese registro o listing equivalente de acciones para satisfacer el test de Morrison de tal manera que todos los títulos en todos los exchanges, ya sean nacionales o extranjeros, está cubiertos por la regla antifraude? Existen ciertos pasajes en Morrison que parecen sólo requerir que las acciones del emisor estén inscritas en el mercado estadounidense para sostener que EEUU tiene jurisdicción sobre todo el trading que tenga lugar en el mundo entero. No obstante, todos los tribunales (inferiores) que hasta el momento han considerado esta cuestión, coinciden en que el ponente – Scalia – de la decisión de la Corte Suprema en Morrison cometió un error de redacción – cuestión realmente sorprendente debido al ponente en cuestión – y que en realidad quiso decir que las acciones debían cotizar – y no sólo estar inscritas – en el mercado estadounidense para que un tribunal

estadounidense tuviera jurisdicción sobre la base de la regla antifraude.

Así, en *In Re Vivendi Universal SA Sec. Lit.*²⁹, el tribunal de distrito consideró que unas 500 acciones ordinarias de Vivendi que estaban cotizando en NYSE para soportar el registro de un número equivalente de ADRs inscritas en ese Exchange. Debido a que los ADRs retornaron a Europa, consideró que sólo 122 millones de ADRs seguían pendientes a finales del año 2000, dejando un exceso de 378 millones de acciones ordinarias que estaban registradas en el NYSE pero que no cotizaban en dicho mercado³⁰. La corte razonó de la siguiente manera:

*Asumiendo, a meros efectos argumentativos, que hubiera títulos de Vivendi que permanecieran inscritas pero que estuvieran desconectados de los ADRs, ¿estaría comprendida por el test de Morrison una adquisición de dichos títulos por un emisor extranjero que cotiza en un mercado foráneo?*³¹

El tribunal consideró que no, y ello debido a que el lugar en el que se adquirieron estos títulos registrados era el extranjero. Tres decisiones anteriores se han mostrado de acuerdo con el criterio del tribunal que decidió el caso Vivendi³² – y ningún tribunal se ha mostrado explícitamente en desacuerdo –. Pero este asunto pronto llegará al Segundo Circuito de apelaciones por los recursos interpuestos en el caso Vivendi. El tenor literal que emplea la corte suprema en el caso Morrison a veces utiliza el término “registrado” – un concepto que, de hecho, sólo puede predicarse del registro de una clase de títulos con la SEC – como equivalente a “listed” / “inscrito” – especialmente en la nota al pie de página número 10³³–; pero la lógica de la sentencia se viene abajo si se equi-

²⁹ 2011 U.S. Dist. LEXIS 17514 Pgs. *45 - *46.

³⁰ Id. Pg. *45.

³¹ Id. Pg. *46.

³² Vid. *In re Royal Bank of Scotland Group PLC Sec. Litig.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 3974 Pg. *7 (S.D.N.Y. 2011); *In re Alston SA Sec. Litig.*, 741 F. Supp. 2d 453 (S.D.N.Y. 2010); *Sgalambo McKenzie*, 731 F. Supp. 2d 453 (S.D.N.Y. 2010).

³³ Vid. 130 S. Ct. 2869, 2885 n. 10.

paran dichos conceptos. Más aún, a la vista de los hechos que dieron lugar al caso Morrison, resulta extremadamente improbable que el National Bank of Australia hubiera registrado sus acciones ordinarias con la SEC para soportar la emisión de los ADRs. Finalmente, incluso si un porcentaje muy reducido de los títulos de una compañía extranjera cotizan en EEUU – por ejemplo menos de un 5% -, resulta cuando menos cuestionable que los tribunales estadounidenses tengan jurisdicción sobre estos casos.

Otro de los supuestos que ha sido objeto de discusión importante es el relativo a los *Swaps*. Así, en el caso *Elliott Associates v. Porsche Automobil Holding SH*³⁴, varios Hedge Funds estadounidenses realizaron varios Swaps – aparentemente en los EEUU de conformidad con los contenidos de la demanda y su contestación – que referenciaban las acciones de Volkswagen. Desde el punto de vista económico, estos fondos estaban tomando posiciones cortas en Volkswagen, compañía que sólo cotizaba en el Exchange de Frankfurt – pero que también tenía ADRs over-the-counter cotizando en EEUU -. Más aún, los acuerdos swaps contenían cláusulas remitiéndose al fuero de Nueva York y a disposiciones legales de dicho estado. Con posterioridad, Porsche compró en secreto una gran cantidad de acciones de Volkswagen en Alemania con la intención de llevar a cabo una OPA – pese a los anuncios en la prensa en sentido contrario -. Dichas compras provocaron un alza en el precio de cotización de

Volkswagen, perjudicando así las posiciones cortas de los Hedge Funds estadounidenses que inmediatamente demandaron a Porsche en el Distrito Sur de Nueva York por manipulación de mercado sobre la base de la regla antifraude 10(b)5.

El Tribunal del distrito Sur de NY consideró que si bien los acuerdos de swap habían sido ejecutados en Nueva York, la “realidad económica” de la transacción era idéntica a adoptar sin más posiciones cortas sobre Volkswagen en el extranjero. Esta afirmación puede ser correcta; pero sin duda se muestra contraria al claro test de Morrison, que explícitamente evita tomar en consideración la “realidad económica”. La decisión, por tanto, en el caso Porsche parece errónea si se sigue el criterio de Morrison, pero, al mismo tiempo, también muestra que dicho criterio puede que llegue demasiado lejos. Así, bajo dicho prisma, puede someter a operadores extranjeros que nunca han inscrito, registrado o vendido títulos valores en EEUU a inversores estadounidenses. En pocas palabras, tanto el caso Porsche como el caso *Societe Generale* suscitan problemas de supra-inclusión bajo el test de Morrison. Si otros tribunales siguen el criterio de Porsche, la siguiente cuestión será si opciones que cotizan en Nueva York sobre la base de un título valor que sólo cotiza en el extranjero también se encuentran comprendidas. Ambos casos – swaps y opciones – son similares desde el punto de vista económico en el sentido de que los derivados “trade off” de un título valor listed en el extranjero. Ciertamente es que las opcio-

³⁴ 2010 WL 5463846 (S.D.N.Y. 2010); 2010 U.S. Dist. Lexis 13899 (S.D.N.Y., Diciembre 30, 2010).

nes normalmente cotizan en un Exchange, y que por el momento los swaps no; pero en un futuro próximo es previsible que sí³⁵.

Finalmente, uno de los supuestos más controvertidos – sobre todo por su relación con estafas piramidales recientes – *es el de las compras y ventas a través de las fronteras cuando no están referidas a ningún Exchange*. Así, las transacciones en las que no se ven implicados los diversos Exchanges han permitido que surjan cuestiones referidas, la mayoría de las veces, a compradores basados en EEUU y vendedores que no lo están. Probablemente la decisión que con mayor cuidado ha prestado atención a esta cuestión es la dictada por el Juez Shira Schleindlin del distrito sur de Nueva York en el caso *In re Optimal U.S. Litigation*³⁶. En dicho caso se encuentran implicados diversos fondos gestionados por Banco Santander que invirtieron en la estafa piramidal de Bernie Madoff. Las solicitudes se cursaron desde EEUU pero las defensas argumentaron que la “venta” sólo se produjo cuando la suscripción de los acuerdos para los títulos de los fondos fueron aceptados por un administrador independiente que se encontraba ubicado en Irlanda. Los demandantes replicaron que incluso si

la venta se perfeccionó definitivamente con la aprobación por parte del administrador de Irlanda, los títulos fueron aun así emitidos desde Nueva York y el pago de los mismos se efectuó en cuentas bancarias en Nueva York. Al menos a los efectos de la petición de archivo del caso, la Juez Schleindlin consideró que la ubicación de la emisión era el criterio dominante – pese a que advirtió que podía opinar de manera diferente en caso de que se solicitara un procedimiento de decisión sumario una vez completados los autos con información relevante³⁷ –.

En el futuro, por tanto, la decisión más importante va a ser si la venta ocurre con la “aceptación” por parte del vendedor de la suscripción del comprador o si ocurren con la “emisión” de los títulos. Alguna decisión anterior parece haber compartido el criterio de la Juez Schleindlin, si bien evitó tener que pronunciarse con carácter definitivo³⁸.

Ahora bien, por el contrario, pueden observar tres decisiones que, en casos sumamente similares, han optado por no aplicar la regla antifraude estadounidense. Así, en primer lugar, debe mencionarse el caso *In re Banco*

³⁵ Un ámbito de indudable interés es el de las órdenes de compra generadas en EEUU pero ejecutadas en un mercado extranjero. En este campo se pueden producir diversos ejemplos sumamente ilustrativos. Por ejemplo, qué ocurre si un inversor estadounidense resulta solicitado en EEUU para comprar un título valor que cotiza en el extranjero, le indica a su bróker que compre un número determinado de esos títulos y el bróker pulsa el botón de “compra” en su ordenador de trading automatizado en EEUU para ejecutar una transacción en un mercado extranjero. Todas las decisiones judiciales recientes coinciden en que EEUU carecería de jurisdicción en ese caso, dado que caen fuera del ámbito de aplicación del test de Morrison [Vid. *Cornwell v. Credit Suisse Group*, 729 F. Supp. 2d 620 (S.D.N.Y. 2010); *Plumbers’ Union Local No. 12 Pension Fund v. Swiss Reinsurance Co.*, 2010 WL 3860397 Pg. *9 (S.D.N.Y. October 4, 2010); *In re Vivendi Universal S.A. Sec. Litig.*, supra, Pg. *10; *In re Alston S.A. Securities Litig.*, 741 F. Supp. 2d 469, 472 (S.D.N.Y. 2010).]. Pare existir un cierto acuerdo en que investigar si la decisión respecto de la inversión se tomó en EEUU sólo resucita una forma diluida del anterior test basado en la conducta.

³⁶ 10 Civ. 4095 (SAS) (S.D.N.Y. Mayo 2, 2011).

³⁷ Id. Pg. 40-42.

³⁸ Vid. *Anwar v. Fairfield Greenwich Ltd.*, 728 F. Supp. 2d 372, 405 (S.D.N.Y. 2010).

Santander Securities Litigation³⁹ Los hechos son sumamente similares. Esos mismos, pero basados en las Bahamas, invirtieron de nuevo en la estafa de Madoff y fueron demandados por inversores fundamentalmente sudamericanos. Los demandantes argumentaron que su intención era invertir en los fondos de Madoff que operaba en EEUU y que supuestamente invertía en títulos cotizados en mercados estadounidenses. No obstante, el tribunal rechazó este argumento y consideró que la ubicación de la transacción – y no la intención de los inversores – era lo que primaba. Ahora bien, el tribunal nunca examinó la cuestión de si precisamente cuál era la ubicación de la transacción; por el contrario, se centró en si el fondo estaba “registrado de conformidad con la legislación de Las Bahamas y en el hecho de que, en consecuencia, la extensión de la legislación estadounidense interferiría con los reguladores extranjeros. Este planteamiento es problemático, primero, porque acentúa excesivamente la interferencia regulatoria en un caso en el que la solicitud se efectuó desde EEUU y no hubo ninguna actividad de trading en otro lugar que no fuera EEUU; en segundo lugar, no existía ninguna otra jurisdicción que tuviera algún punto de conexión con la transacción.

Los hechos en concreto de Banco Santander, si bien se refieren de manera muy sucinta en la decisión, concernían a un fund manager de Miami que solicitaba a inversores estadounidenses y que enviaba un contrato de inversión que debía ser firmado por el inversor. Estos contratos, una vez firmados por los inversores, sólo se tornaban en legalmente vinculantes cuando a su recepción en EEUU eran aceptados por el fund manager. Este tipo de cuestiones podrían resolverse si se estableciera una regla conforme a la cual, cuando la solicitud se producía desde los EEUU, debería ser suficiente para atraer la jurisdicción de EEUU

el hecho de que se aceptara la suscripción en EEUU o que los títulos se emitieran en EEUU.

En otro caso, Quail Cruises Ship Management Ltd. v. Agencia de Viagens CVC Tur Limitada⁴⁰, la demandante era una compañía de las Bahamas que compraba todas las acciones de otra empresa de Las Bahamas – cuyo activo principal era un yate – a una empresa de Uruguay. A la demandante le solicitaron que efectuara la compra varias entidades estadounidenses. Bajo el acuerdo de compra de participaciones, la firma del contrato de compraventa debía efectuarse en las oficinas de Miami del despacho de abogados Holland & Knight. Más aún, parece ser que así fue.

Pese a ello, el tribunal consideró que, aun cuando el contrato se firmara en Miami, la compra y venta de las acciones aconteció fuera de territorio estadounidense. El tribunal justificó su decisión indicando que la ratio decidendi de Morrison se vería mermada si la mera mención de que la firma del contrato debía realizarse en EEUU atrajera la jurisdicción estadounidense. Ahora bien, precisamente ése es el resultado que parece querer y favorecer Morrison. Ciertamente, el supuesto contrario a este – esto es: estipular que la firma debía acontecer fuera de EEUU para excluir la jurisdicción estadounidense – no presentaría ningún problema.

Finalmente, la decisión más problemática de los últimos tiempos es Absolute Activist Value Master Fund Ltd. v. Homn⁴¹. En este caso, los imputados, tanto estadounidenses como extranjeros, supuestamente defraudaron a varios fondos de inversión que gestionaban obligándoles a invertir en penny stocks que fueron manipulados gracias a un sistema básico de “pump and dump”. Estos fondos compraron directamente Penny stock de los emisores en un PIPE (private placement in public equity

³⁹ 732 F. Supp. 2d 1305 (S.D. Fla. 2010).

⁴⁰ 732 F. Supp. 2d 1245 (S.D. Fla. 2010).

⁴¹ 2010 WL 5415885 (S.D.N.Y. 2010).

transactions) que fueron estructurados como colocaciones privadas. Por el hecho de que los títulos valores no estaban listed en ningún Exchange estadounidense y que los inversores eran extranjeros – pese a que los imputados eran fundamentalmente ciudadanos americanos – el tribunal archivó el caso. En concreto indicó lo siguiente:

“El caso que Ante Nos pende trata con inversores extranjeros y demandados nacionales y extranjeros en el contexto de unas transacciones privadas con títulos valores que no estaban inscritos en ningún US Exchange. Pues bien, este es el tipo de caso que parecía tener en mente la Corte Suprema cuando se pronunció en el asunto Morrison. Si se permitiera que este caso siguiera adelante sobre la base de la teoría de que cualquier transacción que se hiciera a través de EEUU cumple con el test de Morrison sería la antítesis funcional de la directriz que guía dicho caso. En todo caso, los demandantes se esforzaron considerablemente para evitar las regulaciones impuestas por la legislación federal en materia de títulos valores que resultan de aplicación a transacciones en mercados nacionales”⁴².

El tribunal, por tanto, parece haber pasado por alto el otro criterio de Morrison que señala inequívocamente que las transacciones fuera de un Exchange que acontecen dentro de EEUU, están sometidas a la regla antifraude. En concreto, la Corte Suprema en Morrison indicó:

“La atención de la Ley del Mercado de Valores no se centra en el lugar en el que se produce el engaño, sino en si las compras y ventas han tenido lugar en EEUU”⁴³.

Por lo general, la regla antifraude 10(b)5 se ha aplicado a supuestos de Private Placements, y no hay nada en Morrison que indique que la Corte quiere echar marcha atrás en dicho planteamiento. Si bien la decisión no se centra en el lugar de emisión, todos los emisores de penny stocks parecen haber sido empresas estadounidenses; por tanto, que se hayan emitido para fondos basados

en EEUU parece más que probable.

Protecciones en el mercado primario: ¿alcanza diferente a las que brinda el mercado secundario?

Supongamos el siguiente caso: un emisor solicita a inversores estadounidenses que inviertan en su OPV – IPO por sus siglas en inglés – remitiéndoles materiales para ofrecerles dicha inversión en EEUU y llamándoles por teléfono y contactándoles por email. Ahora bien, la transacción se cierra en Las Bahamas, las Islas Caiman, o incluso la cercana Canadá. Una interpretación restrictiva de Morrison llegaría al resultado que dicha transacción está más allá del alcance de la regla antifraude 10(b)5 debido a que la transacción no tuvo lugar en EEUU. Pero el escenario que se acaba de dibujar parece vulnerar las máximas contenidas en las secciones 5(b) y 5 (c) de la Ley de 1933, que prohíben ofertas en EEUU y la utilización de material escrito que pueda ser considerado un “prospecto”. Esta conducta, en consecuencia, confiere a los inversores el derecho a rescindir el contrato sobre la base de la sección 12(a)(1) de la Ley de 1933 y recuperar en virtud de la sección 12(a)(2) su inversión frente a las personas que estuvieran involucradas en el ofrecimiento por fraude. Conclusiones similares pueden alcanzarse sobre la base de la Williams Act que centra la atención en la oferta (offer) y no en la venta.

El quid de la cuestión es, entonces, si se interpretará “estrictamente” el caso Morrison. En *In re Royal Bank of Scotland Group PLC Sec. Litig.*⁴⁴ el tribunal federal inferior rechaza los intentos de aplicar la sección 11 y la sección 12 de la Ley de 1933 sobre la base de que la transacción tuvo lugar principalmente en el extranjero. La sección 12(a)(1) autoriza a rescindir el contrato por cualquier vulneración de la sección 5. Y en un sentido similar la sec-

⁴² 2010 WL 5415885 Pg. *5.

⁴³ Morrison, 130 S. Ct. 2869, Pg. 2884.

⁴⁴ 2011 WL 167749 (S.D.N.Y. January 4, 2011).

ción 12(a)(2) concede daños compensatorios por cualquier afirmación negligente de carácter material, o por omisiones que han causado un daño. No requiere que haya una compra o una venta en EEUU. Sin embargo, resulta posible argumentar que la Ley de 1933 comparte con la Ley de 1934 la misma definición de “comercio interestatal” y que, en consecuencia, debería interpretarse en un sentido similar. Ahora bien, el lenguaje jurídico-positivo de las reglas contenidas en la sección 5 de la Ley de 1933 permite una interpretación más amplia que el de la sección 10(b)5 de la Ley de 1934. Por ahora, resulta un tanto precipitado indicar cómo se van a pronunciar los tribunales sobre la interpretación de estas secciones de la Ley de 1933 después del caso Morrison, pero en cualquier caso resulta necesarias reglas de la SEC.

El sistema tradicional en jaque: el intento de fusión entre NYSE y Deutsche Börse.

Todas las consideraciones anteriores palidecen frente a los rumores existentes de una posible fusión entre la NYSE y la Deutsche Börse. Y es que, en caso de que se consolidara su trading fuera de territorio estadounidense, una lectura literal de los principios sentados en Morrison daría como resultado que incluso las transacciones entre compradores americanos y vendedores americanos se encontraría fuera del ámbito de aplicación de la regla antifraude. Precisamente dicha posibilidad, junto con el hecho de que surjan limitaciones similares a la de Morrison al interpretar en el futuro la sección 5 de la Ley de 1933, parece justificar que la SEC dicte algunas reglas en la materia y que el legislador tome cartas en el asunto. Se podría así definir qué una oferta a los efectos de la legislación del mercado de valores, es aquella que se produce cuando los materiales son remitidos a EEUU y las llamadas son realizadas a EEUU, aun cuando finalmente la aceptación “formal” de la oferta se produzca fuera de territorio estadounidense. Esto no ofendería a reguladores extranjeros; éstos, en realidad, están más preocupados por la posible interposición de una class

action contra una de sus compañías líderes, simplemente por una conducta nimia llevada a cabo en EEUU.

Probablemente, el cambio más fácil y menos controvertido, consistiría en otorgar a los ciudadanos o residentes de EEUU la posibilidad de demandar a compañías estadounidenses – que, por cierto, podría considerarse a estos últimos efectos algo más que el lugar de constitución de la sociedad – con independencia de la ubicación de la transacción. Por si solo, este cambio no afectaría a las relaciones de reciprocidad dado que, en primer lugar, no amenazaría la solvencia de compañías extranjeras y, en segundo lugar, la primacía de la regulación estadounidense respecto de compañías de EEUU parece más que evidente. Ahora bien, lo que no queda nada claro es si hay la voluntad política para lograrlo.

En cualquier caso, aunque finalmente el trading de la NYSE no se transfiera fuera de EEUU, existen importantes problemas porque cada vez hay más competencia entre Exchanges y ello implica que el trading se está convirtiendo en un fenómeno global. Como se ha indicado al comienzo, movidos por la obligación de buscar las mejores condiciones de transacción posibles, los brokers pueden verse obligados a mover sus transacciones fuera de EEUU. Más aún, incluso si sólo un porcentaje de las transacciones se produce fuera de EEUU, algunos miembros de la Class Action puede tener importantes dificultades para demostrar que su transacción sí se produjo en EEUU. Si ello fuera así, aflora un importante problema de la mano de la conocida Regla 23(b)(3) – que requiere que las cuestiones comunes entre los miembros de la Class Action “predominen” –. Y es que surge un hecho “individual” que podría impedir que se certificara la Class.

2.3. Las reglas de la SEC

Parece obvio que, en cierto sentido, el caso Morrison favorece que la SEC dicte una serie de reglas básicas. Con anterioridad a Morrison, el tema de la aplicación extraterritorial

de las reglas antifraude parecía un problema de competencia por razón de la materia de los tribunales federales. Sin embargo, después de esta sentencia, está claro que no es un problema principalmente de competencia por razón de la materia y las reglas básicas que debe introducir la SEC pueden definir y cuándo y bajo qué condiciones una transacción es realmente extraterritorial. Así, como ya se indicó anteriormente, las ofertas hechas a ciudadanos o residentes estadounidenses puede definirse, por dichas reglas, como sujetas a la sección 5 de la Ley de 1933 y la sección 14 de la Ley de 1934, incluso si la transacción se efectúa fuera de EEUU.

Ahora bien, deben reconocerse unos límites lo más claros posibles. Los intentos de aplicar estas reglas a valores que cotizan mercados activos extranjeros u ofertas a ciudadanos de EEUU pero fuera de EEUU sólo van a provocar más crisis de reciprocidad. La SEC debe darse cuenta que, en esta materia, no recibirá una suerte de deferencia al más puro estilo de *Chevron*.⁴⁵ Ello principalmente porque la presunción en contra de la aplicación extraterritorial puede por encima de *Chevron*; por lo menos, para esta Corte Suprema liderada por Roberts. No debe desconocerse que la idea de aplicar el razonamiento contenido en dicha sentencia – esto es: que la rama judicial tenga deferencia por la ejecutiva – en cuestiones relacionadas con Exteriores y Seguridad Nacional ha sido propuesto por algunos académicos de reconocido prestigio tales como Eric Posner y Cass Sunstein⁴⁶ entre otros⁴⁷.

Precisamente, la SEC debe revisar el contenido

de su conocida Regulation S, ya que algunos de sus preceptos ya no pueden ser enforced. Si no tienen lugar en EEUU “esfuerzos para vender directamente” y la transacción acontece en el extranjero “offshore”, la SEC ya no puede pretender la venta a estadounidenses a través del denominado “periodo de cumplimiento de la distribución” (distribution compliance period)⁴⁸. El posicionamiento de la SEC sobre la base de la sección 929Y de la Ley Dodd-Frank resultará ilustrativa respecto de si este organismo comienza a entender la nueva realidad a la que se enfrenta. Pese a que la SEC puede intentar que se legisle a este respecto – si bien es dudoso que finalmente semejante legislación sea aprobada – no parece que pueda tener éxito en la gesta de enforce reglas que, de alguna manera, vuelvan a instaurar los tests de “conducta” y “efectos”. Parece que la SEC ya no puede supervisar los mercados del mundo entero.

3. LA REACCIÓN DEL CONGRESO ESTADOUNIDENSE: LA SECCIÓN 929 P DE LA LEY DODD-FRANK

De manera inmediata a dictarse la sentencia por la Corte Suprema en el caso *Morrison*, el congreso de los EEUU introdujo en la importante Ley Dodd-Frank una provisión que pretendía contrarrestar los efectos de dicha sentencia. Como ocurre habitualmente en EEUU, el Congreso, frente a una decisión judicial que no responde a los parámetros que considera apropiados, reacciona rápidamente introduciendo una legislación que “corrige” la corriente sentada por la Corte Suprema. En este caso, la reacción fue introducir, con cierta

⁴⁵ Vid. *Chevron USA, Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984).

⁴⁶ Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, *Chevronizing Foreign Relations Law*, 116 Yale L.J. 1170 (2007); Cass R. Sunstein, *Administrative Law Goes to War*, 118 Harv. L. Rev. 2663 (2005).

⁴⁷ Curtis A. Bradley, *Chevron Deference and Foreign Affairs*, 86 Va. L. Rev. 649 (2000). Vid. también Deborah N. Pearlstein, *After Deference: Formalizing the Judicial Power for Foreign Relations Law*, 159 U. Penn. L. Rev. (2011).

⁴⁸ Ahora bien, la regla 903 pretende evitar ventas a estadounidenses durante el “distribution compliance period” únicamente en el caso de que se produzcan transacciones de categoría tres. Y eso, incluso cuando la distribución es offshore y no hay “esfuerzos para vender directamente” en EEUU. Vid en concreto, 17 C.F.R. § 229.903(b)(3)(iii).

celeridad debido a los tiempos que se estaban manejando, la provisión 929P.

Una de las primeras cuestiones que se observa en la misma es que tiene un profundo calado jurisdiccional, alejándose así del ámbito de aplicación de *Morrison* puesto que, como se ha señalado anteriormente, la Corte Suprema en dicha decisión indicó explícitamente que no se trataba de una cuestión de jurisdicción sino del ámbito de aplicación de una determinada regla antifraude. Por lo tanto, una primera lectura de dicha nueva regulación pudiera llevar a afirmar que no va a desplegar ningún efecto más allá del caso *Morrison*.

Ciertamente, se ha pretendido dar como explicación que el lenguaje utilizado en dicha regulación constituye un error del Legislador puesto que ciertamente pretendía limitar el impacto de la sentencia en el caso *Morrison*, ampliando el número de supuestos que deberían dilucidar los tribunales estadounidenses respecto de casos que implicaran alegaciones de vulneración de la regla antifraude. El motivo, en principio, que cabría interpretar para dicho proceder es que, pese a lo establecido por la Corte Suprema, lo cierto es que los tribunales inferiores, incluidas las poderosas Cortes de Apelaciones, venían tratando esta cuestión bajo el epígrafe de jurisdicción. Por tanto, si el Legislador quería obtener la máxima efectividad posible, resultaba coherente que pretendiera influir en los tribunales que más sentencias van a dictar sobre el particular abordando la cuestión en el epígrafe en el que ellos habitualmente tratan esta cuestiones.

Como probablemente no podía ser de otra manera, el regulador estadounidense, la SEC, ha considerado que, con independencia de si se trata de una cuestión de jurisdicción o de las reglas materiales de imputación, la sección 929P de la Ley Dodd-Frank ha venido a reinstaurar los antiguos tests de la conducta y los efectos⁴⁹. Pero lo cierto es que hoy por hoy existe un importante problema al haberse pronunciado la Corte Suprema indicando que los tribunales estadounidenses sí tenían jurisdicción en estos casos (si bien la regla antifraude no podía aplicarse al exceder su ámbito de aplicación) y reafirmar dicha sección de la Ley Dodd-Frank que , efectivamente, sí tienen jurisdicción los tribunales de dicho país. Vendría a ser, exclusivamente, una reiteración de los indicados por la Corte; pero eso no soluciona el problema que previsiblemente pretende solventar el Legislador y la propia agencia estadounidense. Y es que los tribunales inferiores ya se están pronunciando en el sentido de denegar la extraterritorialidad de la normativa estadounidense sobre mercados de valores sobre la base del dictado de la sentencia en el caso *Morrison*⁵⁰.

La previsión contenida en la Ley Dodd-Frank indica que “la conducta acontecida en los EEUU debe constituir pasos significativos en el camino hacia la vulneración de la norma”. Ello se puede interpretar – o tal vez no – como algo más que una contribución a la vulneración de la norma. Por lo que se refiere a los efectos, la regla considera que los efectos deben ser “previsibles y sustanciales”, pero no indica que los mismos deben producirse sobre el mercado estadounidense o en sus inverso-

⁴⁹ Ello ha sido evidente en uno de los casos más comentados de los últimos tiempos: *SEC v. Goldman Sachs*. A este respecto se puede consultar el escrito presentado por SEC oponiéndose a la petición del imputado Francois Tourré de que el tribunal se pronunciará directamente sobre el fondo del asunto. Vid. Memorandum of Law in Opposition to Defendant Tourré's Motion for Judgment on the Pleadings p. 7 n.1, *SEC v. Goldman Sachs & Co. (SEC v. Tourré)*, 10 Civ. 3229 (S.D.N.Y. Oct. 13, 2010), 2010 WL 4530690,

⁵⁰ *Norex Petroleum Ltd. v. Access Indus., Inc.*, 631 F.3d 29 (2d Cir. 2010) donde se hace expresa referencia a una presunción en contra de cualquier aplicación extraterritorial contenida en la sentencia de *Morrison*, y por tanto archivando un procedimiento judicial iniciado bajo el auspicio de la normativa RICO, que por cierto tiene una dimensión tanto civil como penal.

res, o sobre transacciones con valores que acontezcan en territorio de EEUU. Sólo indica que los efectos deben darse “dentro de los EEUU”. En definitiva, la previsión introducida por la Ley Dodd-Frank puede interpretarse de tal forma que confirme la

jurisdicción de los EEUU sobre casos, que según Morrison, ya disponía; o, por el contrario, que amplíe supuestos de jurisdicción – eso sí, no indicando nada respecto de si la regla antifraude puede aplicarse a dichos supuestos –.

LA UNIÓN EUROPEA Y LA ARMONIZACIÓN DE LA SALVAGUARDIA PENAL DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN ¿EN BÚSQUEDA DE UNA POLÍTICA CRIMINAL?*

John A. E. VERVAELE**

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHO PENAL- HISTORIA DEL DESARROLLO¹

No es un secreto que los padres fundadores de las Comunidades Europeas pasaron por alto la importancia de la aplicación del derecho comunitario en un cierto grado. Aparte de unas pocas excepciones en el primigenio Derecho de los Tratados, como es la obligación de que los Estados Miembros criminalicen violaciones a la confidencialidad de la Euratom o el perjurio frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ellos mantuvieron un resuelto silencio en lo que concierne a la aplicación del derecho comunitario.

Los Tratados de la Comunidad Europea no brindaron una clara base legal de asignación de poderes, tanto en el caso de la aplicación directa por la CE (con excepción de la aplicación de reglas de competencia europeas), como en el caso de la aplicación indirecta del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Esto quiere decir que la ejecución de las políticas comunes agrícolas y pesqueras, el Código Aduanero de la Comunidad, el reglamento sobre las transacciones financieras y mercados financieros europeos, las reglas de fraude subvencional de la Unión Europea, las políticas ambientales europeas, las reglas eu-

ropeas sobre el derecho de las personas jurídicas, fueron dejada enteramente a la autonomía y discreción de los Estados Miembros.

La Comisión Europea reconoció rápidamente el vacío de aplicación en los tratados de las CE. Ya en 1976 se hizo un intento por completar los tratados de la CE con dos protocolos respecto al fraude y corrupción de la CE por funcionarios de las mismas. No obstante, ninguno obtuvo la aprobación política del Consejo de Ministros (Consejo)². En el período entre 1975 y 1990, la Comisión fue forzada por lo tanto a explorar en su lugar los límites políticos y legales de los Tratados de la CE. La Comisión, apoyada por el Parlamento Europeo, ya era entonces de la opinión que habría un déficit considerable en la aplicación por parte de los Estados Miembros en lo que respecta al cumplimiento de las políticas de la CE. Por lo tanto, la Comisión presentó varias propuestas legislativas concretas al Consejo, con el objetivo de obligar a los Estados Miembros a utilizar tanto el derecho administrativo (punitivo) como el derecho penal en la aplicación del derecho comunitario.

El Consejo aprobó muchas de las propuestas de la Comisión, compeliendo a los Estados Miembros a imponer sanciones administrativas punitivas, especialmente en el campo de

* Investigación desarrollada en el marco del proyecto: “Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional, Ministerio de economía y competitividad, España, DER2012-31368. Traducción a cargo de Virginia Naval Linares y Pamela Caro.

** Profesor de Derecho Penal Europeo y Económico, Utrecht School of Law; Profesor de Derecho Penal Europeo, College of Europe, Bruges.

¹ Para un análisis más detallado, ver J.A.E. VERVAELE, “The Europeanization of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration”, en Demaret/Govaere/ Hanf (eds.), 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, 2005, pp. 277 ff. y Haekkerup, Controls & Sanctions in the EU Law, Djoef Publishing, 2001.

² J.A.E. VERVAELE, Fraud against the Community. The need for European fraud legislation, 1992, pp. 85 ss.

la política agrícola común. Las regulaciones en cuestión estipulaban multas, decomiso de garantías financieras, exclusión de sistemas de subsidio, inhabilitación profesional, etc. Esta armonización no fue limitada en lo absoluto a sanciones reparatorias, sino también concernió expresamente a sanciones punitivas, llegando de este modo a las obligaciones, al menos de los Estados Miembros, del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³. Los Estados Miembros fueron obligados a proporcionar reglas para estas sanciones y aplicarlas. Por supuesto, los Estados Miembros fueron también libres de imponer estas sanciones completamente o en parte por medios de ejecución del Derecho Penal en lugar de usar de manera total o parcial la reglamentación administrativa, si esto estuviera conforme con los requisitos para su aplicación según lo establecido por el Tribunal Europeo de Justicia. La creciente influencia del derecho de la Unión Europea en las leyes penales no fue bien recibida por todos los Estados Miembros. Algunos Estados Miembros consideraron la aplicación de los Tratados de la CE demasiado extensa o, más aún, que habían impuesto obligaciones que carecían de una base legal adecuada. En 1990, Alemania sintió que el límite había sido alcanzado. Dos reglamentos en agricultura proporcionaron la excusa perfecta para iniciar una acción de anulación ante el Tribunal Europeo de Justicia. Los reglamentos no sólo prescribieron la restitución con una recarga por los subsidios injustificadamente obtenidos, sino también la exclusión punitiva de los sistemas de subsidio. Alemania era de la opinión que la Comunidad Europea no era

competente para prescribir sanciones penales. Lo que fue notable en este caso fue que ninguno de los otros Estados Miembros intervino para apoyar a Alemania en sus afirmaciones. Alemania recibió un brusco despertar cuando en 1992, el Tribunal en la sentencia del Caso C-240/90⁴ reconoció que la Comunidad Europea sí era competente para adoptar las medidas, incluyendo las sanciones punitivas. Esta sentencia histórica aclaró finalmente la controversia respecto a la competencia de la Comunidad Europea para armonizar sanciones administrativas (punitivas).

Con respecto a la aplicación del Derecho Penal, es principalmente gracias al TJUE que la autonomía de la aplicación por los Estados Miembros ha sido en cierto modo limitada. Los Estados Miembros estaban ligados a la interpretación del Tribunal respecto al Artículo 10 del Tratado de la CE (la obligación de cooperación o principio de lealtad). El Tribunal había establecido que los Estados Miembros tenían la obligación de aplicar el derecho comunitario, por lo cual debían adoptar procedimientos y sanciones que fueran efectivas, proporcionales y disuasivas, además, que ofrezcan un grado de protección que fuera análogo a lo ofrecido en la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional de una similar naturaleza e importancia (el principio de asimilación). No sólo recayó en la legislación nacional la obligación de cumplir estos requerimientos; sino éstos también tuvieron que ser puestos en práctica en el transcurso de su cumplimiento⁵. De la jurisprudencia del TJUE, queda bastante claro que el Derecho (Procesal) Penal perte-

³ Refiero al criterio-Engel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Engel y Otros vs. Países Bajos*, sentencia de fecha 8 de junio de 1976, Series A no. 22

⁴ Caso C-240/90, *Alemania vs. Consejo y Comisión*, [1992] ECR I-5383. Para un análisis detallado de la armonización de la CE sobre aplicación administrativa, ver J.A.E. VERVAELE, "Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?", en: J.A.E. Vervaele (ed.) *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in The Netherlands*, pp. 161 ff., <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0622-155517/4371.pdf>; J. Schwarze, „Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht“, *EuZW* 2003, 261 y Poelmanns, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁵ Ver el Caso 66/88, *Comisión vs. Grecia*, [1989] ECR 2965 y la Comunicación de la Comisión como resultado de este caso, OJ C 147/3, 1990.

nece a la esfera de competencia de los Estados Miembros, no obstante el derecho comunitario puede imponer requisitos en lo que se refiere al cumplimiento e interpretación de estas competencias en el marco de la aplicación del derecho comunitario. El Derecho Penal no sólo debe ser dejado de lado cuando las reglas a ser aplicadas resulten ser contrarias al derecho comunitario (integración negativa). Además de ello, el derecho comunitario establece inequívocamente requisitos, los cuales deben ser aplicados a través del Derecho Penal nacional, con la finalidad de cumplir con el derecho comunitario (integración positiva). Este deber de ejecución de acuerdos en concordancia con ciertos requisitos también se aplica al Derecho Penal si los Estados Miembros deciden que esta es la herramienta que usarán para aplicar el derecho comunitario⁶. Esto incluye, por ejemplo, la conformación de la política con relación a cuándo rechazar un caso o acusación, y el ejercicio de la persecución discrecional en casos que son pertinentes desde el punto de vista del derecho comunitario, donde los intereses de la CE también deben ser considerados⁷. No ha existido nunca una separación hermética entre la política del Derecho Penal de los Estados Miembros y la de la CE. Tanto de iure como de facto, el proceso de armonización indirecta del Derecho Penal nacional (en su mayoría con respecto a la definición de los delitos), ha continuado durante décadas. El orden legal y la integración de la Comunidad también incluyen al Derecho (Procesal) Penal de los Estados Miembros, como resultado de ello, la autonomía del Estado Miembro es limitada. El modelo de integración europeo no es compatible con una restricción del Derecho Penal a límites nacionales donde permanecería fuera de alcance de cualquier influencia del derecho comunitario en lo absoluto. Sin embargo, la pregunta clave fue si la compe-

tencia de la CE en cuanto a armonización llegaba tan lejos como para permitir que la CE obligue directamente a los Estados Miembros a criminalizar violaciones de las reglas de la Comunidad. ¿Era la CE competente para imponer condiciones con relación a la naturaleza y severidad de sanciones penales? ¿Acaso esta posible competencia se extendía también al ámbito de la ejecución *rationae materiae*, *rationae personae*, y *rationi loci*, a aspectos procesales, a las modalidades de ejecución (plazo de prescripción, retiro o [remoción de cargos], etc.)? En lo que concierne a estas preguntas, ha habido suficiente debate en la literatura. La mayoría de autores de Derecho Penal⁸ en Europa negaron que la CE tuviera poder alguno, ni siquiera menor, para armonizar directamente el Derecho Penal.

La Comisión y el Parlamento Europeo han intentado convencer por décadas al Consejo de imponer una obligación comunitaria a los Estados Miembros de aplicar penalmente la política de la CE. Las propuestas legislativas para este fin, por ejemplo en los campos de lavado de dinero y de insider dealing, fueron funcionales en su enfoque y solo proporcionaron armonización limitada. En términos generales, estas propuestas obligaban a los Estados Miembros a criminalizar ciertos actos deliberados y proporcionar así una sanción penal y, en el caso de delitos serios, una sentencia de prisión. Las propuestas no contenían ninguna disposición concreta respecto a la esencia de estas sanciones y sentencias de prisión. Sin embargo, incluso el limitado enfoque de armonización no ha podido nunca convencer al Consejo. Este, como es habitual, aprobó las propuestas, pero solamente después de enmendarlas de tal manera que las obligaciones fueron despojadas del paquete del Derecho Penal. Cualquiera y todas las referencias a la

⁶ Caso 68/88, *Comisión vs. Grecia*, [1989] ECR 2965 y el Caso C-226/97, *Lemmens*, [1999] ECR 195.

⁷ Caso C-265/95, *Comisión vs. Francia*, [1997] ECR I-6959.

⁸ La postura minoritaria entre abogados penales fue discutida, inter alia, por Grasso, Tiedemann, Delmas-Marty, Vogel y Vervaele quienes defendieron una limitada competencia funcional. Para una discusión interesante entre proponentes y oponentes, ver ZStrW 2004, 332 y B. SCHÜNEMANN, (ed.) *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, München, 2004.

naturaleza penal de las obligaciones fueron suprimidas sistemáticamente. Las disposiciones prohibitorias u obligatorias del Derecho Penal fueron reemplazadas por disposiciones prohibitorias u obligatorias de naturaleza administrativa. Obligaciones de imponer sanciones penales fueron reemplazadas por sanciones simples. La neutralización política sistemática de las propuestas de armonización del Derecho Penal de la Comisión podría ser indicativa de una unidad firme de parte de los Estados Miembros en el Consejo. Sin embargo, los Estados Miembros estaban divididos internamente en esta cuestión, hasta tal punto que, en 1990, los Ministros de Justicia asignaron un grupo de trabajo del Consejo que constaba de funcionarios públicos dedicados a la tarea de someter la relación del derecho comunitario y el Derecho Penal a una discusión de fondo⁹. Los expertos del gobierno convinieron en que el derecho comunitario podía establecer requisitos para el Derecho Penal nacional, pero no se pusieron de acuerdo en una posición inequívoca con respecto a la directa competencia de la armonización del Derecho Penal de la CE.

La pequeña mayoría de los Estados Miembros que estuvieron a favor de tal competencia no obstante deseó que ciertas condiciones se apliquen. Tal armonización sólo podría ser el apéndice de una política del derecho comunitario, por ejemplo, no siendo una armonización del Derecho Penal como tal. Esta armonización debería además dejar intacta una cierta cantidad de principios o garantías que los Estados Miembros consideraron esenciales para su propio Derecho (Procesal) Penal. Las señales de alerta a la armonización funcional fueron ciertamente en ese tiempo las siguientes: la persecución discrecional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sanciones mínimas y las sentencias discre-

cionales. Por lo tanto, el informe del dividido grupo de trabajo no llegó a producir un progreso político. Se comenzó a desarrollar una diferencia de opinión política fundamental¹⁰. Durante la conferencia intergubernamental para la preparación del Tratado de Maastricht, intentos holandeses de integrar aspectos de justicia penal, incluyendo el poder de armonización directa, dentro del derecho comunitario, estuvieron condenados al fracaso. El compromiso de Luxemburgo, conocido como la estructura de tres pilares, organizó la cooperación y armonización del Derecho Penal en un pilar semi-intergubernamental que entró en vigor como parte del Tratado de Maastricht en 1993. Con la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam en 1999, el tercer pilar perdió su carácter semi-intergubernamental y de este modo se convirtió en un ámbito político en toda regulación de la UE.

2. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: DEL ESTANCAMIENTO POLÍTICO AL FALLO DEL TJUE EN EL CASO C-176/03 SOBRE LA APLICACIÓN PENAL DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Estructurar el tercer pilar para incluir la directa competencia legislativa de la Unión Europea en el campo de cooperación en asuntos penales y armonización del Derecho Penal, no ha causado que la batalla se pierda, realmente sucedió lo contrario. Después de todo, el tercer pilar era un poder suplementario que no podía minar o interferir con la formación de poderes de la CE. Tanto el artículo 2 del TEU, como el artículo 47 del TEU en adición al Artículo 29 del TEU, eran claros respecto a esto. Si este poder existía o no, no dependía, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, de alguna regulación o directiva que impusiera un deber de armonizar el Derecho

⁹ Para el reporte del grupo de trabajo ad hoc ver J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the European Community*, 1992, p. 313.

¹⁰ Por ejemplo, los Estados Miembros fueron preparados para penalizar el lavado de dinero, basados en las obligaciones que derivan del derecho internacional hecho por la ONU y el Consejo de Europa, pero no por la CE. Ver declaración intergubernamental a la Directiva 91/308, OJ L 66/77, 1991.

Penal. Ni desuso de poder, ni la entrada en vigor del Tratado de la UE llevan a la caída de este poder. No es la voluntad política la que determina la competencia legal, al menos no sin enmienda del Tratado. Sin embargo, el tercer pilar del Derecho Penal ha sido definido por muchos como exclusivo, por ejemplo, excluyendo cualquier competencia de Derecho Penal dentro del primer pilar.

Yo consideraba que quedaba claro, desde el principio, que la división política del régimen legal entre el primer y el tercer pilar culminaría en una batalla institucional de competencia con respecto a la posición del Derecho Penal dentro de la Unión Europea. En el caso de muchas de las iniciativas legislativas durante el período de 1993 a 2005, la Comisión vino a oponerse diametralmente al Consejo. Ambas han estado implicadas en escaramuzas institucionales legislativas en relación con la Armonización del Derecho Penal. No hay razón para repetir cada iniciativa y contra-iniciativa, ahí dónde la CE y los Estados Miembros elevan el problema en el Consejo. En total, tres tipos de conflictos legislativos podrían ser distinguidos. El primer tipo puede ser distinguido como *warding off*. La Comisión envió propuestas para la armonización del Derecho Penal al derecho comunitario, las cuales fueron posteriormente rechazadas por el Consejo. En el mejor de los casos la propuesta estaba neutralizada y removida del paquete del Derecho Penal. Aquí, el Consejo aplica una antigua táctica legislativa que fue usada en el período anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. La propuesta de la Comisión para una regulación de los controles oficiales de alimentos y piensos¹¹ (2003) es un ejemplo excelente. La Comisión enfatizó la necesidad de proveer una armonización funcional de aplicación del Derecho Penal que completa la armonización ya existente de aplicación del Derecho Administrativo. La Comisión demanda que una lista básica de delitos cometidos intencionalmente o por seria negligencia que podría amenazar con la seguridad de los

alimentos y piensos, y por ende de la salud pública, y por el cual los Estados Miembros deben proporcionar sanciones penales; debería ser preparada. La lista no debería ser limitada a delitos relacionados a la actual puesta efectiva en el mercado, sino incluir todos los delitos que podrían llevar eventualmente a la puesta en mercado de alimentos y piensos inseguros. Para esta lista de graves delitos, los Estados Miembros deberían proveer estándares penales mínimos según el Artículo 55:

1. Los Estados Miembros establecerán las reglas en sanciones aplicables a infracciones de la legislación de alimentos y piensos, y tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse que sean implantadas. Las sanciones impuestas deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas. Los Estados Miembros notificarán aquellas disposiciones y cualquier enmienda posterior a la Comisión sin dilación.

2. Para el propósito del párrafo 1, las actividades a las que se hizo referencia en el Anexo VI serán infracciones penales cuando sean cometidas intencionalmente o por grave negligencia, en la medida en que incumplan reglas de alimentos y piensos de la Comunidad, adoptadas por los Estados Miembros con el fin de cumplir el derecho comunitario.

3. Las infracciones referidas en el párrafo 2 y la instigación o la participación en tales infracciones, deben, en cuanto a personas naturales, ser penalizadas por sanciones de naturaleza penal, incluyendo como la privación apropiada de la libertad y, en cuanto a personas jurídicas, las sanciones que incluirán multas penales o no-penales y pueden incluir otras multas, tales como exclusión del disfrute de beneficios o ayudas pública, descalificación temporal o permanente para contratar en actividades negativas, colocación en supervisión judicial o una orden de liquidación judicial¹².

El hecho de que graves sanciones de seguridad alimenticia puedan amenazar la salud pública

¹¹ COM(2003)52 final.

ha sido probado de manera concluyente en numerosos países europeos que, en algunos casos, por ejemplo, en el caso de envenenamiento del aceite de colza en España, ha producido la muerte de muchos. Sin embargo, los Estados Miembros no enviaron una propuesta para una decisión marco, sino que despojaron a la propuesta de la Comisión de sus envolturas de derecho penal en el Consejo. En la regulación adoptada¹², el Artículo 55 ahora se lee del modo siguiente:

1. Los Estados Miembros establecerán las reglas en sanciones aplicables a infracciones de normas de alimentos y piensos y otras disposiciones de la Comunidad relativas a la protección de la salud y bienestar animal y tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse de que sean implementadas. Las sanciones impuestas deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas.

2. Los Estados Miembros notificarán las disposiciones aplicables a infracciones de normas de alimentos y piensos y cualquier enmienda posterior a la Comisión, sin dilación”¹³

El segundo tipo de conflicto legislativo puede ser descrito como 'secuestro' por lo cual el contenido de una propuesta para una regula-

ción o directiva es copiado en una propuesta para una decisión marco o viceversa. Las propuestas competenciales concernientes a la aplicación del Derecho Penal de la política ambiental son un excelente ejemplo¹⁴. En un cierto número de casos, este enfoque ha llevado a un estancamiento, mientras que en otros ha llevado a la adopción de decisiones marco contrarias a la opinión de la Comisión y del Parlamento Europeo. El tercer tipo puede ser llamado 'cohabitación obligatoria', por la cual dos propuestas son elaboradas conjuntamente y en armonía entre ambas. Las disposiciones sustantivas y, según el caso, disposiciones respecto a armonización administrativa son incluidas en una directiva o regulación, mientras los aspectos de armonización de derecho penal son incorporados en una decisión marco. Un buen ejemplo de lo que es conocido como un enfoque de doble texto es la Directiva 2002/90, unida con la Decisión marco 2002/946, concerniente la inmigración ilegal¹⁵. Otro buen ejemplo concierne a la contaminación ambiental de barcos, donde ambas propuestas¹⁶ fueron preparadas por la Comisión¹⁷. El artículo 6 de la propuesta para una directiva incluye la obligación de proveer sanciones penales en cuanto al descargo ilegal de contaminantes como fue definido en la Convención Internacional de Marpol para la

¹² Reglamento de la UE 882/2004, OJ L 165, 30.4.2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0882:EN:NOT>

¹³ Reglamento (CE) No 882/2004 de fecha 29.4.2004 sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales, OJ L 165/97, 2004.

¹⁴ Decisión Marco 2003/80 de fecha 27.1.2003 sobre la protección del ambiente a través del derecho penal (OJ L 29, 2003) el cual fue anulado por la Corte de Justicia y la propuesta de una Directiva sobre la Protección del Ambiente a través del Derecho Penal, COM(2001), 139 de fecha 13 Marzo de 2001, OJ C 180, 2001, y enmendado por COM(2002) 544, OJ C 020 E, 2003.

¹⁵ Directiva del Consejo 2002/90/EC of 28.11.2002 definiendo la facilitación del ingreso no autorizado, tránsito y residencia, OJ L 328/17, 2002, y la Decisión Marco de fecha 28.11.2002 sobre el fortalecimiento del marco penal para prevenir la facilitación de ingreso no autorizado, tránsito y residencia, OJ L 328, 2002.

¹⁶ Directiva 2005/35/EC 7.9.2005 sobre la contaminación proveniente de embarcaciones y la introducción de penas por sanciones, OJ L 255/11, 2005 y la Decisión Marco del Consejo 2005/667 de fecha 12.7.2005 para fortalecer el marco del derecho penal para la aplicación del derecho contra contaminación proveniente de embarcaciones, OJ L 255/164, 2005.

¹⁷ Comúnmente, esto implica cooperación interinstitucional entre la Dirección General responsable por el asunto específico y la Dirección General por el tercer pilar.

prevención de contaminación de barcos, incluyendo casos de graves infracciones y penas privativas de libertad, también para personas naturales. La propuesta para una decisión marco hace referencia directa al Artículo 6 de la Directiva y además define las formas de las sanciones penales. La propuesta para una decisión marco además incluye disposiciones con respecto a equipos de investigación conjuntos, asistencia judicial mutua, etc. También aquí, las disposiciones de Derecho Penal en la propuesta para una directiva se demostraron en última instancia desagradables para el Consejo. En la Directiva aprobada, todas las referencias a las obligaciones de Derecho Penal fueron eliminadas.

En las propuestas con respecto a la migración y contaminación en el mar, la Comisión debió aceptar sus pérdidas, pero aun así no se rindió. La Comisión realizó una propuesta para una directiva y una decisión marco, con respecto a medidas penales para combatir delitos de propiedad intelectual de 12.7.2005¹⁸. Esta propuesta fue el desarrollo continuo de la Directiva 2004/48 con respecto a la aplicación de derechos de propiedad intelectuales¹⁹, que obligaron a los Estados Miembro a mantener el derecho privado y las medidas de derecho administrativo y a implementar las obligaciones derivadas del acuerdo internacional de los ADPIC que hace la ejecución penal obligatoria.

En la propuesta para una directiva, la Comisión claramente reclamó un poder directo para imponer la armonización del Derecho Penal, pero al hacer esto, se restringió a sí misma en la obligación para los Estados Miembros de criminalizar ofensas intencionales, para proveer ciertos métodos de participación criminal e imponer sanciones criminales incluyendo penas privativas de libertad. La de-

terminación adicional de las sanciones (nivel, etc.), la cuestión de jurisdicción y algunos aspectos de procedimiento penal, tales como la iniciación de procedimientos penales independientemente de una queja, fueron todos regulados bajo la decisión marco.

Este análisis adicional lleva a resaltar varias cuestiones. No hubo ninguna política legal europea coherente presente de derecho penal donde todos o algunos de los actores estuvieran implicados. Los Estados Miembros no estaban ante todo preocupados con la ejecución de la política de la Comunidad, sino con la lucha contra el terrorismo, crimen organizado, etc. El hecho que no se impusiera la obligación para que los Estados Miembros alcancen la armonización del Derecho Penal a través de una directiva o regulación no es una conclusión imparcial. Las decisiones marco necesitan unanimidad. Las directivas y regulaciones eran usualmente adoptadas por medio de co-decisiones y mayoría calificada. Además, en contraposición a las decisiones marco, las regulaciones así como disposiciones incondicionales y claras de directivas tienen efectos directos. En el primer pilar, la Comisión también tiene muchos más triunfos bajo la manga para obligar a los Estados Miembros a cumplir con la armonización del Derecho Penal. La Comisión puede iniciar procedimientos de infracción contra un Estado Miembro. Los Estados Miembros pueden ser considerados financieramente responsables por incumplimiento por medio de deberes de ejecución, y los Estados Miembros pueden incluso ser multados por no cumplir con sentencias judiciales. Por lo tanto el enfoque de la Comunidad tiene muchas ventajas, tanto en términos de legitimidad como en términos de eficiencia.

¹⁸ Propuesta para una directiva sobre medidas penales dirigidas a asegurar la aplicación derechos de propiedad intelectuales y la propuesta de una Decisión Marco para fortalecer el marco de derecho penal para combatir delitos de propiedad intelectual, COM(2005) 276 final.

¹⁹ OJ L 157/45, 2004.

El estancamiento político sólo pudo ser roto por un fallo en el principio de la Corte. La Comisión por lo tanto ha triunfado en provocar tal resolución formulando objeciones bajo el Artículo 35 (6) UE contra la legalidad de la decisión marco aprobada por el Consejo el 2003 en la ejecución penal de la ley ambiental²⁰. Con esta decisión, el Consejo dejó de lado una propuesta enviada por la Comisión para una directiva en la aplicación penal de la ley ambiental de 2001 con sustancia similar²¹. En el 2005, la Corte comunicó su tan esperada sentencia del Caso C-176/03. Esta sentencia es una segunda resolución histórica con respecto a la aplicación del derecho comunitario, la Corte reconoció la competencia de la CE para armonizar la aplicación del Derecho Penal al derecho comunitario. No menos de once Estados Miembros intervinieron en los procedimientos. Diez Estados Miembros²² apoyaron la posición del Consejo. Los Países Bajos fueron el único Estado Miembro en discutir a favor de una competencia de armonización penal combinada bajo la ley de la CE:

"(...) estipuló que la multa estaba inseparablemente unida a las disposiciones sustantivas relevantes de la Comunidad y que en realidad puede demostrarse que imponer multas bajo el Derecho Penal de esa forma es necesario para el logro de los objetivos del Tratado en el área respecti-

va (vea Caso C-240/90 Alemania v Comisión [1992] ECR I-5383.) Ese podría ser el caso de la ejecución de una regla de armonización basada, por ejemplo, en el Artículo 175 CE que aumentó a una necesidad de sanciones penales²³".

En primer lugar la Corte subraya que el tercer pilar no puede minar las competencias del primero, así el artículo 47 TUE dispone que nada en el Tratado de la UE debe afectar el Tratado de la CE. Con respecto a la competencia de derecho penal en el primer pilar la Corte acepta una aptitud de anexo criminal, funcional a la política sustantiva para asegurar la ejecución efectiva:

"47. una regla general, ni el Derecho Penal ni las reglas de procedimiento penal caen en la competencia de la Comunidad (ver, a este efecto, el caso 203/80 Casati [1981] ECR 2595, párrafo 27 y el caso C-226/97 Lemmens [1998] ECR I-3711, párrafo 19.)

48. Sin embargo, el hallazgo mencionado no impide que la legislación de la Comunidad, cuando la aplicación de sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas por las autoridades nacionales competentes constituyan una medida esencial para combatir graves delitos ambientales, tome las medidas relativas al derecho penal de los Estados

²⁰ Que la comisión no comenzó con los procedimientos antes de la Corte respecto al fraude de la CE puede ser explicado por razones legales. Al momento de la aprobación de la Convención PIF de 1995 bajo el tercer pilar Maastricht, aprobación de una directiva de armonización de derecho penal sólo podría haber sido posible en base al artículo 209A. Sin embargo, esta disposición no constituyó una base legal para la armonización. Esto fue únicamente introducido para el artículo 280 del Tratado de Ámsterdam sobre la Unión Europea. En esa base, en el 2001 la Comisión envió una propuesta para una directiva sobre armonización del derecho penal sin cuestionar la validez legal de las Convenciones. La propuesta de una directiva fue provocada, sin embargo, por los lentos procesos de ratificación y ratificaciones incompletas en los protocolos del PIF.

²¹ Ver COMTE, "Criminal environmental law and Community Competence", *European Environmental Law Review* 2003, 147 ff. en defensa del enfoque de la Comunidad. Discutido desde la posición contraria: Y. BURUMA y J. SOMSEN 'Een Strafwetgever te Brussel inzake milieubeschermining', *NJB* 2001, 795 y I.M. KOOPMANS 'Europa en de handhaving van het milieurecht: een pijler te ver?', *NTER* 2004, 127. Para una posición balanceada, ver ORTLEP/ WIDDERSHOVEN/ BACKES, et al. (ed.), *Lex Dura*, Sed Lex. Opstellen over de handhaving van omgevingsrecht 2005, pp. 159 ff.

²² Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido.

²³ De la consideración 36 en la sentencia de la Corte en el caso C-176/03.

Miembros que considere necesarias para asegurar que las reglas que declare en protección ambiental sean completamente efectivas.

49. *Debería ser también añadido que en este caso, aunque los Artículos 1 al 7 de la decisión marco determinan que cierta conducta que es especialmente perjudicial al entorno debe ser penada, que los Estados Miembros tiene elección de las sanciones penales para aplicar, aunque, de acuerdo con el Artículo 5 (1) de la decisión, las sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas.*

51. *Se deduce de lo anterior que, en razón de su finalidad y contenido, los Artículos 1 al 7 de la Decisión marco tienen como propósito principal la protección del entorno y podrían haber sido correctamente adoptados en base al Artículo 175 CE.*

52. *Ese descubrimiento no fue llamado en cuestión por el hecho de que los Artículos 135 EC y 280 (4) EC reservan a los Estados Miembros en las esferas de cooperación de costumbres y la protección de los intereses financieros de la Comunidad respectivamente, la aplicación del derecho penal nacional y la administración de justicia. No es posible inferir de aquellas disposiciones que para los propósitos de la implementación de la política ambiental, cualquier armonización de derecho penal, incluso una limitada como resultado de la decisión marco, deba ser excluida incluso dónde sea necesaria para asegurar la efectividad del derecho comunitario.”*

3. LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LA APLICACIÓN PENAL DE LAS POLÍTICAS DE LA UE DESPUÉS DEL CASO C-176/03: ¿UN PRIMER PROYECTO PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL?

En noviembre de 2005 la Comisión presentó una Comunicación²⁴ al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de

la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso C-176/03. La Comisión comienza por analizar el contenido y alcance de la decisión de la Corte. El artículo 47 del TUE establece que la legislación de la CE tiene prioridad sobre el Título VI del TUE, es decir, el primer pilar prevalece sobre el tercero. El Tribunal de Justicia considera, además, que el artículo 175 del TUE constituye una base jurídica adecuada para las materias reguladas en los artículos 1.7 de la Decisión marco. La Comisión resalta sutilmente que los artículos 1 a 7 son las disposiciones penales relativas a la definición de los delitos, al principio de la obligación de imponer sanciones penales, al nivel de las sanciones, a las sanciones que lo acompañan, así como a las normas relativas a la participación y la instigación. La Corte va más allá que el abogado general en sus conclusiones, no sólo por la aceptación de que la CE puede obligar a los Estados miembros a cumplir las medidas por medio del derecho penal, sino también porque puede determinar en detalle lo que los acuerdos deberían ser. La Comisión vuelve entonces al alcance de la sentencia del Tribunal. La Comisión pone de relieve el hecho de que la emisión de la sentencia no significa que el Tribunal haya reconocido a la presente aplicación penal como un área de la política de la CE. La ejecución penal no es más que el tubo de desagüe de un ámbito político sustantivo. Sin embargo, la Comisión no encuentra que la sentencia del Tribunal de Justicia pueda tener un impacto en todos los ámbitos políticos de la integración negativa (las cuatro libertades) y una integración positiva, posiblemente haciendo métodos de Derecho penal necesarios para garantizar su ejecución efectiva. Este criterio de necesidad se debe definir funcionalmente, en función de la superficie por área. Para algunas áreas de la política no se requiere la ejecución penal, pero para otras sí. La prueba de la necesidad también determina la naturaleza de las medidas penales que deben tomarse. El Tribunal no impone alguna restricción. Aquí también, el enfoque es funcio-

²⁴ COM(2005) 583 final.

nal. Podemos concluir que la Comisión desea, obviamente, dejar la puerta abierta cuando sea necesario para la armonización de los aspectos de la parte general del derecho penal o del derecho procesal penal. La Comisión indica, además, su preferencia por las medidas horizontales siempre que sean posibles, es decir, que trasciendan los ámbitos políticos específicos. Aquí podríamos pensar en medidas penales horizontales para el sector agrícola y los fondos estructurales en el marco de la lucha contra el fraude comunitario o el terrorismo o la delincuencia organizada. La Comisión también considera que la sentencia pone fin al enfoque de doble texto, es decir, la adopción de directrices y reglamentos de la política sustantiva y su ejecución administrativa, además de las decisiones marco para la ejecución penal de esa misma política. A partir de ahora, todo esto puede ser establecido en una sola directiva o reglamento.

En la segunda parte de la comunicación, la Comisión analiza las consecuencias de la sentencia de manera más específica. La Comisión, en primer lugar indica que las disposiciones del derecho penal sobre la policía y la cooperación judicial, incluidas las medidas relativas al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y las medidas basadas en el principio de disponibilidad, caen dentro del ámbito de competencias del tercer pilar. Esto también es válido para la armonización por se de la parte general del derecho penal o el derecho procesal penal en el marco de la cooperación y el reconocimiento mutuo. La armonización penal de ámbitos políticos que no son parte del Tratado CE, pero son necesarios para los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia; se colocan dentro del tercer pilar. Un punto interesante es que, en esta segunda parte, la Comisión también define las condiciones para la armonización penal utilizando las competencias de la Comunidad en virtud de 'La consistencia de la política penal de la Unión'. La Comisión indica claramente que la armonización penal en virtud de competencias de la CE sólo es posible si existe una clara necesidad de que la política en cuestión

sea eficaz. Por otra parte, las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad deben ser cumplidas. Esto significa que hay una estricta obligación de proporcionar argumentos y razones. La armonización puede referirse a la definición de las infracciones, las sanciones penales, pero también lo que se llama "otras medidas penales apropiadas para la zona en cuestión". Está claro que la Comisión, desde el principio, no deseó fijar simplemente la armonización de las definiciones de delitos y sanciones penales. La Comisión continúa diciendo que: "Las medidas penales adoptadas de manera sectorial sobre una base comunitaria deben respetar la coherencia global del sistema de derecho penal de la Unión, ya sean disposiciones sobre la base de la primera o la tercera columna, para asegurarse que las disposiciones no deriven en dispersas e inadecuadas. Tanto la Comisión, por un lado, y el Consejo y el Parlamento Europeo, por el otro, debe tener cuidado de garantizar esta coherencia y también evitar que los Estados miembros o las personas en cuestión sean obligados a cumplir con las obligaciones en conflicto.

4. LA SENTENCIA DEL CASO C-176/03: RECEPCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y EN EL CONSEJO DE JHA

A pesar de las opiniones unánimes de los diferentes servicios legales de los órganos de la UE, incluyendo la del Consejo mismo, la sentencia de la Corte fue recibida con asombro e incredulidad por muchos gobiernos. No es apenas sorprendente que la decisión de la Corte no fuera aceptada por los Estados Miembros dadas sus numerosas intervenciones en los procedimientos en favor del Consejo. Sin embargo, los gobiernos enfocaron su crítica principalmente en la Comunicación de la Comisión e introdujeron esto en el Consejo de JHA. En Dinamarca, el Ministro de Justicia no perdió tiempo en informar al Parlamento de la sentencia y enviando una reserva⁶¹⁸. El Ministerio mantuvo la opinión de que no se podía encontrar ningún fundamento jurídico en el Tratado de la CE, aunque expresara

conocimiento de que la sentencia de la Corte no estaba limitada al Derecho Ambiental. En Francia, la iniciativa vino del Parlamento mismo. El 25 de enero del 2006, la Comisión de Asuntos Europeos del francés *Assemblée Nationale* informó al Portavoz del Presidente de la *Assemblée*²⁵. La Comisión era de la opinión que la Corte actuó más allá de su competencia y demostró un cierto *fédéralisme judiciaire*. La Comisión también declaró que ya era hora de finalizar el *gouvernement des juges* y restaurar el poder a las entidades a quienes pertenecen, a saber los gobiernos de los Estados Miembros. La Comisión por lo tanto propuso aplicar la disposición transitoria del Artículo 42 TUE y de este modo crear un procedimiento de 'freno de emergencia' en el Consejo Europeo²⁶. La Comisión de Asuntos Europeos tampoco estuvo muy contenta con la comunicación de la Comisión de la UE en respuesta a la sentencia. Rechazó lo que considera 'su interpretación excesiva'. Según la Comisión, es imposible concluir de esta sentencia que haya una competencia de la Comunidad para una armonización criminal en todas las áreas de política comunes de la CE y las cuatro libertades del mercado interno. En vez de esto la Corte limitó este poder a objetivos esenciales, intersectoriales y fundamentales.

La Comisión de la UE había publicado mientras tanto una nueva propuesta para una directiva ambiental a través del derecho penal, reemplazando la anulada Decisión marco²⁷ y la propuesta para una directiva de 2001²⁸. En esta área, podemos hablar de un vacío legal a

ser llenado. A pesar de la cautelosa estrategia mencionada anteriormente, la Comisión envió un conjunto variado de propuestas con sustancia de derecho penal, la mayor parte de la cual estaba relacionada con la implementación adicional y ejecución de instrumentos de derecho internacional, incluyendo obligaciones de ejecución de derecho penal. La Comisión envió una propuesta enmendada para una directiva en medidas penales destinadas a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectual²⁹. Esta propuesta estaba relacionada con el Acuerdo de WTO sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el "Acuerdo sobre los ADPIC") que fue aprobado por medio de la Decisión del Consejo 94/800/EC³⁰. La esencia penal de la propuesta estaba de acuerdo a la propuesta para la directiva ambiental a un máximo alcance. Es interesante notar que, en otras propuestas, tales como la que plantea una nueva regulación en el Código de Costumbres de la Comunidad³¹, que es una de las áreas más armonizadas del derecho de la CE, la Comisión no incluyó ningún delito penal o sanciones penales del todo en el Artículo 22 en multas, aunque el considerando 12 de la regulación subraya la necesidad de sanciones disuasivas. Se puede decir lo mismo sobre el proyecto de reglamento con respecto al Sistema de Información de Visas (SIV) y el intercambio de información entre Estados Miembros respecto a visas de corta duración³². El artículo 29 de la propuesta de la Presidencia³³ parece ir más allá de la

²⁵ Memorándum de fecha 13.10.2005, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/a16a3e79/2005_sv21.pdf

²⁶ <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvggy6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh7rdrlf7yxv.pdf>

²⁷ Esto refiere al proceso de freno de emergencia dispuesto en una propuesta para un Tratado Constitucional Europeo en el caso de armonización del derecho penal que representa una amenaza a intereses esenciales de un Estado Miembro.

²⁸ Decisión Marco del Consejo 2003/80/JHA, OJ L 29/55, 09.02.2003.

²⁹ COM (2001) 139 final

³⁰ COM (2006) 186 final.

³¹ OJ L 336, 23.12.1994, p. 1.

³² COM (2005) 608.

³³ COM (2004) 835.

propuesta de la Comisión³⁴. Sin embargo, ambas se detienen en la imposición de sanciones penales por el abuso de información. Lo mínimo que se puede decir es que no queda muy claro de las propuestas cuándo y por cuáles criterios la Comisión en realidad opta por obligaciones de derecho penal. Un anteproyecto de política legislativa penal ciertamente no estaba guiando la práctica aún.

5. EL SEGUNDO FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO C-440/05 EN APLICACIÓN PENAL DE LA CONTAMINACIÓN PROCEDENTE DE EMBARCACIONES; LA REINTRODUCCIÓN AL ENFOQUE DE DOBLE TEXTO.

La Decisión marco 2005/667 trata temas de transporte marítimo (y sus efectos ambientales) y contiene reglas muy específicas sobre la armonización de sanciones penales. Tanto los Estados Miembros como el Tribunal de Justicia consideraron este caso como un nuevo caso histórico. En los procedimientos ante la Gran Sala de la Corte de Justicia, no menos de 19 Estados Miembros intervinieron, todos en apoyo del Consejo de Ministros³⁵.

El Defensor General (AG, advocate general) Mazák, en su opinión del Caso C-440/05 recalcó que, en contradicción a la opinión expresada por ciertos gobiernos, el Artículo 47 TUE establecía la primacía de la acción y el derecho comunitario bajo el Tratado de la

CE sobre actividades emprendidas en base al Título V o Título VI del Tratado TUE³⁶ y eso no hace una diferencia si la Comunidad, al momento de la adopción de la Decisión marco ya había o aún no había adoptado la legislación con respecto a las materias cubiertas³⁷. Segundo, él señaló que, si la Corte fuera a encontrar que, por una razón u otra, no hay tal competencia bajo la política de transporte, este descubrimiento, hablando estrictamente, no sería el final de la historia. Puede haber alternativas para la base legal en el Tratado de la CE. El AG, sin embargo, rechazó el argumento de los Estados Miembros que la competencia penal de la CE debería ser limitada al entorno o a materias sustanciales con un enfoque horizontal en el Tratado de la CE. Su enfoque fue principalmente que la competencia del derecho penal debería ser un corolario del principio general de la efectividad del derecho comunitario (principio *effet utile*). Por esta razón, aceptó que el Art. 80 (2) de la CE en efecto proporciona la base legal para la aplicación del derecho penal de la contaminación procedente de embarcaciones, en vez del Art. 31 (1) (e) y el Art. 34 (2) (b) TUE; y él propuso que la Corte debería anular la Decisión marco 2005/667/ JHA. Sin embargo, también estuvo de acuerdo con la opinión del AG Ruiz Jarabo Colomer en el caso C-176/03: "el legislativo de la Comunidad está facultado para obligar a los Estados Miembros a imponer sanciones penales y prescribir que sean eficaces, proporcionales y disuasivas; pero más allá de eso, no está facultado para especificar las sanciones a ser impuestas³⁸". Él creyó que esto podría lle-

³⁴ Art. 29 de la Propuesta de la Comisión: "Los Estados Miembros establecerán las reglas sobre sanciones aplicables a infracciones de las disposiciones de este Reglamento relacionado a la protección de información y tomará todas las medidas necesarias para asegurar que sean implementadas (...)".

³⁵ En los siguientes países se admitió la intervención: Portugal, Bélgica, Finlandia, Francia, Eslovaquia, Malta, Hungría, Dinamarca, Suecia, Irlanda, República Checa, Grecia, Estonia, Reino Unido, Letonia, Lituania, los Países Bajos, Austria y Polonia.

³⁶ Parágrafo 53 de la opinión.

³⁷ Parágrafo 57 de la opinión.

³⁸ Parágrafo 103 de la opinión.

var de otra manera a la fragmentación y comprometer la coherencia de sistemas penales nacionales y que los Estados Miembros estén, generalmente, mejor equipados que la Comunidad para trasladar el concepto de sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas a sus sistemas legales y contextos sociales respectivos. El TJE primero siguió el mismo razonamiento que en el caso C-176/03. Consideró que era su tarea el asegurarse que los actos que, según el Consejo, caen en el alcance del Título VI no invadan los poderes conferidos a la Comunidad por el Tratado de la CE. El TJE recalcó que la política común de transporte es una de las fundaciones de la Comunidad y que el Consejo, bajo el Artículo 80 (2) EC, puede decidir a qué grado, y mediante qué procedimiento se pueden establecer disposiciones apropiadas para transporte marítimo. Puesto que el Artículo 80 (2) no contiene ninguna limitación explícita, el legislador de la Comunidad tiene poderes legislativos amplios bajo el Artículo 80 (2) y es competente para tomar medidas para mejorar la seguridad de transporte. Por otra parte, las formas de protección ambientales forman parte de la política común de transporte.

Concretamente, el TJE revisó cuidadosamente la esencia y objetivos de la Decisión marco 2005/667. Su propósito principal es en efecto mejorar la seguridad marítima y optimizar la protección del entorno marítimo. El Consejo fue de la opinión que las sanciones penales eran necesarias para asegurar el cumplimiento de las reglas de la Comunidad en seguridad marítima.

El TJE llegó a una doble conclusión. Los artículos 2, 3 y 5 de la Decisión marco deben ser considerados como destinados esencialmente a mejorar la seguridad marítima, así como la protección ambiental, y podría haber sido válidamente adoptado en base al Artículo (80) 2. Esto quiere decir que la definición de los delitos y sus elementos constitutivos, cuestiones de responsabilidad penal, la prescripción de la obligación de estipular sanciones penales para personas naturales, y la obligación de estipu-

lar sanciones penales o administrativas para personas jurídicas deben ser tratadas en virtud del derecho de la CE. Sin embargo el TJE llegó a la conclusión de que el tipo y el nivel de sanciones penales a ser aplicadas no caen en la esfera de competencia de la Comunidad. El legislador de la Comunidad puede no adoptar disposiciones como los Artículos 4 y 6 de la Decisión marco. Este último punto viene como una sorpresa. Muchos instrumentos de la CE contienen disposiciones de sanciones concretas, incluyendo en el tipo y nivel y la responsabilidad de personas jurídicas, e incluyendo la prescripción de sanciones administrativas o penales, definidas como sanciones administrativas o prescritas como administrativas o sanciones penales. Los Estados Miembros permanecen libres de elegir entre sanciones administrativas o penales cuando definan el tipo y nivel de sanciones. Sin embargo, el TJE consideró la prescripción del tipo y nivel de sanciones administrativas o penales como una competencia del tercer pilar.

Este fallo tiene varias consecuencias. La competencia del derecho penal funcional de la CE ha sido confirmada, aún fuera del campo horizontal de protección ambiental. Si la política de la CE es una política importante de la CE, entonces la competencia funcional puede ser incluida en los poderes discrecionales para tomar todas las medidas apropiadas. Sin embargo, la armonización del derecho penal continúa siendo necesaria, y el único camino para alcanzar este objetivo (esto es, la ejecución de esa política). En otras palabras, también en el derecho de la CE, el derecho penal es ultima ratio y es necesario para el *effet utile*. La competencia funcional del derecho penal ha sido, por lo tanto, extendida de manera amplia pero aún no queda claro qué políticas de la CE son incluidas en la realidad y cuáles se excluyen. Con respecto al ámbito de competencia, el TJE ha estipulado claramente que se puede prescribir la naturaleza de la sanción penal bajo el derecho de la CE, pero que el tipo de sanción penal y el nivel de ésta se debe prescribir bajo el derecho de la UE. El fallo del TJE no trata explícitamente de otros posibles asun-

tos relacionados al derecho penal de la CE, tal como, por ejemplo, la jurisdicción y designación de puntos de contacto para la cooperación transnacional. Como los Artículos 2, 3 y 5 de la Decisión marco deben haber sido válidamente adoptados en base al Artículo (80) 2, la Decisión marco infringe el Artículo 47 UE y, siendo indivisible, tuvo que ser anulada completamente. Por consiguiente la Comisión tuvo que elaborar una nueva directiva para la contaminación proveniente de embarcaciones, introduciendo sanciones para infracciones. La directiva fue adoptada en el 2009³⁹. La Comisión de la Unión Europea mientras tanto había publicado una nueva propuesta para una directiva en el entorno a través de derecho penal⁴⁰, reemplazando la Decisión marco⁴¹ anulada y la propuesta para una directiva del 2004⁴². La nueva directiva en protección del ambiente a través de derecho penal, adoptada en el 2008⁴³, tiene en cuenta el fallo del TJE en el caso de la contaminación procedente de embarcaciones y contiene en el artículo 5 sólo una obligación de proveer una protección de derecho penal en esta área, no llenando el tipo y el nivel de sanciones penales. De hecho la directiva sólo repite la fórmula del caso del maíz griego, pero aplicado a sanciones penales: Los Estados Miembros deben proveer sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas.

6. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Aunque el TJE reconoció en 1991 en el caso C-240/90⁴⁴ que la CE era competente para prescribir y armonizar la aplicación del derecho administrativo de políticas de la CE, aún incluyendo sanciones punitivas, no puede decirse que la CE haya hecho uso relevante de su

poder en los últimos 20 años. Por el contrario, de hecho: Es notable que, en muchas áreas del derecho comunitario ninguna iniciativa se haya tomado en esta dirección. Uno podría pensar en, por ejemplo, el derecho ambiental, derecho tributario, reglamentación de servicios financieros (banca y seguridades), reglamento de costumbres, etc. Es mi opinión que la Comisión ha mostrado una insuficiente iniciativa para dar cualquier forma sistemática o consistente a la armonización de la aplicación administrativa de políticas de la CE. La Comisión no ha hecho uso de su poder para perfilar una política de ejecución de la CE de donde podamos claramente concluir en qué área de la política la armonización de ejecución administrativa por los Estados Miembro sería necesitada. A menudo un enfoque ad hoc era aplicado por los Directivas Generales de la Comisión.

Los fallos del TJE de la competencia del derecho penal en el primer pilar eran decisiones históricas en la división de trabajo dentro de la organización institucional de la Unión Europea. Su importancia no fue limitada a temas de competencia, ya que tenían consecuencias para las interacciones con el orden legal de los Estados Miembros (método de la comunidad versus método del tercer pilar). Gracias a la reglamentación votaron por las primeras directivas con sustancia propia de derecho penal en la Unión Europea. Sin embargo, su impacto fue limitado ya que el tipo y el nivel de sanciones penales debían ser definidos en un segundo instrumento del tercer pilar. Es asombroso ver que ni los Estados Miembros ni la Comisión enviaron una propuesta del tercer pilar o una propuesta para una directi-

³⁹ Directiva 2009/123 sobre contaminación proveniente de embarcaciones y la introducción de penas por infracciones, OJ L 280/52, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:280:0052:0055:EN:PDF>

⁴⁰ COM(2007) 51 final.

⁴¹ Decisión Marco del Consejo 2003/80/JHA, OJ L 29/55, 09.02.2003.

⁴² Com(2001) 139 final.

⁴³ Directiva 2008/99 sobre la protección del ambiente a través del derecho penal, OJ L 328/28 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF>

⁴⁴ Caso C-240/90, Alemania vs. Consejo y Comisión, [1992] ECR I-5383.

va bajo el artículo 83 (2) del TFEU, llenando el tipo y nivel de sanciones penales en el campo ambiental. Tal como se tiene, hay menos armonización de ejecución del derecho penal del ambiente bajo la estructura real adoptada por la decisión marco, pues la última contenía obligaciones que van más allá con respecto a sanciones penales. El resultado es que la armonización en el ámbito del derecho penal está solamente dirigida a establecer mínimos elementos constitutivos en respeto a ciertas infracciones penales.

Concluyendo podemos decir que ni la Comisión ni los Estados Miembros han enviado propuestas legislativas basadas en una bien pensada aplicación y política de derecho penal de políticas armonizadas de la CE. El Consejo aceptó ya en sus Conclusiones de Tampere de 1999 que ‘esfuerzos para acordar definiciones, incriminaciones y sanciones comunes deberían ser concentrados en primera instancia en un número limitado de sectores de una relevancia particular’⁴⁵, pero el programa Tampere⁴⁶ ha proporcionado claramente dirección insuficiente. Incluso en áreas de política de integración de gran alcance, tal como el mercado interno, la unión de costumbres o la unión monetaria, no había ninguna política de ejecución clara. Tanto en el Consejo como en la Comisión el enfoque ha sido de modo predominantemente ad hoc y ecléctico. Lo que es llamativo en este contexto es que la Comisión no ha enviado ninguna propuesta de la CE para la protección penal del Euro, lo que es después de todo política monetaria de la CE ‘dura’, y concuerda completamente con el Consejo en la elaboración de una decisión marco⁴⁷. Es también llamativo que, en algunas áreas de la política, la Comisión haya fracasado en desarrollar cualquier iniciativa para la armonización del derecho penal administra-

tivo o derecho penal o sólo lo ha hecho escasamente. En este contexto, uno podría pensar en reglamentaciones de seguridad y servicios financieros. Es cierto que la Directiva de Abuso del Mercado de 2003⁴⁸ obliga a los Estados Miembros a imponer las disposiciones de manera administrativa, pero no se ha prescrito ninguna sanción obligatoria. El artículo 14 (2) autoriza a la Comisión de crear una lista de medidas administrativas y sanciones, pero esta lista es meramente informativa.

La falta de cualquier política de derecho penal bien contemplada también es reflejada en las iniciativas para la armonización del derecho penal. Por qué, por ejemplo, la Comisión presiona para la armonización de protección del derecho ambiental y penal de los intereses financieros de la CE, pero fracasa al hacer lo mismo en el campo de competencias o pesquería o el financiamiento del terrorismo. ¿Por qué los Estados Miembros presionan para la armonización de derecho penal del terrorismo, xenofobia, la protección de víctimas de crímenes, pero no para la armonización de derecho penal de graves violaciones de reglas de seguridad alimentaria, infracciones de propiedad intelectual o la administración financiera de negocios?

7. LA POLÍTICA LEGISLATIVA CRIMINAL DEL CONSEJO EN LA VÍS-PERA DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Tanto los Estados Miembros como el Consejo sintieron la necesidad de racionalizar el contenido de su trabajo legislativo en el campo del derecho penal. Ya en 1992 el Consejo se muestra de acuerdo en el enfoque en cuanto a aproximación de las multas⁴⁹. El Consejo ela-

⁴⁵ Conclusión N° 48.

⁴⁶ Mas recientemente actualizado por COM(2004) 0401.

⁴⁷ Decisión Marco 2000/383, sobre el aumento de protección mediante sanciones penales y otras contra la falsificación en conexión con la introducción del Euro, OJ L 140/1, 2000.

⁴⁸ Directiva 2003/6, OJ L 96/16, 2003.

⁴⁹ Doc. 914/02 DROIPEN 33, <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1304.pdf>

bora un enfoque dual. En algunos casos, el Consejo establece que puede ser suficiente el estipular que los Estados Miembros proveerán que las infracciones a la ley concernidas sean punibles por multas efectivas, proporcionales y disuasivas y lo dejan a cada Estado Miembro para que determine el nivel y tipo de las multas. En otros casos, el Consejo acepta la necesidad de ir más allá y acuerda establecer un sistema de 4 niveles de multas a ser utilizado en la legislación:

Nivel 1: Penas de un máximo de al menos entre 1 y 3 años de prisión

Nivel 2: Penas de un máximo de al menos entre 2 y 5 años de prisión

Nivel 3: Penas de un máximo de al menos entre 5 y 10 años de prisión

Nivel 4: Penas de un máximo de al menos 10 años de prisión (casos donde penas muy graves sean necesarias)

En la práctica la racionalización de la armonización del derecho penal a través de requisitos mínimos para que el nivel máximo de las penas a ser dispuesto por el derecho nacional en respeto de delitos especificados no haya sido muy exitoso e insuficiente para elaborar un enfoque común de ejecución del derecho penal en la legislación de la Unión Europea. Esto es ciertamente la razón por la que el Consejo adoptó en el 2009 conclusiones en disposiciones modelo⁵⁰, guiando las deliberaciones de derecho penal del Consejo. El Consejo apuntaba a las ventajas siguientes: a/ Directrices y disposiciones modelo facilitarían las gestiones dejando espacio para centrarse en la sustancia de las disposiciones específicas; b/ mayor coherencia facilitaría la transposición de disposiciones de la UE en el derecho nacional y c/ la interpretación legal sería facilitada cuando se redacte nueva legislación penal en concordancia con directrices acordadas que hayan sido construidas en elementos comunes. El propósito principal es sin embargo que las disposiciones modelo deberían guiar un futuro tra-

bajo del Consejo en iniciativas legislativas que puedan incluir disposiciones penales.

Las disposiciones modelo del Consejo integran la conclusión 2002 en penas. Por otra parte las disposiciones modelo hacen referencia explícitamente al Tratado de Lisboa: "Si la aproximación de derechos penales y reglamentos de los Estados Miembros se demuestra imprescindible para asegurar que la implementación efectiva de una política de la Unión en un área que ha estado sometida a medidas de armonización, como en virtud al Artículo 83 (2) del Tratado de Lisboa, debería seguir la práctica de establecer el nivel mínimo de pena máxima".

Las conclusiones en las disposiciones modelo de 2009 están tratando tanto con la necesidad de disposiciones penales como con la estructura de disposiciones criminales. Con respecto al test de necesidad las conclusiones insisten en que se debería introducir la ejecución del derecho penal sólo cuando sea considerado esencial para la protección del interés legal, y como una regla a ser usada solamente como un último recurso. Esta prueba doble (elemento necesario para la protección del interés legal y ultima ratio / ultimum remedium) es concretado aún más esté insistiendo en proporcionalidad y subsidiariedad. Disposiciones de derecho penal deben dirigir claramente definidas y delimitadas conductas (lex certa), que no pueden ser dirigidas efectivamente por medidas menos severas. Se aplican estos criterios en las disposiciones modelo a dos áreas:

- en las áreas de delito especialmente grave con una dimensión transfronteriza que resulta de la naturaleza o impacto de tales delitos o de una necesidad especial de combatirlos en una base común o
- si la aproximación de derechos penales y reglamentos de los Estados Miembros se demuestra imprescindible para asegurar la im-

⁵⁰ <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1156.pdf>

plementación efectiva de una política de la Unión en un área que ha estado sometida a medidas de armonización

Finalmente, al definir tal necesidad, una evaluación de impacto final debe tener en cuenta el valor añadido previsto de una disposición penal comparada con otras medidas de ejecución, la conducta dañosa grave y/o extendida y la conducta perjudicial frecuente, además el impacto en disposiciones penales existentes en la legislación de la UE y en diferentes sistemas legales con la UE. Es claro que estos criterios de evaluación de la necesidad de disposiciones penales contienen principios generales de derecho penal y temas de política penal y son dirigidas a las dos áreas sustantivas bajo el artículo 83 TFEU, los euro-delitos bajo el art. 83 (1) y la ejecución del derecho penal de políticas armonizadas de la UE (anexo-competencia) bajo el art. 83 (2).

La segunda parte de las disposiciones modelo están tratando con la estructura de disposiciones penales como tales. El esquema de la disposición modelo está mencionando los elementos constitutivos de los delitos, , elementos de la parte general (incitar/ayudar/instigar e intentar), penas, responsabilidad de personas jurídicas y penas contra personas jurídicas. Esto quiere decir que las disposiciones en jurisdicción o en asistencia legal mutua o reconocimiento mutuo, tratado dentro de las anteriores convenciones y decisiones marco de la UE, no han sido incluidas en las disposiciones modelo.

Con respecto a la definición del elemento material del delito se proponen los criterios siguientes: Lex certa, previsibilidad, comportamiento que causa daño real o amenaza grave al derecho o interés esencial a ser protegido. El peligro abstracto del derecho o interés protegido es sólo posible si es apropiado para la protección del interés o del derecho. Con respecto al elemento moral , como una regla general la legislación penal de la UE debería tratar solamente con comportamientos intencionalmente comprometidos. Sin embargo se

puede incluir negligencia cuando se apropie especialmente para la protección del interés o derecho. Se excluye explícitamente la responsabilidad estricta. Con respecto a incitar ayudar e instigar, las disposiciones modelo imponen la criminalización, siguiendo la criminalización del delito principal. Al tratar con intentos las reglas modelo son algo cautelosas. Ellas hacen referencia a un test de necesidad y proporcionalidad y a consideración de los regímenes diferentes bajo la ley nacional.

Cuando se trata de penas, las reglas modelo proveen dos regímenes (llamémoslos modelos A y B.) En algunos casos puede ser suficiente proveer sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas y dejar a cada Estado Miembro el determinar el nivel de las penas (modelo A). En otros casos puede haber una necesidad de ir más allá en la aproximación de los niveles de las penas (modelo B). En estos casos las conclusiones del Consejo de 2002 en penas se aplican. Es llamativo que las disposiciones bajo el modelo B no traten con el tipo de sanciones penales. Cuando la armonización del derecho penal bajo el art. 83 (2) está en juego, ciertamente no será suficiente limitar la armonización a la privación de libertad.

Finalmente las disposiciones modelo contienen disposiciones amplias en responsabilidad de personas jurídicas y penas contra personas jurídicas. Ellos introducen la obligación de asegurar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable por infracciones penales pero sin imponer un esquema de responsabilidad penal. La atribución de responsabilidad está basada en beneficio para la persona jurídica y atribución de la responsabilidad (ajena) de personas naturales para personas jurídicas. Una disposición específica está tratando con la responsabilidad por falta o supervisión o control, pero también en este caso debe haber beneficio para la persona jurídica. La responsabilidad de personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales. Se prescribe la responsabilidad de personas jurídicas para entidades que tienen personalidad jurídica, salvo estados o

cuerpos públicos en el ejercicio de autoridad estatal y para organizaciones públicas internacionales. Cuando se trata de penas contra personas jurídicas, las disposiciones modelo prescriben una lista de penas diferentes (como exclusión de beneficios públicos, liquidación judicial, colocación bajo supervisión judicial, multas). Sin embargo, estas penas de una naturaleza criminal o no deben conocer el estándar de penas efectivas, proporcionales y disuasivas. Es asombroso que las disposiciones modelo contengan disposiciones muy detalladas en responsabilidad de personas jurídicas, pero se atienen a la práctica bajo el Tratado de Maastricht y Ámsterdam y evitan la posibilidad de responsabilidad penal obligatoria en algunas áreas de derecho penal sustantivo

Aunque las disposiciones modelo del Consejo fueron adoptadas un día antes que el Tratado de Lisboa entrara en vigor (30 de noviembre de 2009) y apuntaban a guiar el trabajo futuro del Consejo en iniciativas legislativas que pueden incluir disposiciones penales, son más mucho más una sistematización del desempeño pasado, que un eventual documento de política penal. Ellos no toman en consideración los cambios sustantivos bajo el Tratado de Lisboa. El Tratado de Lisboa provee una organización legal nueva para la legislación penal con el propósito de prevenir y castigar el crimen en el área común de libertad, seguridad y justicia. No sólo la sustancia de armonización del derecho penal y las reglas aplicables han sido cambiadas por el Tratado de Lisboa, sino también el objetivo de armonización. El artículo 3 TEU declara ciertamente eso.

"La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un área de libertad, seguridad y justicia sin fronteras internas en las que la libre circulación de las personas esté asegurada en conjunción con medidas apropiadas con respecto a controles de borde externo, asilo, inmigración y la prevención y combate del crimen".

La prevención y el castigo del crimen se ha con-

vertido, comparada con el artículo 2 del Ámsterdam TEU, en un objetivo que está relacionado con derechos y deberes de los ciudadanos, relativo no sólo a la libre circulación de personas. Vista la redacción de artículo 82 TFEU, la armonización de derecho penal y proceso penal es también una herramienta necesaria para fortalecer la cooperación judicial en materias criminales basadas en reconocimiento mutuo y confianza mutua. Desde esta perspectiva las disposiciones modelo del Consejo no nos guían con relación al contenido de elecciones de política penales. ¿Qué intereses legales merecen protección penal y a qué extensión? Este es ciertamente el caso para el art. 83 (2) para el que no se había construido mucho acervo en el pasado, ni bajo el anterior tercer pilar ni bajo el primer pilar. Las directivas de protección del derecho penal en el campo ambiental son las excepciones a la regla.

A la luz del artículo 2 TFEU que declara eso, en caso de competencia compartida, los Estados Miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercitado su competencia, se vuelve más y más necesario saber para qué áreas y en qué medida la Unión Europea está dispuesta a llenar su competencia. Como un factor atenuante podríamos decir que el Consejo como tal no tiene ningún derecho de iniciativa legislativa y no está muy bien colocada como para elaborar políticas legislativas. Por otro lado, las disposiciones modelo del Consejo son un documento de política discutido a fondo y adoptado por los Estados Miembros en el Consejo y los Estados Miembros si tienen iniciativa legislativa.

8. ¿UNA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL BAJO EL TRATADO DE LISBOA?

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión Europea y particularmente el Directorado General (DG) Justicia, ha tomado una postura proactiva sobre el tema. En su sitio web⁵¹ DG Justicia explica detalladamente tres competencias específicas para el derecho

⁵¹ http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_en.htm

penal en el TFEU. Primero, la UE puede adoptar directivas que provean reglas mínimas en cuanto a la definición (elementos constitutivos y sanciones penales) de Euro-delitos bajo el artículo 83 (1). El artículo 83 (1) contiene una lista de particularmente 10 áreas serias de crimen con una dimensión transfronteriza. Incluyen terrorismo, tráfico de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de droga, tráfico ilícito de armas, lavado de dinero, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada. Segundo, la UE puede adoptar también directivas, bajo artículo 83 (2), disponiendo reglas mínimas en la definición de infracciones y sanciones penales si son esenciales para asegurar la efectividad de una armonizada política de la UE. Tercero, DG Justicia hace referencia al deber de proteger los intereses financieros de la UE, bajo los artículos 310 (6), 325, 85 y 86 TFEU, que podrían incluir, si es necesario por medio del derecho penal. Esto querría decir que el art. 325 TFEU podría ser usado como una base legal adecuada para la protección del derecho penal de los intereses financieros de la UE. Queda poco claro si la DG Justicia es de la opinión que esta competencia podría incluir también reglamentos que proveen disposiciones de derecho penal en lugar de directivas.

La Comisión publicó en septiembre de 2011 una Comunicación titulada "Hacia una Política Penal de la UE- asegurando la implementación efectiva de políticas de la UE a través del derecho penal"⁵², que trata específicamente con la competencia bajo el artículo 83 (2) TFEU. La Comisión tiene conciencia del hecho de que para lo que es llamado falta de una base legal explícita en este respeto anterior al Tratado de Lisboa, sólo muy pocas medidas han sido tomadas con el propósito de fortalecer la ejecución de políticas de la UE. En una primera parte la Comisión profundiza en ámbito de la legislación penal de la UE. La Comisión subraya que el artículo 83 (2) busca fortalecer la confianza mutua, asegurando la

ejecución efectiva y coherente y consistente en el derecho penal europeo mismo. El artículo 83 (2) no enumera infracciones específicas o áreas del crimen. Por esa razón la Comisión elabora esta comunicación como guía para las elecciones de políticas, usando o no el derecho penal como una herramienta de ejecución, también en relación a otras herramientas de ejecución como la administrativa. La Comisión también añade el artículo 235 (4) del TFEU, haciendo referencia a la protección de los intereses financieros de la UE:

"4. El Parlamento Europeo y el Consejo, actuando de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, después de consultar la Corte de Auditores, adoptarán las medidas necesarias en los campos de prevención y lucha contra fraude que afecta los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección efectiva y equivalente en los Estados Miembros y en todas las instituciones de la Unión, cuerpos, oficinas y agencias."

Sin embargo, la Comisión no está haciendo ninguna referencia explícita a directivas o reglamentos con una sustancia de derecho penal. Sin embargo, insertarlo bajo el ámbito de legislación criminal en este documento está siendo considerado como una posibilidad.

Segundo, la Comisión está tratando con la cuestión de qué principios deberían guiar la legislación del derecho penal de la UE. La comunicación hace referencia a principios generales como el de subsidiariedad y respeto por derechos fundamentales, refiriendo explícitamente a la Carta de Derechos Fundamentales y el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), pero no haciendo referencia al artículo 6 (3) TEU, y por ende no refiriéndose explícitamente a derechos fundamentales como queda garantizado por el TEDH y 'como ellos resultan forman las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros'. Me parece imposible elaborar una política criminal que no tenga en cuenta

⁵² COM(2011) 573 final http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf

las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros y subraya “común”, pues ellas son una fuente directa para los principios generales de derecho de la UE bajo el artículo 6 (3) TEU. Tras la referencia a los principios generales, la Comisión sigue el enfoque de dos pasos de las disposiciones modelo del Consejo. El paso 1 es la decisión de adoptar o no medidas de derecho penal del todo (último recurso-ultima ratio/ ultimum remedium). El test de necesidad y proporcionalidad propuesto está escrito de una forma negativa (restringe a menos que necesario y proporcional) sin tomar en cuenta que pueden ser obligaciones positivas bajo derechos fundamentales a investigar, procesar y castigar, también bajo artículo 83 (2). El paso 2 está tratando con los principios que guían la decisión de qué tipo de medidas de derecho penal se debe adoptar. El texto hace referencia al concepto de “reglas mínimas” y excluye la armonización completa pero subraya al mismo tiempo la necesidad de certeza legal. Los requisitos para la seguridad jurídica, sin embargo, no son los mismos que para la legislación nacional, ya que la directiva debe ser aplicada en el derecho nacional y no puede crear o agravar la responsabilidad penal como tal. Es sorprendente que la Comisión no esté profundizando en el concepto de reglas mínimas, ya que esta formulación ya se utilizaba en el Tratado de Amsterdam. Estas reglas mínimas están relacionadas con los objetivos de Tratado, incluyendo protección equivalente y disposiciones comunes a la hora de tratar con crimen transfronterizo o ejecución de políticas de la UE. Esto quiere decir que el concepto de reglas mínimas es funcional a los objetivos del Tratado y no un criterio autónomo. En cuanto a las sanciones la Comisión hace referencia tanto al tipo de sanciones como al nivel de sanciones (teniendo en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes) que deberían ser implementadas en la ley nacional. La elección de sanciones debe ser eviden-

cia conducida y enviada al test de necesidad y proporcionalidad. Interesante es que la Comisión insista en adaptar las sanciones al crimen, el cual tiene consecuencias para la elección de tipo de sanciones y consecuencias para la elección de responsabilidad penal para personas jurídicas. Así queda claro que la Comisión no excluye la responsabilidad penal de personas jurídicas y sanciones penales para personas jurídicas de la competencia bajo el artículo 83 (2) TFEU. Finalmente, las reglas mínimas pueden incluir también disposiciones en jurisdicción, además de otros aspectos que sean considerados parte esencial para la ejecución efectiva de la disposición legal.

Tercero, la Comisión está tratando con la elección de áreas de política donde el derecho penal de la UE podría ser necesitado. Los criterios son falta de ejecución efectiva o diferencias significativas entre Estados Miembros que llevan a ejecución inconsistente de reglas de la UE. Aún en ese caso la Comisión deberá evaluar caso por caso los problemas de ejecución específicos y la elección para la ejecución administrativa y/o penal. Sin embargo, la Comisión ya está indicando en esta Comunicación ámbitos de prioridad para la armonización de derecho penal bajo artículo 83 (2). Están mencionadas tres áreas seleccionadas:

- El sector financiero, por ejemplo con respecto a abuso de mercado y transacciones con información privilegiada.⁵³
- La lucha contra el fraude que afecta el interés financiero de la Unión Europea.
- La protección del euro contra la falsificación

La Comisión menciona además un conjunto de áreas (no es una lista exclusiva) en el que la ejecución del derecho penal podría desempeñar un rol:

- Economía ilegal y la criminalidad financiera

⁵³ Ver ‘Communication on reinforcing sanctioning regimes in the financial sector’, COM (2010) 716 final de fecha 08.12. 2010.

- Transporte terrestre.⁵⁴
- Protección de Datos.⁵⁵
- Derecho aduanero.
- Protección ambiental.
- Política pesquera.
- Políticas vinculadas al mercado interior (falsificación, corrupción, contratación pública).

La evaluación debe tener en cuenta un conjunto entero de factores, incluyendo la seriedad y carácter de la abertura y la eficiencia del sistema de ejecución. La elección para la ejecución administrativa y/o la ejecución penal es parte de esta evaluación. La lista de temas no es exclusiva pero es algo sorprendente que la falsificación y la piratería de productos, seguridad de alimentos y piensos y la corrupción no están en la lista prioritaria de las áreas ya elegidas. Ya hay acervo de derecho penal para la corrupción⁵⁶. La Comisión ya había enviado en 1995 una propuesta para una directiva en medidas penales destinada a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectual y una propuesta para una decisión marco que fortaleciera la estructura del derecho penal para que combatiera las infracciones de propiedad intelectual⁵⁷. La Comisión ya había tratado en el 2003⁵⁸, en vano, de adoptar un reglamento que contenía obligaciones de ejecución de derecho penal en el área de alimentos y piensos.

Mientras se escribe este artículo, el Comité sobre Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Interiores del PE (Parlamento Europeo) está trabajando en un "Informe de un enfoque de

la UE en el derecho penal". El ponente Cornelis de Jong publicó un proyecto de informe en febrero de 2012⁵⁹, tras escuchar sobre el tema en diciembre de 2011. El resultado final debería ser una resolución del PE sobre el tema. El proyecto de informe contiene una exposición de motivos y el proyecto de una resolución del PE. En tanto que el contenido relacionado al proyecto de resolución une los test de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad con los principios generales del derecho penal (*lex certa*, *nulla poena sine culpa*, *lex mitior*, etc.) y corresponde completamente a la Comunicación de la Comisión de 2011. El proyecto de resolución no contiene ninguna referencia respecto a la elección de áreas de política que deberían tener protección penal. Más interesante es el enfoque procesal. La resolución exige un acuerdo interinstitucional en los principios y métodos de trabajo que rigen propuestas para disposiciones de derecho penal sustantivo futuras e invita la Comisión y el Consejo a establecer un grupo de trabajo interinstitucional en el que estas instituciones y el Parlamento puedan redactar tal acuerdo y discutir materias generales con el objetivo de asegurar la coherencia en el derecho penal de la UE. Tal y como está hay un Grupo de Trabajo del Consejo en derecho penal sustantivo (DROIPEN, en inglés) y un nuevo grupo de coordinación entre los distintos servicios en derecho penal en la Comisión. Además la Comisión ha decidido en febrero de 2012 instalar un grupo experto formal en el grupo de políticas penales de la UE⁶⁰. En el PE no hay estructura formal del todo.

⁵⁴ Ver el Documento de Trabajo de la Comisión SEC (2011) 391 de fecha 28.03. 2011, acompañando el Libro Blanco. 'Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system', COM (2011) 144 de fecha 28.03.2011.

⁵⁵ Ver la comunicación 'A comprehensive approach on personal data protection in the European Union', COM (2010) 609 de fecha 04.11.2010.

⁵⁶ [Decisión Marco 2003/568/JHA sobre combatir la corrupción en el sector privado.

⁵⁷ COM (2005) 276 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf

⁵⁸ COM (2003) 52 final.

⁵⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPACT%2BPAGE-454.679%2B02%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FEN>

⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:053:0009:0010:EN:PDF>

9. ARMONIZACIÓN CRIMINAL EN LA PRÁCTICA BAJO EL TRATADO DE LISBOA

La directiva del 2011/36 sobre la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas⁶¹ es la primera directiva que ha sido adoptada bajo el artículo 83 (1). Contiene el contenido clásico como previsto bajo las disposiciones modelo del Consejo e incluye armonización específica de tipo y nivel de sanciones (modelo B de las disposiciones modelo del Consejo), pero va también más allá de eso, ya que trata con aspectos de jurisdicción, embargo y confiscación y algunos aspectos relacionados con investigación y procesamiento y desde luego muchos aspectos de protección de víctima y sus derechos. La directiva del 2011/92⁶² al combatir el abuso sexual, explotación sexual de niños y pornografía de niños sigue completamente el mismo patrón. Mientras tanto el Consejo acordó también un consenso⁶³ en una propuesta para una directiva en ataques contra sistemas de información, reemplazando la decisión marco 2005/222/JHA. También en esta directiva se ha optado por la armonización de tipo y nivel de las sanciones penales (el modelo B). Sin embargo, estas directivas no siempre siguen los niveles de cuatro tipos de armonización de penas privativas de libertad como fueron elaboradas en el acuerdo de 1992 sobre sanciones penales, como fue incorporado a las disposiciones modelo del Consejo. La influencia del PE como co-legislador ha resultado, a través de enmiendas para represión más severa, en otros niveles de sanción.

La primera iniciativa bajo el artículo 83 (2) es en efecto en una de las tres áreas ya elegidas en la Comunicación de septiembre de 2011, a saber en el sector financiero y en sanciones criminales para operaciones con información

privilegiada y abuso de mercado. La Comisión utiliza los criterios de política de la Comunicación de septiembre de 2011 para su evaluación e incluso ha producido en 2010 una comunicación sobre "Reforzando regímenes sancionadores en el sector de servicio financiero"⁶⁴ basado en una investigación comparativa por los tres Comités Supervisores (Comité de Supervisores de la Banca Europea, Comité de Seguros Europeo, Supervisores de Pensiones de Jubilación y Comité de Reguladores de Seguridad Europeo) en la equivalencia de los regímenes sancionadores en el sector financiero en los Estados Miembros. La revisión de la Comisión en cooperación con los Comités de los Supervisores explica detalladamente divergencias y debilidades sustanciales en los regímenes sancionadores nacionales.

- Algunas autoridades competentes no tienen a su disposición tipos importantes de poderes sancionadores para ciertas violaciones.
- Los niveles de sanciones pecuniarias administrativas varían ampliamente a través de los Estados Miembros y son demasiado bajos en algunos de éstos
- Algunas autoridades competentes no pueden dirigir sanciones administrativas a personas tanto naturales como legales
- Las autoridades competentes no tienen en cuenta los mismos criterios en la ejecución de sanciones
- La divergencia existe en la naturaleza (administrativa o criminal) de las sanciones mantenidas en la legislación nacional
- El nivel de ejecución de sanciones varía a través de los Estados Miembros

Como una consecuencia, la Comisión considera que se debería poner un estándar común mínimo y que este estándar común mínimo podría incluir sanciones criminales para las violaciones más serias. La propuesta de direc-

⁶¹ Directiva 2011/36 de fecha 5 de Abril de 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF>

⁶² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:EN:PDF>

⁶³ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st11/st11566.en11.pdf>

⁶⁴ COM (2010) 716 final.

tiva sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado⁶⁵ sometida en octubre de 2011, es parte de un paquete de texto doble legislativo que incluye también una proposición para una regulación respecto a información privilegiada y (abuso de mercado)⁶⁶. De hecho la regulación propuesta basada en artículo 114 TFEU y destinada a reemplazar la directiva 2003/6/EC⁶⁷, es la organización reguladora básica. La regulación de la propuesta contiene todas las definiciones, obligaciones y prohibiciones y regula también el régimen de ejecución administrativo aplicable incluyendo sanciones administrativas de un carácter no punitivo y punitivo. Esto quiere decir que la regulación propuesta contiene disposiciones muy detalladas en la definición del comportamiento ilícito y en las sanciones administrativas aplicables, incluyendo el tipo y nivel de sanciones (similar para que cite como ejemplo retirada de la autorización o sanciones pecuniarias para personas jurídicas hasta 10% de su facturación anual total en el año de negocio precedente)⁶⁸. La directiva propuesta es el resultado de la evaluación de la Comisión en la necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad de ejecución de derecho penal en el sector financiero. La Comisión llegó a un resultado positivo en lo que las infracciones serias de abuso de mercado conciernen. La directiva propuesta es sorprendente desde ángulos diferentes. Aunque la reglamentación propuesta y la directiva propuesta sean un paquete regulador y contengan realmente algunas referencias, la directiva propuesta hace referencia solamente a las definiciones de instrumentos financieros e información interna en la reglamentación propuesta, pero reformula la definición de operaciones con información privilegiada y manipulación de mercado. Es-

tas definiciones en la directiva propuestas y reglamentaciones no son formadas de la misma manera; las que están en la directiva propuesta se escriben en un estilo más preciso y no contienen explicaciones adicionales y detalles. Segundo, vista la evaluación de la necesidad de armonización de derecho penal para asegurar la ejecución efectiva de política de Unión contra el abuso de mercado, es también sorprendente que la directiva propuesta esté eligiendo lo que nosotros hemos llamado modelo A de las disposiciones modelo del Consejo, esto quiere decir que hay suficiente en esta área para proveer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas y dejar a cada Estado Miembro el determinar el tipo y nivel de las penas. Este tipo de armonización de derecho penal fue ya posible bajo el primer pilar del Tratado de Amsterdam, incluso tras el régimen esto me lleva al tercer punto. No se discute la elección de artículo 83 (2) como base legal. No hay ninguna consideración con relación a si el artículo 83 (2) es más apropiado que una base legal enlazada al área de política sustancial (servicios financieros). La consecuencia de la elección del artículo 83 (2) es al menos que Dinamarca no esté participando en la adopción de esta Directiva⁶⁹ y que el Reino Unido e Irlanda tiene una elección pero ninguna obligación de hacerse parte de y obligado por la directiva⁷⁰. En otras palabras, es posible bajo el artículo 83 (2) que las obligaciones de ejecución penales que se consideraron en línea de proporcionalidad y subsidiariedad y consideradas necesarias para la ejecución efectiva de una política de la UE armonizada, no estén obligando a tres países de la Unión Europea, incluido el país de la Unión Europea con el mayor centro de servicios financieros. En este sentido la propuesta es más un retroceso que un avance.

⁶⁵ COM (2011) 654 final, 20.10.2011.

⁶⁶ COM (2011) 651 final, 20.10.2011.

⁶⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0016:EN:PDF>

⁶⁸ Artículo 26 de la propuesta.

⁶⁹ En concordancia con los artículos 1 y 2 del Protocolo no. 22.

⁷⁰ En concordancia con los artículos 1, 2, 3 y 4 del Protocolo 21.

La segunda área de prioridad bajo el artículo 83 (2) concierne a la protección del interés financiero de la UE. El acervo en este campo data del Tratado de Maastricht, siendo el reglamento de 1995 sobre ejecución administrativa (punitiva)⁷¹ y la Convención de 1995 y dos protocolos⁷² sobre aplicación penal. La Comisión envió ya en 2001 una propuesta para una directiva en la protección penal del interés financiero de Comunidad⁷³, pero la propuesta no se discutió nunca a fondo en el Consejo. La nueva propuesta de directiva concierne no sólo la "Lisbonización" del acervo de Maastricht, sino también algunos puntos nuevos sustanciales como la aplicación de su ámbito material de los delitos sustantivos, redefinición de criterios de jurisdicción y la responsabilidad penal de personas jurídicas. Queda claro a la luz del acervo, que esta propuesta será una modelo B para la armonización de sanciones, incluyendo armonización de tipo y nivel de las sanciones obligatorias. Al momento de escribir este artículo, la Comisión estaba, sobre la base de evaluación de impacto, elaborando un proyecto de propuesta. Los puntos de discusión son, por supuesto, la responsabilidad penal de personas jurídicas, pero también la base legal a ser usada. El artículo 235 (4) TFEU contiene una base legal para medidas necesarias con una visión de permitir protección efectiva y equivalente en los Estados Miembros y en la Unión Europea. La ventaja de esta opción es que la propuesta podría ser también una reglamentación y que estaría obligando a todos los Estados Miembros incluyendo Dinamarca, Irlanda

y el Reino Unido. Se espera la propuesta formal durante julio de 2012.

En lo que respecta a la tercer área prioritaria, la protección penal de la falsificación de la moneda única, el archivo se refiere a la "Lisbonización" de la Decisión marco de 2000 sobre la creciente protección por sanciones penales y otras contra falsificación en conexión con la introducción del euro⁷⁴. Por el momento, no hay ninguna iniciativa legislativa en trámite.

Con respecto a las otras áreas por las cuales la Comisión todavía debe decidirse respecto a en qué extensión la armonización de la ejecución penal es necesaria (como política de costumbres, economía ilegal y criminalidad financiera, protección de datos, etc.), tampoco hay propuestas legislativas en el conducto. La Comisión ha publicado una comunicación sobre "Un Único Mercado para derechos de propiedad intelectuales. Impulsando la creatividad e innovación para proporcionar crecimiento económico, trabajos de alta calidad y productos y servicios de primera clase en Europa"⁷⁵, tratando también con la lucha contra falsificación y piratería. Sin embargo, hasta ahora no hay ninguna propuesta legislativa en el conducto, aunque la Comisión presentara en 1995 una proposición para una directiva en medidas criminales destinadas a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectuales y una propuesta para que se adopte una decisión marco para fortalecer la organización del derecho penal y se combata infracciones de propiedad intelectual⁷⁶. Con respecto a la corrupción, la Comisión ha publicado una co-

⁷¹ Reglamento 2988/95 sobre la protección del interés financiero de la CE, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995R2988:EN:HTML>.

⁷² Convención sobre la protección del interés financiero de las comunidades Europeas de fecha 26 de julio de 1995, OJ C 316, 27.11.1995; Primer Protocolo de fecha 27 de setiembre de 1996 para la Convención, OJ C 313, 23.10.1996 y Segundo Protocolo para la Convención, OJ C 221, 19.07.1997.

⁷³ COM(2001) 272 final.

⁷⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l33090_en.htm

⁷⁵ COM(2011) 287 final, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf.

⁷⁶ COM (2005) 276 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf.

municación sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea⁷⁷. En algunas de las áreas de la política, se mencionada que la Comisión ha ofrecido un estudio, sobre sanciones en el campo de transporte en carretera comercial.

10. CONCLUSIÓN

El impacto del proceso de integración europeo en el derecho penal ha sido muy sustancial.

El déficit de la ejecución de políticas de Unión Europea, tanto en la ley como en la práctica, ha producido obligaciones de ejecución en la Unión Europea que incluyen obligaciones punitivas de derecho administrativo y penales con el propósito de conseguir la aplicación efectiva de las políticas de la UE en los Estados Miembros. Desde la entrada en vigencia del Tratado de Ámsterdam y la creación de un área de libertad, seguridad y justicia, se han armonizado áreas sustantivas de grave crimen (los llamados crímenes del euro, como crimen organizado, terrorismo, tráfico de seres humanos, cibercrimen, etc.), con el objetivo de fortalecer la cooperación judicial en materias criminales basadas en reconocimiento mutuo y confianza mutua. El propósito total de ambos enfoques es impedir y castigar el crimen en el área de libertad, justicia y seguridad.

Viendo la aptitud compartida⁷⁸ en el campo del derecho penal, basado en soberanía compartida y objetivos comunes entre los Estados Miembros y la Unión Europea, es lógico que tanto la Unión Europea como los Estados Miembro elaboren políticas penales, también en el área derecho penal europeo. Pero la competencia compartida también quiere decir que las políticas criminales tanto europeas como nacionales deben y debieron tener una dimensión doble, una europea y una nacional. De hecho, la política criminal europea debe tomar en cuenta tradiciones comunes en los Estados

Miembros y las políticas penales nacionales deben tener en cuenta la dimensión europea de su ejecución de derecho penal nacional. La prevención y el castigo del abuso de mercado, la comercialización de materiales de comida peligrosos o de tráfico de seres humanos, solo por dar algunos ejemplos, pueden ser conseguidos únicamente a través de la integración de las políticas penales nacionales y de la Unión Europea.

Esto incluye que la política penal de la UE y las políticas penales nacionales deberían establecer los objetivos, teniendo en cuenta los objetivos del tratado de la Unión Europea. ¿Qué se necesita para ofrecer a los ciudadanos de la Unión Europea un área de libertad, seguridad y justicia en la que se asegure la libertad de circulación de las personas en conjunción con la prevención y lucha contra el crimen? ¿Está claro que no debemos abordar la delincuencia transfronteriza, sino que se tiene que lidiar también con la ejecución penal de las políticas de la Unión, si resulta necesario? ¿Qué tipo de intereses legales necesita y se merece la protección del derecho penal? Creo que todavía podemos hacer una diferencia entre:

- Interés legal propio de la Unión Europea (falsificación de la moneda única, protección de los intereses financieros de la Unión Europea, corrupción de funcionarios de la Unión Europea).
- Intereses legales comunes en el área de libertad, seguridad y justicia (euro-crímenes - artículo 83 (1) TFEU).
- Interés legal vinculado a las políticas de armonización de la Unión Europea (competencia anexo- artículo 83 (2) TFEU).

Tanto la Unión Europea como los documentos de políticas penales nacionales deberían tratar con estas tres dimensiones.

⁷⁷ COM(2011) 308 final [http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12\[1\].pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12[1].pdf)

⁷⁸ Artículo 2 del Tratado constitutivo de la Unión Europea.

La política penal debe estar basada en principios, combinando los tests de necesidad (ultima ratio), subsidiariedad y proporcionalidad y principios generales del derecho penal. Pero eso es solamente una parte de la historia. La política penal es desde luego también sobre política, esto quiere decir que se deben hacer elecciones políticas sobre los intereses que merecen y necesitan protección del derecho penal. Esta protección de derecho penal debe ser definida en relación con otros regímenes de ejecución, especialmente la ejecución administrativa punitiva. La política criminal incluye también la elaboración de instrumentos de ejecución integrada de políticas comunitarias, incluyendo prevención, ejecución administrativa y ejecución penal. A la luz del artículo 2 TFEU que declara eso, en caso de que exista competencia compartida, los Estados Miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no tenga ejercitada su competencia, por ello se vuelve necesario saber para qué áreas y en qué medida la Unión Europea está dispuesta a llenar su competencia. Las reglas mínimas que conciernen a la definición de infracciones y sanciones penales, como está definida en el artículo 83. Una vez que la Unión Europea haya utilizado su competencia, será imposible despenalizarla a nivel nacional o incluso cambiar sustancialmente los elementos constitutivos de las infracciones o de las penas o de sobrecriminalizarla. Por otra parte, se puede ver de las nuevas directivas basadas en artículo 83 (1) TFEU que las reglas mínimas con respecto a la definición de infracciones y sanciones penales incluyen aspectos también relacionados de jurisdicción, cooperación judicial en materia penal, protección de víctima, etc. Desde esta perspectiva de estándares equivalentes comunes en el área de libertad, seguridad y justicia se vuelve menos evidente que los Estados Miembro puedan reclamar que esta armonización debería dejar intacto un cierto número de principios o garantías que algunos de los Estados Miembros consideraron ser esenciales para su propio derecho penal (procesal). Las banderas rojas a la armonización funcional eran tradicionalmente: discreción fiscal, responsabilidad cri-

minal de personas jurídicas, penas mínimas, discreción del sentenciado. Se puede utilizar el freno de emergencia bajo artículo 83 TFEU para este propósito, pero este instrumento es mejor procesalmente en ultima ratio política. Finalmente la política penal no se limita a legislación del derecho penal, sino debería dirigir también la implementación y aplicación en los Estados Miembros (en los libros y en la práctica). Esto quiere decir que también la administración de justicia en el sentido amplio (de autoridades policiales hasta tribunales penales) en el Estado Miembro debe estar dirigida desde una perspectiva de ejecución efectiva con el propósito de llevar a cabo los objetivos comunes europeos.

La prevención y el castigo del crimen se han convertido en un objetivo que está relacionado a derechos y obligaciones de ciudadanos en el área de libertad, seguridad y justicia (artículo 3 TEU). Habiendo visto el artículo 82 TFEU, armonización de derecho penal y procesal penal es también una herramienta necesaria para fortalecer la cooperación judicial en asuntos penales basadas en reconocimiento y confianza mutua. Desde esta perspectiva ni las disposiciones modelo del Consejo, ni el proyecto de resolución del PE nos guían en relación al contenido de las elecciones de política penales. ¿Qué intereses legales merecen protección penal y en qué medida? Este es ciertamente el caso del art. 83 (2) para el cual nulo o muy poco acervo había sido reunido en el pasado, ni bajo el anterior tercer pilar ni bajo el primer pilar. La Comunicación de la Comisión de 2011 va un paso más adelante y trata con las elecciones de política. Esto es claramente de valor agregado, pero permanece poco claro en qué base y por qué criterios las áreas de política han sido o podrían ser seleccionadas para la protección del derecho penal. Una vez ha sido decidido que un área de política necesita protección de derecho penal. También es poco claro cuál es la sustancia que debería extraerse de esto. ¿Es limitado a derecho penal sustantivo o debería incluir también aspectos relativos de procedimiento penal? ¿Es limitado a imponer sanciones pe-

nales efectivas, proporcionales y disuasivas (un modelo) o incluye armonización de tipo y nivel de sanciones (modelo B)? El papel verde en la aproximación, reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales en la Unión Europea⁷⁹ nos ofrece en los anexos un inventario interesante y una comparación de la legislación de los Estados Miembros pero lamentablemente no incluye sanciones específicas como multas financieras; inhabilitaciones; confiscaciones; inhabilitación de licencias, cierre temporal de actividades.

Esto quiere decir que las sanciones específicas para la ejecución de políticas de la Unión Europea, tan importante en el área bajo el art. 83 (2) han sido dejadas fuera del inventario y la comparación.

Aunque la Unión europea esté definitivamente en búsqueda de una política de derecho penal para la ejecución de políticas de la Unión Europea, está haciéndolo sin ninguna coherencia interinstitucional. Por otra parte la Unión Europea tiene dificultad para tomar decisiones coherentes en cuanto a si la protección del derecho penal es necesaria y si es así cuál debería ser la sustancia de eso. El programa de Estocolmo nos da poca o ninguna orientación en relación con artículo 83 (2). La lista sustancial de temas en la Comunicación de la Comisión de 2011 es bastante diferente de la lista de políticas de Unión Europea que se eligió en el estudio de Klaus Tiedemann sobre derecho penal económico en la Unión Europea⁸⁰. En ese estudio la selección fue: Política de trabajo de la UE, política de asuntos alimenticios de la UE, política de competencia de la UE, política ambiental de la UE, política

de la UE sobre entidades corporativas e insolvencia, política de servicios financieros de la UE, política de derechos intelectuales de la UE (especialmente patentes), política de la UE sobre embargos comerciales.

Por el momento, los Estados Miembros, tienen derecho de iniciativa bajo el artículo 83 (2), lo cual no es de mucha ayuda. Ellos no presentan propuestas y no tienen opiniones de políticas penales elaboradas sobre el artículo 83 (2) del todo. Esto quiere decir además que ellos tampoco dan ninguna orientación en la materia a sus parlamentos nacionales. Una excepción a la regla es un aviso reciente⁸¹ del Ministro holandés de Justicia y Seguridad a la Cámara de Diputados, en el que explica la posición y política de su Departamento en relación con el derecho penal europeo bajo el Tratado de Lisboa. En su aviso él repite los tests de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad que han sido mencionados y añade un test de consecuencias financieras y exigibilidad. Sin embargo, cuando se trata de elecciones sustantivas en relación con el artículo 83 (2) es muy corto: Evaluaré las propuestas teniendo en cuenta que la ejecución administrativa podría ser una herramienta excelente para algunas políticas. En otras palabras, tampoco él está presentando una lista de políticas armonizadas de la UE que necesitan estándares equivalentes de protección de derecho penal para ofrecer a los ciudadanos un área de libertad, seguridad y justicia en conjunción con prevención y castigo del crimen.

La Unión Europea está segura sobre su competencia, pero aún no sabe cuándo y cómo lidiar con eso: *certus an, incertus quando*.

⁷⁹ COM(2004)334 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0334en01.pdf

⁸⁰ K. Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Carl Heymans Verlag, 2002.

⁸¹ <http://lecanec.com/design/eppodesign/pdf/kst-32317-801.pdf>

1. APROXIMACIÓN.

El panorama que brindan las nuevas tecnologías supone un reto importantísimo para nuestra sociedad. La clave seguramente se encuentra en la capacidad de almacenamiento y manejo velocísimo de la información, lo que ha sido posible a través de los avances de las TICs, que aportan medios cada vez más evolucionados y sofisticados para conservar, procesar y difundir todo tipo de contenidos. Las posibilidades tecnológicas son casi ilimitadas, o al menos hoy desconocemos sus límites. La creación de un espacio nuevo y virtual, inimaginable hace pocas décadas, en el que transita cualquier tipo de información, desde nuestros datos personales más sensibles hasta todo género de operaciones comerciales, supone una auténtica revolución tecnológica. Hoy convivimos con el nuevo perfil electrónico de la administración, de la banca, de la enseñanza. etc. La utilización de estas imprescindibles nuevas tecnologías genera a su vez renovados espacios para la intervención del Derecho Penal. Por una parte, existe un buen número de delitos informáticos, aquellos cuyo objeto se localiza exclusivamente en el mundo de la virtualidad e Internet (destrucción o piratería de programas, actuación de hackers, spammers, etc)¹. Otros supuestos sumamente importantes los

encontramos en los delitos tradicionales que se cometen aprovechando las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Bienes jurídicos como la intimidad², el patrimonio³ o la indemnidad sexual⁴ requieren tipos penales específicos para su tutela cuando hacen su aparición las nuevas tecnologías. Destacan sin duda los actos de intrusismo que afectan a la intimidad de las personas, vulnerándose dicho bien jurídico a través de los distintos supuestos que contempla el art. 197 CP. Pero también son de gran relevancia la estafa informática del art. 248.2 CP, la violación de secretos de empresa del art. 278 CP, los daños del art. 264 CP y la pornografía infantil en Internet prevista en el art. 189.1 CP. Especial consideración merece el recientemente incorporado art. 183 bis CP que entre los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años penaliza el acoso sexual cibernético u online child grooming "a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación." En realidad, este precepto incorpora al Código Penal las disposiciones previstas por la Convención del Consejo de Europa sobre Protección de los niños contra la explotación sexual, de 25-10-2007. De esta forma se sanciona penalmente un acto preparatorio contra la sexualidad del menor, que se construye sobre la base de un contacto virtual

* Esta investigación forma parte de un proyecto más amplio, desarrollado en el marco del Programa de Estancias de profesores e investigadores Seniores en Centros Extranjeros, del Ministerio de Educación (PR 2010-0512).

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva, España.

¹ Cfr. MORÓN LERMA. Internet y Derecho Penal: "hacking" y otras conductas ilícitas en la red, Navarra, 1999.

² Pionero en el análisis de esta problemática ha sido MORALES PRATS, La tutela penal de la intimidad: privacy e informática, Barcelona, 1984.

³ Fenómeno estudiado exhaustivamente en su momento por GUTIÉRREZ FRANCÉS, Fraude informático y estafa, Madrid, 1991.

⁴ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, Pamplona, 2000, p. 121.

o telefónico. Aunque la formulación de este precepto llevará, sin duda, a muchas polémicas doctrinales⁵, es importante destacar que el legislador de 2010 ha intentado no quedar atrapado por una realidad tecnológica en constante evolución. Por ello, no ha limitado totalmente los medios comisivos, pues a los actualmente conocidos (Internet o teléfono) permite añadir los que aporten las tecnologías de la información y comunicación.

La intervención del derecho penal en este espacio requiere poner particular atención al respeto al marco garantista y derechos fundamentales⁶. Porque el pragmatismo que en ocasiones puede apreciarse en la regulación jurídica que reciben las nuevas tecnologías no puede trasladarse sin más a las responsabilidades penales. Así, la investigación y persecución de los delitos en los que intervienen medios tecnológicos podría optimizarse autorizando el uso de otros medios tecnológicos sin control jurisdiccional. Serían intervenciones telefónicas o informáticas que colocan al ciudadano contra las cuerdas, en una situación de permanente vigilancia y sospecha, violándose flagrantemente su espacio de libertad. En consecuencia, se debe trazar una línea limitadora muy nítida en la investigación de delitos en los que intervienen nuevas tecnologías, reservando el máximo espacio posible para que el ser humano pueda desenvolverse con independencia y ejercer así su libertad individual (principio de máxima libertad).

Las nuevas tecnologías y el manejo de la información inciden decididamente en el fraude tributario. Para comenzar, debemos recordar que el deber de tributar es esencial en un Estado de Derecho (art. 31.1 CE: Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica me-

diante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio). A partir de esta premisa puede discutirse una concreta política fiscal, y en particular la presión fiscal que se ejerce contra los ciudadanos, la forma en que se materializan los gastos públicos o qué cantidad y calidad de servicios públicos deben brindar las Administraciones (art. 31.2 CE: El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía). Se pueden cuestionar aspectos puntuales, pero difícilmente la necesidad de contar con un sistema tributario justo.

La Constitución y su normativa de desarrollo señalan las líneas que debe seguir el sistema tributario propio de un Estado social de Derecho. En ese marco, tienen cabida incluso las responsabilidades penales, creándose una serie de delitos que escapan a la idea de meras construcciones “artificiales”, como se las intentó presentar en un primer momento. Con meridiana claridad explica Musco el porqué del auge del Derecho penal tributario en el tránsito de la década de los 70 a los 80. Se trata del corolario lógico del paso del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, que supuso la imperiosa necesidad de contar con mayores recursos públicos para atender a las nuevas necesidades y objetivos sociales y económicos. Eso supuso necesariamente un nuevo escenario de lucha contra la evasión fiscal⁷.

Si es imprescindible el sistema tributario, también lo es contar con un sistema de sanciones penales y administrativas contra la evasión y el fraude. Dicho sistema se construye sobre la base de la información, sobre datos fiscalmente relevantes. En esta materia el flujo de datos

⁵ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. en AAVV, La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Navarra, 2010, p. 171 y s.

⁶ Cfr. MORALES PRATS, F. Internet, Derecho penal y derechos fundamentales en AAVV, Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Burgos, 2005, p. 41 y sig.

⁷ MUSCO, E. Diritto penale tributario, Bolonia, 2011, p. 9.

es tal que el Estado es incapaz de gestionar toda la información que se genera. En consecuencia, la ley exige la colaboración de los obligados tributarios y sus sustitutos, imponiéndoles junto al deber material de satisfacer económicamente los tributos otros deberes formales -llevar contabilidad, autoliquidar los impuestos, etc.- que se basan en la colaboración. Existe posteriormente un procedimiento más o menos aleatorio de control administrativo. Pero el papel de las declaraciones y autoliquidaciones es extraordinariamente prioritario en este sistema y en caso de incumplimiento, existen sanciones específicas de naturaleza tributaria e incluso penales.

Las particularidades de la tributación, ante la evidente necesidad de un sistema tributario eficaz, indispensable para la supervivencia económica de la sociedad y del Estado, convierten al Derecho Tributario en una rama del ordenamiento jurídico muy peculiar. Desde su doctrina se tiende a derogar los principios generales, justificándose en conceptos como el denominado “particularismo tributario” o en “razones fiscales”, que le permiten tomar distancia del resto de disciplinas jurídicas⁸.

Sin embargo, este punto de vista no es trasladable al Derecho penal tributario. Las características de la pena exigen que se busque un equilibrio entre la defensa del bien jurídico Hacienda Pública, sin duda muy necesario, con la tutela de los principios constitucionales con relevancia penal. Y es evidente que la materia penal tributaria se coloca en un espacio muy próximo a afectar los principios que ilustran el Derecho penal y garantizan al ciudadano que

sus derechos no serán avasallados por el Estado. Como destacan Lanzi y Aldrovandi, estas “razones fiscales” son invocadas para justificar una regulación penal tributaria que intenta consagrar excepciones a los principios constitucionales aplicables en materia penal⁹. Sin embargo, los principios básicos del derecho penal constitucional (principio de legalidad penal, principio de lesividad, principio de subsidiariedad, principio non bis in idem, entre otros), mantienen plena vigencia en esta materia y son el principal instrumento que ayuda a delimitar el alcance y aplicación de los tipos penales existentes.

El delito fiscal se basa en una defraudación, por la exigencia típica que realiza el propio texto punitivo -art. 305.1 CP-. En esencia, debe ocultarse el hecho imponible a los ojos de la Administración Tributaria¹⁰. Esto podrá hacerse de múltiples formas, como negocios simulados o ficticios, a través de acciones u omisiones que den lugar a alguna de las modalidades previstas en el tipo penal. Por el momento no se ha establecido en nuestro Código ninguna hipótesis de delito tributario que específicamente haga referencia a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Sin embargo estas tecnologías están muy presentes en el ámbito penal tributario. Se trata de ilícitos tremendamente complejos, en los que cada vez más frecuentemente inciden aspectos de delincuencia empresarial internacional (comercio electrónico internacional, paraísos fiscales en los que se desarrollan los fraudes, etc.). Se juega frecuentemente en los límites máximos de la legalidad (ingeniería financiera)¹¹ y se cuenta con el mejor asesoramiento,

⁸ Este particularismo se ve nítidamente en Italia con las sucesivas regulaciones de los delitos tributarios, desde 1929. Cfr. LANZI, A y ALDROVANDI, P. *Manuale di Diritto Penale tributario*, Milán, 2011, p. 2. También vid. p. 36 y sig.

⁹ Cfr. LANZI, A y ALDROVANDI, P. *Manuale di Diritto Penale tributario*, op. cit. p. 3 y s.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, p. 30.

¹¹ Sostiene Silva Sánchez que la utilización de estrategias caracterizables como de ingeniería financiera o fiscal no implica necesariamente la comisión de un fraude fiscal, o más concretamente que “existe un espacio de ingeniería financiera lícita: el que discurre aprovechando las posibilidades de configuración comercial que ofrecen las leyes, y tratando de obtener con ello el máximo beneficio patrimonial o de eludir determinados perjuicios”. Cfr. *El nuevo escenario.. op. cit.*, p. 18 y en particular p. 20.

que suele explotar el llamado "conflicto en la aplicación de una norma tributaria" (antiguo fraude de ley tributaria).

En este contexto, las tecnologías de la información y comunicación se han convertido en protagonistas, tanto como instrumentos utilizados para defraudar como en la lucha que se lleva a cabo para neutralizar estos fraudes. En algunos supuestos, como en la tributación del comercio electrónico internacional y en las operaciones internacionalmente vinculadas sometidas al impuesto de sociedades estas tecnologías juegan un papel cada día más determinante.

2. COMERCIO ELECTRÓNICO Y VENTA DE SERVICIOS POR VÍA ELECTRÓNICA.

En el comercio electrónico se encuentra un enorme volumen de negocio, en permanente crecimiento. Existe cada vez mayor seguridad en las transacciones, porque los consumidores tienen mejores mecanismos de protección. Si bien existen peligros, en muchas ocasiones las entidades de crédito o los seguros se hacen cargo de las indemnizaciones correspondientes -trasladando los riesgos tecnológicos a sus propios costes, lo que da idea de los beneficios que obtienen-, por lo que los efectos negativos de los fraudes contra intereses privados (delitos patrimoniales) se ven cada vez más reducidos o tecnológicamente neutralizados. Además, en buena medida se encuentran cubiertas las responsabilidades civiles. En definitiva, actualmente los mayores riesgos se han trasladado a los intereses públicos, a través de los delitos fiscales y el contrabando.

El problema fundamental se presenta con las ventas no declaradas, en el comercio electrónico a consumidores finales. La empresa vendedora es responsable tributariamente ante

Hacienda como contribuyente o retenedor de los correspondientes tributos. Sin embargo, es prácticamente imposible controlar el comercio electrónico directo, es decir, cuando el objeto de la transacción se suministra directamente a través de la red (un disco, un e-book, un programa de ordenador, un servicio telefónico) y el pago se materializa a través de tarjetas bancarias de crédito o débito. En estos casos no existe un desplazamiento físico de mercancías, lo que hace difícilísimo su control tributario, sobre todo cuando la venta se realiza directamente, a consumidores finales. Tratándose de operaciones entre empresas, puede existir un comprobación en la contabilidad, pero en el caso de particulares la impunidad está casi asegurada¹². Una respuesta a esta problemática pasaría por el incremento de la obligación de aportar información a la Administración Tributaria, es decir, que los consumidores finales se encuentren obligados a presentar declaraciones informativas de sus compras. Sin embargo, esta solución es absolutamente desproporcionada, porque supondría exigir a los particulares la llevanza de contabilidad, registros y controles de todas sus actividades económicas cotidianas¹³. Así, se convertiría gratuitamente al ciudadano en informante de la Administración Tributaria, lo que es a todas luces inaceptable. Ya tienen bastante tarea con la obligación de realizar autoliquidaciones y declaraciones tributarias, como para añadir esta nueva y tortuosa labor de control.

Avanzando aún más en esta materia, en el comercio electrónico directo (y de servicios prestados por vía electrónica) hay que distinguir si el vendedor se encuentra establecido dentro o fuera de la Unión Europea. La preocupación por esta problemática se hace evidente a partir de la Directiva 2002/38/CE, que prevé un régimen especial para aplicar el IVA cuando se trate de servicios prestados por vía

¹² Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. en AAVV, La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Navarra, 2010, p. 171 y s.

¹³ Cfr. MORALES PRATS, F. Internet, Derecho penal y derechos fundamentales en AAVV, Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Burgos, 2005, p. 41 y sig.

electrónica desde terceros países a personas establecidas en la Comunidad. En estos casos se aplica el IVA del Estado de destino (el Estado comunitario) a través de un régimen especial (tributación en destino de las operaciones internacionales). Si sumamos al anonimato que preside Internet que no existe un envío físico de productos, llegamos a la conclusión que el cumplimiento del pago del IVA en estos casos se convierte de hecho en voluntario para el empresario no comunitario. Las autoridades europeas son conscientes de esta altísima posibilidad de fraude, pero también de la carencia actual de elementos electrónicos que permitan ejercer una eficaz tarea informativa y coercitiva. Se ha rechazado internacionalmente por el momento una propuesta germana, de convertir a las entidades financieras emisoras de las tarjetas bancarias en deudores tributarios, asegurando así la recaudación y evitando el fraude. La entidad debería detraer directamente la cuota impositiva en las operaciones de comercio electrónico. Un sector tributarista¹⁴ no ve inconvenientes en esta ampliación de deudores tributarios, que podría abarcar no sólo a la entidad bancaria, sino a las entidades multinacionales franquicia -propietarias de las marcas con las que operan las tarjetas- y otras compañías solventes integradas en el mismo grupo empresarial. Así, la administración tributaria obtendría como garantía los bienes de estas empresas en todo el mundo, con los que se podría hacer frente a eventuales responsabilidades tributarias. Advuértase que esta descomunal ampliación de destinatarios tendría evidentes consecuencias penales, ante la recientemente instaurada responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts.31 bis y 310 bis CP. En síntesis, no existen actualmente soluciones jurídicas que permitan el cobro coactivo de estas deudas tributarias, nacidas en el comercio virtual. Si bien se está esperando un desarrollo tecnológico que permita nuevas alternativas en la lucha contra esta modalidad de fraude fiscal¹⁵, habrá que

analizar con extremo cuidado las soluciones que se propongan, para que en ningún caso resulten afectados los derechos fundamentales de los particulares y empresas.

Si el vendedor es comunitario se aplica su propio IVA (tributación en origen) y por lo tanto la problemática, sin desaparecer, disminuye considerablemente (atendiendo a que las operaciones quedarán reflejadas en sus registros contables).

En relación al comercio electrónico indirecto, interviene un desplazamiento físico del objeto vendido con lo que los controles, bastante difíciles por cierto, son al menos realizables. Tratándose de comercio electrónico indirecto extracomunitario existirá un tránsito de mercancías hacia la Unión Europea, por lo que pasan a intervenir los controles aduaneros. Por ese motivo se puede cometer al mismo tiempo un delito fiscal y un delito de contrabando aduanero, es decir, un ilícito penal que se construye en torno a la tutela de otra modalidad específica de tributo: la renta de aduanas. Concretamente en este caso, hace referencia a la importación de mercancías a través de maniobras que afectan la tributación.

La Ley Orgánica 6/2011 que reforma la Ley de Represión del Contrabando ha realizado cambios sustanciales en la regulación penal. En el supuesto que aquí analizamos, aquel que realiza desde el extranjero una operación de venta electrónica que supere las cuantías exentas o franquiciadas, no solo deberá tributar IVA sino también aranceles aduaneros. El no hacerlo supondrá normalmente una infracción administrativa. Sin embargo, hay que prestar atención a esta regulación jurídico penal del contrabando, porque:

- Se da un tratamiento jurídico peculiar a las infracciones administrativas continuadas, cuyas cuantías se suman pudiendo alcan-

¹⁴ Así MARTOS, J.J. Defraudación fiscal, op. cit. p. 57 y sig.

¹⁵ Cfr. MARTOS, J.J. Defraudación fiscal, op. cit. p. 35.

zar la categoría de delito. Así, dispone el art. 2.4 de la Ley que "También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes". Adviértase que solo quedarán excluidas las infracciones sobre las que previamente haya recaído condena en sede administrativa y las prescritas, pero todas las demás entrarán en el cómputo, porque no se ha establecido un marco temporal para realizar la acumulación. De esta forma, una empresa que comercialice electrónicamente sus productos podrá incurrir con facilidad en esta responsabilidad penal.

- Se sanciona penalmente el contrabando imprudente. El art. 2.5 de la Ley de Represión del Contrabando dispone que "Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave". Una regulación sin precedentes, que amplía la intervención penal a conductas descuidadas o negligentes y lo que es más importante, permite sancionar penalmente los supuestos de error de tipo vencible (art. 14.1 CP).

Por último, es destacable la existencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas (art. 2.6 Ley de Contrabando. La pena amenazada para todas las conductas dolosas se equipara a la prevista para el delito fiscal, es decir, se prevén "penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. (...) En los casos de comisión imprudente se apli-

cará la pena inferior en un grado" (art. 2.6.1 Ley de Contrabando).

En cuanto al cada vez más importante comercio electrónico indirecto intracomunitario, dicho comercio no tributa tasas aduaneras pero sí el IVA, aunque la disparidad de tipos en Europa genera problemas añadidos. Se discute la necesidad y conveniencia de una tributación en origen o en destino, siendo este último supuesto el más discutible, porque cada operación comercial estará sujeta a una fiscalidad diferente. Solo la tecnología podría ayudar en esta materia, desarrollando programas que permitan determinar los tributos que se deben pagar puntualmente en cada caso, que serán distintos en cada país de destino¹⁶.

3. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA.

En el ámbito de la determinación de la cuota defraudada, con connotaciones que llegan al Derecho penal tributario internacional, merecen especial atención los aspectos penales a los que se llega a partir de los Transfer Pricing (o Precios de transferencia), máxime cuando nuestro Derecho acaba de incorporar plenamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de las técnicas y procedimientos que adoptan las empresas multinacionales para la formación de precios relativos a la cesión de bienes y servicios, en operaciones que se realizan entre distintas sociedades del grupo que operan en Estados diversos¹⁷, y por lo tanto, están sometidas a una fiscalidad diferente. Como recuerda MUSCO, responden a la planificación fiscal empresarial (tax planning), con la finalidad de conseguir el mayor ahorro impositivo¹⁸. Es perfectamente posible que las empresas incrementen o disminuyan los precios de transferencia internos dentro del grupo, si obtienen así una reducción fiscal. Hay muchos mecanismos para

¹⁶ Cfr. MARTOS, J.J. Defraudación fiscal, Op. cit. p. 54.

¹⁷ Cfr. GARBARINO, C. "Transfer Price", Digesto delle Discipline Privatistiche, Turín, 1999; FERNÁNDEZ CENDE, A. y ÁLVAREZ WILMANSKI, A. Transfer Pricing in Spain, In Dret 2/2007.

¹⁸ Cfr. MUSCO, E. Diritto penale tributario, op. cit. p. 202.

alcanzar estos resultados (transferencias de parte de la rentabilidad de la empresa, asunción desmedida de costes por parte de una empresa del grupo, etc.). En todo caso, se contabilizan precios ficticios.

Este ajuste de pagos que se realiza entre distintas empresas pertenecientes al mismo grupo internacional, pero que tributan ante administraciones distintas, afecta a los tributos que percibe alguno o algunos de los Estados implicados, al mismo tiempo que se puede lesionar la libre competencia. La OCDE ha establecido una serie de reglas o códigos de conducta, sobre la base de la confrontación de precios y la libre concurrencia (*Arm's length price*)¹⁹. Algunos estados Europeos –pero no todos– han suscrito las recomendaciones que provienen de la Unión Europea (Join Transfer Pricing Forum of the European Union). En síntesis, se aprecian tendencias pero no existen realmente reglas unificadas e imperativas a nivel mundial, aunque sí una buena voluntad para resolver este tipo de conflictos tributarios. En España, se ocupa de estas situaciones la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal y más concretamente, el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de sociedades, que en su párrafo primero establece: " Operaciones vinculadas. 1. 1.º Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia." En dicho precepto se establecen métodos diversos de valoración que contribuyen a concretar estas pautas genéricas.

La influencia de las TICs vuelve a estar presen-

te en materia de precios de transferencia. Para conocer el precio en las operaciones vinculadas es imprescindible diferenciar con precisión el coste de producción y el precio de venta, lo que es muy difícil cuando se trata de prestación de servicios por vía electrónica. Si por ejemplo se trata de un producto digital finalmente elaborado, éste puede haber sido construido en las partes más remotas del mundo, lo que hace muy sencillo maquillar los costes y en definitiva facilita enormemente la defraudación²⁰.

Todas estas maniobras, ideadas para tener efectos directos en la tributación, pueden derivar en responsabilidades penales. Una empresa puede por esta vía trasladar al exterior componentes de las rentas sujetos a tributación, asignando esas cantidades a sus empresas en el extranjero, situadas en países con menor tributación. También se pueden alcanzar estos objetivos generando costes deducibles anormalmente altos²¹. Estas conductas son en España contrarias a Derecho, e incluso podrán ser consideradas maniobras elusivas que dan lugar a infracciones tributarias y también penales, siendo de aplicación el art. 305.1 CP, si presentan las características defraudatorias exigidas por este precepto. En todo caso, el principal problema será probatorio, para determinar cual ha sido el valor "normal" o real de las transacciones que han dado lugar al fraude²².

Adviértase que no estamos ante un conflicto en la aplicación de una norma tributaria (antiguo fraude de Ley), porque el Transfer Pricing supone una conducta fraudulenta y por lo tanto, contraria a Derecho, mientras que el conflicto en la aplicación de una norma tributaria se desarrolla dentro de

¹⁹ Cfr. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris, 2010.

²⁰ Cfr. MARTOS, J.J. Defraudación fiscal, op. cit. p. 121 y sig.

²¹ Cfr. RAMPONI, L. "Transfer Pricing" e categoría penalistiche, RTDPE 2009, 1-2, p. 197.

²² Cfr. LANZI, A. y ALDROVANDI, P. Manuale di Diritto penale tributario, op. cit. p. 171 y sig. Cfr. también SOANA, Reati tributari, op. cit. p. 216 y sig. y MUSCO, Diritto penale tributario, op. cit. p. 201 y sig.

un marco de licitud, sin perjuicio de que se cumpla con lo dispuesto en el art. 15.3 de la Ley General Tributaria, y por lo tanto "(...) se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones".

4. CONCLUSIÓN.

Las tecnologías de la información y comunicación influyen cada vez más en la tutela de distintos bienes jurídicos y en la formulación de tipos penales específicos. Pero en el ámbito socioeconómico en general y penal tributario en particular ocupan un importantísimo papel que los científicos tienen aún que descubrir.

Javier VALLS PRIETO*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del Derecho penal moderno destaca, sin lugar a duda, la protección del Derecho penal económico. Esta disciplina se puede dividir en dos grandes sectores dependiendo de qué bien jurídico se encuentre protegido en el tipo penal. Así podemos hablar de un Derecho económico clásico y otro moderno. El primero no ha planteado grandes problemas dogmáticos desde el punto de vista de los tipos a aplicar: se protegen bienes jurídicos individuales de contenido económico como el patrimonio, los tipos penales no tienen grandes problemas de imputación salvo algún problema de autoría y participación o de la discusión de si las cantidades son elementos del tipo o condiciones objetivas de punibilidad.

Sin embargo, el Derecho penal económico, desarrollado en gran medida después de la segunda guerra mundial, sí plantea grandes dudas dentro de los preceptos de la estructura de la Parte general. Desde el punto de vista dogmático la cuestión de político criminal de la necesidad de su sanción, la utilización de los delitos de peligro a la hora de redactar los tipos penales, la protección de bienes jurídicos colectivos e intermedios y su diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

Es indudable que el desarrollo económico tras la postguerra tuvo su gran auge en el nivel adquisitivo de las clases medias que llegan a tener un cierto poder económico. Esto añadido a la transformación de los sistemas de producción industrial, tanto de alimentos como

de productos manufacturados, así como del acceso a los sistemas de financiación, la contratación en masa y, por último, la eliminación de fronteras que facilita las transacciones internacionales, ha producido un gran cambio en la ciencia penal contemporánea.

La doctrina no ha sido ajena a toda esta evolución y ha realizado grandes esfuerzos intelectuales para compaginarla con la defensa de los Derechos Fundamentales y de las garantías de los ciudadanos, dando un crisol de teorías que han enriquecido el debate científico.

Todos estos motivos dan una importancia especial a la protección penal del consumidor como una de las regulaciones que se encuentra en el centro del debate señalado.

II. LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS CONSUMIDORES Y EL DERECHO PENAL MODERNO

La defensa de los consumidores ha tenido una gran evolución desde la entrada del Código Penal de 1995.¹ El tipo de conflicto jurídico que suele ir aparejado a esta relación entre consumidor y ofertante de los servicios ha ido evolucionando desde su respuesta civil y la administrativa, en los casos en que la administración tiene que sancionar de terminadas conductas, a su entrada en el Código penal.

La respuesta del sistema penal viene aparejada del fenómeno de la protección de bienes jurídicos colectivos mediante la introducción del instrumento de los delitos de peligro abstracto. Este fenómeno de forma general ha sido

* Profesor contratado Doctor de la Universidad de Granada (España).

¹ Ya antes se habían producidos fenómenos criminológicos de importancia para su sanción y se había justificado la intervención del Derecho penal. Véase GONZÁLEZ RUS, J.J. Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal. Instituto nacional de consumo, Madrid, 1986, pp. 32 y ss.

conceptualizado por Hassemer, en su crítica al Derecho penal moderno, y, en nuestro país, por Silva Sánchez, en su concepto de la expansión del Derecho Penal.

Semejante tendencia ha sido denominada por la doctrina como Derecho penal moderno. Concepto que aparece como consecuencia de las demandas de una sociedad postindustrial que no acepta los riesgos y que exige la intervención penal para resolver todos los problemas que se presentan en la vida cotidiana,² y que se caracteriza, según la doctrina que ha tratado el tema,³ por la creación de nuevos bienes jurídicos universales, el adelantamiento de la intervención del Derecho penal por medio de los delitos de peligro, un menor respeto de las garantías penales y su poca efectividad.⁴

En el Derecho penal moderno aparecen nuevos bienes jurídicos “en ámbitos como el medio ambiente, la economía, el proceso de datos, drogas, impuestos, mercado exterior y, en general, todo lo relativo a la criminalidad organizada.”⁵ Sectores que tienden a proteger bienes jurídicos universales,⁶ considerados como más vagos

e imprecisos,⁷ que no serían válidos dentro del Estado de Derecho, ya que no queda claramente definido el bien jurídico que se protege.

Además, hay una tendencia a recurrir a los delitos de peligro abstracto para ampliar el ámbito de aplicación del Derecho penal.⁸ Al intentar eliminar de dicha forma los problemas de causalidad a la hora de imputar el delito, se reducen los presupuestos de punibilidad.⁹ Una utilización sin límites de este tipo de delitos sería la respuesta asumida por el legislador para cumplir con su “obligación” de ofrecer a la sociedad seguridad y prevención ante tales riesgos por medio del Derecho penal, por lo que éste pierde su subsidiaridad.¹⁰

Otra de las características señaladas por la doctrina es “la desformalización o flexibilización de ciertos principios, así como de categorías tanto del Derecho penal material como del procesal”.¹¹ Todo esto se refleja en la imputación objetiva y subjetiva,¹² tales como las relaciones de causalidad en los delitos de medio ambiente y en la responsabilidad por producto; en la indeterminación de los tipos,¹³ íntimamente

² SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del Derecho penal, Madrid, Civitas, 2001, pp. 47 y ss. PRITTWITZ, C. Strafrecht und Risiko, Francfort, Vittorio Klostermann, 1993, pp. 108 y 109.

³ Brillantes exposiciones sobre el tema en HASSEMER, W. Produktverantwortung im modernen Strafrecht, Heidelberg, C.F. Müller, 1994, pp. 9 y ss. MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Madrid, Civitas, 2001, pp. 68. HASSEMER, W.- MUÑOZ CONDE, F. La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, págs. 51 y ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión..., cit., pp. 121 y ss. PRITTWITZ, C. Strafrecht ..., cit., pp. 384 y ss. En contra GRACIA MARTÍN, L. “¿Qué es modernización del Derecho penal?” En Díez Ripollés, J. L.-ROMEO CASABONA, C. M.-GRACIA MARTÍN, L.- HIGUERA GUIMERÁ, J. F. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 381 y ss.

⁴ En contra GRACIA MARTÍN, L. “¿Qué es modernización...”, cit., pp. 386.

⁵ HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pp. 10.

⁶ Ibid., pp. 11.

⁷ MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal..., cit., pp. 68.

⁸ HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pp. 11. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión..., cit., pp. 101. MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal..., cit. pág. 78. PRITTWITZ, C. Strafrecht und..., cit., pp. 153.

⁹ MENDOZA BUERGO, B., El Derecho penal..., cit., pp. 80.

¹⁰ HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pp. 13.

¹¹ MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal..., cit., pp. 92.

¹² HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pp. 15.

¹³ MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal..., cit., pp. 95.

relacionado con la creación de bienes jurídicos supraindividuales; y en el recorte de las exigencias de prueba¹⁴ y de derechos procesales, como la menor duración de los juicios. Estas circunstancias pueden conducir en su grado más extremo a la utilización de acuerdos en el proceso penal.¹⁵

Finalmente, el Derecho penal moderno se caracterizaría por ser un Derecho penal poco eficaz para evitar tales riesgos. Es decir, sería un Derecho penal que “como medio de evitación y represión de ciertos comportamientos es más apa-rente que real”.¹⁶ El legislador promete una efectividad que no se refleja en la realidad,¹⁷ por lo que se trata de un Derecho penal de naturaleza simbólica,¹⁸ sin efectividad. Prittwitz señala como principales áreas donde se encuentra este Derecho penal simbólico: el Derecho penal ambiental y el Derecho penal económico, las leyes de control de armas y las referidas a la ley de productos de primera necesidad (Lebensmittelgesetz). Una vez más, incluye el Derecho penal económico dentro de este Derecho penal moderno o Derecho penal de riesgo.¹⁹

Desde mi punto de vista, es un error intentar justificar la exclusión de la criminalidad económica ateniéndose a los razonamientos apuntados anteriormente por la doctrina penalista para los nuevos delitos que surgen en las sociedades postindustriales. Pretender eliminar el Derecho penal económico basándose sólo en el paradigma de la sociedad de riesgo sin tener en cuenta el nuevo fenómeno de la globalización y la transformación del mundo

empresarial, como ya hemos señalado, es un enfoque equivocado de la realidad de la criminalidad económica.

II. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES PENALES

Un tema aparentemente sencillo sería determinar qué rama del ordenamiento jurídico debe de intervenir para proteger los intereses de los consumidores. En principio las relaciones contractuales relativas al consumo no tendrían que tener mayor problema que las derivadas del Derecho contractual civil. Sin embargo, las nuevas formas de producción y de contratación en masa hacen inviable dicha posibilidad y es por ello que el Derecho administrativo y el Derecho penal entran de lleno en la protección del consumidor como sujeto pasivo abstracto que representa a una colectividad. Por tanto, los resultados que afecten directamente al patrimonio de un sujeto individual se protegerán con los delitos patrimoniales y, dado que afecta directamente al patrimonio, el Derecho administrativo no va a actuar.

El problema que se nos presenta es la delimitación entre la actuación del Derecho administrativo y del Derecho penal. El principal argumento es el principio de intervención mínima del Derecho penal que limita la actuación penal únicamente a ataques más graves al bien jurídico, dando prioridad a otras ramas del ordenamiento jurídico para la solución de los problemas.²⁰ La duda que se plantea en estos casos es si lo protegido por el Derecho penal

¹⁴ Ibid., pp. 105.

¹⁵ HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pp. 17.

¹⁶ MENDOZA BUERGO, B. El Derecho penal..., cit., pp. 157.

¹⁷ PRITTWITZ, C. Strafrecht und..., cit., pp. 257.

¹⁸ HASSEMER, W. “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en ZRP, 1992, pp. 379.

¹⁹ Se refiere a las áreas en las que se encuentran los nuevos tipos del Derecho penal moderno: HASSEMER, W. Produktverantwortung..., cit., pág. 11, así como los ejemplos referidos a los §§ 263 y 264 del StGB referidos a la estafa y al fraude de subvenciones. HASSEMER, W. “Kennzeichen...”, cit., pp. 381.

²⁰ MORILLAS CUEVA, L. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 129.

es igual que lo protegido en el Derecho administrativo. En definitiva, si los bienes jurídicos protegidos por ambos sistemas son los mismos o no.

Este es el punto de salida de las teorías cualitativas, que diferencian entre el ilícito administrativo y el ilícito penal por existir diferencias materiales. Indudablemente, esta diferenciación implica que los valores que se protegen en el Derecho penal tienen un contenido ético-social que sobrepasa a los valores que protege el Derecho administrativo,²¹ que sancionarían únicamente las normas administrativas.²² Y es por ello que se puede distinguir los ámbitos sancionadores claramente.

En el Derecho penal moderno, sin embargo, nos encontramos que en los nuevos tipos penales las acciones reguladas se diferencian muy poco de las regulaciones administrativas. De hecho, como señala Roxin, la normativa relativa a la circulación, lo que se sanciona no son meras sanciones administrativas, sino que incluye también una protección a la vida y a salud. Este punto es de destacar porque, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, en donde sólo hay sanciones administrativas y sanciones penales, en el ordenamiento alemán existe una tercera figura que son las Ordnungswidrigkeiten,²³ situadas justo entre ambas y, aun siendo sanciones de tipo pecuniario, protegen bienes jurídicos de naturaleza penal, siendo una justificación a la separación entre los dos tipos de sanciones.²⁴

En un primer intento Hassemer aboga por un Derecho de intervención a medio camino entre el Derecho Administrativo y penal. Lo

primero que habría de hacerse según este autor es determinar qué bienes jurídicos constituirían el núcleo central del Derecho penal, diferenciándolos así de otros bienes jurídicos, el moderno Derecho penal, que quedarían en otro espacio ubicado “entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público”,²⁵ con menores garantías y con sanciones de una intensidad menor.

La otra propuesta para abordar los problemas del Derecho penal en el mundo contemporáneo es la formulada por Silva Sánchez, que aboga por un Derecho penal de doble vía. Mucho mejor definido que la propuesta del Derecho de intervención, con la que tiene muchos puntos en común, la doble vía consistiría en un derecho sancionador penal en el que se permitiría la disminución de las garantías si ello estuviese relacionado con “la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o de la reparación penal en lugar de las penas privativas de libertad”.²⁶ Las ventajas de su modelo son que “frente al Derecho civil compensatorio, el Derecho penal aporta la dimensión sancionadora, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos. Frente al Derecho administrativo, y por tanto, dentro del ámbito de lo sancionatorio, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional”²⁷ evitando las técnicas de neutralización (politización, evitar la sanción

²¹ Cfr. ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4 ed. Munich, C.H. Beck, 2005, pp. 31 y 32.

²² SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión..., cit., pp. 125 y 126. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M. *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 57 y ss.

²³ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. Parte General*. Dykinson, 2009, pp. 32.

²⁴ TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. 1, RoRoRo, Munich, 1976, pp. 130 y ss.

²⁵ HASSEMER, W. *Produktverantwortung...*, cit., pp. 23.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión..., cit., pp. 153.

²⁷ *Ibid.*, pp. 155

por medio de acuerdo, etc.). Éste, siguiendo con la exposición de Silva Sánchez, se debería aplicar a los nuevos delitos socioeconómicos.²⁸ Sin embargo, es consciente de que “hoy por hoy, también los nuevos delitos socioeconómicos tienen asignadas en nuestros cuerpos legales penas de prisión”,²⁹ realidad que obliga a rechazar cualquier tipo de flexibilización en los principios de imputación objetiva y de las garantías.

Desligándose, en principio, del Derecho penal que se ha expuesto, Mendoza Buergo mantiene que tiene que haber un único ordenamiento penal. La desformalización y flexibilización de los nuevos ámbitos podría llevar consigo que se contagiara a todo el sistema, afectando a los delitos que tienen una pena de privación de libertad. La pregunta clave es qué comportamientos han de ser criminalizados.³⁰ Una vez determinado cual debe ser materia del Derecho penal entonces se incluirá en el ordenamiento siguiendo los principios de intervención mínima y respetando todas sus garantías.³¹ Es esto, en relación con los problemas del moderno Derecho penal descritos en su obra, lo que nos inclina a pensar que no es partidaria de incluir el objeto de su estudio (los nuevos tipos penales en la sociedad de riesgo) dentro del conjunto de bienes jurídicos que se tutelan con la legislación penal. Llega a la conclusión de que los ataques contra aquéllos han de ser sancionados por el Derecho administrativo o por buscar una solución en otras ramas del ordenamiento jurídico.³² Por tanto, el debate del Derecho penal moderno se centraría, principalmente, en una cuestión de política-criminal.

Otro sector de la doctrina añade al centro del debate, para la diferenciación entre las sanciones administrativas y las penales, la cualidad cuantitativa. Sin negar la importancia del elemento cualitativo, la existencia material de diferentes bienes jurídicos, el elemento añadido de diferenciación es la cuantía de la sanción, siendo superior la penal y quedando para la administrativa la inferior, diferenciando la ilicitud por la existencia de esa diferencia en la cantidad. Así, Tiedemann considera que si el legislador desea el mismo contenido y el mismo fin de la norma administrativa y penal, sólo se puede pensar que no se determina el injusto en la sanción sino la sanción en el injusto.³³ En nuestro sistema penal Mir Puig considera que es diferencia cualitativa la que distancia la regulación penal del intervencionismo estatal, representado en la norma administrativa.³⁴

Las tesis unitarias son las que han tenido mayor éxito hasta ahora en nuestra doctrina. Cabe destacar los estudios de Cuello Contreras y de Gómez Tomillo. Para el primero partiendo de un fin político criminal considera que el conjunto del ordenamiento jurídico tiene como fin común preservar la paz ciudadana, siendo todo un único conjunto de protección de bienes jurídicos, en el que el Código penal tendrá la protección de las infracciones más graves, y por otro lado, el Derecho administrativo tendría las mismas garantías que el sistema penal.³⁵ De igual forma el segundo recalca las bondades de la unidad del sistema desde diferentes ópticas de las que destacan la finalidad de ambos ordenamientos, la aplicabilidad espacial y temporal, la definición material de la infracción administrativa, la relación mate-

²⁸ Ibid., pp 160.

²⁹ Ibid., pp. 161.

³⁰ MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho...*, cit., pp. 184 y ss.

³¹ Ibid., pp. 191 y 192.

³² Ibid., pp. 186 y 187.

³³ TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht...*, cit., pp. 128.

³⁴ MIR PUIG, S. “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal”. En *RFDUG*, vol. 12, Granada, 1987, pp. 248 y 249.

³⁵ CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho...*, cit., pp. 28 y 29.

mática, las consecuencias jurídicas asociadas a delitos e infracciones administrativas.

La finalidad que se persigue con ambos sistemas jurídicos sancionadores es la de tutelar bienes jurídicos como reflejo de la capacidad sancionadora del Estado.³⁶ Desde el punto de vista temporal la unidad de ambos sistemas sancionadores sirve para explicar la fluidez entre los dos y explicaría la ausencia de un criterio que nítidamente los delimite.³⁷ Desde el punto de vista espacial serviría para asimilar las sanciones, que por hechos semejantes, se sancionan en otros países y que se han de tener en cuenta en el ordenamiento español. Esto viene a colación por la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero, relativa al reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, que engloba tanto a las sanciones en procedimientos penales como administrativos.³⁸ En lo referente a la definición material de la infracción administrativa, la doctrina mayoritaria, pone de manifiesto la identidad sustancial con el delito: acción típica, antijurídica y culpable.³⁹ A juicio de este autor, en lo relacionado con el derecho positivo, sólo esta tesis cuantitativa da una respuesta adecuada a la relación matemática establecida por el legislador entre determinadas figuras delictivas y las infracciones administrativas.⁴⁰ Para finalizar, el autor destaca dos puntos principales de la teoría: abre la puerta a la aplicación de los principios penales a un sector caracterizado por una regulación positiva muy deficiente y se cierra el paso a intelecciones escasamente garantistas, en la medida en que, siendo sustancialmente iguales no equivale a intercambiables.⁴¹

Llegados a tal punto resulta interesante estudiar la jurisprudencia del TC en este aspecto. La doctrina del alto Tribunal se ha mantenido hasta la actualidad. Sin embargo, en las sentencias 177/1999 y 2/2003 ha habido ciertas modificaciones al respecto. Las dos parten de situaciones en las que el órgano administrativo no espera a que se resuelva el procedimiento penal e impone su sanción incumpliendo la obligación de esperar a que finalice las diligencias penales. En la primera sentencia el Tribunal Constitucional se decanta por establecer un orden cronológico para determinar cuál es la sanción aplicable. Ante tal situación nos podemos encontrar con la paradoja de que el infractor suplique a la Administración que le sancione para así evitar la pena.⁴² Aun siendo cierto que se dan todos los requisitos del non bis in idem, no es motivo suficiente para determinar que la sanción administrativa es la válida y excluir la posterior sanción penal.⁴³ En la segunda sentencia se corrige la nueva situación creada por el Tribunal Constitucional.

El máximo órgano jurisdiccional considera que lo realmente protegido con el principio del non bis in idem es la garantía de prever la sanción por parte del sujeto infractor, situación que no se daría si se suman las dos sanciones. Como el Tribunal penal tuvo en cuenta la sanción impuesta por el órgano administrativo y anuló todos sus efectos, acción que considera respetaría la regla de preferencia de la autoridad penal respecto a la administrativa, cumpliendo con la vertiente procesal del principio en cuestión. Al mismo tiempo, al haber tenido en cuenta la decisión administrativa a la hora de penar al infractor se mantendría la vertiente material ya que la sanción estaría dentro de los márgenes

³⁶ GÓMEZ TOMILLO, M. Derecho administrativo..., cit., p. 71.

³⁷ Ibid., pp., 73 y 74.

³⁸ Ibid., pp., 74 y ss. Sobre este punto, en lo relacionado con el Derecho comunitario nos centraremos más adelante.

³⁹ Ibid., pp., 76.

⁴⁰ Ibid., pp., 79.

⁴¹ Ibid., pp., 81.

⁴² MORILLAS CUEVA, L., "Protección penal del agua", CPC, n.º 82, 2004, p. 56.

⁴³ De forma crítica MORILLAS CUEVA, L. Derecho..., cit., pp. 134 y 135.

impuestos por el principio de legalidad.

El propio Tribunal Constitucional es consciente de su error al no haber respetado la regla general de suspender el procedimiento administrativo. Por ello, hace una llamada al legislador ya que, al no existir dentro del Derecho positivo una solución al problema surgido, debe ser éste el encargado de buscarla. Por dicho motivo se limita a ver si ha existido una lesión de los Derechos fundamentales del demandante. Una solución similar es la recogida en la sentencia del 30 de julio de 1998 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en la que dicho Tribunal considera que el absorber la pena más leve por la más grave, como es este supuesto, no lesiona el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El propio Tribunal Constitucional sabe que su nueva jurisprudencia puede cambiar la regulación actual y por ello hace una mención expresa para limitar tal interpretación a los casos en que la primera sanción administrativa sea leve. El sistema anterior era claro y no inducía a error, sin embargo, con la actual sentencia se ha aportado una solución que no es seguro lo mejor.

En Francia se permite el *bis in idem* para el caso de acumulación de sanciones penales y administrativas, siempre y cuando se respetase el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Semejante regulación obliga a que las penas que se establezcan sean estrictas y evidentemente necesarias. Por tanto, en el caso en que produzca un doble procedimiento, penal y administrativo, se tendrá en cuenta el principio de proporcionalidad.⁴⁴ En Alemania se encuentra recogido en el Artículo 113.3 de la Constitución alemana y en el Derecho penal en el § 84 OWiG en el

cual se prohíbe la sanción administrativa sobre una cosa juzgada.

En los casos de protección de los consumidores podríamos entender que existe un problema de doble incriminación,⁴⁵ en el cual la opinión de la doctrina sostiene que la primacía de los reglamentos sancionadores europeos es un estándar mínimo.⁴⁶ En el caso en que se defendiese el mismo bien jurídico en el Derecho penal nacional y en los reglamentos comunitarios, hay una primacía del Derecho europeo, no pudiendo afirmarse que la norma penal tendría prioridad. Por ejemplo, dentro de las subvenciones europeas el Reglamento 2988/95 en su artículo 6 establece una primacía de las sanciones reguladas en el ordenamiento nacional penal sobre el comunitario, ya que existe un mandato a la suspensión del procedimiento sancionador europeo si la autoridad correspondiente lo estima oportuno, situación que confirma la tesis que se mantiene aquí, ya que la norma superior es la que da la competencia a la subordinada, siendo la sanción penal la que se tiene que aplicar en un primer momento, debiendo esperar las instituciones sancionadoras europeas a que se resuelva el proceso penal y en el caso en que pudieran entrar en juego, se regirán por el principio de proporcionalidad que establece el TJCE. El Tribunal exige para la aplicación del principio de proporcionalidad que en el momento de imponer la segunda de las sanciones se tenga en cuenta la impuesta en primer lugar, actuando de complemento a la sanción punitiva del Estado miembro y, además, para la homogeneidad dentro de la UE a la hora de sancionar.⁴⁷

En la hipótesis de sanciones penales estatales y sanciones europeas el TJCE tuvo la oportuni-

⁴⁴ GIUDICELLI-DELAGE, G., «El delito de iniciados en el Derecho francés», en AA. VV. Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 408.

⁴⁵ Opinión del Abogado General VERLOEN VAN THEMAAT, en sus conclusiones sobre el asunto Könecke, STJCE de 25-9-1984 asunto 78/83.

⁴⁶ PLAZA VENTURA, P. Las sanciones comunitarias europeas: su aplicación a las empresas, Pamplona, 1999, p. 357.

⁴⁷ NIETO MARTÍN, A. Fraudes Comunitarios. Derecho penal económico europeo, Barcelona, 1999, p. 163.

dad de tratar el tema en el caso *Walt Wilhelm* en donde siguiendo con la doctrina imperante en todas las instancias comunitarias, se pueden imponer una doble sanción si se protegen bienes jurídicos diferentes. En este supuesto en concreto la competencia del país miembro, por un lado, y la libre competencia en el ámbito europeo, por otro. Además se exponen, por el Abogado General Roemer, las diferencias del sujeto sancionado, en el ordenamiento nacional la persona física y en el comunitario la jurídica. Es un punto muy importante, ya que puede ser un elemento diferenciador a la hora de aplicar las dos sanciones. Desgraciadamente nos encontramos que en los ordenamientos de los Estados miembros se puede sancionar a personas jurídicas, y aumenta el número de Estados que las castigan penalmente. Si no nos limitamos a esta clase, como pueden ser las consecuencias accesorias de nuestro Código penal, que siguen vigentes aunque en algunos delitos se haya impuesto la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontramos que todos los países miembros sancionan de alguna forma a las personas jurídicas. Por tanto, tenemos que comprobar si los bienes jurídicos defendidos en el derecho sancionador estatal y europeo son los mismos o no.

Tal práctica se ha visto ratificada por el TJCE en el asunto *Giry et Guerlain*. En este supuesto, también relacionado con la libre competencia, el citado órgano jurisdiccional vuelve en su párrafo 15 a señalar expresamente que no existe doble imposición cuando el concepto de protección de la competencia se ve desde perspectivas diferentes, diferenciando entre una nacional y otra europea. Continúa el fallo del Tribunal remarcando que dicha práctica sólo será posible si la legislación nacional no interfiere en la aplicación de las normas comunitarias.

Desde el punto de vista formal, lo que prohíbe

el *non bis in ídem* es el juzgar dos veces por un mismo hecho, lo que se quiere evitar es que una vez acabado un proceso por algún tipo de delito se vuelva a abrir un procedimiento para volver a juzgar a la persona.

El segundo juicio se tiene que limitar a los hechos probados en el primer juicio, en nuestro caso, el penal. El propio sistema comunitario permite la cuestión prejudicial, en la que el órgano nacional pregunta a las instituciones comunitarias, sobre su capacidad para realizar algún acto del Derecho comunitario, con el fin de determinar quién tiene la competencia y así evitar dos procesos.

Sin embargo, para sanciones internas penales ocurriría que “el Juez nacional estaría supeditado a la administración comunitaria”,⁴⁸ situación que no es la más adecuada dentro del Estado de Derecho y que pone en jaque a la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*.

Si observamos el problema suscitado desde un punto de vista de Derecho comparado observamos la existencia de Estados miembros en los que no existe la posibilidad de imponer sanciones administrativas para determinados delitos en el ámbito de la Unión.

Así, a modo de ejemplo, en los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda las sanciones que se imponen por la defraudación a las arcas comunitarias son, exclusivamente, o penales o civiles. Es por tanto necesario determinar primero que naturaleza jurídica tiene la sanción comunitaria.

El ámbito en el que nos movemos se encuentra entre la sanción administrativa y la penal. En principio la doctrina no es partidaria de entender tal modalidad de actuaciones como penales, principalmente, porque no se respe-

⁴⁸ Ibid., pp. 167.

ta el principio de legalidad, no es una sanción impuesta por un juez y los destinatarios de las mismas son personas jurídicas,⁴⁹ características todas ellas que son el fundamento en el que se basa el *ius puniendi* penal del Estado de Derecho. A ello hay que añadir el interés de la Comisión en resaltar el carácter no penal de las sanciones.⁵⁰ Aunque el tipo de las que impone la Unión tienen características cuasi-penales,⁵¹ como son los casos de la pérdida de fianzas, la devolución de las ayudas con intereses, la retirada o negación de ayudas conseguidas o que se puedan conseguir en un futuro,⁵² tendremos que decantarnos por considerar, en un primer momento, tales sanciones como administrativas.⁵³ Por consiguiente, las características principales que diferencian a la sanción administrativa de la penal son que no son impuestas por los Tribunales y que no tienen que estar reguladas en leyes, sino que pueden serlo en normas dictadas por el poder ejecutivo.

Vemos, pues que la actual regulación de las sanciones comunitarias se acerca más al poder sancionador administrativo⁵⁴ que al penal.⁵⁵ Por tanto, independientemente de la dureza de la sanción, que como se sabe en muchas ocasiones es mayor en las sanciones impuestas por los órganos ejecutivos, estamos ante actos sancionadores de la administración pública.

Para compatibilizar semejantes sanciones administrativas con el Estado de Derecho es necesario que se den dos requisitos: por un lado su sumisión a la ley, que supone un control *ex ante* de la actividad de la administración y, por otro, el control jurisdiccional de las sanciones y la aplicación de los principios del Derecho penal sancionador.⁵⁶ En el primer punto, el referido al principio de legalidad, no encontramos demasiados problemas, ya que en el Derecho sancionador primario hay fundamentos jurídicos⁵⁷ para mantener tal sumisión

⁴⁹ Entre otras muchas razones, PLAZA VENTURA, P. Las sanciones..., cit., pp. 257 y ss. Véase SATZGER, H. Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, 2001, pp. 79. En referencia a las multas, argumentos a favor y en contra de considerarlas como sanciones penales BÖSE, M. Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1996, pp. 140 y 141.

⁵⁰ Una lista de reglamentos en donde se detalla el carácter no penal lo podemos encontrar en TIEDEMANN, K. "Die Allgemeiner Teil des europäischen supranationalen Strafrechts". En VOGLER, T. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin, 1985, pp. 1415.

⁵¹ TIEDEMANN, K., Lecciones..., cit., pp. 58.

⁵² VOGEL, J. "Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler sanktionen". En DANNACKER, G.: Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, Europäische Rechtsakademie Trier, 1993, pp. 178 y 179.

⁵³ Así las denomina el TJCE en sus sentencias de 28-10-1982 casos números 50-58/82, 2-2-1989, y viene recogido expresamente en el Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

⁵⁴ Aunque tampoco son claramente administrativas ya que se diferencian en que son reguladas por la norma comunitaria y los Estados miembros son los destinatarios y los que las aplican, GRASSO, G., «Nouvelles expériences en matière de sanctions administratives communautaires». En DANNACKER, G.: Die Bekämpfung des Subventionsbetrug im EG-Bereich, Europäische Rechtsakademie Trier, 1993, pág. 127.

⁵⁵ PLAZA VENTURA, P. Las sanciones..., cit., pp. 267. NIETO GARCÍA, A. Derecho..., cit., pp. 99, justificando la naturaleza administrativa de la sanción por exclusión, ya que lo único seguro es que no es penal, tal y como ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia del TJCE, sentencias de 13-7-1966, asuntos 56 y 58/64, 15-7-1970 asunto 41/69 y 11-11-1981 asunto 203/80.

⁵⁶ ARROYO ZAPATERO, L., Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, Madrid, 1987, pp. 58.

⁵⁷ Artículo 7 de la CEDH y el artículo 194 del Tratado del EUROATOM.

a la ley,⁵⁸ y en el derivado, observamos que las sanciones se encuentran recogidas en los Reglamentos antes de ser utilizadas. Así pues, cumplirían con los requisitos expuestos para la compatibilidad de las sanciones administrativas en un Estado de Derecho. El control jurisdiccional en el caso de las sanciones administrativas de la UE se realiza por el TJCE para las sanciones referentes a la competencia y de la CECA, y por la jurisdicción estatal para las de la Política agraria común. Esta doble jurisdicción ha sido fuertemente criticada ya que lo ideal hubiese sido «la creación de una Parte General que sirva para la totalidad de sanciones comunitarias»⁵⁹ y no mantener dos estructuras sancionadoras diferentes. Y es que, en el caso de las sanciones de la política agraria común pueden «existir dos Partes Generales distintas, con desigual amplitud»,⁶⁰ siendo diferentes los principios que regulan las sanciones que se van a imponer. Pudiéndose concluir que la sanción europea tendría una naturaleza administrativa.

Un punto por el que la doctrina pasa de puntillas es la relación del derecho sancionador nacional con el derecho sancionador comunitario. El tema no es baladí, puesto que si las sanciones europeas son consideradas como administrativas existen los siguientes problemas. En este aspecto la doctrina⁶¹ que ha tratado el tema ha determinado los principios por los que se rigen las sanciones comunitarias: su parte general. Se encuentra, al igual que hemos señalado anteriormente con las sanciones administrativas, se cumplen con el principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad

y proporcionalidad. Por tanto, los tres sistemas sancionadores están regulados por los mismos principios, tal y como mantienen los autores defensores de la tesis unitaria y, con la jurisprudencia que hemos visto, están conectadas entre sí. Esto no quiere decir, que los bienes jurídicos tutelados por los tres sistemas tengan que ser necesariamente iguales y nos plantea el problema de qué debe estar incluido bajo el paraguas del Derecho penal.

IV. FUNDAMENTACIÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LOS DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES

Determinar dónde se encuentra el comienzo de la intervención del Derecho penal en lo relacionado con los derechos de los consumidores es difícil. En las tesis cualitativas la diferenciación es clara ya que en el Derecho penal existen bienes jurídicos protegidos de los que no se hace eco el Derecho administrativo (sin ir más lejos, la vida, la libertad, el patrimonio, etc.). Sin embargo, existen bienes jurídicos, principalmente en el Derecho penal económico que pueden ser iguales, no ya sólo en el Derecho administrativo y penal, sino también, en el Derecho comunitario.⁶² De esta dificultad se hace eco Cuello Contreras cuando expone sus criterios de distinción. Para este autor al Derecho penal sólo deben pertenecer los ataques más directos contra los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, susceptibles de producir los daños más difíciles de reparar.⁶³ Al Derecho administrativo le correspondería todas aquellas infracciones que, poniendo en peligro la confianza del ciu-

⁵⁸ Principalmente relacionados con el principio de determinación. Véase STJCE 85/76 en donde se consideran determinados los términos explotación abusiva y posición dominante que sirven de base para castigar los comportamientos en contra de la libre competencia.

⁵⁹ NIETO MARTÍN, A. Fraudes..., cit., pp. 82.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ TIEDEMANN, K. "Die Allgemeiner...", cit., pasimil. NIETO MARTÍN, A., Fraudes..., cit., pp. 123 y ss.

⁶² Es el caso de las políticas de protección de los consumidores en materia de seguridad alimentaria, de competencia o de mercado financiero, donde las sanciones comunitarias son de gran cuantía.

⁶³ Dentro de esta situación el autor da por hecho que pueden existir sanciones administrativas que también cumplan con esta misión. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J. El Derecho..., cit., pp. 30.

dadano en el normal funcionamiento de la vida pública, pueden constituir la antesala, si no se previenen tales situaciones peligrosas, de infracciones más graves plenamente constitutivas de delito, con ellas se protege la confianza general en el Ordenamiento jurídico incluso al propio infractor.⁶⁴ Al orden civil pueden reconducirse los daños puramente patrimoniales no acompañados de manipulación fraudulenta que se pueden prevenir estableciendo cautelas. Con estos criterios se consigue explicar que haya sanciones administrativas o comunitarias con una cuantía mayor que la que se establece en el sistema penal.

Roxin⁶⁵ da un listado de nueve puntos para que un determinado comportamiento se pueda castigar que consiste en:

1º las normas penales motivadas por cuestiones ideológicas o que lesiones los Derechos humanos o fundamentales no son posibles.

2º los circunloquios sobre el fin de la norma no es ningún bien jurídico, el último fin es el de conseguir la libertad y una coexistencia libre.

3º las lesiones simples de la moral no deben ser penalizadas

4º la lesión de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico. Aplicado a la manipulación de células madre con modificación de los gametos sólo sería posible hablar de una lesión al bien jurídico cuando la manipulación altera la posibilidad desarrollo. Sin embargo, cuando se trata de eliminar una enfermedad genética entonces no hay lesión de ningún bien jurídico.

5º la protección de los sentimientos sólo se puede aceptar como amenaza a los sentimien-

tos. Por ejemplo, el exhibicionismo sólo se justifica por el miedo de las mujeres ante una posible agresión sexual.

6º los daños autoinfringidos, su ayuda y su posibilidad no son penalizables. El Estado no puede actuar con una función paternalista ante las decisiones personales de los ciudadanos.

7º Las leyes penales simbólicas. Roxin entiende por estas las leyes que no son necesarias para asegurar una vida libre en comunidad.

8º los tabús no son bienes jurídicos. Por ejemplo, el incesto.

9º los objetos de protección que son abstracciones inmateriales. La paz pública, por ejemplo.

Estos criterios son de difícil concreción dentro del Derecho penal económico y, en concreto, en el ámbito del consumo. La protección de delitos supraindividuales mediante delitos de peligro ha sido fuertemente criticada, principalmente por la falta de determinación de los mismos. Como hemos señalado anteriormente, la actividad económica es cada vez más compleja y ello lleva aparejado la existencia de numerosos bienes jurídicos intermedios que protegen al Estado, los intereses de los agentes económicos y de los consumidores. Tiedemann aporta la solución del análisis empírico-criminológico para determinar si esos hechos necesitan ser típicos o no dependiendo de la lesión o puesta en peligro de esos intereses o bienes por encima del sujeto individual. En la determinación de los bienes jurídicos no se puede sólo actuar desde un punto de vista teórico sin ver que ocurre en la realidad. Es aquí donde la Criminología se da la mano con

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ ROXIN, C. "Rechtsgüterschutz als Aufgabe der Strafrechts?". En HEFFENDEHL, R.-BOTTKE, W.-SCHÜNEMANN, B.: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Heymanns, Colonia, Berlín, Munich, 2005, pp. 140 y ss.

la dogmática penal para saber realmente cual debe ser la política criminal.⁶⁶ Esta situación se ha de valorar, no sólo desde el perjuicio individual sino colectivo,⁶⁷ en nuestro caso la certeza de que el mercado funciona correctamente, lo que da una confianza en el mismo.⁶⁸ Y es que la desconfianza, como se está viendo en la actualidad, en el mercado genera un perjuicio genérico en el resto de la población.⁶⁹ El principal problema para seguir este razonamiento en España es los pocos estudios empíricos en relación a la delincuencia económica. Y eso nos plantea el problema que se deduce de la aportación de Gallego Soler en su estudio sobre la publicidad engañosa.⁷⁰ Considerar que un delito es ineficaz por la poca aplicación práctica y considerar que las sanciones administrativas son por ello suficientes para este tipo de delincuencia es, sin duda precipitado. De eso es consciente el propio autor cuando considera que se deben dar un tratamiento diferente al tipo penal en comparación con el sistema alemán.⁷¹ Y continua citando a Dan-

necker para consolidar la importancia de la protección penal de los consumidores.⁷²

Al fallar el segundo pilar de la propuesta de Tiedemann nos tendremos que limitar únicamente al primero,⁷³ determinar qué intereses supraindividuales son los que se deben proteger para salvaguardar el sistema económico, los bienes jurídicos intermedios, en los que se protegen a varios sujetos, como hemos señalado anteriormente.

El estudio sobre los bienes jurídicos económicos más actual⁷⁴ es el realizado por Martínez-Bujan Pérez.⁷⁵ Siguiendo el concepto procedimental de Vives va desarrollando la justificación de la intervención penal en el ámbito económico, como justificación racional de la limitación de la libertad, renunciando a un macroconcepto de bien jurídico y concibiéndolo como una orientación.⁷⁶ Todo esto siempre con un enlace con los Derechos reconocidos en la Constitución.

⁶⁶ HEFENDEHL, R. "Kriminologie, Dogmatik, Kriminalpolitik: ein Leben in friedlicher Koexistenz?". En Hefendehl, R./ Bottke, W./ Schünemann, B. Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Heymanns, Colonia, Berlín, Munich, 2005, pp. 5.

⁶⁷ TIEDEMANN, K.: Lecciones..., cit., pp. 35 y 36,

⁶⁸ Sobre la confianza véase la opinión de Hefendehl supra.

⁶⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: "Código penal y política criminal". En Álvarez García, F.J./ González Cusac, J.L. Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 24.

⁷⁰ GALLEGO SOLER, J. I.: "Algunas cuestiones político-criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores". En Mir Puig, S.-Corcoy Bidasolo, M. La Política criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 233 y ss.

⁷¹ Ibid., pp. 235.

⁷² DANNEKER, G. "Europäisches Lebensmittelstrafrecht". En Tiedemann, K. Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Freiburg Symposium, Colonia, 2002, pp. 244.

⁷³ Para la delincuencia socioeconómica de carácter transnacional sí existen estudios criminológicos. Así para la corrupción entre particulares estudios del Banco Mundial tasa este tipo de delincuencia en un promedio del tres al cinco por ciento del producto interior bruto. Tasas que se consideran lo suficientemente importantes como para que se persiga penalmente, TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho penal económico. Parte especial, Gijley, Lima, 2012, pp. 206.

⁷⁴ En concreto sobre los bienes jurídicos difusos es altamente recomendable, por la fecha en que fue escrito, GONZÁLEZ RUS, J. J. Los intereses..., cit., pp. 79 y ss.

⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 139 y ss.

⁷⁶ Ibid., pp. 143.

La legitimación de la intervención penal debe fundamentarse en el principio de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad enlazado con el valor que se quiere defender frente a conductas que comporten una lesión o un peligro para la sociedad.⁷⁷ La legitimidad de la intervención penal, aparte del bien jurídico, requerirá de acotar cuales son los contenidos de la realidad social que deben ser seleccionados por entrañar un daño social y determinar quién ha de definir en concreto las formas de conducta típica que resultan intolerables para la convivencia. Realizado esto hay que demostrar la justificación moral y política del bien jurídico en cuestión, así como la justificación instrumental de la intervención jurídica (términos de eficacia en la persecución judicial). Dentro de la clasificación de bienes jurídicos diferencia la doctrina dos tipos en el ámbito económico: los individuales y colectivos, donde estos últimos se pueden dividir en bienes jurídicos sociales generales que pertenecen a la generalidad de las personas, y por otro, lo que se han denominado difusos, que no afectan a la totalidad de las personas.⁷⁸

Martínez-Buján Pérez considera que, dentro de una concepción estricta de los delitos económicos, existen bien jurídicos orientados a la tutela de un bien jurídico, de forma institucional, no referido directamente a bienes individuales y ello porque siempre sería posible identificar un bien jurídico dotado de mayor precisión y que indirectamente tutelaría el orden socioeconómico, que no podría ser un bien jurídico determinado.⁷⁹ Como a través de la protección de dichos intereses jurídicos se pretende preservar inmediatamente el funcionamiento de la economía de mercado no hay duda de su legitimidad de la intervención del Derecho penal.

La utilización del concepto de bien jurídico intermedio de Tiedemann en el ámbito del Derecho penal económico⁸⁰ evitaría el recurso a tipos de peligro pudiendo ser recogidos como delitos de lesión. Permitiendo considerar los bienes jurídicos colectivos generales institucionalizados sin referente individual. En relación a nuestro objeto de estudio, los delitos contra los consumidores estarían dentro de esta formulación que no tiene la necesidad de una conexión con un delito individual. Y en la concepción de Tiedemann no protegería intereses del Estado ni intereses individuales de cada uno de los afectados sino directamente sino bienes jurídicos intermedios en los que se protege la colectividad en sí.

Martínez-Buján Pérez se hace eco de las críticas a la teoría de Tiedemann y considera que no sería necesario recurrir a bienes jurídicos intermedios puesto que con una correcta redacción del tipo penal se pueden reconducir a bienes jurídicos individuales y pone por ejemplo los delitos de insolvencias, que en Alemania estaría en el conjunto de los bienes jurídicos intermedios mientras que en España es patrimonial.⁸¹ Esta puntualización no implica que se renuncien a este tipo de bienes colectivos como señala más adelante. En concreto trata justamente de los intereses colectivos de los consumidores de los cuales opina que no son bienes jurídicos supraindividuales autónomos o propios, sino que se preservan en tanto van referidos a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como el patrimonio o la libertad de disposición de las personas, compartiendo la tesis de Tiedemann cuando se entienda que la lesión del interés colectivo tiene lugar desde el momento en que se ponen en peligro abstracto los bienes jurídicos de los individuos concretos.

⁷⁷ Ibid., pp. 144. Quizás se debería hablar de interés más que de valor. Martínez-Buján, consciente de ello, puntualiza que no se refiere al sistema clásico de valor, concebida por los pioneros del concepto del bien jurídico como un derecho subjetivo o noción de un objeto material.

⁷⁸ Ibid., pp. 156.

⁷⁹ Ibid., pp. 159.

⁸⁰ TIEDEMANN, K. Poder económico y delito, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 12 y ss. Siguiendo la doctrina italiana, de forma parecida GONZÁLEZ RUS, J. J. Los intereses..., cit., pp. 90.

⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal..., cit., pp. 180.

V. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Si se observan los dos grupos de delitos en los que se centra esta obra para la protección de los consumidores podemos ver una coincidencia en toda la doctrina en considerar que se trata de la protección del colectivo, aunque con algunas matizaciones como vamos a ver.

En el primer grupo de contenido principalmente económico tenemos los delitos contra el mercado, competencia y consumidores, publicidad engañosa, facturación indebida, estafa de inversores y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Para todos estos delitos Martínez-Buján Pérez considera que existe un bien jurídico colectivo que es la protección del mercado pero siempre enlazado con un bien jurídico individual, normalmente alguno de tipo patrimonial.⁸² Muñoz Conde invierte el orden considerando que el bien jurídico protegido es el patrimonio pero que se tiene que utilizar un concepto como el del orden público económico para englobarlo, pero en cualquier caso remarcando que se trata de la defensa de los bienes individuales.⁸³

A partir de aquí los autores se centran en los delitos individuales más que en un su-

pra bien jurídico que englobe todo el espectro de los delitos socioeconómicos. Así, en el delito de publicidad engañosa hay dos grandes posturas: las que consideran que el bien jurídico consiste en la veracidad de los medios publicitarios para articular el orden del mercado, sujeto únicamente a su faceta económica y no en relación a la protección de la salud,⁸⁴ y las que consideran que lo que se protege son los intereses económicos de los consumidores, ya pueda ser con la libertad de disposición⁸⁵ o la veracidad en la actividad publicitaria.⁸⁶

Menos problema plantea el delito de facturación indebida. Aquí la doctrina es más unánime decantándose por la defensa de los intereses económicos de los consumidores.⁸⁷ Para Martínez-Buján Pérez se mantiene el carácter colectivo aparte de su enlace con los bienes jurídicos individuales del consumidor.⁸⁸

Diferente es la situación de la estafa de inversores. La discrepancia en este delito es más alta. Así para González Rus lo que se estaría protegiendo es la veracidad de la información para asegurar la confianza en el mercado de valores, ensalzada con una protección del patrimonio.⁸⁹ Para Santana y Gómez Martín lo que se protege es el correcto funcionamiento del mercado

⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 200 y ss.

⁸³ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 486 y ss.

⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal..., cit., pp. 201. PUENTE ALBA, L. M. Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario, Valencia, 2002, pág. 99 y ss. MORALES PRATS, F. "art. 282" En QUINTERO OLIVARES, G.-MORALES PRATS, F. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 882.

⁸⁵ MUÑAGORRI LAGUÍA pp. 72 y 73.

⁸⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J. "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Delitos relativos al mercado y a los consumidores" En MORILLAS CUEVA, L.: Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 601. CASTELLÓ NICÁS, N. "Art. 282" en COBO DEL ROSAL, M. Comentarios al Código penal, Madrid, 1999, pp. 220 y 221.

⁸⁷ J.J. "Delitos...", cit, p. 607; MORALES PRATS, F. "art. 284", en Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 882. PUENTE ALBA, L. M. Delitos..., cit., pp. 99 y ss.

⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal..., cit., pp. 245.

⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J. "Delitos...", cit., pp. 603.

de valores y la buena fe en el mercado.⁹⁰ Martínez-Buján Pérez mantiene su postura en este delito también salvo por el segundo párrafo en el que considera que sólo se protege el patrimonio.⁹¹

En el último delito de contenido económico en general, aunque con nombres diferentes, lo que defiende la doctrina es la libre formación en el mercado, ya sea con la libre formación de los precios,⁹² la libre competencia,⁹³ el funcionamiento del mercado⁹⁴ o libertad de los precios.⁹⁵

El otro grupo de delitos que puede afectar directamente a los consumidores son los relativos al delito farmacológico y los relativos a los alimentos. Todos ellos están estructurados como delitos de peligro y tienen en común al acuerdo unánime de la doctrina al considerar que el bien jurídico protegido en todos ellos es la salud pública.⁹⁶ Sólo vemos alguna matización en el caso de Corcoy Bidasolo que la considera como el conjunto de condiciones positivas y negativas mínimas que garantizan y fomentan la salud de los integrantes de una comunidad,⁹⁷ y García Alberto que considera

que el concepto salud pública ha conseguido ya la emancipación de bien jurídico salud individual.⁹⁸

VI. CONCLUSIONES

Tras la descripción del tema que hemos realizado se nos plantean diferentes cuestiones a tratar. La primera es si, como señala la escuela de Frankfort o Silva Sánchez, en nuestro país, la criminalidad socioeconómica debe ser eliminada del sistema penal y pasada a otro sistema de sanción diferente. Creo que, tal y como he desarrollado en la exposición del trabajo, ésta no debe ser la solución a tomar. La argumentación se basa en varios pilares. Desde el punto de vista político criminal ya hemos señalado que, aunque es imprescindible la criminología para determinar realmente cuales son las necesidades penales que necesita una sociedad, tal y como ha señalado Hefendehl,⁹⁹ en nuestro país no hay buenos estudios criminológicos en materia económica. Los estudios basados exclusivamente en la jurisprudencia de los Tribunales puede no ser un buen método científico para determinar qué se debe penar. Determinar la necesidad o no de la inter-

⁹⁰ SANTANA, D.-GÓMEZ MARTÍN, V. "Art. 282 bis", en Corcoy Bidasolo, M./ Mir Puig, S. Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 623.

⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal..., cit., pp. 263.

⁹² GONZÁLEZ RUS, J. J. "Delitos...", cit., pp. 609 y 610.

⁹³ BONILLA PELLA, J. "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" En ORTIZ DE URBINA, I.: Reforma penal 2010, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 274. SANTANA, D.-GÓMEZ MARTÍN, V.: "Art. 282 bis...", cit., pp. 627. Para Martínez-Bujan, además de su criterio para todos los delitos socioeconómicos, añade la libre competencia y el intervencionismo del Estado MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal..., cit., pp. 270 y 271.

⁹⁴ MORALES GARCÍA, O.: "Art. 282 bis" en: Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 901.

⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal español. Parte especial, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 779.

⁹⁶ SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J. E.: "Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la elaboración o distribución de sustancias nocivas para la salud" En Morillas Cueva, L. Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 803. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal..., cit., pp. 486 y ss.

⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, M. "Delitos contra la salud pública" En CORCOY BIDASOLO, M.-MIR PUIG, S. Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 782.

⁹⁸ GARCÍA ALBERTO, R.: "Art. 359" En QUINTERO OLIVARES, G.-MORALES PRATS, F. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzai, Pamplona, 2011, pp. 1429.

⁹⁹ HEFENDEHL, R. "Kriminologie...", cit., pág. 5.

vención penal en un determinado aspecto de la sociedad es discutible con ese único criterio.

¿Qué podemos determinar como éxito en el Derecho penal? ¿Cuándo se aplica un tipo con éxito, o cuándo no se aplica nunca consiguiendo evitar el ataque al bien jurídico? En el caso en que se dé esta última situación ¿es un éxito del tipo o es un delito que debería eliminarse del Código penal? Para este tipo de estudios sería necesario ver la influencia de las sentencias en materia de Derecho penal económico con respecto al resto de la delincuencia tanto en porcentaje de casos instruidos como condenados; estudiar empíricamente la eficacia de las medidas civiles y, sobre todo, por la frontera que existe, las administrativas. ¿Una gran cantidad de sanciones administrativas implicaría una eficacia en la protección? O por el contrario, ¿este gran número de irregularidades justifica la intervención penal, puesto que el Derecho administrativo no consigue erradicar este fenómeno? Un claro ejemplo de una mala prevención por el Derecho administrativo son las sanciones relacionadas con la delincuencia urbanística.¹⁰⁰ Como se puede apreciar en el día a día, la aplicación de la justicia en cuestiones de delincuencia socioeconómica sigue un ritmo diferente al de la delincuencia del Derecho penal clásico o nuclear, tanto en las investigaciones y en la instrucción (alto grado de dificultad para encontrar pruebas) como en las penas que se imponen (las sanciones son relativamente bajas para las cantidades y el daño que se producen).

En cuanto al tema de si se debe hacer una limitación cualitativa, cuantitativa o no hacerla y seguir la teoría unificadora entre el Derecho administrativo y penal señalar que la cuantitativa, por sí sólo, hoy día no es adecuada. Las sanciones económicas que se imponen en el ámbito administrativo son en muchos casos más altas que las penas económicas que se imponen en la actualidad. Pero es que en el

ámbito comunitario las sanciones son de unas cantidades inimaginables para los procedimientos penales. Si seguimos considerando que la pena de privación de libertad es cuantitativamente más importante que las sanciones pecuniarias o limitadoras de Derechos, lógicamente, todo lo que tenga una sanción privativa de libertad sería Derecho penal, pero no nos sirve de limitador del alcance de este.

La tesis cualitativa considera que los bienes jurídicos protegidos en los tres sistemas tendrían que ser diferentes, aunque en determinadas áreas, como puede ser la de nuestro objeto de estudio, puedan ser coincidentes, siendo el único elemento diferenciador la gravedad del ataque. Esta interpretación sería coherente con los principios y jurisprudencia comunitaria y la actual del TC. Ya tuve la oportunidad de tratar el tema y pienso que las sanciones que imponen las instituciones europeas no son ni de naturaleza penal ni administrativa,¹⁰¹ aun pudiendo tener muchos puntos en común con ambos. Estimo que se trata, simplemente, de un tipo nuevo de sanciones, que han ido evolucionando con la asunción de competencias por parte de la UE. Es cierto, que las sanciones expresas en el Tratado de Roma, en concreto, las que preservan la libre competencia dentro del espacio comunitario, sí tienen las características de sanciones administrativas, que es lo que opina mayoritariamente la doctrina. Semejante potestad sancionadora se concedió por parte de los Estados miembros porque era imprescindible para garantizar que las competencias de que disponía la CEE fueran eficaces, siendo conscientes aquéllos de la necesidad de dotar a esta institución supranacional de un poder sancionador. Al mismo tiempo, los Estados miembros eran muy reticentes a conceder competencias penales, al considerar que se recortaría en exceso su soberanía. No hay que olvidar que el objetivo principal de la fundación de la CEE fue la creación de un espacio económico europeo, y sólo con ese fin.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Código penal...", cit., pp. 25.

¹⁰¹ Por el contrario DANNECKER, G. *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Friburgo, 1995, p. 84.

Por ello no se empezó por construir un sistema de Derechos y libertades, como suele ser en la tradición constitucional de los Estados nación. Por tanto, en la actualidad nos encontramos con un sistema jurídico europeo que no tiene los principios y garantías básicas para la aplicación de sanciones, no estando adaptado a las necesidades que en la actualidad tiene los órganos europeos tras un aumento de las competencias de éstos, en concreto dentro del marco sancionador. Dado que dicho poder sancionador de los órganos de la UE no se encuentra limitado, por los Tratados constitutivos de la UE, Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y por principios de la Parte General de Derecho procesal, más bien se trata de una carta en blanco a desarrollar en el Derecho secundario. Ante tal ausencia ha tenido que ser el TJCE quien, por medio de su jurisprudencia regule, en el ámbito europeo, todos los principios básicos del Derecho sancionador¹⁰² que han de cumplir, por la interpretación conforme al Derecho comunitario, todas las sanciones nacionales aunque los bienes jurídicos pueden ser diferentes. Las sanciones que imponen los órganos comunitarios se caracterizan por su contenido, jerarquía normativa, sujetos y principios a aplicar. Por su contenido las sanciones europeas consisten: a) en sancionadoras propiamente dichas, como son las multas, b) reparatorias, devoluciones de las cantidades defraudadas con sus respectivos intereses, una suma de ambas, c) confiscatorias, no devolución de fianzas y d) sanciones interdictivas o limitadoras de derechos como, por ejemplo, la imposibilidad de pedir nuevas subvenciones o anular la capacidad para realizar negocios.

El reconocer la existencia de la tercera modalidad de sanción posibilitaría resolver muchos de los problemas que hemos descrito y se permitiría a la UE disponer de una herramienta que le es necesaria para llevar a cabo las potes-

tades que tiene asumidas y que pueda tener en un futuro. La asunción de tal modelo implica un cambio en el dibujo del sistema sancionador clásico de los Estados nación. Dentro del sistema sancionador actual no nos encontramos una estructura lineal en la que la sanción penal se encuentra en el último eslabón —principio de ultima ratio— ni hay que esperar a la decisión del Tribunal penal para imponer otro tipo de sanción —teoría clásica del non bis in idem—. Tal estructura ha desaparecido con el principio de jerarquía normativa de la UE y las modificaciones realizadas por el TJCE en lo referente a la prohibición de doble sanción por un mismo hecho. En la actualidad la sanción europea tiene primacía sobre la nacional, que por otro lado, sigue siendo el último recurso y mantiene las sanciones privativas de libertad. Ante semejante situación considero que la mejor solución es considerar que las sanciones europeas, como he comentado anteriormente, son un nuevo tipo de sanciones que influyen en la decisión de los Tribunales penales nacionales pero que no es el último recurso que se utiliza para evitar los comportamientos más graves. Se produce una situación en que, por un lado, está por encima de la penal y, por otro, se encuentra en un rango inferior a ésta. La configuración actual del sistema sancionador se forma entorno a una red en la que la función de la sanción penal no es más que el de un nodo de la misma. Muy importante, pero sin la exclusividad que tenía en el sistema sancionador nacional clásico. Tal concepción de las sanciones europeas permitiría el que se adaptaría fácilmente un sistema penal europeo, ya que las sanciones europeas se podría dividir en civiles europeas, administrativas europeas o penales europeas; pudiendo mantenerse el principio de ultima ratio del Derecho penal.

Tal situación se resolvería si considerásemos que las sanciones impuestas por la comunidad no son administrativas, en el sentido estatal

¹⁰² De todo ello es consciente el Tratado de la Constitución Europea, en donde se resalta la introducción de dichos principios así de competencias expresas en materia penal. Véase TIEDEMANN, K. «Die Allgemeiner..., cit., passim.

del término, sino sanciones comunitarias, con sus características especiales. En dicho caso no se produciría la apertura de un doble procedimiento, ya que, las instituciones europeas se dedicarían a sancionar a las empresas y los Tribunales nacionales a las personas físicas. Esta distinción ya la realiza la Unión Europea en el procedimiento de concesión de ayudas, ya que, siempre que es posible se tiende a conceder los fondos a personas jurídicas. En los supuestos de ordenamientos en los que los Estados miembros pueden sancionar a empresas, los Tribunales deberían abstenerse en los ámbitos en que ya ha sancionado la Unión, y en el caso, en que pudiesen volver a sancionar, supongamos que se defienden bienes jurídicos deferentes en la regulación europea y la estatal, los Tribunales tendrán que tener en cuenta la sanción impuesta en el ámbito europeo y poner una pena de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Lo cual estaría en consonancia con la jurisprudencia del TJCE tanto en lo referente al *non bis in idem* como al principio de primacía del Derecho comunitario.

Dado que los estudios criminológicos en nuestro país no nos permiten aclarar la intervención penal en relación a los consumidores sólo nos queda el razonamiento teórico sobre la existencia o no de bienes jurídicos relacionados con la defensa de los consumidores. En el trabajo realizado ya hemos expuesto las tres posibilidades: la no incriminación de las acciones relacionadas con el consumo que no dañen a bienes jurídicos individuales, la inclusión como bienes que afectan indirectamente a bienes jurídicos individuales y, finalmente, la inclusión como bienes jurídicos intermedios. La primera postura tenemos que descartarla. Limitar la actuación penal únicamente a los bienes jurídicos del Derecho penal nuclear es obviar una necesidad de protección de gran

interés para la ciudadanía.¹⁰³ Con respecto a la existencia de bienes jurídicos en materia socioeconómica tenemos que admitir la existencia de bienes jurídicos colectivos, que no protegen ni al Estado ni indirectamente a los individuos, sino que afecta a una colectividad que generan un situación de indefensión respecto a determinados comportamientos que dañan a la sociedad. Si seguimos los criterios de Roxin la inclusión de estos bienes jurídicos en el sistema penal cumplen con todos los requisitos expuestos. Los únicos problemas son con los criterios 2 y 7. En muchas ocasiones en los delitos contra los consumidores nos encontramos con justificaciones de bienes jurídicos que son meros circunloquios. Esto enlaza con la necesidad expuesta por Martínez-Buján Pérez de que estos bienes jurídicos estén claramente determinados. En el caso del criterio 7, las leyes penales simbólicas, hay que señalar que estas leyes no son necesarias para asegurar una vida libre en comunidad. En el caso concreto de la defensa de los derechos de los consumidores en ningún supuesto podemos considerar que las leyes sean innecesarias. De hecho viendo la importancia que se le da desde un punto de vista comunitario, tanto civil como administrativa, hemos de entender que la normativa sobre consumidores es un elemento básico para el desarrollo de la vida en las sociedades postindustriales. En la actualidad ha habido grandes novedades dentro de la teoría del bien jurídico, principalmente, en materia de bienes jurídicos colectivos. Según la nueva construcción de Hefendehl en los delitos abstractos, que protegen bienes jurídicos colectivos no encontramos únicamente un bien jurídico protegido. Entra en juego el nuevo bien jurídico “confianza en el ordenamiento jurídico” que, el autor alemán, defiende siempre en relación con otro bien jurídico. La “confianza” es una parte del bien jurídico protegido en el resto del orde-

¹⁰³ Se puede observar, por ejemplo, en los casos de las acciones preferentes en las cajas de ahorros (justo en su transformación en bancos) para comprender que ni los sistemas de autoregulación, ni los sistemas de control administrativo han cumplido con su misión y, desde nuestro puntos de vista, es clara la necesidad de una intervención penal para evitar este tipo de situaciones.

namiento jurídico, en nuestro caso, la salud pública o la competencia del mercado, y no es per se el bien jurídico.¹⁰⁴

Esta nueva reformulación para la justificación de los bienes jurídicos colectivos ha sufrido críticas. Hassemer considera que poner la confianza como bien jurídico es peligroso por su gran abstracción y poca certeza, considerando que no debe ser considerado como bien jurídico.¹⁰⁵ Además, Roxin y Anastasopoulou exponen desde tres puntos otra crítica. Para ellos la confianza sólo puede quebrantarse siempre y cuando las circunstancias que la ponen en duda sean conocidas. Por tanto, si los actos permanecen ocultos o la población ya ha perdido la confianza en algún punto en concreto debería ponerse en cuestión la existencia de una lesión del bien jurídico. Así, si ya existe una total desconfianza en la incorruptibilidad de la administración no se sería posible su lesión puesto que no existiría.¹⁰⁶ Un segundo punto de su argumentación es el siguiente razonamiento: si sólo la confianza de la generalidad y no la protección contra el falseamiento de la voluntad estatal fuera el bien jurídico protegido en el caso de los delitos de corrupción lo lógico sería suprimirlos.¹⁰⁷ Finalmente se achaca la nula capacidad limitadora del Derecho Penal de un bien jurídico “confianza en algo” que, de forma parecida al comentario de Hassemer, es demasiado impreciso al tratarse de un estado fáctico de una persona.¹⁰⁸

Como no puede ser de otra forma ante estos comentarios críticos, Hefendehl ha defendido

su postura. Ante esta situación se pregunta cuál es la alternativa a la confianza y la respuesta es, según Roxin, la “eficiencia de función”. Existe una lesión al bien jurídico cuando sólo se constata una única lesión, sin que la función del sistema se vea afectada.¹⁰⁹ La pureza de la prueba de peritaje por un médico se ve afectada por un único caso que se dé. Para Hefendehl, estas situaciones de ataques puntuales no son relevantes en los casos de bienes jurídicos colectivos funcionales.¹¹⁰

Con respecto al argumento de la confianza destruida Hefendehl considera que sí se puede confiar en la persona cuando no se tiene conocimiento de las circunstancias que derrumbarían esa confianza. Sin embargo, considera que esa confianza es frágil y no puede ser protegida por el Estado. Frágil porque un delito no descubierto puede aparecer más adelante. Como contraargumento utiliza el ejemplo del bien jurídico libertad. Cuando uno duerme no se le priva de su capacidad de optar aunque no es posible tal situación cuando uno duerme. En el caso de la confianza destruida tampoco le parece acertada la crítica. Como contraejemplo utiliza el bien jurídico vida. Cuando alguien muere implicaría que no se le puede volver a matar, pero se puede volver a lesionar a personas lesionadas. No desaparecería. Igual ocurre con los bienes jurídicos colectivos de confianza. Por su importancia para la sociedad no pueden ser eliminados por acciones aisladas. La confianza en sistema de peritaje de facultativos, de títulos académicos que permiten realizar una actividad médica o

¹⁰⁴ HEFENDEHL, R. “De largo aliento: el concepto de bien jurídico” en Hefendehl. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 470.

¹⁰⁵ HASSEMER, W. “Segunda sesión. Protección de bienes jurídicos y problemas de imputación”, en Hefendehl, R., La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 430.

¹⁰⁶ ROXIN, C. Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Beck, Munich, 2006, párr. 2 nm. 4.

¹⁰⁷ ANASTASOPOULOU, I. Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, Beck, Munich, 2005, pp. 177.

¹⁰⁸ Ibid., pp. 178.

¹⁰⁹ ROXIN, C., Strafrecht..., cit., párr. 2 nm. 83.

¹¹⁰ HEFENDEHL, R., “De largo...” cit., pp. 472.

de recetas médicas no son destructibles en un Estado que funciona.¹¹¹

Cuando se critica que el concepto confianza no es más que un concepto fáctico responde este autor que eso es cierto. Consiste en un estado que se construye a partir de determinadas circunstancias que le dan fundamento y la requieren, pero que puede volver a cambiar o debilitarse. La confianza se constituye no de forma “ideal” sino de forma “real” así que se compone de componentes físicos y de fenómenos psíquico-intelectuales. Son circunstancias que pueden ser lesionadas.¹¹²

En este punto de cosas, dado el nivel de pro-

tección por el sector sancionador administrativo, la importancia de protección de los consumidores desde la UE, la existencia de bienes jurídicos colectivos intermedios y la realidad criminológica, tenemos que defender la existencia de bienes jurídicos colectivos, diferenciados de los bienes jurídicos administrativos, que legitiman la actuación penal que tienen la misión de garantizar la confianza en el sistema económico¹¹³, protegiendo al mismo tiempo otros bienes como la salud pública o la libertad de los consumidores, que desde el punto de vista victimológico se encuentran en una situación de indefensión por los nuevos métodos de comercio en masa.

¹¹¹ Ibid, p. 473.

¹¹² Ibid, p. 474.

¹¹³ De otra forma podría entenderse que las infracciones de este tipo son de menor importancia en comparación con la criminalidad del Derecho nuclear, GONZÁLEZ RUS, J. J. Los intereses..., cit., p. 147.

CONTROL DEL CORREO ELECTRÓNICO DEL EMPLEADO PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL FRAUDE CORPORATIVO

Gabriel ADRIASOLA*

1. EL PROBLEMA GLOBAL

Cada día más se profundiza un debate fruto de las denominadas NTIC (Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación). En ese debate se confronta el derecho a la privacidad del trabajador en el ámbito laboral y el derecho del empleador a controlar el uso de esas tecnologías (Internet, correo electrónico) por parte del empleado.

En esta contribución no pretendo abordar el problema en su globalidad, que abarca cuestiones relacionadas tanto al derecho laboral como al derecho penal, sino que me ceñiré a la posibilidad de control y acceso al correo electrónico corporativo por parte del empleador con la finalidad de probar la comisión de delitos por parte de un empleado infiel. En efecto, se ha dicho que “el uso del correo electrónico e Internet en el ámbito laboral, significa un importante avance para la productividad del trabajo. Pero su utilización indebida puede traer consecuencias dañosas a la empresa. Esta nueva realidad determina que la empresa se vea obligada a generar mecanismos de control

eficaces, que detecten el uso improductivo de estas herramientas de trabajo”.¹

Sin embargo, no se trata solo de detectar un “uso improductivo” del correo electrónico corporativo (entendiendo por tal el proporcionado por la empresa). Esta perspectiva resulta válida y parte del supuesto de que el empleador cede a sus empleados las herramientas informáticas para que desarrollen su trabajo², pero el mal uso del correo electrónico (p.e. utilización con fines personales³) no solo puede generar improductividad, sino que también puede ser utilizado para cometer fraudes contra la propia empresa. En efecto, el correo electrónico se puede utilizar, o mal utilizar, no solo con fines personales, sino también como un instrumento más para cometer fraudes contra la empresa, tipo desviación de clientela o competencia desleal.⁴

Desde esta perspectiva cabe el planteo de dos preguntas: a) ¿puede el empleador acceder al correo electrónico corporativo del empleado?; y b) ¿puede utilizar esa información, obtenida sin autorización judicial ni del empleado,

* Profesor titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH (Uruguay). Ex Profesor titular de Derecho Penal General y Especial de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de los Cursos de Certificación para Oficiales de Cumplimiento en prevención de lavado de dinero de la Universidad Católica del Uruguay-ISEDE. Profesor Invitado a los Cursos de Especialización en Derecho Penal Empresario y Tributario de la Universidad Austral de Buenos Aires.

¹ RAFFO, Verónica/ LARRAÑAGA ZENI, Nelson. “Control del uso de correo electrónico e Internet en la empresa”, en Revista de Derecho y Tribunales, N° 11, Montevideo, octubre de 2009, p. 57.

² Ibídem, p. 57.

³ Un ejemplo de improductividad puede ser el caso Deutsche Bank, en el que un empleado fue despedido al constatarse que envió 140 correos electrónicos privados desde el ordenador del Banco en un período de 42 días. Una reseña del caso puede verse en: MUÑOZ LORENTE, José. “Los Límites penales en el uso del correo electrónico e Internet en la empresa”, en El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa”. ROIG BATALLA, Antonio (Coordinador). Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, ps. 159-163.

⁴ ROIG, ANTONIO. “El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet..., cit., p. 74.

como prueba lícita en una causa penal contra ese empleado?

2. PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR VS. DEBERES DE CONTROL

No es posible abordar el derecho de acceso del empleador al correo electrónico del empleado desde la única perspectiva de que, al ceder la empresa las herramientas informáticas con el único fin de que el empleado realice su trabajo en beneficio de la empresa, ello implica necesariamente un derecho irrestricto de acceso, que incluso puede estar contenido en un reglamento o protocolo en el que se aclara que no podrán ser utilizados para fines personales, o que incluso el empleado renuncia a su derecho a la privacidad de las comunicaciones realizadas mediante el correo corporativo.⁵

La jurisprudencia comparada ha reconocido que el derecho a la intimidad del trabajador se extiende también al ámbito laboral, y que además, aún en ese ámbito, el trabajador goza de la protección al secreto de las comunicaciones⁶. La doctrina que se ha ocupado de este tema se encuentra dividida. Ya se vio que para algunos el hecho de que la empresa provea los medios (en este caso el correo electrónico), hace que el empleado tenga sobre ellos no derechos personales sino solo los delegados por la empresa⁷.

Sin embargo, otros autores estiman que la mera titularidad del medio empleado no justifica el acceso a las comunicaciones realizadas desde el servidor de la empresa, ya que el contrato de trabajo no transforma al empresario en un “tercero cualificado” para vulnerar el secreto de las comunicaciones⁸. Para esta posición el empresario es un tercero, pese a ser quién provee los medios, porque la comunicación no se entabla con el empleador, sino entre el empleado y el destinatario de la comunicación. En este sentido, alguna jurisprudencia comparada ha establecido que se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones no solo interceptando el mensaje, sino también cuando este es aprehendido desde el disco duro⁹.

Sin embargo, entre estas dos posiciones extremas, es necesario ubicar un punto de equilibrio. No es posible sostener que el empleador es un tercero ajeno a la comunicación en todos los casos, porque en definitiva el hecho de proveer el medio con un uso determinado (en beneficio del empleado y de la empresa) debe tener su peso a la hora de proponer una solución a esta aparente colisión de intereses.

Se ha señalado que hay que distinguir entre datos o comunicaciones profesionales de aquellas catalogadas como personales o privadas¹⁰. Sin embargo, esta distinción muchas

⁵ HAIZENREDER JÚNIOR, Eugenio. “O poder diretivo do empregador frente a intimidade e a vida privada do empregado na relação de emprego: conflitos decorrentes da utilização dos meios informáticos no trabalho”, en “Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos”, Brasil, 2006, ps. 74-75. Cit. por RAFFO, Verónica. LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Control del uso de correo electrónico e Internet..., cit. p. 57.

⁶ STC 70/2002.

⁷ En esta línea también FERNÁNDEZ HUMBLE, Jua. “Aspectos laborales en la utilización de los medios informáticos”, en “Revista Trabajo y Seguridad Social”. Argentina, septiembre 2001, ps. 730-731.

⁸ MARÍN ALONSO, Inmaculada. “El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 159-160.

⁹ STC 114/1984.

¹⁰ ROIG, ANTONIO. “El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet..., cit., p. 74.

veces no es posible en la práctica. En efecto, muchas veces se tiene la sospecha de que el empleado está cometiendo o ha cometido un fraude contra la empresa, y la distinción entre correos profesionales y privados solo puede hacerse luego de un acceso global. Incluso, el correo que sirve de evidencia del fraude no puede ser considerado ni como profesional ni como privado.

En esta dirección no es posible negar a la empresa el derecho de “acceso y copiado” del correo electrónico, aunque ese derecho no puede ser indiscriminado. El criterio para definir la legitimidad de ese derecho de acceso reside en la razonabilidad de la decisión.

3. LOS ESTÁNDARES PARA UN ACCESO LEGÍTIMO AL CORREO ELECTRÓNICO DEL EMPLEADO

Parecería que el derecho anglosajón proporciona mayor protección al empleador que accede al correo electrónico del empleado. La respuesta al conflicto en ese sistema se estructura bajo el derecho de daños, y el empleado debe probar que tenía una expectativa de privacidad y acreditar además que existió una intrusión en la privacidad (“intrusión upon seclusion”) y/o una causación intencional de angustia emocional (“intentional infliction of emotional distress”)¹¹. Así, una pretensión de ilegitimidad de la conducta del empleador debe probar que el acceso al e mail del demandante supuso una intrusión altamente ofensiva para una persona razonable, lo que es muy difícil de demostrar cuando el ordenador pertenece a la empresa, o que el em-

pleador desplegó una conducta intencional, extrema e indignante (“extreme and outrageous conduct”)¹². Asimismo, bajo este sistema, “el empresario puede blindarse frente a las posibles acciones por vulneración de la privacidad mediante la comunicación oportuna del programa de monitorización que se vaya a llevar a cabo”¹³.

El derecho continental parece ser un poco más exigente que el anglosajón. En el ya citado caso *Deutsche Bank*, ventilado ante los tribunales españoles (ver nota 3), el empleado despedido (que enviaba e mails jocosos o de contenido sexual a compañeros de trabajo y a terceros desde el correo corporativo), denunció penalmente al banco el delito de descubrimiento y revelación de secretos. Si bien las autoridades del banco fueron sobreseídas, se llegó a conocer que “la ausencia de condena penal se debió a un acuerdo económico entre la empresa y el trabajador, en tanto que los delitos contra la intimidad admiten el perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal”¹⁴.

En un sentido opuesto al derecho anglosajón, la Corte de Casación francesa ha establecido que la expresa prohibición del uso del correo electrónico con fines no profesionales no autoriza el acceso al contenido de los mensajes personales¹⁵.

Para la doctrina española el principio general es que el empleador no puede acceder al contenido del correo electrónico del empleado sin que medie orden judicial, pero esta regla admite excepciones¹⁶. Excluyendo los llamados

¹¹ AGUSTINA SANLEHÍ, José Ramón, “Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito en la empresa”, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 114.

¹² *Ibidem*, p. 114. También KESAN, J. P., “A first principles examination of electronic privacy in the workplace”, en Blanpain, R (ed.), “On line rights for employees in the Information Society”, 2002, p. 259.

¹³ AGUSTINA SANLEHÍ, José Ramón, Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito..., cit., p. 114.

¹⁴ *Ibidem*, ps. 115-116.

¹⁵ Cass. Soc, 12 de octubre de 2004, No. 02-40.932.

¹⁶ ROIG, ANTONIO. “El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet...*, cit., p. 78.

datos personales, para los que siempre se requeriría orden judicial, dice ROIG que “desde el punto de vista constitucional, las facultades empresariales cubrirían una fiscalización residual de contenidos, siempre bajo circunstancias muy excepcionales. La finalidad de la medida debe ser lícita, como por ejemplo, tener la sospecha de que se están realizando actividades ilegales o competencia desleal; debería tratarse, además, del único recurso para poder constatar la infracción y la medida debería ser la mínima en cuanto a sus efectos y su duración para obtener el resultado deseado”¹⁷. Y agrega este autor, como garantía adicional para el empleador: “Sería deseable que el trabajador conociera la posibilidad de este control, aunque la falta de transparencia podría no ser decisiva si la infracción fuera particularmente grave”¹⁸. Y concluye: “¿Quiere ello decir que el empresario no puede en ningún caso aprehender el contenido de los mensajes electrónicos enviados o recibidos por el trabajador, si no es mediante autorización judicial? Como regla general, es así. Sin embargo, desde un punto de vista constitucional, las facultades contractuales de dirección del empresario facultan a este a un control, excepcional, también sobre los contenidos. Pero hay que insistir en su carácter excepcional, pues de otro modo se vulneraría la proporcionalidad de la medida: debe tener justificación explícita, en un contexto de circunstancias excepcionales y imperativos de seguridad, respetando el contradictorio y ser proporcionada, adecuada, necesaria (no hay alternativa menos gravosa) y ponderada (no causa más perjuicios que beneficios)”¹⁹.

Creo que esta posición restringe en demasía dos factores. Por un lado, el hecho incuestionable de que el correo electrónico es una herramienta que la empresa pone en manos del

trabajador para que la utilice con un fin lícito y en un marco de lealtad con la empresa.

Es necesario que existan reglas claras en esta materia, y que el empresario no se vea enfrentado siempre el riesgo de una denuncia penal y a los vaivenes de la jurisprudencia. Traigo nuevamente a colación el caso Deutsche Bank. Si bien, como se dijo, la fiscalía pidió el sobreseimiento y el mismo culminó con un acuerdo económico en beneficio del demandante, la Magistrado encargada de la Instrucción sentó criterios, a mi juicio alarmantes, y que refuerzan esa necesidad de dotar de seguridad jurídica a la empresa a la hora de ejercitar las que considero ineludibles y necesarias tareas de control y vigilancia. Así, el referido auto destacó los aspectos para sustentar que en principio la conducta del banco, al ordenar el “el acceso, bloqueo y copiado” de los correos electrónicos del empleado, podría encuadrar en el artículo 197 del Código Penal Español (delito de descubrimiento y revelación de secretos). En síntesis, dijo la Magistrado Instructora: a) se agregaron a la causa copia de los correos electrónicos, el texto íntegro de los mismos; b) el artículo 197 CPE requiere el elemento subjetivo consistente en la finalidad de “descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del remitente”; c) desde que la orden fue de “acceso, bloqueo y copiado”, ello revela la existencia de ese elemento subjetivo, ya que hubiera bastado con bloquear el servicio de correo sin acceder al contenido del mismo y pedir explicaciones al trabajador; d) solo con una orden judicial se puede acceder al contenido de las comunicaciones²⁰.

Se trata de un caso paradigmático que demuestra que, sin una regulación legal clara, la empresa se ve en muchas ocasiones expuesta a una coacción penal por parte de empleados

¹⁷ Ibidem, p. 74.

¹⁸ Ibidem, p. 74.

¹⁹ Ibidem, p. 78.

²⁰ MUÑOZ LORENTE, José. Los Límites penales en el uso del correo electrónico e Internet..., cit., ps. 160-162.

infeles. Y aún en ausencia de legislación – como es el caso uruguayo – es necesario construir estándares de actuación claros y precisos. Esos estándares deben partir de que, a diferencia de lo que se sostuvo en el caso *Deutsch Bank*, no es posible desconocer las siguientes circunstancias: a) el empleador es quién provee las herramientas informáticas; b) la existencia de reglamentos o protocolos de actuación que permiten al empleado conocer que sus comunicaciones a través de esas herramientas en determinadas circunstancias no son confidenciales y que, por consiguiente, el empleador no es un tercero respecto a las mismas; y c) la finalidad de defensa de la empresa nunca puede ser una finalidad de violación del derecho a la intimidad dentro de un marco reglado.

El hecho de que sea el empleador quién provee las herramientas informáticas (en concreto el servidor y el correo electrónico) es una circunstancia que necesariamente debe tener un peso específico a la hora de fijar una postura en esta materia. Si el empresario es quién proporciona los medios y es el propietario de ellos, no puede ser considerado un “tercero no cualificado” para ejercer un control y un derecho de acceso sobre el uso de esos medios. No es posible parificar la creación de una dirección electrónica a través de un servidor de acceso público a el uso de un correo electrónico corporativo. A vía de ejemplo, en el año 2000 se dictó en el Reino Unido el “Regulatory of Investigation Power Act”, que permite a la empresa el acceso rutinario al correo electrónico del empleado. Se fundamenta precisamente en que el empleado envía mensajes utilizando los medios de propiedad de la empresa, y por esa razón ni siquiera se exige su consen-

timiento para que se verifique el control. El control puede realizarse tanto por una sospecha de conducta criminal como para garantizar el cumplimiento de las políticas internas de la empresa²¹.

La denominada “expectativa de privacidad” debe ser eliminada mediante el conocimiento del empleado de que la empresa puede acceder al contenido de sus mensajes enviados a través de los medios proporcionados por ella. En este sentido, en jurisdicciones no reguladas, es conveniente que exista un consentimiento –que es algo más que conocimiento– del trabajador. Sin embargo, para algunos autores como MARTÍNEZ FONS, “el consentimiento del trabajador constituye requisito necesario pero no suficiente para proceder a la fiscalización del contenido de los correos electrónicos laborales”²². Este tipo de afirmaciones se basan en la afirmación de que no se puede renunciar a los derechos fundamentales. No comparto esta tesis, pero aún admitiéndola, se verá que el conocimiento o consentimiento a la facultad de acceso (transparencia del control) por parte del empleado, junto a la finalidad del acceso, tornan lícita la actuación del empresario. Al respecto señala ROIG que “la vigencia del derecho fundamental no queda excluida con la renuncia”²³, pero atempera su afirmación agregando que “aún con el consentimiento, la fiscalización debe tener una justificación legítima, ser razonable y proporcional”²⁴. De este modo, se pone el acento en la finalidad del empleador, de modo de justificar el acceso cuando la finalidad, en términos del derecho anglosajón, no se basa en una arbitraria intención de violar la privacidad o de causar una angustia innecesaria al empleado. Sin embargo, no puede ponerse el

²¹ Cfr. RAFFO, Verónica, LARRAÑAGA ZENI, Nelson. Control del uso de correo electrónico e Internet..., cit. p. 64.

²² MARTÍNEZ FONS, Daniel. “El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo. (Comentario a la SJS No. 32 de Barcelona, de 16 de septiembre de 2002)”, en “Relaciones Laborales, I (2003) 797-813.

²³ ROIG, ANTONIO. “El uso de Internet en la empresa: aspectos constitucionales”, en *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet...*, cit., p. 81.

²⁴ *Ibidem*, p. 81.

acento final en ese elemento, que sin duda es necesario, pero que también es subjetivo.

Con respecto a la teoría de la renuncia a derechos fundamentales, no hay que confundir la renuncia a la intimidad o privacidad con la renuncia a parcelas de la intimidad. Existen muchos ejemplos donde cuando las personas se colocan en el marco de una relación laboral o profesional se deben someter a un marco estatutario por el cual renuncian no a su derecho a la intimidad, sino a parcelas de ese derecho. Así, en numerosas legislaciones determinados funcionarios públicos deben renunciar a su intimidad patrimonial declarando sus bienes e ingresos, sea que esa declaración sea reservada y solo pueda accederse a ella en caso de sospecha, o puede tratarse de una declaración pública. En materia tributaria existen previsiones en que el acceso a determinados beneficios fiscales se condiciona, por ejemplo, al levantamiento voluntario del secreto bancario²⁵. En materia laboral existen empresas que –consentimiento mediante– realizan a sus empleados controles de orina para detectar si consumen estupefacientes²⁶.

Desde esta perspectiva, quién acepta colocarse en una relación laboral que implica el uso de un correo electrónico proporcionado por el empleador, no ve vulnerado su derecho fundamental a la intimidad si, conociendo la existencia de facultades de control del contenido, el empleador las ejerce, porque en ese caso lo que existe es una renuncia

a una parcela de la intimidad, no al derecho fundamental en toda su dimensión.

Esta argumentación no excluye, como se verá, la exigencia de que el acceso sea razonablemente justificado y proporcional. Pero esa exigencia no significa poner el epicentro del derecho de acceso a la evaluación de la finalidad por un tribunal, sino que se trata de un corolario natural de todo poder o facultad de control: que el mismo no se utilice de manera desviada por parte del empleador. En otras palabras, y traspolando una terminología propia del derecho administrativo, la propiedad de las herramientas informáticas y la transparencia del control (renuncia del empleado a una parcela de su intimidad) le confieren al empleador el derecho de acceso, que bajo esas premisas será siempre legítimo, salvo que se ejecute con desviación de poder, esto es, con una finalidad espuria.

El tercer elemento para tratar de construir un estándar lo más objetivo posible es el ejercicio legítimo de esa facultad de control. La sospecha de delito contra la empresa o contra terceros es un justificativo suficiente. Ahora bien, ello conduce a preguntarse cuál es el estándar con que el empleador debe medir esa sospecha.

En primer lugar la facultad de acceso es una forma de buscar evidencia, por lo que no se puede exigir al empleador una convicción de que el empleado está cometiendo un fraude a

²⁵ Así, el artículo 50 de la Ley uruguaya No. 18.083 que creó el IRPF, IRAE e IRNR, denominada de “Reforma Tributaria”, dispone: “Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982. La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° del Decreto - Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982. Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la Dirección General Impositiva podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

²⁶ Ese tipo de controles ha sido considerado legítimo en tanto exista consentimiento del empleado aún cuando puedan considerarse invasiones a la privacidad. Ver STC 196/2004, de 14 de noviembre.

la empresa basada en pruebas objetivas. Basta con que el empleador tenga una sospecha legítima y esa sospecha puede basarse incluso en informaciones no confirmadas. Un ejemplo posible es la denuncia formulada por medio de una “Hot Line”. La “Hot Line” “Se encuentra entre las herramientas de mayor difusión en los últimos tiempos entre las empresas preocupadas por reforzar su política de ética y lucha contra el fraude. Se trata de una línea anónima que llega directamente a los directivos, destinada a recoger denuncias de fraude. Para que esto sea efectivo, debe garantizarse que aquellos que tengan conocimiento o sospechas acerca de actos indebidos, puedan comunicarlo a los interesados sin temer represalias. Estos empleados son los que, en investigación del fraude, se denominan whistleblowers (informantes). El aporte crítico de estas personas en el descubrimiento de grandes esquemas de defraudación ha hecho que el uso de líneas directas y gratuitas (0800) para denuncias anónimas de fraude se impusiera, en los Estados Unidos, como un estándar obligatorio”²⁷.

De este modo, cualquier estándar similar bastará para fundamentar la sospecha y, en consecuencia, proceder al acceso del correo electrónico corporativo por parte de la empresa. En suma, se construye de este modo un estándar básico de legitimidad de ese acceso basado en tres supuestos: a) la empresa es la propietaria del correo electrónico y por lo tanto esta es una herramienta de trabajo que se le confiere al trabajador para que la use con fines profesionales y legítimos; b) el conocimiento por parte del empleado que la empresa tiene facultad de acceso (transparencia de control), con lo que se elimina cualquier expectativa de privacidad, y el consentimiento (aceptan-

do el reglamento o protocolo) constituye una dispensa estatutaria a una parcela de la intimidad y no al derecho fundamental de manera absoluta; y c) el control de acceso debe estar motivado en la simple sospecha de fraude o uso indebido del correo electrónico, con los estándares analizados para definir el “nivel de sospecha”.

Bajo estas premisas el acceso al contenido del correo electrónico no sería ilegítimo, sin embargo, a efectos de contribuir a una mayor seguridad jurídica es necesario excluir la posibilidad de tipicidad de la conducta.

4. LA ATIPICIDAD PENAL DEL ACCESO AL CONTENIDO DEL CORREO ELECTRÓNICO DEL EMPLEADO

Desde la perspectiva de la tipicidad objetiva no es posible sostener que el acceso del empleador al correo electrónico del empleado pueda configurar un delito de intrusión en secretos. La existencia de un consentimiento del empleado con base en la transparencia del control excluye la tipicidad. Así, si “los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo...no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”²⁸. Así, con el consentimiento eficaz se desvanece el disvalor de resultado, y con él el disvalor de acción y el tipo penal²⁹.

El valor del consentimiento como factor que elimina la tipicidad –o la antijuridicidad para otros– está contenido en muchos códigos penales. En el caso de Uruguay esa previsión está

²⁷ CANO, Diego. “Master en Negocios 2009”, Tomo No. 9, en <http://www.fraudinvestigationsargentina.com/MasterennegociosPrevencionydetecciondefraudes.pdf>, (consultado el 3 de mayo de 2013).

²⁸ ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”, T. I, Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 517.

²⁹ Ibídem, p. 519.

recogida por el artículo 44 del Código Penal³⁰. Desde esta perspectiva, la intimidad no es de aquellos bienes jurídicos de “nula o limitada posibilidad de consentimiento” ya que no es un bien de la comunidad ni involucra la vida humana³¹. Podría sí cuestionarse que el consentimiento, en el caso del empleado, es un consentimiento “no libre”, como se postula a menudo desde el derecho del trabajo. Pero como señala ROXIN, “unánimemente se reconoce que no pueden ser aplicables las normas jurídicociviles sobre el significado de los vicios de la voluntad...Pues, jurídicocivilmente, las manifestaciones que adolecen de vicios de voluntad son, por de pronto, válidas y solo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante; por el contrario, en el Derecho penal debe constar en el momento de la intervención si el hecho es punible, es decir, si el consentimiento es eficaz o no”³². Por lo tanto, el consentimiento será ineficaz solo en casos de engaño, error o coacción en el sentido de violencias o amenazas³³.

Tampoco es posible fundar una tipicidad subjetiva pues no existe en estos casos una acción del empleador dirigida a lesionar gratuitamente un bien jurídico. Ya se indicó que este tipo de conductas están justificadas cuando se obra ante la sospecha de un delito. El razonamiento de la Magistrado

instructora en el caso Deutsch Bank en el sentido de que la orden de “acceso, bloqueo y copiado” revela el elemento subjetivo del tipo porque el empleador no se detuvo en el bloqueo, no es un argumento compartible. En verdad, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos debe existir un dolo de violentar la intimidad. En el supuesto que se analiza, la empresa tiene una sospecha de que se está cometiendo o se ha cometido un fraude por parte del empleado, pero no tiene todavía la evidencia suficiente para requerir una orden judicial y por eso procede al “acceso, bloqueo y copiado”. La conducta se realiza a sabiendas que el derecho a la intimidad del empleado ha sido restringido por el consentimiento de este, y es sabido que todo derecho fundamental admite restricciones. Lo que sí no es posible es un acceso sin causa alegable o con finalidad meramente aflictiva.

No obstante este desarrollo teórico, creo que este verdadero conflicto de intereses, junto a otros que se plantean a diario en el ejercicio de la fiscalización del fraude corporativo, como las videograbaciones o las investigaciones internas mediante detectives, deberían ser objeto de una regulación legal. Ello dará las seguridades necesarias tanto a empleador como al empleado.

³⁰ Artículo 44: No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros.

³¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal..., cit, p. 526-529.

³² Ibídem, p. 544.

³³ Ibídem, 544-552.

LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL POR LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ*

I. LA LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La aprobación de un Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, para el periodo 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, contemplaba por un lado, medidas organizativas desde el punto de vista administrativo y, por otro, la adopción de medidas normativas, entre las que se encontraba la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE núm. 311 de 27 de diciembre de 2012) y la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE núm. 312 de 28 de diciembre de 2012).

La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, es la encargada de realizar un conjunto de modificaciones en el ámbito laboral que afectan al Estatuto de los Trabajadores, a la Ley General de la Seguridad Social, a la Ley de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En este último Texto la Ley 13/2012 modifica, entre otros, el artículo 23.1.b) para diferenciar y tipificar

por separado dos conductas: la primera, consistente en no ingresar las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social en plazo y forma reglamentarios sin presentación de documentos de cotización, que se mantiene tipificada en esta misma letra, y, la segunda, consistente en retener indebidamente la cuota obrera, no ingresándola dentro de plazo, que pasa a recogerse en la nueva letra k) del artículo 23.1, de manera que, aun en el caso de que se hayan presentado los documentos de cotización y siempre que no esté justificado su no ingreso por encontrarse en alguna de las situaciones definidas en el artículo 22.3, sea objeto de una sanción específica, que se concreta en el artículo 40, cuya cuantía dependerá del importe de la cuota retenida no ingresada. Asimismo la reforma sustituye en el apartado 3 del artículo 22, el concepto de «situación extraordinaria de la empresa» por una relación de los supuestos que se consideran incluidos en dichos términos, en aras del principio de seguridad jurídica, estableciéndose que la falta de ingreso de cuotas debe obedecer o producirse como consecuencia de declaración concursal, supuestos de fuerza mayor o solicitudes de aplazamiento presentadas con carácter previo al inicio de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, salvo que hubiera recaído resolución denegatoria.

Este conjunto de reformas tienen como objetivo principal impulsar el afloramiento de la economía sumergida, corregir la obtención y el disfrute en fraude de ley de prestaciones por desempleo, aflorar posibles situaciones fraudulentas, principalmente en casos de falta de

* Catedrática de Derecho penal. Universidad de Castilla-La Mancha (España).

alta en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas, en el acceso y la percepción de otras prestaciones del sistema de la Seguridad Social y combatir los supuestos de aplicación indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

Por su parte, la Ley Orgánica 7/2012 incorpora varias novedades al texto punitivo que si bien se centran en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, también afectan a los delitos contra los derechos de los trabajadores para castigar a quienes, de forma masiva o colectiva, recurren a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de la Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de los extranjeros que lo precisen; asimismo la reforma modifica el artículo 398 para excluir del tipo penal a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública; la reforma también incluye, entre los delitos contra la Administración Pública, un nuevo artículo 433 bis que sanciona a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de Administraciones y Entidades Públicas; tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma parte inicialmente de un documento pero que posteriormente encuentra reflejo en el mismo y la facilitación de información mendaz a terceros cuando esa conducta sea idónea para causar un perjuicio económico a la Administración.

Asimismo la citada Ley Orgánica es aprovechada para incluir a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas y para ello suprime la referencia que hasta entonces se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis. Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012 a los partidos políticos y sindicatos se les exigirá responsabilidad penal por las actuaciones ilícitas desarrollas por su cuenta y en su be-

neficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 expone que la reforma se enmarca en el conjunto de medidas de mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas. Por ello mismo, la reforma afecta principalmente a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. A estos segundos se limita el presente estudio.

II. LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

La historia se repite una vez más pues como ya sucediera en 1995 cuando unos meses antes de la aprobación del nuevo Código penal, la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, modificaba determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, ahora en 2013, cuando una nueva y vasta reforma penal se está fraguando, el legislador “extrae” de la misma los delitos relativos a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, siendo una vez más el Título XIV del Libro II del Código penal objeto de una reforma independiente y anticipada.

Fue, en efecto, la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, la encargada de incorporar al texto punitivo los delitos contra la Seguridad Social a través de la creación ex novo del artículo 349 bis que pasaría al llamado Código penal de la democracia con el ordinal 307. La incorporación de estos nuevos delitos estaba motivada

en el hecho de que en un Estado social y democrático de Derecho es un valor capital la política social. La Constitución española considera la Seguridad Social como un sistema transcendente para el modelo social español y reconoce textualmente en su artículo 41 que: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

A partir de esta declaración se puede afirmar el carácter de la Seguridad Social como bien jurídico constitucional y, como todo bien jurídico, merecedor de protección penal al ser insuficiente la protección otorgada a la Seguridad Social desde otros campos del Ordenamiento Jurídico.

El artículo 41 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Pero la Seguridad Social requiere un patrimonio necesariamente, patrimonio que debe ser protegido penalmente como ocurre con el patrimonio de la Hacienda Pública, pues al igual que ésta, la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos –principalmente a través de las cuotas empresariales y obreras– y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen. El sistema de Seguridad Social es como el propio sistema fiscal un medio para perseguir finalidades tales como las transferencias sociales de recursos o la redistribución de la renta nacional. Desde el punto de vista funcional puede afirmarse que la Seguridad Social es equivalente a una Hacienda Pública especializada.

La defraudación a la Seguridad Social incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial. La situación actual de crisis económica hacía necesario mejorar

los sistemas de control de los ingresos y gasto público. La reforma penal, en vigor desde el 17 de enero de 2013, pretende ofrecer una respuesta contundente frente al fraude a la Seguridad Social en sus dos aspectos: el recaudatorio y el prestacional.

1. LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN RECAUDATORIA: LOS ARTÍCULOS 307 Y 307 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

El legislador dedica los artículos 307 y 307 bis a la protección de la función recaudatoria de la Seguridad Social. El artículo 307 constituye el tipo básico y sobre él se construyen los tipos agravados previstos en el artículo 307 bis.

Por lo que atañe a la composición del tipo básico se ha pasado de tres apartados a seis, lo que lleva a dotar al artículo 307 de una técnica normativa endiablada y funesta al hacer uso de una redacción extensa, prolija y compleja. Por ello mismo, se procede al estudio de cada apartado por separado en un intento de ofrecer una visión más nítida del mismo.

El apartado primero del artículo 307 establece:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de

obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

En este primer apartado del tipo básico se han introducido las siguientes modificaciones respecto a la redacción anterior:

Primera: El legislador sigue considerando, por razones de política criminal, que la defraudación a la Seguridad Social, al igual que sucede en materia tributaria, solo merece una pena cuando la cantidad defraudada supere unas determinadas barreras cuantitativas que el tipo delictivo establece como condición objetiva de punibilidad. Estas barreras en la Ley Orgánica 7/2012 se reducen hasta un importe superior a 50.000 euros frente a la cifra de 120.000 euros que contemplaba el texto anterior. Con esta medida el ámbito de aplicación que se le confiere ahora al Derecho penal es mayor.

El legislador se ha decantado así por romper el tratamiento unitario, en lo que a la cuantía se refiere, entre el delito de defraudación a la Seguridad Social y el delito contra la Hacienda Pública. El Preámbulo de la Ley Orgánica explica esta ruptura con los siguientes términos: “La realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social. La reducción de la cuantía del tipo delictivo permite que sean objeto de punibilidad penal hechos que actualmente sólo son sancionables administrativamente y que son objeto de un contundente reproche social en momentos de especial dificultad económica en el ámbito empresarial como los actuales”.

El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma justifica la reducción de la cuantía en dos datos: en primer lugar, para que esté en consonancia con la que se establece en los países de nuestro entorno. Ciertamente países de nuestro entorno cultural y

político, como Francia o Alemania, no contemplan cuantía alguna. En segundo lugar, por la necesidad de dotar de mayor protección al patrimonio de la Seguridad Social. Razonamiento que bien pudiera extenderse al ámbito tributario pues si con la reducción de la cuantía se dota, como afirma el Consejo Fiscal, de mayor protección al patrimonio de la Seguridad Social ¿por qué no aplicar asimismo la reducción al ámbito tributario?.

Segunda: La regularización de la situación ante la Seguridad Social configurada anteriormente como una excusa absolutoria en el viejo apartado 3 del artículo 307, por ser un acto posterior a la comisión de la defraudación, pasa ahora a ser un elemento del tipo al introducir el legislador en el apartado 1 del artículo 307 el inciso: salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

Esta modificación se complementa con la del apartado 3 al que se remite y en el que se suprimen las menciones a la regularización como excusa absolutoria.

Con esta aparentemente poca significativa modificación se introduce un cambio muy relevante sobre el momento de la consumación y, por consiguiente, sobre el dies a quo del que hay que partir para el cómputo del plazo de prescripción. Tras la reforma, el delito solo se entenderá consumado si el infractor no ha regularizado su situación ante la Seguridad Social, es decir cuando no proceda al completo reconocimiento y pago de la deuda con anterioridad a que se le haya notificado la iniciación de las actuaciones inspectoras para la determinación de dicha deuda o, en su defecto, a que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga denuncia o querrela por tales hechos. Por tanto, el delito contra la Seguridad Social solo se habrá de considerar cometido cuando la autoridad de la Seguridad Social dé inicio a sus actuaciones de comprobación y averiguación, ya que, a partir de ese momento, no se puede regularizar la situación ante la Seguridad Social.

La regularización, como aconseja el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, debería seguir siendo contemplada como una excusa absolutoria, figura que impide la imposición de la pena, pero no excluye la antijuridicidad de la conducta ni la culpabilidad del autor tal y como señala la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código penal: “las previsiones a que se refieren los apartados indicados constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo”.

No obstante, esta segunda modificación no es tan diáfana si se tiene en cuenta que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el prelegislador decía claramente y con contundencia que la regularización se configuraba como un elemento del tipo delictivo: “Una primera modificación de carácter técnico es la que prevé que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria con el fin de que se pueda ser apreciada por la Administración Tributaria, evitando así denuncias innecesarias por delito contra la Hacienda Pública que desincentivan regularizaciones espontáneas y satura los trámites de procesos abocados al archivo”, en cambio la consideración de la regularización como un elemento integrante del tipo no es tan nítida tras la nueva redacción dada al Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 donde, al menos expresamente, no configura a la regularización como elemento del tipo. El Preámbulo alude a que “de forma paralela al delito contra la Hacienda Pública, se configura la regularización de la situación ante la Seguridad Social como

el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, de modo que hace desaparecer el carácter delictivo del inicial incumplimiento de la obligación con la Seguridad Social”.

Con estas dos modificaciones el tipo básico de los delitos contra la Seguridad Social se configura ahora por la concurrencia de dos elementos: la conducta de quien elude el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta en una cantidad superior a 50.000 euros y, además, no regulariza su situación ante la Seguridad Social.

Tercera: En el apartado primero del artículo 307 se ha incluido un inciso que deja claro que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, si ésta queda acreditada por otros hechos. Tras la reforma operada en el tipo básico el mero hecho de que el autor haya presentado los documentos de cotización no impide la consideración del impago como fraudulento, por tanto, es posible cometer el delito pese a que los documentos de cotización hayan sido presentados ante la Seguridad Social.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, justifica este drástico cambio con la siguiente explicación: “En la práctica se dan supuestos en los que se interpreta que no existe delito contra la Seguridad Social por el mero hecho de que se hayan presentado los documentos de cotización, sin entrar a valorar si son veraces y completos. También es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, precisamente, la presentación de documentos de cotización aparentemente correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido un último inciso para aclarar que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos. El inciso no supone modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma”, lo que contrasta desmesuradamente con la situación anterior.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012 la acción típica consistía en defraudar eludiendo el pago de las cuotas y no en no pagar. La Exposición de Motivos de la Ley de 1995, inspirada en la noción de elusión defendida de lege ferenda en mi tesis doctoral Delitos contra la Seguridad Social publicada en 1991, entendía por elusión “cuando se deja a la Tesorería General de la Seguridad Social en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma -elusión total- o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida -elusión parcial-, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social”. Se entendía así que en el caso de presentar los documentos de cotización y no ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes, el empresario sería sancionado conforme a la legislación laboral. La elusión “penal” se ceñía a los supuestos en los que la realización de la concreta pretensión del pago de la cuota de Seguridad Social no podía ser llevada a cabo por su titular porque desconocía, al no haber presentado el sujeto activo los documentos de cotización o no haber dado de alta a sus trabajadores, su existencia real. Con este entendimiento la presentación de los documentos de cotización convertía en atípico el impago. Y así lo entendía una jurisprudencia constante para quien el mero impago de las cuotas no podía colmar el tipo descrito en el artículo 307 del Código penal. En este sentido se manifestaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2009: “La sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las pre-

rrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivo el cobro de aquello que corresponde (...). Los hechos declarados probados no son típicos, en cuanto que el obligado cumplió su deber de declarar y lo hizo correctamente, permitiendo a la Seguridad Social conocer la deuda y actuar las facultades que le concede el ordenamiento, y aunque luego incumpliera el deber consistente en pagar no incurrió en una conducta que pueda calificarse como defraudadora”. En el mismo sentido se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 18 de abril de 2006: “el delito se integra por la declaración mendaz o el ocultamiento de las cuotas, no por el mero impago de cuotas debidamente declaradas”, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 13 de noviembre de 2003 para la que no es típica la conducta de presentar en plazo reglamentario y ante la Tesorería General de la Seguridad Social los documentos de cotización a su sellado sin ingreso posterior porque el ente público en todo momento conocía la deuda que se iba generando, no existiendo por consiguiente ánimo defraudatorio, sino un descubierto sólo sancionable administrativamente.

El legislador actual, por el contrario, sin una clara y contrastada justificación ha optado por considerar que la mera presentación de los documentos de cotización no impide la consideración de su impago como fraudulento. Con la adición del nuevo inciso la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos, el legislador ha configurado un nuevo concepto de defraudación ampliando el ámbito de aplicación del delito en la medida en que no resultará necesario que la ocultación o tergiversación de los datos relevantes para el cómputo de las cuotas tenga lugar, siendo suficiente con que se produzca el impago de estas últimas para entender colmadas las exigencias del tipo penal.

Cuarta: A pesar de haberse construido desde los inicios el delito contra la Seguridad So-

cial a semejanza del delito fiscal, tal vez por un descuido del legislador, no se contemplaba en el texto derogado la imposición de la pérdida de la posibilidad de obtener determinados derechos, derechos relativos a las relaciones entre el sujeto infractor y la propia Seguridad Social. No tenía ninguna lógica ni razón de ser que a un sujeto que se le había sancionado por eludir el pago de las cotizaciones no se le privase de la posibilidad de obtener bonificaciones, deducciones, etc. en las cuotas de la Seguridad Social.

Estas contradicciones son las que han llevado al legislador actual a incluir como penas accesorias, tanto para el tipo agravado como para el básico, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, así como del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La duración variará en atención a la gravedad del tipo, entre un periodo de tres a seis años.

La imposición de las penas restrictivas de derechos, en los mismos términos que los previstos para el delito regulado en el artículo 305, obedece a la voluntad de endurecer las consecuencias derivadas del delito contra la Seguridad Social. Además es una medida, en la actualidad defendida por los estudiosos del Derecho penal económico y de indudable eficacia, cuyo fundamento radica no solo en razones preventivas sino también en la consideración de la particular relación entre autor y Seguridad Social.

El apartado segundo del artículo 307 dispone:

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.

Frente al texto anterior que establecía: “A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a los defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un periodo inferior a doce meses”, ahora el legislador introduce una re-

gla distinta para el cálculo de la defraudación basada en el importe total defraudado durante cuatro años naturales. En el Anteproyecto dicha regla se basaba en la acumulación de las cuantías impagadas y no prescritas. Las dudas interpretativas sobre el alcance que debía darse al concepto “importe total defraudado y no prescrito” llevaron a que el texto final se modificará en el sentido actual.

El legislador ha preferido incorporar una regla propia y diferente respecto al fraude fiscal, pues si el cálculo de la cantidad defraudada en este último se realiza por cada ejercicio impositivo, en el caso de los delitos contra la Seguridad Social se procederá a sumar todas las cuantías defraudadas en los últimos cuatro años naturales.

El apartado 3 del artículo 307 dispone:

3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regulari-

zación, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Al igual que sucede en materia tributaria el apartado 3 del artículo 307 recoge el mecanismo de la regularización. La idea de la regularización radica en razones de utilidad, en concreto, el favorecimiento o promoción del pago voluntario de la deuda y la idea de una reparación que hace disminuir la trascendencia del hecho.

En esta materia, la reforma de 2013 también ha incidido en varios aspectos:

En **primer lugar**, ha zanjado la polémica sobre el concepto de regularización.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012, y a falta de un concepto legal de regularización, se barajaban dos posibilidades: una, entender que la mera rectificación de los datos omitidos o falseados ante la Tesorería General de la Seguridad Social era suficiente para que se produjera la regularización. Así lo entendía el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de octubre de 1997, 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002 o 30 de abril de 2003, entre otras. Desde la jurisprudencia menor también se observaba el mismo criterio del que hace uso, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de febrero de 2006, al entender que la regularización no equivale necesariamente al pago, consistiendo únicamente en la declaración voluntaria del contribuyente dirigida a proporcionar a la Administración los datos necesarios que le permitan conocer su situación económica a efectos tributarios; o bien se defendía una segunda opción que consistía en exigir además el pago de la deuda. Este segundo criterio era defendido por las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2000, de 30 de octubre de 2001 o de 15 de julio de 2002. Esta última sentencia manifiesta: "...regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, acti-

vo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud", añadiendo la sentencia de 30 de abril de 2003 que "regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada, cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación -a ello equivale la presentación de la declaración complementaria- cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración".

La intención del legislador se sumaba a la primera opción como demuestra el rechazo de la enmienda del Grupo Mixto que expresamente dotaba de contenido a la regularización exigiendo "el ingreso efectivo de la deuda y la presentación de declaraciones completas y veraces".

La reforma, para evitar interpretaciones incoherentes, concreta el concepto de regularización en el propio tipo penal exigiéndose ahora no sólo el completo reconocimiento de la deuda sino también su pago efectivo por parte del obligado frente a la Seguridad Social.

En **segundo lugar**, con la introducción del inciso o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias, el legislador salva la omisión que se producía en la regulación anterior que no contemplaba, a diferencia del delito fiscal, la posibilidad de actuación de un Juez de Instrucción.

En **tercer lugar**, se ha introducido un párrafo segundo al apartado tercero del artículo 307 que constituye una novedad en relación con los delitos contra la Seguridad Social, pero que ya estaba previsto en el delito fiscal, y que

dice: Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

Este nuevo apartado prevé que los efectos de regularización contemplados en el párrafo anterior también serán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho a su determinación en vía administrativa. Se alude a razones de política criminal que justifican que la regularización pueda operar cuando ha prescrito la facultad de la Administración para determinar la deuda mediante la oportuna liquidación o, en su caso, para exigir el pago de las deudas ante la Seguridad Social liquidadas o hacer efectivo el derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos.

En *cuarto lugar*, el último párrafo del apartado 3 del artículo 307 excluye la persecución de otros delitos que suelen acompañar a la defraudación, consistentes en irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que se limitan expresamente a las cometidas exclusivamente en relación a las deudas a la Seguridad Social. La reforma ha introducido las irregularidades contables que en el texto anterior solo se mencionaban en relación con el delito fiscal. Ahora se prevé, igual que en el delito fiscal, la extensión de la regularización no solo a otras falsedades instrumentales cometidas sino también a las eventuales irregularidades contables.

El apartado 4 del artículo 307 establece:

4. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de

las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

En consonancia con el último párrafo del apartado 5 del artículo 305, el legislador ha introducido un nuevo apartado 4 al artículo 307 para aclarar que la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo las excepciones que expresamente se contemplan.

El Preámbulo de la Ley Orgánica justifica tales medidas con el siguiente argumento: “Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación”.

El legislador trata con este nuevo apartado de incrementar las posibilidades de cobro de la deuda, al evitar la paralización del procedimiento administrativo por mor del proceso penal. De esta manera, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá hacer efectivo el cobro de la deuda, respecto de la cual no ha existido un procedimiento judicial firme. Como advierte en su Informe el Consejo Fiscal, esta modificación que permite a la Administración de la Seguridad Social continuar, en paralelo al proceso penal, el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación, puede suponer riesgos evidentes de resultados contradictorios entre ambos procedimientos que se rigen por principios distintos y con diferentes mecanismos de investigación.

Esta modificación además va en contra de la

línea mantenida hasta la fecha por la doctrina jurisprudencial respecto a la ejecutividad de los expedientes administrativos en materia tributaria pues, hasta la reforma, cuando se hallaba abierta una causa penal, el procedimiento administrativo se paralizaba hasta la firmeza de la resolución judicial que se dictase y cuyos postulados debía respetar la Administración. Hay que recordar que el principio ne bis in idem se aplica en materia laboral, ya que el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social prevé la suspensión del procedimiento administrativo hasta la sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

Establece el artículo 3. Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los ca-

sos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

El nuevo apartado cuarto del artículo 307, por el contrario, establece una ficción que rompe por completo con la regulación anterior. Sí ha previsto expresamente el legislador que en caso de discrepancia entre el procedimiento administrativo y el judicial, la liquidación se ajustará a lo que se decida en el proceso penal.

El apartado 5 del artículo 307 establece:

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

El apartado 5 del artículo 307, a semejanza del delito fiscal, introduce un tipo atenuado que se aplicará cuando se materialice la reparación extemporánea del perjuicio causado o la colaboración activa en aras del esclarecimiento del delito o la identificación de los partícipes. Razones de política criminal de utilidad ante la delincuencia contra la Seguridad Social justifican el establecimiento de un “premio”, como contraprestación por una conducta del culpable confeso colaborador con las autoridades, que consiste en la disminución de los efectos punitivos. Dicha decisión de rebajar la pena en uno o

dos grados es absolutamente facultativa por parte del Tribunal.

Con este nuevo apartado aparece por primera vez en el ámbito de los delitos contra la Seguridad Social, como ya sucediera en materia de tráfico de drogas –artículo 376- y terrorismo –artículo 579-, la figura de los arrepentidos y colaboradores y donde la confesión y devolución de la cantidad en los dos meses siguientes a la citación del defraudador como imputado en el proceso penal permite al juez rebajar la pena en uno o dos grados, rebaja que también alcanza a otros partícipes en el delito distintos del deudor que colaboren activamente para una de estas finalidades expresas: o para la obtención de pruebas decisivas que permitan la identificación o captura de otros responsables; o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos; o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

El apartado 6 del artículo 307 dispone:

6. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

El apartado 6 del artículo 307 contempla una medida que la reforma penal de 2010 ya incluyó en el delito fiscal y que resolvió la discusión doctrinal sobre si la totalidad de la deuda tributaria defraudada formaba parte de la responsabilidad civil declarable dentro del proceso penal.

Al igual que en el delito fiscal, la nueva disposición contenida en el apartado 6 del artículo 307 declara que el importe de la deuda frente a la Seguridad Social está integrada dentro de

la responsabilidad civil que declaren los Tribunales. Además mantiene el sistema de conferir a la Administración, por el procedimiento de apremio, la actividad ejecutiva tendente a obtener la reparación de la infracción.

La responsabilidad civil es independiente de la prescripción de la deuda, por tanto, cuando se haya cometido un delito contra la Seguridad Social, aunque la deuda haya prescrito para el deudor de la Seguridad Social, el autor deberá abonarla como parte de la responsabilidad civil.

Esta medida viene a denunciar la lentitud de la vía judicial y frente a la misma, el legislador reacciona incorporando esta regla donde predomina de una manera clara el afán recaudador de la Administración.

Los tipos agravados se contemplan en el artículo 307 bis que establece:

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b. Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c. Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

2. A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes

previsiones contenidas en el artículo 307.

3. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

El legislador ha trasladado a un nuevo artículo, el 307 bis, conductas que se regulaban anteriormente en el artículo 307, incorporando como tipos agravados del delito de defraudación a la Seguridad Social los siguientes: cuando la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros; cuando la defraudación se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal; y cuando se utilicen personas o entes interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación y por ello se oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, o la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

Respecto al tipo agravado previsto en la letra a) por la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas, el legislador ha roto, una vez más, la armonía con los delitos contra la Hacienda Pública al prever una cuantía que exceda de 120.000 euros, cuantía que anteriormente era la prevista para el tipo básico y que ahora se convierte en el umbral del tipo agravado.

A la hora de configurar el tipo agravado en razón de la cuantía, el legislador ha hecho caso omiso del criterio que estableciera el Tribunal Supremo. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012 se encargó de fijar los criterios para aplicar la agravante de especial gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado. El Tribunal Supremo consideró adecuada y proporcionada a la especial transcendencia la suma de multiplicar por 5 el límite de los 120.000 euros, es

decir, 600.000 euros. Dice la sentencia: “No existen precedentes en la Sala que se pronuncien sobre los criterios a seguir para apreciar que estamos ante el supuesto de especial transcendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado.

No nos sirve el criterio cuantitativo determinado y previsto en los delitos contra el patrimonio ya que en ellos se parte de bases absolutamente dispares, en cuanto en esas figuras delictivas, con independencia de la cuantía, siempre constituiría una infracción penal, que será delito si supera los 400 euros y falta si no alcanza esa suma, a diferencia del delito fiscal que sólo es infracción penal, como delito, a partir de los 120.000 euros; igualmente difieren en los bienes jurídicos que se pretende proteger, sin que pueda olvidarse que de seguirse una mera regla de tres con aplicación del criterio que se recoge en el artículo 250.5º del Código Penal, se exigiría una suma defraudada de más de 15.000.000 de euros lo que supondría tanto como hacer ilusoria la aplicación de esta agravante específica, que supondría un hecho imponible difícilmente alcanzable.

El Tribunal de instancia explica, en la página 37 de la sentencia recurrida, que procede apreciar la especial gravedad atendiendo que en el impuesto sobre el Valor Añadido la suma defraudada fue de 402.555,65 euros que triplica con creces la referencia de los 120.000 euros. Con relación al Impuesto de Sociedades no se aprecia la especial gravedad en el delito correspondiente al ejercicio de 1995 ya que la suma defraudada lo fue de 205.480,62 euros, esto es no dobla los 120.000 euros y por el contrario si se aprecia en el Impuesto de Sociedades del ejercicio 1996 ya que la suma defraudada lo fue de 749.888,42 euros.

Razones de lógica y ponderada aplicación de esta agravante específica, atendido el principio de seguridad jurídica para el logro de la debida unificación en la aplicación de las normas, nos lleva a considerar que debe existir un criterio que justifique la agravación.

Con esas miras, se han tenido en cuenta las cuantías defraudadas en los diferentes delitos fiscales de que ha conocido esta Sala desde el año 1990, siempre que se hubieran superado los 120.000 euros que actualmente constituye el listón para apreciar el delito contra la Hacienda Pública. Se han examinado las cuantías de un total de 108 cuotas, referidas a distintos impuestos, en las que se superaba los 120.000 euros y la cuantía defraudada total sumaba 56.064.694,70, es decir más de 56 millones de euros que si se dividen por 108 nos da una media de cuota defraudada de 519.117,54.

La agravante tiene que estar por encima de esa media, que supera el resultado de multiplicar por cuatro la cuantía exigida para que la defraudación pueda ser constitutiva de delito.

Así las cosas, atendido que el artículo 305 del Código Penal, en lo que se refiere a la cuota defraudada, exige una especial trascendencia y gravedad de la defraudación para imponer la pena en la mitad superior, pena que podría alcanzarse aunque no concurriese agravante alguna, se considera adecuada y proporcionada a esa especial trascendencia la suma que resulte de multiplicar por cinco el límite de los 120.000 euros, es decir, seiscientos mil euros, que supera en bastante la media a la que se hacía antes referencia”.

Si se quiere mantener un cierto grado de homogeneidad con el delito fiscal, el legislador debería haber fijado el parámetro de la especial gravedad en atención al resultado de multiplicar por cinco la cuantía del tipo básico, 50.000 euros, y, en consecuencia, aplicar la agravación cuando las cuotas defraudadas, las devoluciones o las deducciones indebidas superen la cifra de 250.000 euros.

El apartado b) prevé la agravación para los casos en que la defraudación a la Seguridad Social se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dediquen a la realización de tales actividades. Para determinar el ámbito de aplicación de este tipo agravado habrá que acudir nece-

sariamente a los artículos 570 bis 1) párrafo segundo y 570 ter 1, último párrafo, que contienen la definición de organización criminal y grupo criminal respectivamente. Conforme dispone el artículo 570 bis 1) párrafo segundo: A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. Por su parte el artículo 570 ter 1, último párrafo establece: A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Finalmente, en el apartado c), con un esquema semejante al utilizado para el delito fiscal, se introduce un tipo agravado que permite la persecución de tramas societarias tras las cuales se oculta el verdadero obligado frente a la Seguridad Social o responsable del delito y, a tal fin considera especialmente reprochable la utilización de personas o entes sin personalidad jurídica, negocios o instrumentos fiduciarios, etc.

Para todos estos supuestos se prevé pena de multa del doble al séxtuplo de la cuantía y pena de prisión de dos a seis años, lo que a su vez conlleva directamente un incremento del plazo de la prescripción que pasa de cinco a diez años.

El artículo 131.1 del Código penal establece, entre otras previsiones, que los delitos prescriben a los cinco años cuando la pena máxima señalada por la Ley sea de prisión hasta cinco años; y que prescriben a los diez cuando esta pena máxima sea prisión por más de cinco años y no exceda de diez años. La ampliación del periodo de prescripción del delito es fun-

damental, dice el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, en estos casos por su complejidad de difícil y tardía detección.

El incremento de la penalidad lleva implícita la atribución de la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos a las Audiencias Provinciales.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN DE REALIZACIÓN DEL GASTO: EL ARTÍCULO 307 TER DEL CÓDIGO PENAL

Para proteger la función de realización del gasto de la Seguridad Social la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introduce un tipo nuevo en el texto punitivo, el artículo 307 ter que establece:

1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una

pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.

En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

4. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la

acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código penal.

A través del delito de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, el legislador sanciona conductas que con la legislación anterior quedaban extramuros del Derecho penal al no alcanzar la inmensa mayoría de los casos la cuantía de los 120.000 euros prevista para el fraude de subvenciones, tipo al que se recurría para no dejar impunes estas conductas defraudatorias.

La razón que justifica la introducción de este nuevo tipo penal viene explicitada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 en los siguientes términos: “Debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subven-

ciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. Cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho: prisión de seis meses a tres años en los supuestos ordinarios; multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad; y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los supuestos agravados. En todos los casos se prevé además la imposición al responsable de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido.

El artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena”.

Con el nuevo artículo 307 ter las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social tienen un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones públicas. En mi tesis doctoral, *Los delitos contra la Seguridad Social*, ya defendí la necesidad de proteger penalmente la función de realización del gasto como sucedía y sucede, por otra parte, en materia de Hacienda Pública.

El artículo 307 ter encuentra sus antecedentes en el primer Proyecto de Código penal de la Democracia, el de 1980, y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. Nadie pone en duda que el funcionamiento y

la eficacia del sistema de Seguridad Social es de importancia capital, sin embargo, la crisis económica, la inflación sostenida, el desempleo generalizado, el déficit de las finanzas públicas, etc., son algunas de las causas que han provocado la aparición de fuertes déficits en las finanzas de los sistemas de Seguridad Social. El gasto, pieza esencial dentro del sistema de la Seguridad Social, requiere severos controles para evitar abusos y disfunciones en los fines previstos.

Las conductas delictivas que encierra el nuevo artículo 307 ter son: 1) obtención de prestaciones del sistema de la Seguridad Social indebidas; 2) prolongación indebida del disfrute de dichas prestaciones y 3) facilitación a otros de la obtención de prestaciones indebidas por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos o la ocultación de hechos verdaderos, causando un perjuicio a la Administración Pública.

Ahora bien, prestaciones del sistema de la Seguridad Social sobre las que recae la acción delictiva son cuantas atiende la acción protectora del sistema y que enuncia con carácter general el artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: asistencia sanitaria, recuperación profesional, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, invalidez, desempleo, etc., de manera que el tipo no engloba solamente las prestaciones por razón de desempleo sino cualquier otra de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva y las mejoras voluntarias contempladas en el artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social.

El nuevo delito ciertamente no engloba solo las prestaciones por razón de desempleo, sin embargo, sí viene motivado principalmente, como reconoce el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, por la impunidad que generaba la obtención fraudulenta de la prestación del subsidio por desempleo, y que llevó al Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo de 15 de febrero de 2002, a tomar el acuerdo de considerar que dicho fraude constituía una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del Código penal.

A pesar del Acuerdo adoptado el problema práctico residía en que la punición de estas conductas requería que el fraude excediese de 120.000 euros, lo que se antojaba harto difícil en esta materia y conducía, normalmente, a la impunidad. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002, aplicando la doctrina mantenida por el Pleno no jurisdiccional, absolvió al acusado que se benefició irregularmente en la cuantía de dos millones doscientas noventa y siete mil setecientas pesetas, suma de dinero notoriamente inferior a la cantidad de diez millones de pesetas fijada entonces en el artículo 308 del Código penal –fraude de subvenciones–.

La acción típica consiste en obtener tales prestaciones por medio de error provocado mediante la simulación de hechos falsos o mediante la tergiversación u ocultación de hechos verdaderos. Acción que habrá que coordinar con lo dispuesto en el artículo 26.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificado en su redacción por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que tipifica con el mismo grado una solicitud indebida y el disfrute indebido de prestaciones, al establecer como infracción muy grave: Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente.

No deja de sorprender que frente a la incorporación del criterio de cuantías en el resto de delitos que integran el Título XIV, De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, del Libro II del Código penal, en la comisión del fraude en materia de

prestaciones del Sistema de la Seguridad Social no recurra el legislador a una cuantía mínima castigando el disfrute de prestaciones –desempleo, pensión, invalidez, etc.– desde el primer euro percibido ilegalmente con una pena que va desde la multa, cuando los hechos no revistan especial gravedad, hasta tres años de prisión. El legislador ha pasado de considerar delictivos estos fraudes cuando superaban la cuantía de 120.000 euros a considerarlos delictivos desde el primer euro concretando el desvalor de resultado en un parámetro tan inseguro como es la causación de un perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, concepto jurídico indeterminado que rompe con la sistemática seguida en los restantes delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

El precepto contempla la imposición de las mismas penas privativas de derechos que el artículo 307. Llama la atención que no se haya previsto la pérdida de la posibilidad de obtener las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, cuya indemnidad constituye el bien jurídico que se trata de proteger, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social sí prevé la sanción de la pérdida temporal de tales prestaciones.

También en este caso se prevé un tipo agravado con el que se hace frente a las nuevas formas de organización delictiva dedicadas a estas actividades o propiciatorias de las mismas, empresas ficticias creadas con el único fin de obtener prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. En efecto, en su apartado 2 el artículo 307 ter prevé un tipo agravado en función del valor defraudado –superior a 50.000 euros– o cuando la defraudación se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal o cuando la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito,

la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

El apartado 3 del artículo 307 ter regula los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad criminal y, a diferencia de lo que acontece con el delito contra la Hacienda Pública y con el de defraudación a la Seguridad Social, la restitución de las prestaciones opera como excusa absolutoria de modo que el delito se consuma con la obtención de las prestaciones indebidas. Para que la exención de responsabilidad penal pueda ser aplicable es necesario que se restituyan las cantidades percibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos.

Al igual que sucede con el resto de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, la exención de responsabilidad por restitución de las prestaciones alcanza a las falsedades documentales de carácter instrumental que el autor hubiera podido cometer.

En el apartado 4 se contempla la continuación del procedimiento administrativo para el cobro de la deuda pese a la incoación del proceso penal mientras que en el apartado 5 se contempla el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil. Para evitar la duplicidad de regulaciones idénticas y de preceptos descomunales el legislador podía haber hecho uso de la técnica de la remisión, como sí hace, por ejemplo, en el apartado 6 donde prevé la aplicación de la atenuante recogida en el artículo 307.5 del Código penal.

III. BIBLIOGRAFÍA

BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Granada, 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, *“La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 24, 2002/2003.

BOIX REIG/ MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000

CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delitos contra la Seguridad Social*, Barcelona, 1991.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal de la democracia*, Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *“Sobre el difícil arte de legislar en materia penal”*, en *La Ley* núm. 6150, 2004.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *“Descriminalización por interpretación: un paso hacia atrás en la protección penal del patrimonio del trabajador y de la Seguridad Social: (Algunas notas a la sentencia de la AP Sevilla de 13 de septiembre de 1996)”*, en *La Ley* 1997-3.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *“El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en el Proyecto de Ley Orgánica de 2012, por el que se modifica el Código Penal”*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Barcelona, 2008.

LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO*

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional, señalándose¹ que la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral². Es más, desde el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), se ha llegado a afirmar que la corrupción representa el más peligroso de todos los fenó-

menos patológicos sociales porque no ataca al Estado, sus instituciones y los principios básicos de la democracia desde fuera, sino que los “corroe desde dentro”, como parte integrante de cada administración pública³. La cuestión requiere, pues, una tarea importante de estudio y cooperación, sobre todo en un mundo inmerso en un proceso de globalización como es el actual⁴.

Precisamente, en un mundo globalizado se sienten con mayor urgencia las necesidades de que un fenómeno tan extraordinariamente dañino como es la corrupción encuentre vías de solución desde, en lo que aquí atañe y dejando aparte otros aspectos, el prisma estrictamente penal⁵. Es más, incluso se ha considera-

* Catedrático acreditado de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid, España.

¹ Cfr. HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, Revista penal, núm. 11, enero 2003, p.41. Según datos a 2011 de la Comisión Europea, cuatro de cada cinco ciudadanos de la UE consideran que la corrupción es un problema muy grave en su país y subrayan que es necesario un compromiso político más firme para luchar contra este delito y los daños económicos, sociales y políticos que causa, calculándose que la corrupción tiene un coste anual de 120.000 millones de euros, aproximadamente el 1% del PIB de la UE. A partir de 2013, la Comisión publicará cada dos años un informe anticorrupción que constituirá un mecanismo de vigilancia y de evaluación propio de la UE. El informe recogerá las tendencias y las deficiencias a las que habrá que dar solución y estimulará el intercambio de mejores prácticas, permitiendo percibir mejor los esfuerzos realizados y los problemas planteados así como las causas de la corrupción.

² Sobre los efectos económicos y sociales de la corrupción, vid. MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción, Barcelona 2002, pp. 177-186.

³ Vid. KOS, Drago. Seguimiento de los esfuerzos contra la corrupción en Europa, en Revista penal, núm. 16, julio 2005, p. 54. El GRECO es un órgano de trabajo del Consejo de Europa, creado en 1999, cuyas actividades están dirigidas a la lucha contra la corrupción en sus Estados miembros, mediante evaluaciones mutuas y formulación de recomendaciones tendentes a establecer unos estándares mínimos armonizados en la materia.

⁴ Vid. TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el estado, en “Derecho penal y política transnacional”, (Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio, coords.), Barcelona 2005, p. 31, quien indica que “la globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos”.

⁵ Vid., por ejemplo, VOGEL, Joachim. Derecho penal y globalización, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 9, (“Globalización y Derecho”), 2005, edición a cargo de Manuel Cancio Meliá, pp. 113 y ss.; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Madrid 2012, pp. 31-51.

do ese marco de la globalización como una de las causas destacadas de la creciente intervención jurídico-penal en el ámbito económico, pues el soborno internacional es un fenómeno cuyas consecuencias desconocen las fronteras y, por eso, la lucha sólo será eficaz si se contempla desde la cooperación internacional⁶. En todo caso, ni ello parece fácil, ni podemos negar la dosis de escepticismo que existe sobre las posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley en éste y en otros campos⁷.

Aunque es cierto que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, con carácter general en casi todos los intentos de definición aparecen normalmente tres elementos: el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y el carácter secreto del pago, poniéndose de relieve la necesidad de concurrencia de dos partes para que la misma llegue a perfeccionarse⁸. Todo ello nos acerca a la figura del soborno o del cohecho, como se prefiere enunciar en nuestro Derecho, afirmándose con razón, que el cohecho es “el más prototípico delito de corrupción”, o, que el verbo “corromper” se identifica con el de “sobornar”⁹.

Tomando en cuenta que el concepto de corrupción es dúctil y heterogéneo, desde el

prisma de concebirlo como categoría jurídico-penal, sólo puede ser entendido como un concepto legal de referencia, que nos sirve para englobar como ámbito material de estudio una serie de delitos en los que puede verse lesionado o puesto en peligro el correcto ejercicio de la función pública a través de actuaciones que se desvíen del interés general reportando beneficio económico personal a sus autores¹⁰. Generalmente, como señaló Tiedemann, las gratificaciones se dan para asegurarse ventajas en la aplicación de la ley, para garantizar la aprobación de un contrato proyectado o para incentivar el desempeño de funciones que el funcionario está obligado a cumplir como parte de su cargo, es decir, sin gratificación adicional alguna¹¹.

II. LA RESPUESTA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, modificó el Código Penal de 1995 añadiendo un nuevo Título XIX bis al Libro II del CP, que denominó “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, con un único artículo (el 445 bis) que es, realmente, una nueva modalidad de cohecho dirigida a evitar la corrupción en las transacciones internacionales. Como se indicaba en la exposición de motivos de la citada ley, el origen de esta decisión debe situarse en el Convenio de

⁶ Vid.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción de agente público extranjero e internacional, Valencia 2003, pp. 49 y ss. En España, la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada interviene en los procesos penales relacionados con los delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales (art. 19, cuatro, ñ) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras las modificaciones operadas por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

⁷ Vid. LAPORTA, Francisco J. Globalización e imperio de la Ley. Algunas dudas westfalias, en “Globalización y derecho”, cit., pp. 177 y ss. Vid., también, con carácter más general, PASTOR, Daniel R. El poder penal internacional, Barcelona 2006, *passim*.

⁸ Como señalara DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. La respuesta a la corrupción pública, Granada 2004, pp. 3-4.

⁹ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho), en “El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López, Granada 1999, p. 868.

¹⁰ Cfr. CONTRERAS ALFARO, Luis H. Corrupción y principio de oportunidad penal, Salamanca 2005, p. 152.

¹¹ Cfr. TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito, Barcelona 1985, p. 63.

«lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», aprobado por la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos), hecho en París y firmado por España el 17 de diciembre de 1997 (el Convenio fue ratificado mediante Instrumento de 3 de enero de 2000 y publicado en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002). Posteriormente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, modifica el artículo 445 (debió decir el 445 bis) manteniendo el texto anterior, ahora numerado como 1, y añadiendo un nuevo apartado 2, en el cual se incluía la posibilidad de imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias contempladas entonces en el artículo 129 del CP; asimismo, convierte (derogándolo tácitamente) el inicial Título XIX bis en el nuevo Capítulo X del Título XIX¹².

Pese a las dos reformas legislativas citadas, este tipo penal desde su incorporación al Código penal había recibido por parte de la doctrina penal críticas sobre su necesidad, su propia redacción, su ubicación, etc., indicándose las deficiencias que presentaba y que demandaban una nueva reforma que, de manera definitiva, acomodara nuestro Derecho interno a los términos del Convenio OCDE¹³.

Esta necesidad de modificación también había sido puesta de manifiesto por la OCDE que, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 del Convenio y tras evaluar la legislación española en fase 1 (en el año 2000) y en fase 2 (en el año 2006), consideró que aquella cum-

plía con el Convenio salvo en ciertos aspectos que afectaban a la definición del delito de corrupción de agentes públicos extranjeros, al nivel de las sanciones, y por último a la responsabilidad de las personas jurídicas. La OCDE realizó una serie de recomendaciones para asegurar la prevención, la detección, la investigación y la persecución efectivas del delito de soborno de agente público extranjero. De entre estas recomendaciones, probablemente la de mayor relevancia fue la que trataba de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto a la corrupción de agente público extranjero, habiendo recomendado el Grupo de Trabajo a España que modificara su legislación para asegurarse de que todas las personas jurídicas puedan considerarse directamente responsables de corrupción de agente público extranjero.

A ese objetivo se dirigió la reforma operada en el art. 445 del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, que, en su artículo Centésimo trigésimo tercero, indica que “Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la

¹² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción del artículo 445 del Código Penal, en “Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García”, Madrid 2006, pp. 500-501; EL MISMO. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 del Código Penal español, en Revista Derecho Penal Contemporáneo, 20, julio-septiembre 2007, pp. 111-142.

¹³ Esta necesidad de modificación había sido puesta de manifiesto con motivo de la segunda fase de evaluación a España que tuvo lugar en la sede de la OCDE, en París, durante los días 21 a 24 de marzo de 2006. Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», en La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa, suplemento al núm. 2015 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2006, pp. 207 y ss.

realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.¹⁴

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»¹⁵

Son varias las modificaciones sufridas por el tipo penal merced a esta última reforma del CP¹⁶. En el apartado XXVII del Preámbulo de la LO 5/2010 se indica lo siguiente:

“En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de

¹⁴ El texto inicial del Proyecto de reforma era el siguiente: “2. Cuando del delito fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.”

¹⁵ El texto vigente hasta el 22 de diciembre de 2010 era el siguiente: “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.
2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.”

¹⁶ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, Pamplona 2011, pp. 607-627.

Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Con base en lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos¹⁷.

Pues bien, los objetivos parecen logrados y, en conjunto, cabe calificar la reforma como positiva, ya que, en líneas generales, resuelve la mayor parte de los problemas identificados por la doctrina¹⁷, si bien la ratificación por España, por Instrumento de 26 de enero de 2010, del Convenio penal sobre la Corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999¹⁸, así como la posterior ratificación, por Instrumento de 16 de diciembre de 2010, del Protocolo Adicional a dicho Convenio, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003¹⁹, obligará a realizar ulteriores modificaciones en el tipo penal, siguiendo las recomendaciones contenidas en el Informe de la Tercera Ronda de Evaluación relativo a España adoptado por el GRECO en su 42 Reunión Plenaria (Estrasburgo 11-15 de mayo de 2009).

III. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde su introducción se puso de manifiesto, como ya se ha señalado, la inadecuada ubicación del precepto²⁰. El nuevo Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los Títulos destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública (Tít. XIX, de los delitos contra la Administración Pública y Tít. XX, de los delitos contra la Administración de justicia). Parecía, entonces, que debía inferirse que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el correcto desempeño de la función pública²¹. No obstante, las conductas incriminadas en el artículo 445 tutelan intereses que nada o

¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Corrupción en las transacciones internacionales, en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, (Álvarez García/González Cussac, dirs.), Valencia 2010, pp. 489-490.

¹⁸ Vid. BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010.

¹⁹ Vid. BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2011, con corrección de errores en BOE núm. 84, de 8 de abril de 2011.

²⁰ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), en La Ley, núm. 6740, 21 de junio de 2007, pp. 2-3.

²¹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho penal español, parte especial, 6ª ed., Barcelona 2010, p. 1171, señala la protección de la imparcialidad funcional internacional y la de los intereses de la comunidad internacional en el concreto sector de la actividad económica internacional.

poco tienen que ver con éste. En concreto, el bien jurídico tutelado en este delito debería cifrarse en «el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional»²², por lo que el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendido el bien jurídico, el título dedicado a los delitos socioeconómicos²³, pues es lugar común señalar el poder corruptor que la llamada delincuencia económica ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos²⁴.

Teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en virtud del cual se creó el precepto penal, es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia esencial para el buen funcionamiento del mercado, cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, señala Cugat que no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública²⁵. Por todo ello entiende esta autora que es innegable la doble naturaleza del bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pú-

blica. En sentido parecido, se ha afirmado el carácter marcadamente pluriofensivo del precepto, consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia. Con este precepto se tutelan por ello, tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas²⁶.

La confusión generada por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido no hacía sino acrecentarse con el cambio de ubicación operado por la LO 15/2003. Si lo que quiere protegerse es la función pública (en atención a la rúbrica del nuevo Título en que se inserta), entonces no tiene sentido que la nacionalidad del funcionario altere la naturaleza del cohecho. Téngase en cuenta que si la misma conducta se realizara para obtener una decisión favorable de un funcionario público español que participara en una actividad económica internacional, entrarían en consideración los tipos clásicos de cohecho, para los que se prevén modalidades distintas. La confusión continúa, pues la reforma de 2010 mantiene dicha

²² Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Quintero-Morales), 9ª ed., 2011, p. 1858, precisando, a continuación, que “y más precisamente en el debido respeto de las reglas de la leal competencia, basadas esencialmente en la transparencia, veracidad y la igualdad de oportunidades”.

²³ Así, también, Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BLANCO CORDERO, Isidoro. Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, p. 12; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción de agente público extranjero e internacional, cit., p. 80; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales», en *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad* (Diego DÍAZ-SANTOS y FABIÁN CAPARRÓS, coords.), Madrid 2003, p. 194; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., p. 175.

²⁴ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal Económico*, 2ª ed., Madrid 2010, p. 26.

²⁵ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios al Código Penal, Parte especial, (Córdoba Roda-García Arán), tomo II, 2004, p. 2116. Vid., también, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. La respuesta a la corrupción pública, Granada 2004, p. 15, señalando que aunque en un primer momento el bien jurídico protegido en este tipo penal puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública –transnacional–, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental.

²⁶ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/BLANCO CORDERO, Isidoro. Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 12-13.

ubicación en el Capítulo X del Título XIX, dedicado a los “delitos contra la Administración pública”. No obstante, entiende NIETO que el Convenio OCDE ha redactado el tipo sin atender a un concepto, como el del bien jurídico, que sólo constituye, dice, un instrumento de racionalidad legislativa en la tradición jurídica europea, y no en toda²⁷.

En definitiva, el tipo penal ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional²⁸; es más, se ha dicho que la corrupción es per se una delincuencia económica organizada²⁹.

2. SUJETOS Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sujeto activo puede ser cualquiera, pues el tipo penal está concebido como un delito común (“los que”), por lo que cualquier particular que corrompa o intente corromper al funcionario público extranjero con la finalidad allí descrita cometerá el delito. Se ha dicho que la corrupción como arma mercantil se convierte en una cuestión de toma de decisión racional que es adoptada, planeada y ejecutada por empresarios que operan en ámbitos inmersos en el mercado global con la complicidad de funcionarios públicos³⁰.

Ahora bien, resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos mediante el soborno en los que la persona física que lo ofrezca al funcionario extranjero no actúe en nombre

de una empresa que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia. Consciente de esta situación, el art. 2 del Convenio OCDE, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, establece que “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”, aclarándose en los “Comentarios” al Convenio que en el caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, no se exigirá de esa Parte que establezca dicha responsabilidad penal³¹, lo que no excluye sanciones de otra naturaleza, esto es, civiles o administrativas. En los Comentarios al Convenio, y con independencia de las pecuniarias, se citan la exclusión del derecho a beneficios o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para participar en la contratación pública o en la práctica de otras actividades comerciales, la sumisión a supervisión judicial, y una orden judicial de disolución.

Así las cosas, la vigencia entonces en nuestro derecho penal del principio *societas delinquere non potest*, obligaba a no poder sancionar a las personas jurídicas con penas. Ahora bien, considerar que la persona jurídica carecía de capacidad delictiva (capacidad de acción y culpabilidad) no significaba, necesariamente, que fuera una realidad completamente ajena al derecho penal, como se extraía de la existencia del artículo 129 en el Libro I del Código Penal. En este contexto hay que entender, en buena lógica, la reforma operada en el Código

²⁷ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 548.

²⁸ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 80-81.

²⁹ Así, NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Estudios de Derecho Penal”, Univ. de Castilla-La Mancha, 2004, p. 95.

³⁰ Así, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Los delitos contra la Administración Pública, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Santiago MIR y Mirentxu CORCOY, dirs.), Buenos Aires 2006, p. 381.

³¹ Estos Comentarios al Convenio de la OCDE fueron adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997 y, aunque no posean carácter vinculante, sirven como criterios interpretativos de las disposiciones del Convenio.

penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al añadir, como ya se señaló, un nuevo apartado 2 al artículo 445 CP por el que se abría la posibilidad de que el juez o tribunal pudiera imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 CP en estos casos, pensadas para ser aplicadas en el ámbito de la delincuencia económica y orientadas, como decía entonces el propio artículo 129 en su apartado 3, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Consecuencias accesorias las denomina el Código, aunque en otros artículos las sigue llamando simplemente “medidas” (por ejemplo, en los arts. 294 y 366) y que, a mi juicio, ni son propiamente medidas de seguridad ni tampoco penas, al no responder a la naturaleza de ninguna de ellas³².

Con la introducción de este segundo apartado en el artículo 445 CP, que curiosamente ya aparecía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma y que luego desapareció del mismo, venían a soslayarse algunas de las deficiencias detectadas en la punición de las conductas de corrupción en el ámbito de las transacciones económicas internacionales y, a su vez, se daba un paso más en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio OCDE. En dicho Convenio, al referirse a las “sanciones” en su artículo 3.2, se indica que “En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte velará para que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias por

la corrupción de agentes públicos extranjeros”. En todo caso, téngase en cuenta que en el catálogo de las consecuencias previstas entonces en el artículo 129 CP³³ no estaban incluidas las de carácter pecuniario y que, además, estas “consecuencias” eran de aplicación potestativa y no preceptiva. En definitiva, seguía sin existir en este aspecto la necesaria correlación entre el tipo penal y el Convenio OCDE, lo que constituía, una vez más, una oportunidad fallida y, por eso, criticable³⁴.

En este contexto hay que recordar que esa misma LO 15/2003, de 25 de noviembre, añadía un apartado 2 al artículo 31 CP pretendiendo “abordar la responsabilidad de las personas jurídicas”, según se indicaba en su Exposición de Motivos, mezclando esta cuestión con los supuestos de actuaciones en nombre de otro y, a mi juicio, creando más confusión, si cabía, sobre tan controvertida problemática³⁵. La confusión aparecía, entre otras cosas, porque lo que ahí se establecía parecía más bien una especie de responsabilidad civil, directa y solidaria, de la persona jurídica al pago de la multa impuesta en sentencia al sujeto que actuó por cuenta de la misma y en su nombre, pudiéndose cuestionarse, entonces, incluso la propia constitucionalidad del precepto por la presunta vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas. Además, tampoco creo que este añadido al artículo 31 CP supusiera, de nuevo, poner en cuestión la vigencia del principio *societas delinquere non potest*³⁶. En todo caso, conviene recordar que el debate sobre la conveniencia o no del establecimiento de una

³² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Las medidas de seguridad y el Código Penal español de 1995, en *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales*, núm. 5, 2002, pp. 198-199.

³³ En el que se contemplaban hasta la reforma de 2010 la clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y la intervención de la empresa. Ahora, como penas (art. 33.7), aparecen asociadas a las personas jurídicas.

³⁴ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

³⁵ Vid. sobre ello, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*, en *La Ley*, núm. 6548, de 13 de septiembre de 2006, pp. 1 y ss.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en “*Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*”, Valencia, 2004, p. 762.

verdadera responsabilidad jurídico-penal de las empresas se desarrollaba, en ese momento, sobre todo en el campo de la política criminal y alcanzaba sus verdaderas dimensiones en el plano de la construcción de modelos de autorresponsabilidad³⁷.

Pues bien, la reforma de 2010 parece zanjar, al menos desde el punto de vista legislativo, la cuestión. En primer lugar, y tras otros intentos fallidos³⁸, se introduce en el Código penal un nuevo art. 31 bis, que recoge una doble vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica: los casos de delito cometido por el administrador o representante de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, y los casos de delito cometido por un empleado sometido a la autoridad del administrador o representante, cuando haya podido cometerlo debido a la falta de la debida vigilancia sobre él³⁹.

Y, en segundo lugar, el nuevo apartado 2 del art. 445 señala ahora: Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo

imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Las penas del CP art. 33, apartado 7, a las que se quiere hacer referencia y que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

³⁷ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa, en “Nuevas tendencias en Política Criminal” (Mir Puig y Corcoy Bidasolo, dirs.), Ob. Cit., 2006, p. 10.

³⁸ Sobre los distintos avatares, vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español, en “Estudios de Derecho penal económico”, Pamplona 2009, pp.253-282

³⁹ Vid. al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Responsabilidad de personas jurídicas, en “Memento experto. Reforma Penal 2010”, (Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, coord.), Madrid 2010, p. 13 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp.78 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español, en “El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma” (Jesús-María Silva Sánchez, dir.), Madrid 2012, pp. 62 y ss.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Estas previsiones respecto a las personas jurídicas contribuirán a que las empresas españolas con actividades comerciales en el extranjero, aun cuando incluyan la prohibición de estas conductas en sus “códigos éticos”, pongan en marcha “programas de cumplimiento” (compliance programs)⁴⁰ que eviten la comisión de estos hechos por parte de sus directivos y empleados, ya que no contar con estos

programas supone una infracción del debido control a que se refiere el art. 31 bis CP y puede dar lugar a la imputación de la empresa⁴¹.

Al respecto, téngase en cuenta que, tras la reforma de 2010, el art. 31 bis.4 CP, considera en su apartado d) circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la de “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”, expresión que no es más que una definición de un programa de cumplimiento eficaz.

3. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Otra de las cuestiones a dilucidar al contemplar la anterior redacción del artículo 445 CP era la de convenir en una definición sobre lo que debíamos de entender por “funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales”, cuestión que, aparentemente, era de sencilla respuesta y que, sin embargo adquiriría alguna dificultad⁴².

En efecto, se había dicho que la definición del concepto de funcionario del Convenio OCDE, en el que se inspira la norma penal española, entraba en relativa contradicción con lo que hasta ahora se ha entendido mayoritariamente por funcionario público en nuestro Derecho penal. Siendo el objetivo último del Convenio la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pueden

⁴⁰ Los programas de cumplimiento, reconocidos legislativamente en Estados Unidos desde 1991, lo que hacen es determinar los riesgos jurídicos que se derivan de la normativa estatal para cada concreta empresa y, a partir de esa evaluación, adoptar las medidas necesarias: códigos de conducta, formación de los empleados y directivos, procedimientos de detección, etc.

⁴¹ Así, explícitamente, NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 552. Vid., ampliamente, ALONSO GALLO, Jaime. Los programas de cumplimiento, en “Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero”, (Julio Díaz-Maroto y Villarejo, dir.), Pamplona 2011, pp. 143-199.

⁴² Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

considerarse funcionarios también quienes trabajan al servicio de empresas públicas que, sin embargo, no están integradas orgánicamente en la Administración Pública⁴³, y de los que podría cuestionarse su encaje en el concepto de funcionario del art. 24 CP español⁴⁴.

Precisamente, una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE era la inexistencia en nuestro Derecho interno de un concepto de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio⁴⁵, y que volvió a señalarse en las Recomendaciones de 2006. Al respecto, se había señalado que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 CP podría extrapolarse al internacional y en donde tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio, e, incluso, cabía plantearse la aplicación directa del Convenio en este punto⁴⁶, opción esta última que parece que era por la que habían optado las autoridades españolas⁴⁷. Además, y respecto de los funcionarios o agentes de organizaciones internacionales, como ya se ha dicho, el Convenio se refiere a las de carácter público, dando cabida a cualquier organización internacional formada por Estados, gobiernos u otras organizacio-

nes internacionales públicas, no las de tipo humanitario o las no gubernamentales⁴⁸.

En estos aspectos, también la reforma 2010 parece que ha tenido en cuenta las anteriores críticas y, ahora, el nuevo apartado 3 del art. 445, además de suprimir la referencia a “las autoridades”, contiene una definición, copiada literalmente del art. 1.4.a texto del Convenio, de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública⁴⁹.

4. COMPORTAMIENTO TÍPICO

a) Modalidades

Como ya se adelantó, las conductas contempladas en el artículo 445 CP guardaban muchas similitudes con el delito de cohecho activo o

⁴³ Así, textualmente, CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2122.

⁴⁴ El art. 24.2 CP señala que, a los efectos penales, “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. En todo caso, el criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión «se considera», desmarcándose de todo rigor legalista (STS de 16 de junio de 2003).

⁴⁵ Como se hacía en el texto inicial del Anteproyecto de reforma del CP.

⁴⁶ Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción, cit., p. 211, quien, no obstante, era partidario de incluir el concepto en un nuevo apartado del art. 24 CP.

⁴⁷ Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. la corrupción, cit., pág. 100.

⁴⁸ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19.

⁴⁹ El art. 2.c) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de junio de 2006, y que entró en vigor para nuestro país el 19 de julio de 2006, señala que por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

de particular, pudiendo considerarse entonces como un supuesto de esta figura delictiva, cuyas penas le eran de aplicación por la remisión explícita que se hacía en el tipo al artículo 423 CP, “en sus respectivos casos”, caracterizado por cometerse en la realización de actividades económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales. La conducta, pues, venía a coincidir con la de las modalidades de cohecho de los arts. 419 y 423 CP⁵⁰.

Con la nueva redacción y las importantes modificaciones operadas en los delitos de cohecho⁵¹, el nuevo art. 445 afirma su carácter autónomo respecto de esas figuras penales, y la acción delictiva puede consistir en ofrecer, entregar o conceder cualquier beneficio indebido, económico o de otra clase, al funcionario público con la finalidad de corromper o intentar corromperlo, o atender las solicitudes realizadas por los funcionarios, si bien mantiene la simetría con los comportamientos de cohecho activo de particulares que se contemplaban en el anterior artículo 423 CP.

Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. Atender a las solicitudes del funcionario público extranjero significa, en pura lógica, la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva⁵².

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble, por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto y,

por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar un beneficio irregular relacionado con la actividad económica internacional. El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario extranjero o de una organización internacional sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales.

Además, al demandar el texto legal que el contrato o el beneficio se obtenga o mantenga de forma irregular, en puridad, no exige que el acto pretendido sea ilegal o injusto, parece que basta con la irregularidad, es decir, lo que se aparta del orden establecido. No obstante, tanto lo que debemos entender por “beneficio irregular” como por “actividades económicas internacionales” no está exento de dificultad.

A ello debe añadirse que la reforma de 2010 ha introducido un **tipo agravado** en el último párrafo del apartado 1, cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

b) Objeto material

Desde la perspectiva del particular, el objeto del acuerdo se encontrará integrado por los ofrecimientos, promesas o concesiones de cualquier beneficio indebido, esto es, prestaciones, en principio, de carácter material valora- bles económicamente, pero que la reforma de 2010 ya se encarga de señalar, siguiendo las indicaciones del art. 1.1 del Convenio OCDE, que abarcan «cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase»⁵³.

⁵⁰ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal), cit., p. 3.

⁵¹ En los que ya no aparece la expresión “corrompieren o intentaren corromper”.

⁵² Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho, Granada 2003, p. 307.

⁵³ En las Recomendaciones de la OCDE de 2006 ya se hacía hincapié en que la norma penal española debía dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.). Vid. ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 212-213.

En cuanto al valor de la contraprestación, para la doctrina, el criterio fundamental no es (no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper⁵⁴. En todo caso, dada la fenomenología del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente relevantes⁵⁵.

En relación con esto último, debe llamarse la atención sobre la modificación respecto a las penas a imponer, pues no parecía muy lógico que la normativa anterior, siguiendo las remisiones penológicas que se establecían con los delitos de cohecho, la multa se estableciera sobre el valor de la contraprestación y no sobre el del beneficio obtenido o pretendido. En el nuevo texto del art. 445, además de la pena de prisión, la multa señalada en días-multa (de doce a veinticuatro meses) se convierte en proporcional “cuando el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante” en cuyo caso se establece del tanto al duplo del montante del beneficio⁵⁶. No obstante, y aun cuando se ha elevado el marco penal, la pena de prisión de dos a seis años que ahora se establece, resulta privilegiada en su límite mínimo respecto de las conductas de cohecho realizadas por particulares (art. 419 en relación al art. 424) que es de prisión de tres a seis años, por lo que no parece justificada ni adecuada⁵⁷.

Téngase presente, además, que, tanto la cuantía del soborno como el producto de la corrupción, o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, están sujetos a “embargo y confiscación”, utilizando la misma terminología del Convenio OCDE⁵⁸.

Esta previsión del Convenio de la OCDE entiendo que está cubierta respecto del tipo penal contemplado en el artículo 445 CP, por mor del contenido del art. 127 CP, que establece el decomiso de las ganancias o beneficio obtenido. Es más, el apartado 2 del artículo 127, introducido por la reforma operada en el CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (actual número 3), contempla el comiso de valor equivalente o por sustitución; de tal manera que, si impuesta una pena por delito o falta dolosos y, en consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente⁵⁹.

c) Por sí o por persona interpuesta. La mediación

Aún cuando el artículo 445 CP sea un delito común, en el que el autor puede ser cualquiera,

⁵⁴ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción, cit., p. 81; OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en “Enciclopedia penal básica” (Luzón Peña, dir.), Granada 2002, p. 479.

⁵⁵ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 97.

⁵⁶ Una consideración de este tipo se hacía en las Recomendaciones de 2006, pues fijar el quantum de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida parecía que hacía depender aquel de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario público. Así, ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael. La corrupción, cit., p. 216.

⁵⁷ Así, críticamente, RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Corrupción en las transacciones internacionales, cit., p. 490.

⁵⁸ Cfr. Art. 3.3. Los Comentarios al Convenio señalan que “En el término confiscación se incluye el decomiso cuando proceda”.

⁵⁹ Vid. En este sentido, literalmente, la Circular 1/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

en el tipo penal se recoge, en consonancia tanto con el Convenio OCDE como con las propuestas adoptadas en el seno de la Unión Europea, tanto la corrupción directa, por sí, como indirecta, por persona interpuesta. Esta mención expresa a la persona interpuesta parece superflua, si bien es posible entender que dicha mención sirve para dejar claro, sin necesidad de acudir siquiera a las reglas generales, que quien corrompe o intenta corromper, es autor en todo caso⁶⁰. Se castigan, por tanto, las conductas de quienes utilizan a un tercero para corromper al funcionario público extranjero.

La figura del intermediario es esencial en las figuras de cohecho, sobre todo cuando éste se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conocedores del “medio” que los pongan en contacto con las personas idóneas⁶¹. Obsérvese que el trabajo del intermediario actúa, por un lado, como potente factor de simplificación de la intercomunicación corruptora y, por otro, de filtro y mampara ante indiscretas miradas externas a la relación corrupta, tejiéndose así la red de las ganancias indebidas⁶². Esta conducta ha de ser considerada como coautoría. La previsión legal del art. 445 CP está destinada a cubrir los supuestos en que los nacionales se valen de los servicios de intermediarios extranjeros que actúan en el extranjero, elevando a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, evitando así la aplicación del principio de accesoriadad y haciendo posible su persecución⁶³.

No se requiere que el intermediario actúe a sabiendas. Por lo tanto, aunque pueda ser infrecuente, podría abarcar conductas de autoría mediata en las que alguien utiliza a un intermediario como instrumento no doloso, cuando el intermediario actuase sumido en un error. En caso de que, por el contrario, el intermediario actúe a sabiendas, la equiparación legal de quien actúa por sí o por persona interpuesta permite castigar a título de autor tanto a quien induce y se sirve de alguien como al inducido que interviene directamente en el acto de corrupción, rompiendo con ello con las reglas ordinarias de participación⁶⁴.

Además, la corrupción del funcionario público extranjero es también punible cuando los ofrecimientos, promesas o concesiones sean en su propio beneficio o en el de un tercero. Quedan cubiertos así los casos en los que la ventaja se entrega a un tercero como consecuencia del pacto entre el corruptor y el funcionario corrupto. Por ejemplo, cuando se paga al partido político al que pertenece el corrupto⁶⁵.

d) Iter criminis

Todas las figuras delictivas de cohecho, y ya hemos dicho que el artículo 445 CP puede ser considerado así, se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley⁶⁶. El delito se consuma con el mero intento de corromper al funcionario

⁶⁰ Así, expresamente, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 479.

⁶¹ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción, cit., p. 88.

⁶² Así, MILITELLO, Vincenzo. Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia, en “Temas de Derecho penal Económico” (Terradillos/Acale, coords.), Madrid 2004, pp. 247 y 253, en concreto.

⁶³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 94.; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales, cit., p. 200.

⁶⁴ Cfr. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2120; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, Los nuevos delitos, cit., p. 16.

⁶⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19.

⁶⁶ Cfr., por todas, STS 19 de julio de 2001.

público extranjero, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por el ofrecimiento o promesa. La efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, para el que basta que se haya puesto en peligro la función pública de forma idónea, cuestión distinta es la posibilidad de apreciar, además, la eventual prevaricación intentada o consumada, en su caso⁶⁷.

En cuanto a la tentativa propiamente dicha, según el inciso final del artículo 1.2 del Convenio OCDE⁶⁸, la tentativa debe ser castigada de la misma forma que en el derecho interno. Y esto es precisamente lo que se hace en el artículo 445 al castigar, como acaba de indicarse, a quienes “intentaren” corromper al funcionario público extranjero con la misma pena que al que corrompe. Se equiparan así conductas de mera tentativa a la consumación, con un adelantamiento de las barreras de protección penal. Esto supone que, una vez lanzada la oferta corruptora por parte del sujeto activo, su desistimiento voluntario posterior carecerá de relevancia⁶⁹.

Respecto a la punición de los denominados por la doctrina actos preparatorios punibles, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación, el Convenio OCDE sólo hace referencia a la confabulación, que podríamos equiparar a la conspiración del artículo 17.1 del CP. La posibilidad de

su punición en la figura que estudiamos, no está prevista ni contemplada en el tipo penal, lo que parece razonable a la vista de la regulación española en la que existe ese anticipo de las barreras de protección penales, aunque como se ha dicho así lo prevea el Convenio.

5. ASPECTO SUBJETIVO

El artículo 445 CP únicamente admite la forma de comisión dolosa, no sólo porque no esté prevista la forma imprudente en su punición, lo que ya sería bastante dada la cláusula general contenida en el artículo 12 CP, sino porque su propia naturaleza hace que sea muy difícil interpretar los actos de corrupción al margen de la voluntariedad de su autor. Aun cuando se sostiene que la literalidad del precepto exige el dolo directo⁷⁰, no faltan autores que entienden que el delito admite o puede admitir el dolo eventual⁷¹, lo que me parece más plausible. También parece que sea de aplicación, en algún supuesto, la doctrina de la ignorancia deliberada.

A lo dicho ha de añadirse que, como ya se señaló, el comportamiento del autor debe ir dirigido a que los funcionarios públicos extranjeros “actúen o se abstengan de actuar... para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular”. Pues bien, esta específica finalidad revela una intencionalidad que difícilmente puede equipararse a otra cosa que no sea el dolo, aunque a mi juicio no debe confundirse con aquél. Además, a esa redacción, tomada casi de una forma textual del artículo 1.1 del Convenio OCDE, debe añadirse que

⁶⁷ Como indica CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2119.

⁶⁸ “La tentativa y la confabulación para corromper a un agente público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un agente público de esa Parte”.

⁶⁹ Expresamente DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 24.

⁷⁰ Así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 114-115; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción, cit., p. 202.

⁷¹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 19; OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 480; NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 548.

ese propio texto internacional utiliza el adverbio “deliberadamente”, lo que, una vez más, nos acerca a los genuinos comportamientos dolosos⁷².

Dicho esto, si, como yo entiendo, el artículo 445 CP está configurado como un delito de tendencia, esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna, esa finalidad debe ser considerada como un elemento subjetivo del tipo⁷³. De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción, siendo, por tanto, algo distinto del dolo⁷⁴. En definitiva, creo que es preferible entender que el tipo de tendencia del artículo 445 CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, a que sea necesario un dolo específico en la conducta del sujeto⁷⁵.

6. PARTICIPACIÓN

El artículo 1.2 del Convenio OCDE se refiere a la punición de conductas⁷⁶ que pueden

ser interpretadas de manera equivalente a los comportamientos recogidos en los artículos 27 y siguientes del CP. Así, la incitación y la instigación, tendrían su equivalencia en la inducción del artículo 28 a) CP, el auxilio podrá ser contemplado, según los casos, como cooperación necesaria o complicidad de los artículos 28 b) o 29 del CP, y la autorización, como autoría por omisión o como cooperación⁷⁷. De todas formas, el inductor realiza ya el tipo penal, al establecerse en el artículo 445 CP la punición de la conducta realizada “por sí o por persona interpuesta”, la cual puede ser evidentemente un inducido⁷⁸.

Aunque se ha criticado que, desde la perspectiva de la punibilidad, la norma sanciona únicamente a uno de los dos sujetos cuya intervención es imprescindible para cometer el delito (el particular), sin embargo, se ha entendido que penalizar la conducta del agente público extranjero no habría sido la solución acertada ni la más realista⁷⁹. En todo caso, el Código penal español ha seguido las pautas marcadas por el Convenio de la OCDE y de la legislación anticorrupción norteamericana que le sirve de modelo, como la pionera⁸⁰ Fo-

⁷² En este mismo sentido, el artículo 3.1 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, dice: “A efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio o un acto en el ejercicio de su función”.

⁷³ Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 20. En contra, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 105.

⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho penal, parte general, Madrid 1977, p.254; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general, 8ª ed., Valencia 2010, p. 278; MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general, 9ª ed., Barcelona 2011, p. 287; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Valencia 2012, p. 234.

⁷⁵ Como sostiene FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 105.

⁷⁶ “Cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un agente público extranjero”.

⁷⁷ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., p. 117.

⁷⁸ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO. Los nuevos delitos, cit., p. 24.

⁷⁹ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pág. 88. Así, también, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales, cit., p. 197.

⁸⁰ Vid. Sobre esta norma, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 53-63.

reign Corrupt Practices Act de 1977, la Trade Act de 1988 y la Internacional Anti Bribery and Fair Competition Act de 1998⁸¹, cuyo pragmatismo al respecto es más que evidente.

7. COMPETENCIA Y CORRUPCIÓN PASIVA

Como ya se ha dicho, la no previsión en el artículo 445 CP del castigo de la corrupción pasiva (modalidad contemplada, no obstante, en el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, al que España se adhirió el 20 de enero de 2000, y que entró en vigor de forma general y para España el 28 de septiembre de 2005)⁸², acarrea la impunidad del funcionario público extranjero en estas conductas,⁸³ por lo que para la aplicación extraterritorial de la ley penal española, entiende Muñoz Conde que habrá de atenderse al principio de territorialidad, y los hechos sólo podrán ser castigados si se realizan en el territorio español. Entiende este mismo autor que el cohecho pa-

sivo del funcionario sólo podría ser castigado si, además de cometerse en territorio español, se pudiera incluir en los arts. 419, 420, 421 ó 422 del CP, ya que el art. 445 no lo menciona expresamente; pero, en este caso, ello supondría que el funcionario público extranjero tiene también la cualidad de funcionario público conforme al art. 24 CP, con lo cual la reforma legal habría sido innecesaria⁸⁴. En contra de esta posibilidad ya se habían manifestado, De La Cuesta Arzamendi/ Blanco Cordero⁸⁵, aun cuando estos dos autores entienden, con todo, que el funcionario público extranjero que solicita dádivas del particular español podría ser sancionado como inductor al delito del art. 445 CP, si el particular español procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega, siendo ésta la vía a través de la cual pueden encauzarse sus actos siempre que los tribunales españoles sean competentes, por ejemplo, porque la solicitud de la dádiva se realiza en territorio español.

Ahora bien, si no sucede así, existen evidentes obstáculos para la aplicación extraterritorial de la norma española. Fabián Caparros⁸⁶ analiza la virtualidad de utilizar, como principio complementario al de territorialidad, el de personalidad activa⁸⁷, ambos contemplados

⁸¹ Vid. CUGAT MAURI, Miriam. Comentarios, cit., p. 2118, nota 169. Sobre otras iniciativas internacionales, Vid. HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, cit., pp. 47 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción, cit., pp. 52 y ss.

⁸² En su artículo 2 se contempla la conducta de corrupción pasiva, señalándose en su apartado 1 que “A efectos del presente Convenio constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función”. Además, en su apartado 2 se establece de una manera expresa y tajante que “Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales”.

⁸³ Salvo que se trate de un funcionario de la Unión Europea o de un funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión, tal y como ahora se contempla en el art. 427 CP.

⁸⁴ Cfr. Derecho penal, parte especial, 18ª ed., Valencia 2010, p. 1031. En sentido parecido, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Delitos de corrupción, cit., p. 479.

⁸⁵ Cfr. Los nuevos delitos, cit., pág. 28.

⁸⁶ Cfr. La corrupción, cit., pp. 145 y ss.

⁸⁷ El ordenamiento español no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque los mismos pueden tener entrada a través de la cláusula del art. 23.4.h) LOPJ. Vid. GIL GIL, Alicia. Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Granada 2006, p. 49.

en el artículo 4 del Convenio OCDE, señalando la dificultad para su posible utilización, pues raramente podrán darse los tres requisitos que se exigen en el artículo 23.2 de la LOPJ española.

Como vemos, si bien las razones para la ausencia de tipificación del cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros son, fundamentalmente, de índole procesal⁸⁸, la restricción al cohecho activo en el Convenio OCDE obedece a razones pragmáticas, pues la sanción al funcionario extranjero estaría ya cu-

bierta por su propio derecho y, además, la sola pretensión de intentar juzgar la corrupción de tal funcionario en un país que no es el suyo, daría origen a numerosos conflictos internacionales⁸⁹. No estando previstos en el Convenio de la OCDE ni el principio real o de protección ni el de justicia universal⁹⁰, sólo los mecanismos de cooperación internacional, como el instituto de la extradición o la Orden Europea de detención y entrega⁹¹, facilitarán la persecución y castigo de los comportamientos de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

⁸⁸ Así, BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cit., pp. 213-215.

⁸⁹ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. Corrupción en las transacciones económicas internacionales, cit., p. 548. Aun cuando nuestro legislador pudo establecer una excepción de territorialidad, como hizo en el artículo 301.4 CP, en referencia al blanqueo de dinero, lo que no ha hecho “afortunadamente”, según

⁹⁰ FABIÁN CAPARRÓS. La corrupción, cit., p. 152. Vid. Sobre ello, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. El blanqueo de capitales en el Derecho Español, Madrid 1999, pp. 33-34.

⁹¹ Incorporada a nuestro derecho interno mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Vid., con carácter general, ARROYO ZAPATERO, Luis. La orden de detención y entrega europea, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006; MARCOS FRANCISCO, Diana. Orden europea de detención y entrega. Especial referencia a sus principios rectores, Valencia 2008.

EL CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO Y LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA*

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**

I. EL AUTOBLANQUEO

1. CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO

Por autoblanqueo se entiende la conducta de quien blanquea bienes, capitales, activos o como quiera denominarse la figura del blanqueo, habiendo sido el autor (u habiendo intervenido de otra forma) en el delito previo del que proceden los capitales, bienes o activos.

Lo que se cuestiona aquí es la procedencia y posibilidad de castigar la conducta de autoblanqueo además de la previa.

2. DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA INTERNACIONAL

El Derecho comparado no es uniforme en cuanto al castigo del autoblanqueo. Así, hay países que expresamente excluyen tal castigo (Alemania anteriormente –aunque de forma peculiar, de modo que, si el hecho previo no se podía castigar por falta de culpabilidad o razones semejantes, sí podía entonces punirse el autoblanqueo, ya que este era en principio típico, aunque cubierto por una especie de causa de exclusión de la punibilidad recogida en un apartado del § 261 StGB, hoy con contenido diferente- o Austria; no de forma tan clara, Italia), mientras que otros lo admiten también de manera expresa (Bélgica o, actualmente, España). En algunos países, su legislación no se pronuncia abiertamente y parece que

cabría el castigo, aunque se discute la cuestión (Suiza y, hasta finales de 2010, España). Dado que el blanqueo de capitales posee a menudo carácter transfronterizo, estas diferencias dificultan a veces su persecución por problemas de reciprocidad.

La normativa internacional puede resumirse así: se permite o admite el castigo del autoblanqueo, si bien se contemplan reservas o excepciones en caso de que este resulte incompatible con la normativa constitucional o principios legales fundamentales del Estado correspondiente.

3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA (LO) 5/2010 Y LAS RAZONES PARA EL CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO

Como es sabido, la primera tipificación del blanqueo se produce en España a través de una modificación del CP 1944/73 llevada a cabo por la LO 1/1988, de 24 de marzo, si bien el castigo se limita a conductas de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas (art. 546 bis f CP, introducido por la citada LO), como lo hace también el art. 344 bis h) e i), introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre. Pero es el CP 1995 el que castiga con carácter general en su art. 301 distintas conductas blanqueo de bienes (así se denominó en el CP hasta la reforma de 2010) procedentes de un delito grave (posteriormente, en una

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, ahora de Economía y Competitividad, en parte con fondos FEDER), de otro (MINECO) actualmente en fase de evaluación) y, de manera algo más indirecta, en el proyecto de investigación LE066A11-1 (Junta de Castilla y León) y en otro (JCYL) para el que solicitará financiación, de los que soy investigador principal. Una versión inicial de este trabajo se presentó como ponencia invitada en el III Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela (España), 18 a 20 de julio de 2012, lo que explica algunas referencias.

** Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León (España).

de las reformas del año 2003, se ampliaron los tipos al suprimirse la exigencia de gravedad del delito, lo que finalmente ha evolucionado en la reforma de 2010 a la exigencia de que los bienes procedan de una “actividad delictiva”, expresión más imprecisa, con casi segura finalidad ampliatoria y muy discutible).

En relación con el autoblanqueo, parecía significativo de entrada que no se incluyera en el tenor de los tipos una aclaración como la contenida en el encubrimiento (art. 451 CP) y en la receptación de efectos procedentes de delito (art. 298 CP; en la de efectos procedentes de faltas –art. 299 CP- no se contiene esa aclaración, pero entiendo que cabe interpretar que rige también para ella) en el sentido de excluir de la responsabilidad por tales delitos a quien hubiera intervenido en el delito previo. Ante este contraste en las regulaciones y ante el silencio de la ley en los delitos de blanqueo, no es de extrañar que en la doctrina se hallaran opiniones diversas al respecto.

Para un sector, pese al silencio legal, había que entender que, si el sujeto ha intervenido en el delito en el que tienen su origen los bienes, no responderá por el de blanqueo posterior, en virtud del principio de que el autoencubrimiento es impune (con apoyo en general en la idea de la inexigibilidad, o aludiendo sin más al que el blanqueo –autoencubrimiento- es un hecho posterior copenado en la sanción del delito origen de los bienes –en la solución de un concurso de leyes o normas por relación de consunción, o apelando a una evitación de la vulneración del principio non o ne bis in idem, o incluso se apelaba en ocasiones al derecho constitucional a no declarar contra uno mismo). Algunas sentencias del Tribunal Supremo (STS) se adscribieron a esta tesis (con la excepción general de que el segundo hecho supusiera una nueva antijuridicidad, un nuevo lucro y mayor), incluso la STS 637/2010, de 28 de junio, que señalaba que, aunque las cosas cambiaban con la reforma recién aprobada, como los hechos eran anteriores a la entrada en vigor de esta (e incluso a su aprobación o publicación), había que entender que

el autoblanqueo era entonces impune. Las críticas a esta opinión son las que se deducen de la exposición que sigue inmediatamente de la contraria, a las que ocasionalmente se añade alguna, a veces discutible.

Una opinión, primero minoritaria, pero después creciente, entendía que el silencio legal significaba que en este caso el sujeto respondía por blanqueo aunque hubiera intervenido en el delito origen de los bienes, a lo que se añadía que la impunidad del autoencubrimiento tiene su límite en la comisión de otro delito distinto del encubrimiento (que aquí sería el de blanqueo). Existieron también STS, antes y después del acuerdo que menciono inmediatamente, que seguían esta tesis. El acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS de 18 de julio de 2006 señalaba que no podía excluirse “en todo caso” el concurso real entre el delito de blanqueo y el delito previo, o sea el castigo del autoblanqueo, y que en el enjuiciamiento de esos supuestos la Sala debería constituirse con cinco magistrados. La verdad es que este acuerdo, si bien tendía a la tesis sancionadora (aparte o añadida a la del delito origen de los bienes) del autoblanqueo, no era del todo claro.

Y todavía había una opinión más que, partiendo de la primera tesis (la negadora del castigo del autoblanqueo), estimaba que, si quien intervino en el delito origen de los bienes realiza para blanquearlos un tercer delito (de carácter fiscal o monetario –si existieran-, por ejemplo), este delito ya no resultaría impune (con el fundamento también de que la impunidad del autoencubrimiento tiene su límite en la comisión de un delito distinto).

Pues bien, prescindiendo de esta última postura, en la que habría que comprobar si efectivamente el otro delito cometido para blanquear supone algo distinto o no de un encubrimiento (para lo que habría que analizar el concreto delito cometido, su naturaleza, el bien jurídico al que afecta, etc.), me pronuncié de manera provisional, que ahora confirmo, reconociendo lo arduo de la cuestión, más bien en el sen-

tido de la posibilidad y procedencia de castigar el autoblanqueo.

Entendía que apelar sin más a la idea del autoencubrimiento para acoger la impunidad propugnada por el primer sector doctrinal (inicialmente mayoritario) resultaba demasiado automático. En este sentido, tenía razón (si se explica materialmente por qué) el otro sector en que la impunidad del encubrimiento cesa cuando se comete otro delito. Esto había que entenderlo en el sentido de que se comete un delito cuyo contenido excede de un (auto)encubrimiento, es decir, se atacan otros bienes jurídicos distintos de la Administración de Justicia (cuando ocasionalmente se apelaba, sin embargo, a la Administración de Justicia como bien jurídico añadido al afectado por el delito previo se estaban ignorando precisamente las razones de no castigar aparte el autoencubrimiento, lo que resulta incorrecto), de modo que no es posible considerarlo ya copenado en el delito previo, o, si se prefiere, hace exigible una conducta distinta (exige el “sacrificio” por parte del sujeto, que debe abstenerse de la conducta lesiva de esos otros bienes jurídicos, aunque con ello pierda la ocasión de ocultar su intervención en el hecho previo).

Por otro lado, puede haber ocasiones en que la ley excepcione el principio de impunidad del autoencubrimiento tipificando expresamente una conducta de autoencubrimiento; en estos casos, la justificación material de la existencia de un tipo así dependerá de si existen razones (en el sentido visto) para la excepción. Pero no era este último el caso del blanqueo, en que no se tipificaban expresamente conductas de autoencubrimiento (tras la reforma de 2010), sino simplemente conductas que suponen encubrimiento (quizá unas más claramente que otras) de un hecho previo, por lo que se analizaba precisamente si de la punición de las mismas cabía excluir la de las autoencubridoras. Se trata por tanto, en una explicación simplificadora, de lo siguiente: se admite la impunidad (o, si se quiere, se admite que el castigo por el hecho previo abarca ya el del

autoencubrimiento) del sujeto que con una conducta posterior, que puede encajar en tenor literal de algún tipo, se limita a encubrirse (ello lo dice claramente la ley en el propio delito de encubrimiento y en el de receptación de efectos procedentes de delito) o a encubrirse “y poco más”, es decir que, aunque afecte a otros bienes jurídicos, esta afectación no tiene la suficiente relevancia como para hacerle exigible una conducta distinta al autoencubrimiento o, si se quiere, esa afectación no es suficiente para justificar un castigo añadido al que corresponde por la intervención en el hecho previo (como sucedería, por ejemplo, en la receptación de efectos procedentes de delito; y, si se quiere apurar el argumento, incluso en el delito de encubrimiento, en el que, aunque sea de modo indirecto, pueden verse afectados otros bienes jurídicos).

Pues bien: quien, habiendo intervenido en el delito origen de los bienes, los blanquea en alguna de las formas establecidas en los arts. 301 ss., ¿se limita a autoencubrirse o a autoencubrirse “y poco más”? Este es la cuestión material que los partidarios de la tesis favorable al castigo del autoblanqueo contestaban en sentido negativo (y esta es la misma reflexión que llevaba a algunos autores del otro sector a matizar –de forma quizá demasiado general– que la impunidad del autoencubrimiento en forma de blanqueo no alcanza a la comisión de “terceros” delitos).

Y, desde luego, parece que existían y existen argumentos para señalar que, pese a la proximidad al encubrimiento de las conductas del blanqueo, de lege lata se ha considerado (y parece que con razón) que el blanqueo es bastante más que un encubrimiento: sólo la comparación de las penas del encubrimiento con las del blanqueo (estas bastante más severas y cada vez más) son ya un indicativo de la diferencia en cuanto a merecimiento y necesidad de pena (en las propias valoraciones legales). Significativo es, como se ha dicho, que, siendo tan explícito el CP en el encubrimiento y en la receptación a la hora de excluir de su alcance a quienes hayan intervenido en el hecho previo,

guarde silencio al respecto en el blanqueo. Y significativo es también, por la menor vinculación de la conducta encubridora de blanqueo al hecho previo que indica, la no limitación de la pena del blanqueo a la del hecho previo (como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 respectivamente), resultando a menudo (especialmente desde que dejó de exigirse que el delito previo fuera grave) mayor la del blanqueo.

Todos ellos son datos que apuntan en el sentido de que la afectación de otros bienes jurídicos en el blanqueo era y es un dato muy importante en la concepción legal a la hora de configurar los delitos como algo que va bastante más allá del encubrimiento. Cuál sea ese otro bien jurídico excede de esta exposición y es objeto de otra en este foro. Indicaré, no obstante, que, junto a la Administración de Justicia, el bien jurídico afectado por el blanqueo y que la tipificación legal intenta proteger (aunque de modo excesivamente impreciso seguramente) es el orden socioeconómico, ya que lo que parece peculiar de las conductas de blanqueo de bienes es precisamente la introducción de esos bienes de procedencia ilícita en el flujo económico ordinario, legal, regular, escapando al control ordinario que al Estado interesa tener del mismo. No es tanto que necesariamente se lesionen intereses económicos generales (que incluso podrían mejorar: piénsese en las ofertas de determinados narcotraficantes poderosos de sanear las arcas estatales pagando la deuda externa –naturalmente con dinero procedente de las actividades delictivas– a cambio de su impunidad, o en las donaciones de ciertos mafiosos para la mejora de sus pueblos), sino que se atenta contra la regularidad de ese orden económico, poniéndose en peligro así también otros intereses relacionados con él (como, por ejemplo, la correcta exigencia de obligaciones fiscales). Si a ello unimos el dato no estrictamente derivado de los tipos legales, pero sí existente en la realidad, de la frecuencia de la relación del blanqueo con la criminalidad organizada (por ello no es gratuita la postura que cree que lo protegido es la seguridad interior del Estado

frente a ciertas formas de delincuencia organizada, sólo que, más que del bien jurídico protegido mediante los preceptos legales, se trataría de una *ratio legis* para la persecución del blanqueo), el de que los capitales blanqueados suelen ser de muy importante cuantía (dato que los tipos legales tampoco tienen en cuenta expresamente, pero que se constata empíricamente) y el de que, como en todo encubrimiento, con el blanqueo se fomenta la comisión futura de delitos importantes que interesa prevenir, podemos concluir que entender que estos delitos afectan al orden socioeconómico en sentido amplio, o sea a intereses generales supraindividuales de orden social y económico (de forma más acentuada que en la receptación, que, aunque parece atender en su configuración actual también a algunos de estos intereses, conserva tradicionalmente una mayor conexión con el patrimonio individual), no parece desacertado, sin renunciar por ello a la idea de la protección de la Administración de Justicia (que incluso podría englobarse en ese conglomerado de intereses).

Por ello, creo que se podía y se puede mantener que, en principio, la intervención en el hecho previo no excluye el castigo por blanqueo (el CP vendría a decir: comprendemos que Vd. se autoencubra, pero hágalo, si quiere, de otro modo, sin afectar de esta manera al orden socioeconómico). Ello además resultaría acorde con la consideración criminológica de que las redes de delincuencia organizada con mucha frecuencia incluyen en su entramado los propios mecanismos de blanqueo: por ejemplo, una organización dedicada al narcotráfico blanquea su dinero a través de empresas o entidades financieras “legales” propias o controladas por ella misma, de modo que puede resultar frecuente que los que dirigen el narcotráfico dirijan también el blanqueo. Naturalmente, aun defendiendo esta postura, habría que establecer excepciones a la inclusión entre de los intervinientes en el hecho previo entre los posibles sujetos activos del blanqueo (más allá de las que se deriven de la inexigibilidad en el caso concreto por otras circunstancias): cuando el delito previo ya suponga

la afectación (en una forma similar) de los intereses que se pretenden proteger con el castigo del delito de blanqueo, entonces ya no rigen las razones que permitían castigar por blanqueo a quien intervino en el hecho previo (podría decirse que algo similar pasa con carácter general para la receptación, en cuanto que el ataque patrimonial que pueda suponer ya estaría suficientemente castigado en el hecho previo en que intervino el receptor); cuando el autoblanqueo no pase de ser un autoencubrimiento, ya no tiene razón de ser castigarlo separadamente (no o no sólo, como a veces se ha dicho, por falta de aprovechamiento de los bienes). No es posible aquí determinar con precisión respecto de qué delitos previos sucederá esto (si es que hay más de uno).

Simplemente diré que ello parece claro en un delito, el del art. 301.2 CP, si este se interpreta como forma de encubrimiento de otras conductas de blanqueo del art. 301.1 CP (que afectan a los mismos intereses); así lo entendían por lo general quienes defendían ya el castigo del autoblanqueo con anterioridad a la reforma de 2010; en este caso, para los sujetos del art. 301.1 las conductas del art. 301.2 constituirían actos posteriores copenados o, según otra terminología, en mi opinión menos adecuada, impunes.

Aunque no tengo seguridad al respecto y lo planteo aquí como objeto de discusión, tal vez habría que excluir también del castigo del autoblanqueo el supuesto en el que los bienes procedieran de un delito fiscal cometido por el blanqueador. Sé que la cuestión es especialmente polémica, pero podría resultar que los intereses socioeconómicos protegidos en el blanqueo coincidieran en buena parte con los afectados por el delito previo contra la Hacienda Pública y, por ello, resultara impropio el castigo del autoblanqueo en este caso. Por otro lado, la comparación de penas entre ambos delitos no aclara la cuestión o tal vez la inclina en el sentido de castigar también el autoblanqueo en este caso. Si se me permite escapar un momento del tono académico de

mis reflexiones, diré que considerar ya copenado en este supuesto el autoblanqueo es, desde luego, discutible y habría que hacer además una valoración político-criminal a fondo de la conveniencia de hacerlo; pero, en todo caso, las consecuencias de esta interpretación no alcanzarían, en mi opinión, el grado de favorecimiento del blanqueo y de aliento a la defraudación tributaria como el que supone la “amnistía fiscal” concedida en España en este momento tan crítico para el país. Volviendo al tono académico, podría añadirse que las peculiaridades del delito fiscal en materia de prescripción podrían hacer que, aun sosteniendo la tesis de que el autoblanqueo es ya un hecho copenado en ese delito, resurgiera el castigo del (auto)blanqueo si el delito fiscal hubiera prescrito sin haber sido perseguido y sancionado.

Por fin, a las excepciones al castigo del autoblanqueo habrá que añadir las que mencionaré a continuación, al explicar la situación tras la reforma de 2010.

4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA POR LO 5/2010

La LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, produjo amplios e importantes cambios en CP (una reforma muy relevante, entre las ya casi innumerables que ha sufrido el texto de 1995 ... Y ahora se nos anuncia, con carácter inminente, otra, también importante. ¿Quién se acuerda de la característica, más bien exigencia, de estabilidad y permanencia de las leyes penales?). Algunos de esos cambios afectaron al delito de blanqueo, que ahora pasa a denominarse de capitales: endurecimiento de las penas, ampliación de las conductas típicas y otras. Aquí nos interesa sobre todo (aunque no sólo) la que afecta directamente al castigo del autoblanqueo.

El art. 301.1 CP reza ahora: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cual-

quier tercera persona, o realice cualquier otro acto ...” (la redacción definitiva de este inciso tiene su origen en una enmienda del Grupo Popular, pues el Proyecto decía: “por él o por terceras personas”; parece que el cambio obedecía a la pretensión de evitar la posible –desde luego, en mi opinión, no obligada– interpretación de que el blanqueador tuviera que saber concretamente qué persona cometió en delito previo). La ley se pronuncia así abiertamente por el castigo del autoblanqueo, añadido al del delito previo (igual que, fuera del ámbito penal, hace la Ley 10/2010, de 28 de abril). Dadas mis reflexiones previas y mi posición favorable al castigo separado del autoblanqueo, no tendría nada que objetar a la opción legislativa expresa en este punto; sí en otros, como la ampliación de conductas (posesión, utilización, que tal vez cupieran en alguna de las modalidades típicas ya existentes, amplias de por sí, aunque restringidas por una determinada finalidad, que ahora parece no exigirse para la posesión y la utilización, aunque volveré brevemente sobre esa cuestión), en una especie de vuelta a la regulación de los últimos años del CP anterior, aunque de manera no limitada al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas, la imprecisión legislativa (“actividad delictiva”, que parece subrayar el deseo de convertir el delito de blanqueo en un tipo de recogida y hasta de sospecha –lo que a veces se maquilla con la expresión “prueba indiciaria”–), etc.

Naturalmente, deben seguir rigiendo las excepciones ya mencionadas anteriormente al castigo separado del autoblanqueo, por lo que no insistiré en ello.

No obstante, la ampliación de las conductas típicas a las de posesión y utilización (aparentemente sin ulterior finalidad) de los bienes procedentes del delito previo produce problemas y hasta perplejidad en relación con el castigo separado del autoblanqueo, como ya han señalado diversos autores e incluso mencionaba el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto (en el que, sin embargo, veía salvable el defecto respecto de

la conducta de posesión apelando a la evitación de un bis in idem, pero no respecto de la de utilización). En todo caso, previamente hay que hacer una matización. El tenor literal del art. 301 CP ya era muy amplio antes de la reforma y comprendía la realización de cualquier (otro) acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los intervinientes en el delito origen de los bienes a eludir las consecuencias legales de sus actos. De modo que nada se oponía a considerar típicos actos de posesión y utilización siempre que tuvieran esas finalidades. La reforma de 2010 introduce en la primera parte del precepto la mención expresa de la posesión y la utilización y, desde luego, cabría entender que las palabras que en la ley piden esas finalidades son referibles (pues la colocación o ausencia de comas en el precepto y el orden de descripción de las conductas típicas no deja cerrada la cuestión, aunque parece más bien apuntar en sentido contrario al que ahora estoy planteando como hipótesis) a todo el texto anterior del precepto, incluidas las dos nuevas conductas, con lo que la situación no habría variado en este punto y se trataría, a lo sumo, de una aclaración legal por si hubiera dudas. De esta manera se limitan desde luego las consecuencias aparentes que a continuación menciono. Pero, dejando de lado además que en la primera parte del precepto hay otras conductas, en el contexto ampliatorio de la reforma y las orientaciones político-criminales que parecen inspirarla, resulta extraño que los términos se hayan incluido a meros efectos aclaratorios, sin que supongan novedad material. El Preámbulo de la LO 5/2010 nada aclara en relación con las modificaciones relativas al blanqueo, salvo alguna mención al explicar otros temas, como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y tampoco lo hacen los materiales de la tramitación parlamentaria del Proyecto. Parece claro que la mención de las nuevas conductas intenta seguir lo que disponen los textos internacionales en la materia, si bien estos contemplan la cláusula de reserva relativa a la sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos jurídicos del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Pero, si se sigue literalmente el tenor del precepto sin entender que las finalidades se refieren a todas las conductas, resultarían punibles de forma añadida al delito previo conductas como la de quien usa para sus desplazamiento el coche del que se apodera (digamos que definitivamente), la del narcotraficante que tiene colgado en su casa el valioso cuadro con el que se le ha pagado una importante cantidad de droga, la del autor de un delito fiscal que conserva la cantidad de dinero no pagada, la de la funcionaria pública que luce la valiosa joya con que se le ha recompensado por un soborno o cohecho, la del sicario que tiene en su poder el dinero recibido por matar a otro, la del autor de un delito de tráfico de influencias que conserva en su poder el beneficio obtenido con su conducta (y por el cual ya se le ha agravado la pena del delito previo, según los arts. 428 y 429 CP), etc. Sólo se librarían del castigo, seguramente, si devuelven, tiran o destruyen inmediatamente esos bienes (suponiendo que no haya habido un momento previo de posesión), o en situaciones especiales como cuando, en un acto de ocultación, declararan falsamente en la investigación, supuesto en que el castigo sí vulneraría el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo.

Se ha dicho que, con ello, se castigará con mucha frecuencia el agotamiento del delito, que normalmente se ha considerado impune o copenado, que se vulnera el principio *ne o non bis in idem*, etc. Este efecto seguramente no sea buscado por el legislador, pero, aun partiendo de esa hipótesis, ese legislador debería haber medido mejor las posibles consecuencias de su cuestionable ampliación del delito de blanqueo.

Lo cierto es que en esas conductas de (nuevo) autoblanqueo (a menudo muy cuestionables incluso en relación con personas que no han intervenido en el hecho previo) no se observa la afectación relevante de ningún nuevo bien jurídico, por lo que deben ser excluidas del castigo separado del autoblanqueo, apelando, por ejemplo, a la ausencia de suficiente anti-juridicidad material, si se quiere a través del

principio de insignificancia, como ya propone algún autor. En algún supuesto, especialmente el del dinero como bien fungible, será difícil a menudo distinguir claramente cuándo hay una utilización que no añade desvalor significativo a la actividad delictiva previa (por ejemplo, el sujeto paga su compra diaria del supermercado con el dinero) y cuándo una verdadera conducta de blanqueo (por ejemplo, el sujeto compra un edificio de viviendas que destina al alquiler); aunque no es posible ofrecer aquí un criterio de manera detallada, apuntaré que habrá que observar el sentido de la acción, su similitud o no (material) con las otras conductas típicas (adquirir, convertir, transmitir, ocultar ...).

5. LA FORMA DE INTERVENCIÓN DEL AUTOBLANQUEADOR EN EL DELITO PREVIO

Como transición al breve análisis de otras cuestiones de autoría y participación relacionadas con el blanqueo, podemos plantear la de la forma de intervención del (auto)blanqueador en el delito previo.

En mi opinión, el castigo expreso (con todos los límites vistos) del autoblanqueo facilita mucho esta cuestión: el autor (directo, mediato o coautor) de un delito que blanquee los bienes procedentes de él (con los límites vistos, repito) responderá además separadamente por el delito de blanqueo de capitales.

Acabo de decir que rigen las mismas excepciones y límites que en general ya he señalado y ello podría plantear algunas dudas, entiendo que fáciles de resolver, en relación con la coautoría en el hecho previo. Así, en el ejemplo de los coautores de un delito de narcotráfico que reciben el pago en forma de unos inmuebles cuyo reparto ya han acordado, no cabe hablar de mera posesión o utilización si uno de los coautores compra un inmueble de los pertenecientes al otro coautor para usarlo; ya será blanqueo normal y no autoblanqueo (otra cosa es el juicio que merezca el castigo de una conducta así, en lo que no voy a entrar).

Otro tanto cabe decir de los partícipes (por inducción, cooperación necesaria o complicidad) en el delito previo del que proceden los bienes. Cabe plantear la cuestión de si ellos han cometido el delito previo, lo que puede, desde luego, sostenerse. Pero es que, incluso si se considera que sólo el autor comete el hecho previo, no hay impedimento para castigar las conductas de esos partícipes en el hecho previo, no como autoblanqueo, sino como blanqueo de bienes procedentes de actividad delictiva de terceras personas, lo que conduce a que las consecuencias sean las mismas. En todo caso, las razones materiales que justificarían el castigo añadido por blanqueo de estos intervinientes en el hecho previo serían las mismas (con sus excepciones y límites) señaladas para el del autoblanqueo.

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. EXCLUSIONES DE LA EXPLICACIÓN

Antes que nada, advierto de que no me ocuparé aquí de cuestiones que podrían tener que ver con la autoría y la participación en el delito de blanqueo, pero que, de una u otra forma, se analizarán en otras ponencias de este evento. Así sucede con temas como la responsabilidad de abogados, asesores jurídicos y otros profesionales (en diversos sentidos, como la eventualmente derivada de su labor de asesoramiento o la que pudiera tener su origen en el cobro de honorarios con dinero o bienes “contaminados”), comisión por omisión, responsabilidad penal de personas jurídicas, relevancia de la compliance, etc.

Simplemente, respecto de los protocolos de buenas prácticas, de evitación de la responsabilidad penal o de compliance diré que, para atenuar o excluir la responsabilidad de una persona jurídica o evitar la de ciertos obligados individuales a controlar en materia de blanqueo, no bastará con la existencia formal del correspondiente protocolo, sino que habrá de demostrarse su virtualidad práctica, su implementación real y rigurosa, el control de su funcionamiento, etc.

2. CUESTIONES QUE YA NO RESULTAN PROBLEMÁTICAS

A día de hoy ya no resultan problemáticas cuestiones relacionadas con la autoría y la participación que en algún momento pudieron serlo. Citaré dos.

Cuando el CP, en su redacción originaria de 1995, exigía para que existiera delito de blanqueo que los bienes procedieran de un delito grave, se planteaba qué sucedía si la conducta blanqueadora se producía respecto de un acto previo de complicidad, de un delito cuya pena lo cualificaba de grave, pero en el que la rebaja obligatoria de pena al cómplice hacía que no se alcanzara el umbral de la gravedad. Incluso entonces, en virtud de diversos argumentos, me pronuncié a favor de que la gravedad la marcara el delito previo y no el grado de intervención en él. Una vez suprimido el requisito de gravedad del delito previo y más aún cuando ya se habla sólo de actividad delictiva, parece claro que el problema no se plantea, aunque me referiré enseguida con carácter general al grado de intervención en el hecho previo.

Por otro lado, el castigo expreso del autoblanqueo (con las excepciones y límites que conocemos) evita las dudas que anteriormente planteaban algunos supuestos en cuanto a la posibilidad de castigo como autor del delito de blanqueo a algunos de los intervinientes en el hecho previo.

3. CABE BLANQUEO RESPECTO DE CUALQUIER CONDUCTA DE INTERVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA

Como se deriva de lo señalado al mencionar el antiguo problema de si la gravedad del delito la marcaba el tipo delictivo o la forma de intervención en él, las conductas de blanqueo pueden realizarse en relación con autores o con partícipes en el delito en que tienen origen los bienes (lo que se plantea sobre todo en relación con la modalidad de ayudar al interviniente en el delito previo a eludir las consecuencias

de sus hechos –y aun en este caso no tendría sentido restringir las categorías de intervención-, pues en los demás casos la cuestión aparece desde un principio claramente como innecesaria de plantear). El propio texto de los preceptos relativos al blanqueo que se refieren de alguna manera a los intervinientes en el hecho previo no deja dudas al respecto: “el autor o el cómplice” (art. 300 CP), “persona que haya participado” (primer párrafo del art. 301.1 CP) y (de modo indirecto) “de los delitos ... o de un acto de participación en ellos” (art. 301.2 CP).

4. EL CONCEPTO DE AUTOR QUE SE DEFIENDE

Naturalmente, en este como en los demás delitos, la solución de algunos problemas de autoría y participación depende del concepto de autor que se sustente. No me detendré aquí a explicar cuál es el que mantengo yo, pues es bastante conocido y lo he fundamentado en múltiples publicaciones. Baste decir que para mí autor (de cualquier clase) es quien realiza (inmediata o mediatamente, individual o conjuntamente) el tipo legal, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos (aunque no sólo) se concreta a través del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, que tiene puntos en común, pero también divergencias notables con el mayoritario del dominio del hecho. En todo caso, trata de ser un concepto restrictivo de autor, en coherencia con las ventajas de este se predicán, y, desde luego, resulta más restrictivo que el derivado de otros criterios.

5. LA AUTORÍA Y SUS FORMAS EN EL DELITO DE BLANQUEO

Entiendo que caben todas las formas de autoría en el delito de blanqueo de capitales. No me detendré en la más evidente, la autoría inmediata individual, denominada a menudo directa.

No hay problemas para concebir supuestos de autoría mediata. Así, por ejemplo, el director

de un banco, que sabe que se trata de una transacción blanqueadora, indica a un empleado, que no lo sabe, que la realice. El director sería autor mediato de un delito de blanqueo, mientras que el empleado, que también determina objetivamente el hecho, o bien no sería responsable (sería autor inmediato sólo en un sentido naturalístico o extrajurídico) por ser invencible o difícilmente vencible su error (de tipo), o bien respondería por el tipo de blanqueo imprudente si su error era tan fácilmente vencible como para considerar su imprudencia grave, como exige ese tipo.

Otros supuestos de autoría mediata podrían derivar de la utilización de coacción o procedimiento similar (colocación en o aprovechamiento de situación de necesidad, orden vinculante no conforme a Derecho, etc.), creación o aprovechamiento de error de prohibición (en mi opinión, incluso si es vencible), etc. (en general, todos los procedimientos que fundamentan la autoría mediata, sobre los que me he pronunciado en diversos lugares).

Advertiré sólo de que, conforme a lo que he argumentado en diversas ocasiones, no bastarán para acceder a la condición de autor mediato por sí solo el mero carácter de “jefe de la banda” u organizador ni la “utilización” de los denominados aparatos organizados de poder. Tampoco observo especiales dificultades para apreciar supuestos de coautoría (que defino restrictivamente como determinación objetiva y positiva del hecho en el marco de un plan común –en sentido amplio- con división del trabajo o acumulación de esfuerzos). Así, constituiría coautoría, por ejemplo, la transferencia a una cuenta en un paraíso fiscal de una cantidad de dinero contaminado cuando la transferencia requiere la firma de dos personas que, además, son conscientes de ello.

Incluso en algunos supuestos, dada la amplitud de la redacción típica, no haría falta siquiera acudir a la figura de la coautoría, sino que se trataría de supuestos de pluriautoría, es decir, de diversas autorías individuales una al lado de otra (que se podrían encuadrar en supuestos de plena autoría accesorio, como suele denominársela o, como sería más adecuado,

autoría yuxtapuesta o paralela; de cualquier modo, especialmente en el caso de delitos dolosos, prefiero hablar de pluriautoría para evitar confusión con los supuestos que más frecuentemente se mencionan en España de autoría yuxtapuesta, paralela o accesoria, que en realidad no constituyen una categoría aparte de autoría, sino más bien constelaciones de casos que se resuelven en sede de imputación objetiva del resultado a las diversas acciones).

De entrada, me parecen más discutibles otros supuestos que la doctrina estima de coautoría, como el de quien abre con dinero “limpio” una cuenta corriente a la que otro, con el que el primero estaba acordado, transfiere dinero contaminado. En principio, el primer acto debería ser calificado, dependiendo de su esencialidad o no, de cooperación necesaria o complicidad, ambas formas de participación. Sin embargo, el tenor legal es tan amplio en algunos tipos de blanqueo (“cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito –scil. de los bienes- o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”) que permite seguramente incluir como forma de autoría (sin ni siquiera tener que recurrir a la figura de la coautoría) conductas como la acabada de señalar. Vamos a ver inmediatamente algún otro supuesto, al hilo de la participación, demostrativo de la peligrosa e indeseable tendencia del legislador español a configurar el tipo de blanqueo desde la perspectiva de un concepto unitario de autor.

Por fin, las razones que con carácter general he expuesto con carácter general en otros lugares, tampoco me parece que la posición de “jefe de la banda” u organizador confiera por sí sola al sujeto la condición de coautor.

6. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE BLANQUEO

No hay inconveniente para el castigo de las distintas formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad en España) en el delito de blanqueo, tal como recomienda la normativa internacional, con la

reserva de la compatibilidad con las constituciones y principios fundamentales de los Derechos internos.

Así, si no hay engaño, coacción, etc., será inductor de un delito de blanqueo quien convence a otro para realizar la conducta blanqueadora, o será cooperador necesario o cómplice, dependiendo del carácter esencial o no de su contribución, quien auxilia a otro en la realización de su actividad blanqueadora (supuesto distinto que a veces se plantea es el de la promesa, eficaz en la voluntad del receptor para realizar el hecho, de blanquear los bienes del delito que cometerá el otro que ya estaba dispuesto a ello; en este caso, la promesa eficaz constituirá cooperación necesaria o complicidad en el delito previo).

El problema que se plantea y que ya he apuntado antes al hablar de la coautoría es que la amplitud de algunas descripciones típicas del art. 301 CP hace que ciertas conductas que deberían ser de participación encajen directamente en ellas como autoría. Sólo una aplicación o interpretación restrictiva del tenor del precepto, no siempre posible, evita esa consecuencia. Podemos intentar observar lo acabado de decir en relación con el supuesto de la STS 303/2010, de 22 de marzo (en la que, en realidad, no se contienen argumentaciones en cuanto al tema que aquí interesa⁹³⁵, pues el recurso no se centra en él, aunque sí otras interesantes en materia sobre todo de prueba del delito de blanqueo), que confirma la que con fecha 28 de mayo de 2009 había dictado la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que sí hay referencias de interés para la cuestión que nos ocupa.

En ese caso, se condena a un sujeto como cómplice⁹³⁶ del delito de blanqueo, al parecer por portar la cartera en que se meten los cheques que recogen otro coacusado y él de una cuenta bancaria (abierta por el otro acusado, quien asimismo fue el que solicitó a la entidad bancaria disponer de la suma, por lo que esta emitió los cheques, a nombre también de este) con dinero procedente de una estafa (eso parece,

aunque en los hechos probados se habla sólo de defraudación), actuando ambos de común acuerdo y con el propósito de disponer ambos del dinero (a la salida del banco se les detiene y se recuperan los cheques y su importe). La razón de condenar al sujeto como cómplice es que el coacusado, ya fallecido, fue quien abrió la cuenta, recibió en ella el ingreso del dinero, solicitó la suma y apareció como beneficiario de los cheques, siendo su conducta de autoría, mientras que parece considerarse de menor entidad la de acompañar a ese coacusado al banco y meter o guardar los cheques en la cartera. En concreto, la sentencia de la Audiencia fundamenta así la calificación de cómplice: “En efecto, es de resaltar, que, aunque cabe inferir que era conocedor del origen delictivo del dinero y que éste fue puesto también a su disposición (véase la ya citada declaración de M. C., al folio 389), no obstante lo anterior, no podemos pasar por alto que el dinero no fue recibido en una cuenta a su nombre sino a la del otro acusado y que los cheques estaban librados también a nombre del acusado D., sin que pueda atribuirse al acusado G. más intervención material que la (de) recoger del otro acusado en mano los cheques y portarlos en su maletín; actividad ésta que, desde luego, no se puede reputar imprescindible, visto que el propio D. podía haberse llevado consigo los cheques. Se trata, por tanto, de una aportación auxiliar, que no puede merecer encaje en la autoría y sí en la mera complicidad”. El problema es que recoger los cheques, si lo hicieron ambos y de común acuerdo, es más que portar la cartera, tratándose de bienes procedentes de hechos delictivos (estafa) a sabiendas de su origen y parece que con la intención de ocultar o encubrir su origen ilícito, pues, si era para disponer del dinero, es que iba(n) a introducirlos en el circuito económico “legal”. Por ello algún autor habla en este caso de coautoría, aunque yo creo que quizá ni siquiera hiciera falta acudir a la coautoría y habría seguramente un supuesto de autoría plena (pluriautoría) también del condenado como cómplice. La calificación de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, la de cómplice, es bienintencionada y probablemente responde mate-

rialmente a la menor entidad de la aportación del sujeto frente a la de quien empezó por abrir la cuenta y recibir el dinero, continuando con todo lo demás. Pero es muy discutible que pueda sostenerse dado el tenor (y seguramente la voluntad) de la ley.

7. LA EXCLUSIÓN DEL CASTIGO DE LA PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE

Como es sabido, definiendo con carácter general la impunidad de la participación imprudente, no tanto porque considere que la excluye sin duda el art. 12 CP (cosa que no me parece evidente), sino por razones de política criminal, en concreto, la necesidad de una interpretación restrictiva derivada del carácter ampliatorio de la tipicidad que revisten los preceptos que castigan las formas de participación en la Parte general del CP, la excepcionalidad del castigo de la imprudencia en el mismo CP y la menor gravedad de las conductas imprudentes frente a las objetivamente iguales pero dolosas.

Las razones para propugnar esta interpretación restrictiva se acrecientan, en mi opinión, en relación con los delitos españoles de blanqueo, por un lado, porque, como ya he manifestado, permiten de manera discutible castigar como autoría supuestos que materialmente deberían ser de participación, por lo que, por la vía del tipo imprudente de blanqueo, que remite a la descripción general de conductas típicas, ya se van a castigar conductas imprudentes de participación como autoría, lo que es rechazable; y, en segundo lugar, porque el propio castigo del blanqueo imprudente resulta discutible (o, como mínimo, lo es la severidad con que se sanciona penalmente), de modo que ya sería claramente excesivo castigar además conductas de participación imprudente en él.

8. LA INCONVENIENCIA DE CONFIGURAR EL BLANQUEO DESDE LA PERSPECTIVA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR Y LA TENDENCIA DEL TIPO ESPAÑOL EN ESE SENTIDO

Especialmente en delitos que preocupan mu-

cho (con mayor o menor razón), más si suelen asociarse a la delincuencia organizada, existe a veces una tendencia de los legisladores a redactar de forma tan amplia los tipos que cualquier clase de intervención en ellos constituye autoría, siendo difícil apreciar supuestos de participación (igual que, por ejemplo, parece anticiparse la consumación, dejando escaso o nulo espacio a la tentativa). Es decir, que se trata de tipos formulados sobre el modelo del concepto unitario (y no restrictivo) de autor. Se piensa a menudo que así se produce una más completa persecución de las conductas delictivas y, además, se evitan incómodos problemas de distinción.

Un ejemplo de esos tipos (aunque no el único) lo tenemos en nuestro Derecho en el art. 368 CP, relativo al tráfico (en sentido amplio) de drogas, en el que literalmente se menciona como conducta de autoría la de los que "...de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas ...". Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales (a veces auténticas filigranas materialmente fundadas pero distanciadas del tenor legal) por reducir el alcance de esos términos y distinguir entre autoría y participación (afirmando la posibilidad de complicidad y la correspondiente rebaja de pena, así como de la posibilidad de diferenciar tentativa y consumación) son de todos conocidos. Sin embargo, más valdría una redacción típica más "comedida" y con espacio para el juego de los preceptos y principios generales de la autoría y la participación, en lo que aquí nos interesa, entre otras cosas para conservar las ventajas que tantas veces se predicen de un concepto restrictivo de autor y del sometimiento de la participación a la regla de la accesoriedad. Además, de hecho, la supuesta simplificación que comportan esos tipos desaparece si vemos los esfuerzos restrictivos acabados de mencionar.

Pues bien, parece ser que a un concepto unitario de autor o casi apunta la configuración del delito de blanqueo en algún ordenamiento, como el suizo (o, al menos, esa lectura hacen algunos autores). Evidentemente, por las razones acabadas de señalar, considero esa configuración una mala opción.

No diré que la regulación penal del blanqueo en nuestro CP consagre plenamente ese modelo. Sin embargo, como hemos visto al hilo de la coautoría y la participación, la (cada vez más) amplia redacción típica muestra cierta tendencia en ese sentido. Esa tendencia, por lo demás, se correspondería con la cada vez mayor alarma que, en el plano internacional y en el interno, se transmite en relación con el blanqueo (no siempre, como he apuntado anteriormente, en coherencia con otras opciones de política legislativa, fiscal en concreto), y que va conduciendo a una elevación de las penas para multitud de conductas variadas, a veces de modo indiferenciado y amplísimo, apuntando a convertir el blanqueo (o cosas que se le parecen) en un delito de recogida, si no de sospecha, como he mencionado anteriormente. A ello se une la conexión constante (y en buena medida real, pero no siempre) que se realiza entre blanqueo y delincuencia organizada. Aunque no soy muy optimista al respecto, creo que esa tendencia en materia de autoría debería revertirse. Y, desde luego, debería contenerse, en atención a los principios limitadores del *ius puniendi*, la tendencia absolutamente expansiva en la punición del blanqueo. Sin duda, el blanqueo es un hecho preocupante y grave, pero no tanto como otros en que la alarma no se desata, de modo que debe huirse de demonizaciones absolutas para buscar una persecución eficaz, no siempre ni sólo ni primero penal (no digo que no la haya), y respetuosa con los principios garantistas del Derecho penal, tan vapuleados desde hace ya algunos años en muchos aspectos y delitos.

SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS

Sobre el asunto Michaud V. France de 6 de diciembre de 2012 del TEDH*

Isidoro BLANCO CORDERO**

1. INTRODUCCIÓN

El abogado es un especialista clave para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia que ha de velar a la vez por los intereses de su cliente. Es responsable, por ello, tanto de los intereses del cliente como de la calidad de la justicia. En ocasiones, sin embargo, se pone el acento en que el abogado muestra una clara tendencia hacia la defensa de los intereses del cliente y a ampararse en la confidencialidad de su relación con el mismo, dejando de lado su tarea de atender por un funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Se está ofreciendo así una visión del abogado no del todo correcta, que ve en él una persona que lleva a cabo prácticas cuestionables a favor del cliente envuelto en el manto del secreto profesional. Por ello, se ha cuestionado en las últimas décadas cuál es el papel del abogado, ¿es un mero siervo amoroso de su cliente o debe ser considerado como un gatekeeper o garante de la justicia?¹ En terminología anglosajona,

se denomina gatekeepers² a aquellas personas obligadas a proteger bienes jurídicos denegando su cooperación a los potenciales delincuentes. El abogado es un profesional que ocupa una posición que le permite prevenir el blanqueo de capitales negando su contribución a la realización de una operación de esa naturaleza³. El gatekeeper suministra normalmente un bien o servicio especializado que es esencial para la comisión del hecho ilícito, por lo que su prestación constituye una "puerta" ("gate") que sirve para cometer el delito y que el obligado debe cuidar denegando su suministro.

El abogado es un profesional del Derecho que presta servicios jurídicos a quienes se los demandan. Ahora bien, de forma consciente o inconsciente puede poner sus conocimientos al servicio de quienes pretenden blanquear dinero procedente de actividades delictivas. Es evidente que el blanqueador necesita disponer de una diversidad de negocios jurídicos entre

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado "Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad" (Ref.: DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador responsable es Antonio Doval País.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alicante (España). Secretario General Adjunto AIDP.

¹ CASTILLA, María. "Client confidentiality and the external regulation of the legal profession: reporting requirements in the United States and United Kingdom", 10 Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J. 2011-2012, pgs. 321-355, pg. 322.

² PIPPEL, Christoph. "The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia", Bond Law Review: Vol. 16: Iss. 2, 2004, pgs. 96-140; ZACHARIAS, Fred C. "Lawyers as Gatekeepers". University of San Diego Legal Working Paper Series. University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper 20; SHEPHERD, Kevin L. "Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach for Transactional Lawyers", 43 Real Prop. Tr. & Est. L.J. 607 (2008-2009), <http://law.bepress.com/sandiegolwps/pllt/art20>; FARRAR, John / PIPPEL, Christoph. "Piercing the corporate veil in an era of globalisation and international terrorism and the emergence of the lawyer as gatekeeper and whistleblower", en Bond Law Review, 16 (2), 2004, pgs. 66-95.

³ Sobre el origen de este concepto, cfr. BERMEJO, Mateo Germán. Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2010 pg. 314.

los cuales optar para lavar sus ganancias. Y normalmente el profesional mejor preparado y con más conocimientos es el abogado, que es quien podrá diseñar tales negocios jurídicos a medida de cada cliente⁴.

En el año 2001 el National Criminal Intelligence Service del Reino Unido informó que había identificado alrededor de 200 casos en los que la técnica de blanqueo usada habría requerido asesoramiento o implicación de un abogado o un contable⁵. Este patrón se observa también a nivel internacional. Algunos informes de tipologías del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han evidenciado que abogados, contables y otros profesionales que ofrecen asesoramiento financiero se han convertido en elementos comunes en los esquemas de blanqueo. En este sentido, los informes del GAFI (de 1996-97) señalan que los blanqueadores de capitales cuentan con la ayuda de cómplices profesionales que contribuyen a enmascarar el origen de los bienes delictivos. Si bien esto puede ser así, tampoco debería satanizarse la profesión de abogado. El abogado es un profesional que desarrolla su tarea de manera legal, si bien en ocasiones puede ser utilizado como mero instrumento no conocedor de las maniobras del cliente dirigidas a blanquear dinero.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) incluyó hace años a los abogados entre los sujetos obligados en materia de prevención

del blanqueo de capitales⁶. En la reforma de las cuarenta recomendaciones de 20 de junio de 2003 se aprobó la recomendación número 12 referida a la obligación que deben tener los abogados de cumplir con ciertos requisitos derivados del principio "conozca a su cliente". En el año 2008 el GAFI elaboró una Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico⁷, con el objetivo de ayudar a los profesionales del ámbito jurídico en desenvolverse en las situaciones sospechosas. En la Unión europea (UE) fue la segunda Directiva, la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, la que extendió las obligaciones contenidas en ella a ciertas actividades y profesiones de carácter no financiero, entre los que se incluían abogados, asesores fiscales y auditores⁸. En la misma línea, la tercera Directiva 2005/60/CE, que incorpora a su ámbito las actividades de financiación del terrorismo, mantiene las obligaciones a los abogados. Se está tramitando una propuesta de cuarta Directiva, que sigue en la misma línea que la tercera.

La aplicación de esta normativa en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) ha generado diversas protestas por parte del colectivo de abogados, que se ha mostrado enormemente preocupado. Incluso han ejercido acciones legales contra estas disposiciones que han motivado el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión

⁴ Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A. "El abogado frente al blanqueo de capitales", en VV.AA. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica (Libro Homenaje a Claus Roxin) - Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales - INACIPE, México, D.F., 2003, pgs. 261-299.

⁵ Cfr. BELL, R. E. "The Prosecution of Lawyers for Money Laundering Offences", en Journal of Money Laundering Control, Vol. 6, n° 1, 2002, pgs. 17-26, pg. 17.

⁶ GARCIA NORIEGA, Antonio. Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado, Difusión jurídica, Madrid, 2010, pgs.397 ss.

⁷ GAFI. Guía para la aplicación del enfoque basado en el riesgo para las profesiones del ámbito jurídico, 23 de octubre de 2008.

⁸ Ampliamente sobre las obligaciones de los abogados impuestas por esta Directiva, CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo", Anuario de la Facultad de Derecho, N° 21, 2003, pgs. 153-185; FABIAN CAPARROS. "El abogado frente al blanqueo de capitales", cit., pgs. 261-299.

Europea (TJUE) en relación con la normativa belga en la materia, alegando la posible vulneración del secreto profesional del abogado. El TJUE se pronunció mediante sentencia de 26 de junio de 2007, negando que se produzca la infracción alegada del secreto profesional entre abogado y cliente. Falta por pronunciarse al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo ha hecho recientemente en relación con la normativa francesa en la materia en el asunto *Michaud v. France*⁹.

Objetivo de este trabajo es analizar el problema que genera el secreto profesional del abogado en relación con el blanqueo de capitales, tomando como punto de referencia la reciente sentencia del TEDH en el asunto *Michaud v. France* de 6 de diciembre de 2012. Se ofrece una visión de urgencia de esta sentencia y del tratamiento que ofrece el TEDH al secreto profesional del letrado.

2. SOBRE LOS HECHOS DISCUTIDOS EN LA SENTENCIA DEL TEDH: ASUNTO MICHAUD V. FRANCE DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012

El demandante, abogado en ejercicio en París y miembro del Consejo de la Abogacía, presentó una demanda ante el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH. Alega que las Directivas UE, que imponen a los abogados una obligación de comunicar sospechas, constituyen una amenaza al secreto y la confidencialidad de los intercambios entre el abogado y su cliente. En realidad cuestiona la normativa francesa que incorpora al Derecho francés la normativa europea. Explica que el 12 de julio de 2007, el Consejo Nacional de la abogacía francés tomó la Decisión de adoptar un reglamento relativo a los procedimientos internos para aplicar los requisitos de la

lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y el dispositivo de control interno destinado a asegurar el cumplimiento de los procedimientos internos¹⁰.

La Decisión (artículo 1) dispone que todos los abogados, personas físicas, inscritos en un colegio de abogados francés, están sujetos a este reglamento profesional, cuando en el curso de su actividad profesional realicen en nombre y por cuenta de su cliente una operación financiera o inmobiliaria, o cuando intervengan en la asistencia a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de operaciones. No están sujetos a esta normativa cuando realizan actividades de asesoramiento jurídico o cuando la actividad está relacionada con procedimientos jurisdiccionales con ocasión de alguna de las actividades mencionadas (artículo 2). El Reglamento dispone que los abogados deben "ejercer una vigilancia constante" y "dotarse de procedimientos internos" para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios relativos, en particular, a la declaración de sospecha (artículo 3), especificando en particular el procedimiento que debe seguirse cuando una transacción es susceptible de ser objeto de una declaración (artículo 7). Más específicamente, deben establecer normas internas escritas que describan las medidas de diligencia a seguir (artículo 5). También deben garantizar que el reglamento se aplique correctamente en el seno de su estructura, y que los abogados y su personal reciban información y la formación necesaria y adecuada a las operaciones que llevan a cabo (artículo 9), y dotarse de un sistema de control interno (artículo 10). Al mismo tiempo, el reglamento subraya que "los abogados deben garantizar en todas las circunstancias el respeto del secreto profesional" (artículo 4). El incumplimiento de este

⁹ *Michaud v. France*, 12323/11, 06/12/2012.

¹⁰ Lo hizo en virtud del artículo 21-1 de la Ley de 31 de diciembre 1971 la reforma de determinadas profesiones judiciales y jurídicas, que le atribuye la competencia, de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, para unificar a través de disposiciones generales las normas y prácticas de la profesión.

Reglamento da lugar a sanciones disciplinarias que pueden llegar hasta la expulsión del Colegio de abogados¹¹.

El 10 de octubre de 2007, estimando que cuestionaba la libertad del ejercicio de la profesión de abogado y las reglas esenciales que la regulan, el demandante presentó ante el Consejo de Estado un recurso de anulación de esta decisión. Argumentó que ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Consejo Nacional de la abogacía una competencia normativa en áreas tales como la lucha contra el blanqueo de dinero. Por otra parte, destacando que la decisión impugnada obliga a los abogados a dotarse de procedimientos internos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de sospecha bajo pena de sanción disciplinaria, y que la noción de sospecha no se ha definido, denunciaba un incumplimiento del requisito de precisión inherente al respeto del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además, haciendo referencia a la sentencia del caso *André et autres c. France* de 24 julio de 2008 (no 18603/03), argumentó que el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la abogacía era incompatible con el artículo 8 CEDH, cuando la "obligación de reportar operaciones sospechosas" cuestiona el secreto y la confidencialidad de los intercambios entre un abogado y su cliente. Por último, en aplicación del artículo 267 del Tratado de la Unión Europea al Consejo de Estado, solicitó al Consejo de Estado que presentara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la conformidad del cumplimiento de la "declaración de sospecha de delito" con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 8 CEDH.

En una sentencia de 23 de julio de 2010, el Consejo de Estado desestimó las principales conclusiones de la demanda.

En cuanto a la queja basada en el artículo 7 de la Convención, la sentencia destaca que el

concepto de "operación sospechosa" no carece de precisión puesto que reenvía a las disposiciones del artículo L. 562-2 del Código Monetario y Financiero (ahora modificado, el artículo L. 561-15).

En cuanto al motivo del artículo 8 CEDH, la sentencia la rechaza con las siguientes razones:

"(...) Si, según el demandante, las disposiciones de la Directiva [91/308/CEE modificada] son incompatibles con las disposiciones del artículo 8 CEDH (...) que protegen especialmente el derecho fundamental al secreto profesional, este artículo permite una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando tal medida sea necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, (...) teniendo en cuenta, por un lado, el interés general existente en la lucha contra el blanqueo de capitales y, por otra parte, la garantía de excluir de su ámbito de aplicación las informaciones recibidas u obtenidas por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales y las recibidas u obtenidas en el marco del asesoramiento jurídico, con la sola reserva, para estas últimas informaciones, del caso en el que el asesor jurídico participa en las actividades de blanqueo de dinero, o el asesoramiento jurídico sea con fines de blanqueo de capitales y cuando el abogado sepa que su cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de dinero, el sometimiento del abogado a la obligación de reportar operaciones sospechosas, a lo que obliga la Directiva impugnada, no supone un ataque excesivo al secreto profesional; (...) y, por lo tanto, y sin que exista necesidad de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Unión Europea, debe ser rechazado el motivo basado en la violación de estas disposiciones".

El debate así planteado llega al TEDH. De acuerdo con el Tribunal, tal como se aplica en

¹¹ Artículos 183 y 184 del Decreto N° 91-1197 de 27 de noviembre 1991 que rigen la profesión legal.

Francia, teniendo en cuenta el objetivo legítimo que se persigue y su importancia en una sociedad democrática, la obligación de comunicar operaciones sospechosas no constituye una injerencia desproporcionada en el secreto profesional del abogado y en la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente.

3. COMENTARIO DE LA SENTENCIA MI-CHAUD V. FRANCE. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO: GARANTÍA DEL DERECHO A UN PROCESO JUSTO Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

Se ha dicho que el secreto profesional no es un valor en sí mismo, sino un concepto instrumental que sirve para tutelar determinados bienes o derechos merecedores de protección¹². Por ello, se puede afirmar que la tutela del secreto profesional del abogado despliega sus efectos directos sobre la protección de otros derechos fundamentales. En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho a un proceso justo y a la protección del derecho a la intimidad. En este sentido, el TEDH ha examinado este tema en relación con la eventual violación de ambos derechos tal y como se reconocen en el CEDH.

3.1 EL SECRETO PROFESIONAL COMO GARANTÍA DE UN PROCESO JUSTO O EQUITATIVO

3.1.1 LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN RELACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO

El art. 6 CEDH protege diversos derechos relativos al proceso equitativo, algunos de los cuales se han considerado directamente conectados con el secreto profesional de los abogados. El TEDH ha señalado en diversas ocasiones que el acusado tiene derecho a disponer de un abogado de su elección, algo que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 CEDH, y que ello tiene especial relevancia tratándose de la entrevista del abogado con su cliente para la preparación de la defensa en el ámbito de un proceso penal. Asimismo, ha destacado que el derecho a un proceso justo requiere una comunicación no controlada y abierta entre abogado y cliente¹³. Se debe proteger la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, y que requiere una comunicación abierta y honesta entre ambos¹⁴. En el asunto *Viola v. Italy* el TEDH concluyó que el derecho del acusado a comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad¹⁵.

En el asunto *Niemitz v. Germany*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH señaló expresamente que cuando se encuentra involucrado un abogado en un asunto penal, la limitación del secreto profesional puede repercutir en la buena administración de justicia y los derechos garantizados por el art. 6¹⁶.

¹² ÁLVAREZ-SALA WALTER, Juan. "El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas", s/f/, pgs. 13-14, Ensayos de Actualidad, CGN, Madrid. Disponible en http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf.

¹³ Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. "El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010", *Diario La Ley*. N° D-282 (consultada la versión electrónica).

¹⁴ *Castravet v. Moldova*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley v. United Kingdom*, de 20 de junio de 2000 (TEDH 2000, 143), p. 43

¹⁵ *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006; en el mismo sentido, *S. v. Switzerland*, App. No. 13325/87, 09/07/1988.

¹⁶ *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 05/04/1990.

Tratándose del control de la correspondencia, incluida la de carácter electrónico o del control de las conversaciones telefónicas, el TEDH ha valorado que puede constituir en determinadas situaciones una vulneración del art. 6 CEDH. Por ejemplo, en el asunto *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, la Fiscalía interceptó una carta enviada por M. Schönenberger, un abogado, a su cliente M. Durmaz que se encontraba en ese momento detenido¹⁷. Schönenberger le aconsejaba en la carta guardar silencio. M. Durmaz, que desconocía la intervención de M. Schönenberger, nombró a instancias de la Fiscalía a otro abogado. Para apoyar su argumento de que la interceptación de la carta era necesaria, el Gobierno de Suiza alegó ante el TEDH el contenido de la carta en cuestión: según el Gobierno, daba un asesoramiento al Sr. Durmaz en relación con procedimientos penales pendientes que era de tal naturaleza que podía poner en peligro su correcto desarrollo. El TEDH rechaza ese argumento, reafirmando el derecho del sospechoso a guardar silencio, derecho consagrado en el art. 6 CEDH¹⁸.

En la jurisprudencia del TEDH se refuerza de esta manera la tutela del secreto profesional del abogado en sus relaciones con el cliente, pues constituye una salvaguarda indispensable del proceso con todas las garantías. Por ello las normas nacionales deben establecer garantías específicas para preservar la confidencialidad abogado-cliente, especialmente tratándose de registros en los bufetes de abogados. Según el TEDH los ordenamientos nacionales deben prever garantías particulares para los registros en los bufetes.

En definitiva, se puede afirmar que el TEDH ha relacionado la protección del secreto pro-

fesional con varios derechos protegidos por el art. 6 CEDH: el acceso a un tribunal cuando se le niegan al acusado sus intentos de ponerse en contacto con un abogado, el acceso a un abogado de su elección cuando el contacto con el abogado esté sometido a vigilancia (excesiva) y control, y el derecho a la asistencia jurídica¹⁹.

3.1.2 LA NORMATIVA EUROPEA DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS NO VULNERA EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO (ARTÍCULO 6 DEL CEDH). LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 26 DE JUNIO DE 2007

Varios colegios de abogados belgas presentaron dos recursos ante la Cour d'arbitrage, actualmente Cour constitutionnelle (Bélgica), solicitando la anulación de los artículos 4, 5, 7, 25, 27, 30 y 31 de la Ley de 12 de enero de 2004, introducidos en la Ley de 11 de enero de 1993, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con dicha Ley de 2004 se adaptaba la normativa belga sobre el blanqueo de capitales a la Directiva 2001/97/CE²⁰.

La solicitud de anulación se basa en que dicha Ley vulnera de manera injustificada los principios de secreto profesional e independencia de los abogados, principios que, según los demandantes, son un elemento constitutivo del derecho fundamental de todo justiciable a un proceso justo y al respeto del derecho de defensa. Y ello porque se impone a los abogados la obligación de informar a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de hechos que sepan o sospechen que están

¹⁷ *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*, App. No. 11368/85, 13/03/1987.

¹⁸ El demandante había reclamado sólo una violación del art. 8, decidiendo el TEDH que la interferencia no era necesaria en una sociedad democrática y constituía una violación dicho artículo.

¹⁹ SPRONKEN, Tarn / FERMON, Jan, "PRONKEN, Tarn / FERMON, Jan. Privilege in Europe MON, JPenn St. Int'l L. Rev. 2008-2009, pgs. 439-463, pgs. 439-440.

²⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

vinculados al blanqueo de capitales y la obligación de transmitir a dichas autoridades la información complementaria que éstas consideren útil. Estas obligaciones impiden preservar en su integridad la actividad tradicional de los abogados. Se alega que las características propias de la profesión de abogado, principalmente la independencia y el secreto profesional, contribuyen a la confianza del público en esta profesión, y que tal confianza no se circunscribe únicamente a determinadas misiones particulares del abogado. Entienden que ello infringe los arts. 10 y 11 de la Constitución belga, en relación con el art. 6 CEDH, los principios generales del Derecho en materia de derecho de defensa y el art. 6 TUE, apartado 2, así como los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza²¹.

El Tribunal ante el que se interpuso el recurso suspendió su tramitación y presentó la una cuestión prejudicial al TJUE²². El TJUE declara que las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales que recaen sobre los abogados previstas en las Directivas no vulneran el derecho a un proceso justo, tal como éste está garantizado por el artículo 6 del CEDH y el artículo 6 TUE,

apartado 2, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva (párrafo nº 37). De acuerdo con la Directiva, los abogados (entre otros sujetos obligados) deben colaborar plenamente con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, informando a dichas autoridades, por iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitando a esas mismas autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable. Ahora bien, destaca la Sentencia que cuando tales deberes tienen como destinatarios a los abogados, la aplicación de estas obligaciones contiene dos limitaciones importantes.

a) Los abogados tan sólo están sometidos a estas obligaciones de información y de cooperación en la medida en que participen, de alguno de los modos que se especifican en el art. 2 bis, número 5, en determinadas transacciones que esta última disposición enumera con carácter exhaustivo (párrafo nº 22).

b) De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 los Estados miembros no tienen el deber de imponer a los abogados “las obligaciones de in-

²¹ Sobre esta decisión cfr. HERREROS BASTERO, Javier. “Reflexiones de un Abogado frente al blanqueo de capitales. (STJCE de 26 de junio de 2007)”, Noticias de la Unión Europea, Nº 297, 2009, pgs. 35-46; VAQUERO PINTO, María José. “Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema de blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)”, en iustel.com RGDE, 14, 2007; PEREZ MANZANO, Mercedes. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 169- 207; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández/Bacigalupo. S. (eds.), Política criminal y blanqueo de capitales, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 207-224.

²² «El art. 1, apartado 2 de la Directiva 2001/1997 [...], ¿vulnera el derecho a un proceso justo tal como éste está garantizado por el art. 6 del [CEDH] y por el art. 6 [Tratado de la Unión Europea], apartado 2, en la medida en que el nuevo art. 2 bis, número 5, que ha añadido la Directiva 91/308/CEE, impone la inclusión de los profesionales independientes del Derecho, sin excluir la profesión de abogado, en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que tiene por objeto fundamentalmente que se imponga a las personas y entidades que en ella se indican una obligación de informar a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales de cualquier hecho que pudiera ser indicio de tal blanqueo (art. 6 de la Directiva 91/308/CEE, sustituido por el art. 1, número 5, de la Directiva 2001/97/CE)?».

formación y de cooperación en lo que atañe a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (párrafo nº 23)²³. El Tribunal fija en primer lugar el contenido del derecho de defensa de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El art. 6 CEDH reconoce a toda persona el derecho a que su causa sea oída equitativamente, tanto en los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, como en el marco de un procedimiento penal. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH dicho precepto contempla el concepto de «proceso justo», que está integrado por diversos elementos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a disponer de un abogado tanto en materia civil como penal. Pues bien, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo “el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesoramiento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento” (párrafo nº 32).

Recuerda que se desprende del artículo 2 bis, número 5 de la Directiva que los abogados tan

sólo están sometidos a las obligaciones de información y de cooperación en relación con concretas actividades: así, cuando asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. En general, afirma el TJUE, “tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo”.

Ahora bien, desde el momento en que la asistencia de abogado prestada en el marco de una transacción de las contempladas en el art. 2 bis, número 5, de la Directiva se solicite «para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, el abogado de que se trate quedará dispensado, en virtud del art. 6, apartado 3, párrafo segundo, de dicha Directiva, de las obligaciones enunciadas en el apartado 1 de ese mismo artículo y, a este respecto, carece de importancia que la información se haya recibido u obtenido antes, durante o después del proceso. Tal dispensa contribuye a preservar el derecho del cliente a un proceso justo” (párrafo nº 34).

Las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican que exista una relación con algún procedimiento judicial, y esto se cumple habida cuenta del hecho de que la Directiva 91/308 dispensa a los abogados de las obligaciones de información y de cooperación cuando sus actividades tengan la mencionada relación. Ahora bien, las exigencias vinculadas al derecho a un proceso justo no se oponen a

²³ El Tribunal de Luxemburgo constata que el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 91/308 es ambiguo y se presta a diversas interpretaciones, por lo que no está claro el alcance exacto de las obligaciones de información y de cooperación que incumben a los abogados. Recuerda así la reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado CE (párrafos nº 27 y 28).

que, cuando los abogados actúen en el marco preciso de las actividades enumeradas en el artículo 2 bis, número 5, de la Directiva 91/308, y no lo hagan para desempeñar una misión de defensa o representación ante los Tribunales o para obtener asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, tales abogados estén sometidos a las obligaciones de información y de cooperación (párrafo nº 36).

3.2. LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITAL LIMITA RAZONABLEMENTE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

3.2.1. EL SECRETO PROFESIONAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: EL ARTÍCULO 8 CEDH

Hemos indicado que la estrategia en el caso *Michaud v. France* ha sido considerar que las intrusiones en el secreto profesional del abogado vulneran el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. No cabe duda de que la relación entre el acusado y su abogado se basa en la confianza, la cual permite a aquel poner en conocimiento de estas informaciones que pertenecen al ámbito de su intimidad. Quizás las decisiones más importantes en relación con la protección de la confidencialidad de la relación abogado-cliente adoptadas por el TEDH están basadas en el art. 8 CEDH.

Conviene recordar que, de acuerdo con el TEDH, la protección de la vida privada se extiende a las relaciones profesionales. En el asunto *Niemietz v. Germany* el debate giró en torno a si el art. 8 CEDH se aplica a los establecimientos comerciales²⁴. El Estado alemán argumentó que no existía una injerencia en la vida privada del demandante debido a que los

registros se llevaron a cabo en sus locales profesionales, la oficina de un abogado. El TEDH, sin embargo, interpretó la expresión "vida privada" y "domicilio" como comprensivas de ciertas actividades profesionales o comerciales o locales, y consideró que la protección conferida por el art. 8 CEDH se extiende a todos los establecimientos comerciales, incluyendo los despachos de los abogados.

La jurisprudencia del TEDH es, pues, muy clara: la relación confidencial entre abogados y sus clientes está protegida por el derecho a la intimidad del art. 8 CEDH. Ahora bien, este no tiene un carácter absoluto. El TEDH, en el asunto *Marcello Viola v. Italy*, 5 de octubre de 2006, ha indicado que el acceso de un acusado a su abogado puede estar sometido a restricciones por razones válidas. Por lo tanto, no todas las interferencias con el derecho a la intimidad conducen a la violación de los derechos contenidos en el art. 8. La interferencia puede ser legítima en ciertas circunstancias, en concreto, cuando esté recogida en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.

a) La limitación de la vida privada y del secreto profesional han de encontrarse previstas en la ley. Con el fin de decidir si la intromisión en las comunicaciones que se benefician del privilegio profesional ha dado lugar a una violación de los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, el Tribunal examina la compatibilidad de dicha injerencia con el Derecho nacional²⁵. El Tribunal no rechaza en principio las interferencias con las comunicaciones entre abogados y clientes, sino que exige que la ley que las regula sea muy clara, interpretada por los tribunales nacionales de una manera que proteja la confidencialidad y que existan especiales y suficientes salvaguardias para proteger el secreto profesional.

b) La limitación del secreto profesional debe ser

²⁴ *Niemietz v. Germany*, App. No. 13710/88, 16/12/1992.

²⁵ Cfr., por ejemplo, *Kopp v. Switzerland*, 23224/94 23224/94, 25/03/1998; *Foxley v. The United Kingdom*, 33274/96, 20/06/2000.

necesaria en una sociedad democrática. La noción de "necesidad en una sociedad democrática" se refiere a un aspecto de la proporcionalidad. La protección de la vida privada es, por lo tanto, relativa²⁶, si bien la Ley ha de establecer garantías adecuadas y eficaces para evitar abusos²⁷. En esta línea, cuando el secreto profesional está en juego, el TEDH exige garantías adicionales. En varias sentencias sobre el secreto profesional señala que tratándose de la interceptación de las telecomunicaciones del abogado, debe existir control por parte de un juez independiente. Cuando se trata del registro de un despacho de abogados, los elementos tomados en consideración son, en particular, si el registro se encuentra amparado en una orden emitida por un juez y estaba fundamentada en una sospecha razonable, si el alcance de la orden estaba limitado razonablemente y si el registro se llevó a cabo en presencia de un observador independiente para garantizar que no se revelan materiales sujetos al secreto profesional²⁸.

Precisamente es de especial relevancia la presencia del observador independiente, normalmente el representante del Colegio de Abogados. En el asunto Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria el TEDH decidió que se había producido una violación del art. 8 CEDH, aunque el representante del Colegio de Abogados estuvo presente durante el registro del despacho del abogado²⁹. El hecho de que dicho representante pudo examinar todos los documentos escritos, pero no los datos electrónicos, llevó al Tribunal a la conclusión de que se había producido una violación

del Convenio. No basta, dice el TEDH, con que la ley o la jurisprudencia obliguen a la presencia de un observador independiente. Este tiene que tener la posibilidad, desde un punto de vista práctico, de llevar a cabo una selección eficaz de los materiales protegidos por el secreto profesional³⁰.

En otros casos el TEDH ha valorado la presencia del Decano del Colegio de abogados en el registro del despacho del abogado, considerando que la misma constituye una garantía especial de procedimiento³¹. De hecho, en el asunto Xavier da Silveira c. France, concluyó que se produjo una violación del art. 8 CEDH en un caso en el que un abogado cuyo domicilio había sido objeto de un registro no se había beneficiado de esta garantía³².

3.2.2. BLANQUEO DE CAPITALS, SECRETO PROFESIONAL Y RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA: OPINIÓN DEL TEDH

Las normas sobre prevención del blanqueo de capitales obligan a los abogados a proporcionar a una autoridad administrativa informaciones relativas a otra persona, su cliente, que poseen por razón de la relación de negocios y conversaciones que han tenido con ella. Esta obligación de comunicar operaciones sospechosas por los abogados puede suponer, advierte el TEDH, un menoscabo del derecho a la intimidad o, de acuerdo con el art. 8 n° 1 CEDH, del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Recordemos que de acuerdo con este precepto, "toda persona tiene derecho al

²⁶ Cfr., por ejemplo, Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria, 62540/00, 28/06/2007.

²⁷ Ibídem, n° 76 – 77.

²⁸ Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, 74336/01, 16/10/2007, n° 57.

²⁹ Ibídem, n° 63.

³⁰ También en el asunto Smirnov v. Russia, 71362/01, 07/06/2007, la ausencia de observadores independientes se tuvo en cuenta para valorar la proporcionalidad de la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH.

³¹ André et autre c. France, 18603/03, 24/07/2008, n° 43; Roemen et Schmit c. Luxembourg, 51772/99, 25/02/2003, n° 69.

³² Xavier da Silveira c. France, 43757/05, 21/01/2010, n° 43.

respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Pues bien, el deber de revelar la mencionada información puede suponer una injerencia en el derecho al respeto a su correspondencia e incluso a su derecho al respeto de la "vida privada", que incluye, como hemos visto ya, también las actividades profesionales y comerciales. Esta vulneración permanente del art. 8 no cuestiona directamente los aspectos más íntimos de su vida privada, sino el derecho al respeto de sus intercambios profesionales con sus clientes³³.

Esta injerencia de la autoridad pública infringe el CEDH, a menos que esté «prevista por la ley» y «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar los objetivos a los que alude el n° 2 del art. 8 (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás).

3.2.2.1 *Prevista por la ley*

Los Estados miembros de la UE han incorporado esta obligación en su legislación nacional, por lo que está prevista en la Ley. El TEDH señala que no basta con que las injerencias en las comunicaciones entre abogados y clientes se recojan en la ley, sino que exige en primer lugar que la ley sea suficientemente clara³⁴. En esta materia no parece haber claridad acerca de qué debe entenderse por operación "sospechosa", que es la que obliga a presentar una comunicación al abogado ni qué actividades puede decirse que reúnan esta calificación. Pese a ello, el TEDH considera que es una norma formulada con la suficiente precisión, pues lo importante es que el ciudadano sea capaz de predecir, en un grado que sea razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan derivarse de una acción determinada.

Sin embargo, reconoce la imposibilidad de la certeza absoluta en la redacción de leyes, así como el riesgo de que los intereses de seguridad causen rigidez excesiva. Muchas leyes se sirven inevitablemente de fórmulas más o menos vagas y cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica³⁵.

A juicio del Tribunal, el concepto de "sospecha" es de sentido común y un público informado como los abogados no pueden reclamar fácilmente se incapaz de precisarlo. Es más, la Ley en este caso proporciona indicaciones específicas. Además, las comunicaciones de operaciones sospechosas se envían o al Decano de los Colegios de Abogados, de manera que cualquier abogado que tenga duda sobre la existencia de una "sospecha" de un caso concreto se puede beneficiar de la asistencia de un colega conocedor y con experiencia.

En cuanto a la supuesta imprecisión de la esfera de la actividad objeto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, el Tribunal considera que la normativa francesa cuestionada indica que este requisito se aplica a los abogados cuando, en el curso de su trabajo, realizan en nombre y por cuenta de su cliente una transacción financiera o de bienes, o participan en el asesoramiento a sus clientes en la preparación o ejecución de ciertos tipos de transacciones (compra y venta de bienes inmuebles o activos de la empresa, gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, apertura de cuentas bancarias, de ahorro o valores, organización de las aportaciones necesarias para la creación de empresas, la creación o administración de empresas y la creación o administración de fideicomisos regidos por normativa extranjera o cualquier otra estructura similar). No están sujetos a la obligación de comunicación cuando ejercen una actividad de asesoramiento jurídico o cuando su actividad está relacionada con los

³³ Michaud v. France, n° 92.

³⁴ Petri Sallinen and Others v. Finland, App. No. 50882/99, 27/09/2005.

³⁵ Michaud v. France, n° 96.

procedimientos jurisdiccionales en relación con una u otra de las seis actividades antes mencionadas. El Tribunal considera que estos datos son lo suficientemente precisos, sobre todo porque los textos en cuestión están destinados a profesionales del derecho³⁶.

3.2.2.2 Necesaria para alcanzar objetivos legítimos

El Tribunal no duda de que, en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos, la interferencia persigue un objetivo legítimo establecido en el párrafo segundo del artículo 8: la defensa del orden y la prevención de la delincuencia³⁷.

El TEDH ha enfatizado que la correspondencia entre el abogado y su cliente, independientemente de la finalidad, goza de una situación de privilegio con respecto a su confidencialidad. Es más, el art. 8 proporciona una tutela reforzada de las comunicaciones entre abogado y cliente, puesto que los abogados tienen confiado un papel fundamental en una sociedad democrática: la defensa de los justiciables. El abogado no puede cumplir con esta función si no es capaz de garantizar a quienes defien- de que sus intercambios serán confidenciales. Está en juego la relación de confianza entre ellos, indispensable para el cumplimiento de esta misión. De ello depende también, de forma indirecta pero necesariamente, el respeto del derecho del justiciable a un juicio justo, especialmente en lo que comprende el derecho de todo "acusado" a no contribuir a incriminarse a sí mismo³⁸. En definitiva, vincula el secreto profesional de los abogados y su tutela a la correcta Administración de la justicia.

Para fundamentar su decisión el Tribunal examina si la obligación que recae sobre los abogados de comunicar sospechas de blanqueo supone un ataque desproporcionado al secreto profesional protegido por el art. 8 CEDH.

Se remite y se adhiere a la argumentación de la sentencia de 23 de julio de 2010 del Consejo de Estado francés, de acuerdo con la cual esta obligación no supone un ataque excesivo. Llega a esta conclusión teniendo en cuenta el interés general que se concede a la lucha contra el blanqueo de dinero y la garantía que representa la exclusión de su ámbito de aplicación de la información recibida u obtenida por los abogados con ocasión de sus actividades jurisdiccionales, así como la recibida u obtenida en el marco del asesoramiento jurídico (con las únicas reservas, para estas últimas informaciones, de los casos en los que el asesor jurídico está implicado en actividades de blanqueo de dinero, cuando el asesoramiento jurídico se preste con el fin del blanqueo de capitales y el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para el blanqueo de dinero). El secreto profesional puede tener que ceder en determinadas situaciones y una de ellas puede ser la lucha contra el blanqueo de actividades ilícitas, susceptible de servir para financiar actividades delictivas en particular en el ámbito del tráfico de drogas o el terrorismo internacional, esto es, supuestos en los que se persigue la prevención de actividades constitutivas de una grave amenaza para la democracia³⁹.

El Tribunal destaca asimismo que existen dos elementos decisivos en la apreciación de la proporcionalidad de la injerencia en litigio. En primer lugar, que la obligación de comunicar sospechas de blanqueo se limita exclusivamente a aquellas actividades que quedan al margen de la misión de defensa confiada a los abogados y que son similares a las realizadas por otros profesionales sujetos a este requisito. En segundo lugar, que la normativa francesa sobre la materia establece expresamente que los abogados no están sujetos a este requisito cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, se trate de infor-

³⁶ Ibídem, nº 97.

³⁷ Ibídem, nº 99.

³⁸ Michaud v. France, nº 118.

³⁹ Michaud v. France, nº 123.

mación que han recibido u obtenido antes, durante o después de un procedimiento judicial, en particular en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que haya previsto el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que la solicitud del cliente tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo⁴⁰. Por lo que la obligación de comunicar sospechas no afecta a la esencia de la misión de defensa que constituye el fundamento del privilegio del abogado-cliente⁴¹.

Por último, pone en evidencia que existe un filtro que protege especialmente el secreto profesional del abogado, en la medida en que la comunicación de sospecha que debe realizar no se traslada directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (en Francia el TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Presidente del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y ante la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados. Se establece así una garantía específica de carácter procesal cuya finalidad es precisamente preservar el secreto profesional.

4. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO TIENE PROTECCIÓN ABSOLUTA CUANDO SE TRATE DE LA ACTIVIDAD DE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DEL CLIENTE EN CUALQUIER PROCESO JUDICIAL

El núcleo duro de las funciones del abogado se concentra en dos actividades: la defensa en cualquier proceso judicial, que se le asigna casi que en exclusiva, y el asesoramiento jurídico. El secreto profesional del abogado despliega sus efectos más amplios en ambos tipos de acti-

vidades. Estas constituyen la esencia de la labor del abogado, y en la que el secreto profesional está claramente vinculado al proceso justo.

La tercera directiva dispone expresamente en el art. 23 n° 2 de la Directiva que los abogados están exentos de la obligación de comunicación “con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”. Queda fuera, por lo tanto, de la obligación de comunicación e información la actividad de defensa en cualquier proceso judicial. Las actividades de preparación asesoramiento y representación en juicio están exentas del cumplimiento de las obligaciones del abogado en materia de blanqueo de capitales.

Es cierto que la Directiva se refiere exclusivamente a procesos judiciales. Quizás es conveniente entender que queda fuera cualquier proceso, no solamente judicial, en el que esté vigente el derecho de defensa como garantía del derecho a un proceso justo. Y este proceso puede ser de carácter administrativo sancionador o judicial⁴². En el caso del procedimiento administrativo sancionador, porque puede dar lugar también a un procedimiento judicial.

5. EL PROBLEMA DEL ASESORAMIENTO JURÍDICO

No hay duda de que la defensa en cualquier clase de procedimiento constituye una fun-

⁴⁰ Ibídem, n° 127.

⁴¹ Ibídem, n° 128.

⁴² PEREZ MANZANO. “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, cit., pg. 201. Dice esta autora que no necesariamente ha de ser un procedimiento sobre blanqueo, sino que puede ser uno dirigido a deputar las responsabilidades tributarias o de otro tipo, o un proceso pena por cualquier delito.

ción del abogado. Más compleja es la función del asesoramiento jurídico, que parece tener un carácter accesorio en las tareas del letrado. Y ello porque no les corresponde a ellos en exclusiva, sino que puede ser prestada por otros “operadores jurídicos”⁴³. Podría hasta plantearse que constituya siquiera una función propia del abogado. El motivo de esta situación de incertidumbre reside en que la actividad de asesoramiento jurídico no tiene unos contornos muy claros.

Se suele hacer una distinción en atención al momento en el que se produce el asesoramiento jurídico en relación con la operación a la que se refiere. Así, se alude en primer término al asesoramiento jurídico preventivo o previo cuando sea anterior a la operación y su objetivo sea esencialmente el diseño o concepción de la misma. De esta modalidad se diferencia el asesoramiento jurídico posterior, que tiene lugar una vez que se ha materializado una concreta operación.

El asesoramiento preventivo tiene lugar en fases muy tempranas de la operación que el cliente persigue realizar, estando condicionada su concreta configuración al consejo del letrado. El cliente, por lo tanto, tiene muy claro lo que persigue, pero desea consultar la mejor manera de hacerlo desde una perspectiva jurídica, para lo que consulta al abogado en orden a determinar los efectos jurídicos de las diversas opciones posibles. La labor del abogado se centra en este caso en aconsejar desde un punto de vista jurídico sobre las ventajas e inconvenientes de cada una de las opciones, así como de cuál resulta aconsejable en atención a los intereses del cliente. El consejo del letrado sirve al cliente para concebir o diseñar la operación, que todavía no se ha ejecutado cuando interviene el abogado.

En ocasiones el cliente recurre al abogado

para conocer las consecuencias jurídicas de una operación ya ejecutada. Con ello el cliente persigue obtener una opinión experta para maximizar los efectos jurídicos positivos de la operación o bien minimizar los efectos negativos. Ya no se trata de asesorar acerca de la concepción o diseño de una operación, sino de ser aconsejado del alcance de los efectos de la operación diseñada y ejecutada sin la intervención del letrado. El letrado puede aconsejar en esta situación la realización de nuevos actos o negocios que tendrán como referencia la operación previamente ejecutada. La finalidad del asesoramiento en estos supuestos puede ser la manera de evitar un proceso consecuencia de los efectos de la operativa ejecutada⁴⁴.

Por último, podría plantearse incluso el asesoramiento previo al inicio de un posible proceso judicial. La cercanía de este tipo de asesoramiento a la defensa del cliente en un proceso y su proximidad, o mejor, incidencia directa en la tutela judicial efectiva, permiten afirmar que esta modalidad de asesoramiento se encuentra al margen de las normas de prevención del blanqueo.

En la UE, de acuerdo con lo señalado por la STJUE antes mencionada, queda al margen del cumplimiento de esta obligación el asesoramiento preventivo, esto es, todo asesoramiento jurídico que se refiera a la posible incoación de procesos penales o expedientes administrativos en caso de que se realicen las operaciones que se mencionan en el art. 2 bis nº 5. Y lo mismo ocurre con el asesoramiento jurídico posterior a la realización de las transacciones a las que hemos hecho referencia, con el fin de determinar la posición jurídica del cliente. Esto comprende la posible responsabilidad que se pueda derivar de las mismas, se haya incoado o no algún procedimiento o procesos por eventuales infracciones. Dicho

⁴³ Cfr. SÁNCHEZ STEWART, Nielson. “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, La Ley Penal, n. 53, 2008 (versión electrónica del trabajo).

⁴⁴ Ibídem.

asesoramiento puede llegar a la conclusión de que la transacción es lícita, en cuyo caso el abogado no habrá apreciado indicios de blanqueo y no está obligado a comunicar.

Sin embargo, la actividad de asesoramiento no se excluye en su totalidad de la exención de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. En efecto, la tercera Directiva contiene una referencia a esta materia en el último inciso del considerando 20⁴⁵. De acuerdo con este considerando “el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.” Algo similar dispone la propuesta de cuarta Directiva en su considerando 7, cuando dispone que “Así pues, el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”.

Por lo tanto, el asesoramiento jurídico queda excluido del deber de secreto profesional en tres situaciones:

- a) cuando el letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo;
- b) cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo;
- c) cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Conforme a lo dispuesto en los Considerandos de la tercera Directiva y de la propuesta de cuarta Directiva, también han de comunicarse aquellas informaciones obtenidas antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Eso ocurre precisamente en las tres situaciones descritas en el considerando.

Esto mismo se recoge en el asunto *Michaud v. France*⁴⁶ cuando, aludiendo a la normativa francesa, el TEDH señala que los abogados no están sujetos a la obligación de comunicar cuando la actividad en cuestión hace referencia a las acciones judiciales, la información que han recibido u obtenido antes, durante o después de este procedimiento, en particular

⁴⁵ “Cuando miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas que prestan asesoramiento jurídico —como los abogados— estén determinando la situación jurídica de sus clientes o ejerciendo la representación legal de los mismos en acciones judiciales, sería improcedente imponer a dichos profesionales respecto de estas actividades, en virtud de lo dispuesto en la presente Directiva, la obligación de informar de sospechas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Deben existir dispensas a la obligación de comunicación de la información obtenida antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente. Así pues, el asesoramiento jurídico ha de seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o de que el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.”

⁴⁶ *Michaud v. France*, n° 127.

en el contexto del asesoramiento sobre la incoación o evitación de un proceso, ni al dar asesoramiento jurídico, a menos que se hayan previsto el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o actúe a sabiendas de que las solicitudes de los clientes tienen como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Por lo tanto, el asesoramiento jurídico puede dar lugar a la obligación de comunicar cuando el abogado prevea que se dirige al blanqueo de capitales o sepa a ciencia cierta que ello es así.

Vemos, con todo, que queda fuera una actividad de asesoramiento a la que sí que aluden las Directivas: la situación en la que el propio abogado está implicado en el blanqueo. Esto tiene su lógica si pensamos que cuando el propio abogado está implicado en actividades de blanqueo de capitales, tiene derecho a no autoincriminarse, sea en el procedimiento administrativo sea en el penal, cuando se trate de informaciones que le afecten a él. Por lo que difícilmente puede estar obligado a informar. El problema es que algunas de las informaciones que obtenga el abogado pueden tener como objetivo la determinación de la situación jurídica del cliente, por lo que parece que debería comunicarlas, algo que puede chocar con el secreto profesional y con lo dispuesto en el mencionado art. 23 nº 2 de la Directiva. En efecto, resulta problemático el deber de información cuando la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o cuando el abogado sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como dicen las Directivas. Es complicado interpretar estas previsiones porque pueden resultar redundantes. Para evitarlo, advierte Pérez Manzano, la interpretación más lógica es que la primera alude a los casos en que es objetivamente reconocible por cualquiera o en los

que pueden existir sospechas fundadas para cualquiera de que el asesoramiento solicitado tiene como finalidad el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mientras que la segunda haría referencia a los supuestos en los que el abogado tiene conocimiento seguro de dicha finalidad⁴⁷. Por lo tanto, si cualquiera sospecharía que el asesoramiento va a ser utilizado por el cliente para el blanqueo de capitales, el abogado tiene el deber de informar sobre dicha actividad de asesoramiento solicitada. Se está obligando al abogado a comunicar informaciones conocidas en relación con un proceso contra el cliente.

En definitiva, parece que también las informaciones obtenidas «antes, durante o después del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica de un cliente» pueden generar deberes de colaboración con la UIF, si bien de acuerdo con la normativa están excluidas. Pérez Manzano ha señalado que el Considerando de la tercera Directiva no se encuentra en el articulado y, por ello, no ha de ser tenido en cuenta⁴⁸. Sin embargo, el TEDH y el TJUE entienden que el contenido del mismo es válido y en estos casos el abogado no está exento de comunicar. Por ello, cabe concluir que si el abogado sabe a ciencia cierta que el cliente solicita asesoramiento jurídico para cometer un delito de blanqueo de capitales tiene el deber de comunicar. Lo contrario, esto es, no comunicar y además asesorar para hacerlo, supondría que el abogado está implicado en la actividad de blanqueo, es un abogado delincuente y puede ser perseguido penalmente (si bien ya no estaría obligado a autoincriminarse).

Más complejo será el supuesto en el que abogado pueda sospechar que la finalidad del asesoramiento es el blanqueo. En este caso, si el abogado decide asistir al cliente puede involucrarse en su delito de blanqueo de ca-

⁴⁷ PEREZ MANZANO. "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales", cit., pg. 197.

⁴⁸ *Ibidem*, pg. 198.

pitales, que admite la comisión a través del dolo eventual. Por lo que estará obligado a comunicar si el cliente le solicita asesoramiento para blanquear dinero y sospecha el abogado que es así, siempre y cuando no decida no prestar sus servicios (salvo que se encuentre en alguna situación de excepción de acuerdo con la normativa). Una vez que decide asesorar pese a sus sospechas, su conducta tiene relevancia penal y no puede ser obligado a comunicar porque vulneraría su derecho a no autoincriminarse.

6. LIMITACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO CUANDO EJERCE FUNCIONES AJENAS A LA DEFENSA O ASESORAMIENTO JURÍDICOS

Hoy día se encuentra superada la consideración del abogado como profesional que interviene exclusivamente en procesos judiciales o que realiza actividades de asesoramiento jurídico. Es ampliamente asumido que el abogado es un técnico en Derecho polivalente, que se dedica a otras muchas actividades distintas de las dos mencionadas. Muchas de ellas pueden ser prestadas por otro tipo de profesionales que prestan en exclusiva tales servicios. Pues bien, esas otras actividades, a las que me referiré a continuación, son extrañas a sus tareas de defensa o asesoramiento.

El abogado puede llevar a cabo actividades de asesoramiento e intermediación en todo tipo de operaciones inmobiliarias, compraventas y/o arrendamientos de pisos y fincas urbanas y rústicas, constitución, gestión y disolución de todo tipo de sociedades mercantiles y civiles, operaciones de reestructuración societaria (fusión, escisión...), gestión de fondos, gestión o funcionamiento de empresas o representación en cualquier transacción financiera. Precisamente el art. 2.1.3.b de la tercera Directiva excluye del secreto profesional y obliga a comunicar operaciones sospechosas al abo-

gado cuando participe actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. También queda excluido el secreto profesional cuando el abogado asista en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades, fiducias, o estructuras análogas. Esta intervención queda al margen de la función de abogado como defensor o asesor jurídico. Nada tiene que ver la apertura o gestión de cuentas bancarias o la gestión de sociedades con la actividad de defensa en un proceso judicial. La intervención del abogado en actividades de representación o su actuación como mandatario está sometida a las mismas obligaciones que tienen los profesionales de estos ámbitos. Lo contrario, esto es, excluir al abogado de tales obligaciones, sería colocarles en una posición de privilegio en el mercado. al estar blindados contra cualquier intervención judicial por razón del secreto profesional. Esta especie de inmunidad del abogado de la que no disfrutarían otros profesionales dedicadas a las mismas actividades sería inadmisibles⁴⁹.

Cuando un abogado se involucra en una transacción comercial, planifica transacciones o crea estructuras societarias, cumple funciones que puede desempeñar cualquier otro profesional (o no) de las finanzas o incluso una entidad financiera. Por ello, y al igual que ocurre con profesionales tales como auditores, contables externos y asesores fiscales, y también con las entidades financieras, el secreto profesional cede ante la obligación de comunicar la operación cuando tenga el carácter de sospechosa

⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ STEWART. "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", cit. (versión electrónica del trabajo).

de que está sirviendo al blanqueo de capitales.

7. LA NECESIDAD DE CREAR UN ORGANISMO AUTORREGULADOR DE LA ABOGACÍA

Una de las garantías específicas que establece el TEDH a la hora de valorar una posible vulneración del secreto profesional de los abogados por parte del Estado es la intervención de algún representante de la abogacía, normalmente el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. De esta manera se establece una garantía reforzada que persigue proteger en todo momento la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente. Pues bien, como se ha indicado ya, el TEDH tiene en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la injerencia de la normativa de prevención del blanqueo de capitales en el secreto profesional del abogado la existencia de un filtro específicamente dirigido a la tutela de dicho secreto. Este filtro consiste precisamente en que el abogado no comunica sus sospechas directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera francesa (TRACFIN) sino que, según el caso, lo hacen al Decano del Colegio de los Abogados ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia o al Decano del Colegio de Abogados en el que están registrados⁵⁰.

Ello supone, dice el TEDH, que revelar la información al grupo profesional sujeto a las mismas reglas de conducta y al representante del mismo elegido por sus pares para asegurar el cumplimiento, no vulnera el secreto profesional. Los Decanos de los Colegios de abogados son colegas que pueden apreciar mejor que nadie qué información está o no cubierta por el secreto profesional. Es más, solo transmiten la información sospechosa comunicada por el abogado al TRACFIN tras comprobar que se cumplen con los requisitos establecidos en la normativa. Por lo tanto, no llevan esta transmisión si consideran que no existe una

sospecha de blanqueo de dinero o si parece que el abogado en cuestión cree erróneamente que tiene el deber de transmitir la información recibida con ocasión de las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de comunicar operaciones sospechosas⁵¹.

La propuesta de cuarta Directiva se refiere expresamente a la opinión del TEDH en su Considerando nº 27, diciendo que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un sistema de notificación en primera instancia a un organismo autorregulador constituye una salvaguardia importante para la protección de los derechos fundamentales en lo que se refiere a las obligaciones de información aplicables a los abogados”. De acuerdo con el art. 33 nº 1 los “organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”.

Está claro, por lo tanto, que una garantía del respeto del secreto profesional es el establecimiento de un organismo autorregulador de la Abogacía a los efectos de recibir información sospechosa. Este organismo será el encargado de transmitir la información a la Unidad de Inteligencia Financiera competente. El art. 23 nº 1 de la tercera Directiva permite a los Estados “designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de la UIF. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, en tales casos, los organismos autorreguladores designados transmitirán de inmediato la información sin filtrar a la UIF”. La Directiva, por lo tanto, no establece una obligación para los Estados de crear tales organismos autorreguladores. En caso de que decidan establecer tal organismo y recaiga en los Colegios de Abogados, pueden asignarles una función de meros transmisores de las informaciones a la UIF competente. En este caso su función es meramente mecánica,

⁵⁰ Michaud v. France, nº 129.

⁵¹ Ibídem.

y no añade mucho al sistema de prevención del blanqueo de capitales.

No es esto, sin embargo, lo que parece requerir el TEDH a efectos de una adecuada protección del secreto profesional, que requiere garantías especiales y, por lo tanto, una tutela reforzada. En efecto, el Tribunal parece exigir que los organismos autorreguladores puedan valorar si las comunicaciones presentadas por los colegiados cumplen con los presupuestos legales de la obligación de comunicar operaciones sospechosas y no existen las causas que exoneración de esta obligación. Esto es, cumplen una función de filtro, como dice el propio Tribunal, que permite al Colegio de Abogados valorar el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. De esta manera, puede también el Colegio de Abogados ejercer sus competencias en defensa del secreto profesional, e incluso de carácter disciplinario en caso de que las comunicaciones se efectúen con mala fe⁵².

Lo que no permite la normativa europea es que los organismos autorreguladores lleven a cabo una tarea de filtrado de la información,

es decir, que controlen el fundamento de la sospecha que ha motivado la presentación de la comunicación. Esta tarea corresponde en exclusiva a la Unidad de Inteligencia Financiera y los Colegios de Abogados no pueden asumir esta tarea (de hacerlo podrían incurrir incluso en responsabilidad patrimonial en caso de actuación errónea)⁵³.

Parece necesario, en definitiva, que se establezca dicho organismo autorregulador que suponga una garantía intensificada dirigida a tutelar el secreto profesional del abogado. Con todo, y pese a que el TEDH parece exigirlo, la propuesta de cuarta Directiva sigue manteniendo el carácter potestativo para los Estados de la creación de estos organismos. Pienso que si un Estado decide no hacerlo y se plantea una demanda ante el TEDH, este puede concluir que se vulnera el art. 8 CEDH al no establecerse una garantía específica para tutelar la confidencialidad de la información que obtiene el abogado del cliente. En definitiva, tras la sentencia *Michaud v. France* debería ser obligatorio establecer en los Colegios de Abogados organismos dedicados a recibir las comunicaciones de los abogados y a determinar si se garantiza el secreto profesional.

⁵² Cfr. SÁNCHEZ STEWART. “Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”, cit. (versión electrónica del trabajo).

⁵³ *Ibíd.*

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL COMPLIANCE OFFICER: ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL NUEVO DELITO DE OMISIÓN CULPOSA DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS*

Luis Miguel REYNA ALFARO**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persona jurídica es un factor criminógeno de grandes dimensiones. Como ha reportado un estudio elaborado por el Instituto Max Planck de Alemania, referenciado por autoras como Mercedes GARCÍA ARÁN y Laura ZUÑIGA RODRÍGUEZ, el 80% de los delitos ocurridos en Alemania, tienen que ver con la actuación en favor de una persona jurídica¹. Los recientes escándalos financieros (ENRON, SIEMENS, etc.) constituyen un dato confirmador del impacto de la actividad de las empresas en la criminalidad².

Esa idea, la de la persona jurídica como factor criminógeno, ha propiciado que de cara a prevenir los riesgos derivados de la actividad em-

presarial se vengán articulando, en los diversos contextos en los que la empresa desarrolla sus actividades (financiero, inmobiliario, minero, etc.), sistemas de prevención de riesgos que tienen, en el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, su versión más desarrollada.

Precisamente, dentro de dicho sistema de prevención, una de las posiciones más trascendentes es ocupada por el Oficial de Cumplimiento o, en términos ingleses, Compliance Officer. El objeto de mi intervención es examinar los contornos de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el recientemente introducido delito de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, comprendidas en el

* Texto de las intervenciones del autor en el I Foro Internacional de Compliance y Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, organizado por la Asociación de Instituciones de Microfinanzas del Perú y el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa; en el X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en la ciudad de Iquitos el 09 de noviembre de 2013; en el Congreso Internacional de Derecho Penal Económico, organizado por la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca el 06 de diciembre de 2013; y en el Seminario sobre lavado de activos, organizado por la Escuela del Ministerio Público el 07 de marzo de 2014.

Abreviaturas: CP (Código Penal); DL 1006 (Decreto Legislativo N° 1106° de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado); LAFT (Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo); LPLA (Ley Penal contra el lavado de activos); OC (Oficial de Cumplimiento); PC (Programas de cumplimiento); RPCP (Revista Peruana de Ciencias Penales); SPLAFT (Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo).

** Abogado. Doctorando por la Universidad de Granada (España). Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina, España.

¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Martínez Buján Pérez, Carlos (Director). I Congreso Hispano Italiano de Derecho Penal Económico, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 1998, p. 45; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en: RPCP, N° 7/8, Lima, 1999, p. 965.

² Sobre el impacto de la macro o extracriminalidad económica, véase: CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 03 ss. Los impactos de la actividad empresarial

artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1106° de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

En el propósito antes planteado, se desarrollarán algunas reflexiones iniciales en torno a la posición del compliance officer dentro del sistema de imputación penal, para posteriormente examinar los contornos del tipo penal de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, para finalmente evaluar las dificultades que atraviesa el OC de las instituciones de microfinanzas que son las que, por sus características consustanciales, deben trabajar con clientes cuya información resulta menos accesible, es menos fiable o es más difícil de verificar, lo que incrementa el riesgo de que dichos capitales provengan de actividades delictivas.

II. LA POSICIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITAL Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO. LA RELACIÓN ENTRE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL SUJETO OBLIGADO Y LA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

El oficial de cumplimiento es aquél funcionario del sujeto obligado³ ante el SPLAFT que tiene por función específica vigilar el cumplimiento adecuado de las normas administrativas impuestas para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo a

través del diseño, implementación y funcionamiento adecuado de un sistema dirigido a dicho objetivo y que, además constituye el nexo de comunicación idóneo entre el sujeto obligado y las autoridades competentes⁴.

Como se aprecia, los deberes del oficial de cumplimiento le otorgan la condición de garante de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo respecto del sujeto obligado. Esta posición de garante no es directa, sino que deriva de la posición de garantía que ostenta el empresario o sujeto obligado en el SPLAFT.

Esta posición de garantía originaria del empresario no solo se asocia a su condición de fuente de generación de los riesgos asociados al LAFT, sino que se encuentra reconocida en una variedad de normas administrativas que desarrollan los contenidos del sistema de prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. En ese sentido, el artículo 3° de la Res. SBS N° 838-2008 (Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo) reconoce no solo el deber de toda empresa del sistema financiero de implementar un SPLAFT, sino que establece que dicho deber recae sobre los órganos de dirección y gerencia de la empresa⁵. En virtud a dicha posición de garante el empresario tiene el deber de implementación de programas de cumplimiento normativo, conocidos con la denominación de compliance programs, destinados a reducir los riesgos de utilización de la empresa - en este caso, integrante del

³ Nos referimos a las personas naturales o jurídicas que por mandato de la ley se encuentra obligados a proporcionar información a los órganos del SPLAFT.

⁴ CERVINI, Raúl. "Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis", en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 179.

⁵ SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financiera en la comisión del tipo base de lavado de activos" (en adelante "La responsabilidad penal..."), en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, p. 169.

SPLAFT- en dinámicas de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo.

Los deberes de garantía del OF resultan consecuencia de la delegación de competencias de control realizadas por el sujeto obligado, representado por su directorio y la gerencia, y sobre quien recae originariamente los deberes de control y vigilancia generados por la fuente de peligros que es la estructura empresarial⁶. Como advierte FEIJOO SÁNCHEZ, la posición de garante original del empresario “va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales”⁷.

Pese a tratarse de una posición de garantía delegada del Directorio, hay que ser enfáticos en reconocer la trascendencia del OC dentro de un SPLAFT, circunstancia vinculada a la pretensión de actuación independiente, de forma tal que los controles e investigaciones que desarrolle en torno a riesgos verificados por él sean desarrollados sin injerencia del Directorio o la Gerencia⁸. Esta independencia busca ser preservada estableciendo la obligación del empresario de otorgar al OC una posición superior dentro de la estructura paralela de cumplimiento normativo. Como consecuencia de esta ubicación en la estructura superior de la empresa, el OC tendrá necesariamente comunicación directa con el Directorio.

Los deberes derivados que asume el OC son, entre otros, los de evaluación de riesgos, implementación de PC destinados a enfrentar los riesgos diagnosticados, vigilancia respecto de la implementación de los PC, preparación a los trabajadores de la empresa con ese objetivo y comunicación al Directorio de la forma en

que desarrolla su actividad⁹.

III. EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

1. MARCO LEGAL VIGENTE.

Una cuestión básica fundamental para reconocer los alcances de esta problemática está vinculada con la identificación de los cambios que ha sufrido la regulación penal del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas a partir de los cambios suscitados mediante el DL 1106, publicado el 19 de abril de 2012 en el Diario Oficial “El Peruano” y que modificó la regulación propuesta por la LPLA (Ley N° 27765).

La LPLA regulaba el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en el artículo 4° que tenía la siguiente redacción:

“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesiones, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.

Como se aprecia, la regulación del delito antes descrito limitaba la trascendencia penal del hecho a aquellos casos en los que el OC

⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva, Reus, Madrid, 2007, p. 184; DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: Una aproximación tópica”, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán. El Derecho Penal Económico en la Era Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit., p. 185.

⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. “El responsable de cumplimiento (‘compliance officer’) ante el Derecho Penal”, en: Silva Sánchez, Jesús María (Director), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, Barcelona, 2013, p. 321.

⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. Cit., p. 321.

dolosamente omitía comunicar las transacciones sospechosas que hubiera detectado. Esto suponía, en la práctica, que la puerta de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento difícilmente se abría, debido a las dificultades que tiene el sistema penal para acreditar la intencionalidad en la actuación del OC.

El DL N° 1106 ha cambiado el panorama significativamente. En efecto, el artículo 5° del mencionado DL regula el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en los términos siguientes:

“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.

El recurso a la criminalización de la omisión

culposa supone una extensión de la cobertura del sistema penal a fases previas a la lesión del bien jurídico tutelado a través del delito lavado de activos y financiamiento del terrorismo y que tiene evidentes efectos en los sujetos obligados¹⁰. El fundamento político criminal de esta decisión tiene que ver con el afán de incentivar que los sujetos obligados sean las principales fuentes de noticias criminales de operaciones vinculadas al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo corresponden a las empresas¹¹.

El primer efecto de la criminalización de la omisión culposa es que incrementa los riesgos legales sobre los oficiales de cumplimiento que enfrentan la contingencia de sufrir una pena que, a pesar de ser aparentemente benigna, tiene un notorio significado expresivo y comunicativo (etiqueta al penado no solo como delincuente sino como un profesional poco cuidadoso).

El segundo efecto de la criminalización de la omisión culposa es que obliga, indirectamente, a que los sujetos obligados establezcan un estándar de cualificación mayor a las personas que asumen las funciones de oficiales de cumplimiento. Y les obliga porque dada la vinculación existente entre el sujeto obligado y el oficial de cumplimiento, la persecución penal contra este último genera un alto riesgo de que el sujeto obligado sea incorporado en el proceso penal respectivo como responsable solidario de las consecuencias jurídicas

¹⁰ A favor de la criminalización culposa: CARO CORIA, Dino Carlos & ASMAT COELLO, Diana Marisela. “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: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 109; en contra: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas”, en: A.A.V.V. El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales, Ara Editores, Lima, 2011, p. 261.

¹¹ En ese sentido, en relación al sistema financiero: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “El deber de compliance en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano”, en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 19.

de naturaleza civil que se le impongan (tercero civilmente responsable).

2. EL AUTOR EN EL DELITO DE OMI- SIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERA- CIONES O TRANSACCIONES SOSPE- CHOSAS

Conforme se desprende del sentido literal posible del artículo 5° del DL 1106, nos encontramos ante un delito de infracción del deber¹² en la medida que el propio tipo penal establece como condición para la comisión del delito el incumplimiento de obligaciones funcionales o profesionales.

Ahora, aunque la redacción del tipo penal pareciese proponer un alcance más extenso del círculo de posibles autores de este delito, como el que se reconoce en la propuesta de GÁLVEZ VILLEGAS¹³, un conocimiento más preciso de la legislación extrapenal permite sostener que el autor de dicho delito solo puede serlo el oficial de cumplimiento.

En efecto, la normatividad extrapenal establece un único curso o canal para la comunicación de una operación o transacción sospechosa a la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) y este es el oficial de cumplimiento. El artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 establece que el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar una operación como sospechosa y comunicarla a la UIF¹⁴.

Por estas razones es también discutible también una posición como la adoptada implícitamente por GARCÍA CAVERO al considerar que el autor de este delito es el sujeto obligado lo que permitiría, como él mismo propone,

sancionar al órgano de representación autorizado o al socio representante autorizado de la persona jurídica en aplicación del artículo 27° del Código Penal¹⁵.

3. EL CONCEPTO DE OPERACIÓN SOSPECHOSA EN EL LAVADO DE ACTIVOS

La omisión penalmente relevante en este delito está referida a las transacciones u operaciones sospechosas; estos términos, en la medida que constituyen elementos normativos, deben ser interpretados conforme a los contenidos de la legislación extrapenal que, por cierto, es bastante complejo.

3.1. DESARROLLO LEGISLATIVO ADMINISTRATIVO DEL CONCEPTO DE OPERACIÓN SOSPECHOSA.

Conforme al artículo 11° de la Ley N° 27693 (Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú) se entiende por transacciones sospechosas: “Aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”.

Esta norma se complementa con lo establecido en el artículo 12° de la Resolución SBS N° 486-2008 (“Norma para la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo de aplicación general a los sujetos obligados a informar bajo supervisión de la UIF Perú) que precisa que: “una operación detectada tiene las características de sospechosa, cuando habiendo identificado previamente una operación

¹² Sobre dicha categoría: ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 383 ss.

¹³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. El delito de lavado de activos, Grijley, Lima, 2004, pp. 89-90.

¹⁴ CARO JOHN, José Antonio. “Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas”, en: El mismo. Dogmática penal aplicada, Ara Editores, Lima, 2011, p. 173.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de lavado de activos, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 148.

como inusual (fuera de lo habitual del cliente), luego del análisis y evaluación realizados por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos o los bienes utilizados proceden de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo no tengan un fundamento económico o lícito aparente”.

Por su parte, la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) define como operaciones sospechosas a: “j) (...) aquellas operaciones inusuales realizadas o que se pretenda realizar de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que en base a la información recopilada, de conformidad con las normas sobre el “conocimiento del cliente”, se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente; y que podrían estar vinculadas al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo” (literal l, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008).

Tal cual se aprecia del contenido de la normatividad extrapenal de referencia, el concepto de operación sospechosa está vinculado al concepto de operación inusual también desarrollado por la legislación que regula la operatividad del sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y es, en cierta forma, dependiente de aquél, por lo que procederemos, previamente, a reconocer el contenido de una operación inusual para luego proponer un concepto de operación sospechosa útil para los fines de interpretación del tipo penal.

3.2. EL CONCEPTO DE OPERACIÓN INUSUAL

Pues bien, en ese plano tenemos que el artículo

11° de la Ley N° 27693 identifica como transacción inusual “aquellas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente”.

En la misma línea, tenemos la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) que define las operaciones inusuales y sospechosas a: “aquellas operaciones realizadas o que se pretenda realizar cuya cuantía, características particulares y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigentes en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente” (literal k, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008).

3.3. RELACIONES ENTRE LOS CONCEPTOS DE OPERACIÓN SOSPECHOSA Y OPERACIÓN INUSUAL.

Pues bien, los conceptos de operación sospechosa y operación inusual no son términos sinónimos, identifican distintas clases de operación financiera. Algunas operaciones inusuales (no todas) constituyen operaciones sospechosas; de ello se desprende la relación de género a especie que las vincula. La determinación del carácter sospechoso de una operación o transacción no se agota con la determinación de su carácter inusual¹⁶, aunque si constituye una de sus condiciones.

3.4. LA DISCRECIONALIDAD EN LA CALIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN SOSPECHOSA

Pese a la existencia de una serie de criterios o pautas jurídico- administrativas que delimitan el alcance de las operaciones sospechosas que deben ser comunicadas por el compliance officer a la UIF, lo cierto es que la decisión final de

¹⁶ En ese sentido: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 150.

cuándo estamos frente a una operación sospechosa se encuentra sometida a la decisión discrecional del oficial del cumplimiento¹⁷.

En ese sentido, el artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 alude al buen criterio como factor decisional trascendente para la calificación de una operación o transacción como sospechosa:

“Las empresas están obligadas a comunicar a la UIFPerú las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado. Se considera que una operación es detectada como sospechosa cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente. En los casos en que la empresa haya constituido un Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, éste tendrá como función asistir al Oficial de Cumplimiento en el análisis y evaluación necesarios para determinar si una operación inusual es sospechosa o no; sin embargo, el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú, conforme a Ley. El Oficial de Cumplimiento deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no”.

Ahora, es importante destacar que nuestra

afirmación de que la decisión del OC respecto al carácter sospechoso de una operación es discrecional no supone afirmar que aquella sea meramente subjetiva pues la propia norma antes citada determina que el carácter sospechoso de una operación dependerá del juicio que tenga el OC respecto de (i) su falta de habitualidad; y, (ii.i.) que se pueda presumir que los fondos o bienes proceden de alguna actividad delictiva; o (ii.ii) que no tenga un fundamento económico o lícito aparente. Nótese cómo en este aspecto resulta sumamente trascendente el concepto de conocimiento del cliente que desarrollaremos más adelante.

Precisamente por ello el antes referido artículo 17° establece la obligación del OC de “dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no”.

Por esa razón la calificación de ciertas operaciones o transacciones como sospechosas debe incorporar ciertas pautas metodológicas que determinen que tal calificación sólo recaiga sobre las operaciones o transacciones sobre las que exista una sospecha especialmente calificada “avalada en un minucioso y responsable examen de los antecedentes y otros antecedentes y otros elementos denotativos objetivos implícitos en la operación”¹⁸.

3.5. EL CONOCIMIENTO DEL CLIENTE Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICO PENAL

El conocimiento del cliente constituye una herramienta que le permite al Oficial del Cumplimiento reconocer qué operaciones financieras resultan sospechosas al no tener un fundamento económico o lícito aparente¹⁹.

¹⁷ CARO JOHN, José Antonio. Op. Cit., p. 173.

¹⁸ Citando a GERARD, CERVINI, Raúl. “Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas”, en: Cervini, Raúl/ Adriasola, Gabriel/ Gomes, Luis Flavio. Lavado de activos y secreto profesional, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002, p. 27.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 51.

En ese sentido, será la información proveniente del cliente la que servirá de parámetro para evaluar “la conducta transaccional esperada”²⁰ del cliente de conformidad con la actividad económica que desarrolla.

La lógica de conocimiento del cliente resulta determinante para la evaluación del carácter sospechoso de una operación por parte del ofi-

cial de cumplimiento y por ello, el examen de la operación financiera debe ceñirse a las pautas planteadas por el artículo 8º de la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008; y, de modo secundario, por el artículo 10º de la antes mencionada Resolución²¹.

²⁰ SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, p. 19.

²¹ **Artículo 8.- Del conocimiento del cliente**

“El conocimiento de los clientes requiere de su adecuada identificación, definir sus perfiles de actividad y determinar el propósito y la naturaleza de la relación comercial, para facilitar la detección y/o prevención de operaciones inusuales y sospechosas. Las empresas deben desarrollar políticas y procedimientos destinados a establecer la verdadera identidad de sus clientes, incluyendo la tramitación de formularios a ser completados por los mismos. Dicho conocimiento permitirá a las empresas, entre otros aspectos, identificar aquellos clientes que podrían ser más sensibles a realizar operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.

Para tal efecto, se debe solicitar a los clientes la presentación de documentos públicos o privados, conforme a la Ley y el Reglamento, con la finalidad de obtener la información indicada más adelante, verificar la información proporcionada incluso antes de iniciar la relación comercial y mantenerla actualizada, y cuando se sospeche la realización de actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.

Asimismo, las empresas deberán requerir a los clientes una declaración jurada sobre el origen de los fondos, en aquellos casos que se considere necesario para los fines antes señalados.

Las empresas deberán determinar de manera fehaciente, como mínimo, en el caso de personas naturales:

- a) Nombre completo.
- b) Tipo y número del documento de identidad.
- c) Lugar y fecha de nacimiento.
- d) Nacionalidad y residencia.
- e) Domicilio, número de teléfono y correo electrónico, de ser el caso.
- f) Ocupación, oficio o profesión.
- g) Nombre del centro de labores, cargo que ocupa y tiempo de servicios, de ser el caso.
- h) Cargo o función pública desempeñada en los últimos dos (2) años, así como nombre de la institución, de ser el caso.
- i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.
- j) En el caso de los PEP, nombre de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad y del cónyuge o concubino.

De igual forma, las empresas deberán procurar contar con información respecto de los ingresos promedio mensuales de los clientes y las características de las operaciones usuales que realizan a través de las empresas, considerando información sobre tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Tratándose de personas jurídicas, las empresas, como mínimo, determinarán de manera fehaciente:

- a) Denominación o razón social.
- b) Registro Único de Contribuyentes
- c) Objeto social y actividad económica principal (comercial, industrial, construcción, transporte, etc.)
- d) Identificación de los Administradores considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.
- e) Identificación de los socios o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5% del capital

social, aporte o participación de la persona jurídica, considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.

- f) Personas jurídicas vinculadas al cliente, en caso corresponda.
- g) Ubicación y teléfonos de la oficina o local principal, agencias, sucursales u otros locales donde desarrollan las actividades propias al giro de su negocio.
- h) Representantes, considerando la información requerida en el caso de personas naturales; así como el otorgamiento de los poderes correspondientes.
- i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.

Adicionalmente, las empresas procurarán obtener información sobre las características de las operaciones usuales realizadas por la empresa, considerando, por lo menos, tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Los procedimientos para la identificación de clientes aplicados por una empresa con respecto a un mismo cliente o un conjunto de clientes vinculados, no exime de responsabilidad a las demás empresas que pertenezcan al mismo grupo económico o conglomerado de aplicar dichos procedimientos cuando establezcan relaciones de negocios con los referidos clientes.

Asimismo, las empresas sobre la base de la información obtenida a través de sus políticas y procedimientos para el adecuado conocimiento de sus clientes deberán, bajo su buen criterio, identificar a aquellos clientes que consideran podrían ser sensibles a operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, en adelante denominados “clientes sensibles” y, como consecuencia de ello, reforzar en estos casos su procedimiento de conocimiento de cliente.

Las empresas también deberán reforzar el procedimiento de conocimiento del cliente, en los siguientes casos:

- a) Clientes no residentes y cuentas de personas extranjeras.
- b) Fideicomisos.
- c) Sociedades no domiciliadas.
- d) Personas expuestas políticamente (PEP) o que administren recursos públicos. Las empresas también deberán reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente cuando uno de sus clientes se convierta en un PEP o en un funcionario que administre recursos públicos, según sea el caso, luego de haber iniciado relaciones comerciales con la empresa.
- e) Servicios de corresponsalía o agenciamiento con empresas extranjeras.
- f) Clientes que reciben transferencias desde países considerados como no cooperantes por el GAFI, con riesgo relacionado al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo, con escasa supervisión bancaria o países sujetos a sanciones OFAC, entre otros supuestos; y/o.
- g) Aquellos otros que según su buen criterio identifiquen las empresas.

Los “clientes sensibles” y los señalados en los incisos a) al g) del párrafo anterior, deberán estar incorporados en un registro especial, lo cual deberá constar asimismo en el legajo de los citados clientes.

Las empresas para reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente deberán como mínimo realizar las siguientes medidas adicionales, en lo que resulte aplicable:

- a) Identificar el origen de los fondos.
- b) Obtener información sobre los principales proveedores y clientes, de ser el caso.
- c) Realizar por lo menos una (1) vez al año una revisión al cliente, cuando se encuentre domiciliado en el Perú.
- d) La decisión de aceptación del cliente estará a cargo del nivel gerencial más alto de la empresa.
- e) Realizar indagaciones u obtener información adicional del cliente.

Artículo 10.- Conocimiento del mercado

“El conocimiento del mercado es un complemento del conocimiento del cliente, que permite a las empresas estimar los rangos dentro de los cuales se ubicarían las operaciones usuales que realizan sus clientes, según las características del mercado. De tal forma, que las empresas estén en capacidad de detectar operaciones inusuales que salen de los perfiles de actividad de los clientes o de los segmentos del mercado al que corresponden, comparando las operaciones realizadas por clientes con perfiles de actividad similares”.

Estas normas, por cierto, desarrollan los contenidos del artículo 14° de la Ley N° 27693²².

Como se aprecia del contenido de la legislación extrapenal, la política de conocimiento del cliente no solo exige obtener información sobre la identidad del cliente, sino que la misma deberá ser verificada, imponiéndose así al OC un deber de verificación. Esa exigencia de diligencia debida es planteada por el artículo 9° de la Resolución SBS N° 838-2008 que impone el deber de realizar visitas al domicilio u oficina del cliente, realizar entrevistas personales con el cliente o realizar otros procedimientos alternativos con la finalidad de conocer la identidad del cliente²³.

Para el conocimiento del cliente, el OC deberá recurrir a las listas OFAC a fin de reconocer si el cliente o las personas vinculados a ellos se encuentra comprendidos en las mencionadas listas (Listas negras elaboradas por el Departamento del Tesoro de los EEUU que incluyen a las personas, naturales y jurídicas, y países vinculados al terrorismo o al narcotráfico²⁴).

También resultará necesario que el OC establezca si el cliente es una persona expuesta

políticamente (PEP) conforme a las pautas establecidas para tal efecto por el literal m del artículo 2° de la Resolución SBS N° 838-2008 y si es, en tal virtud, un cliente sensible²⁵.

Ahora, el reconocimiento del carácter sospechoso de una operación o transacción exige además conocer adecuadamente el sector de la actividad desarrollada por el cliente²⁶, de cara a reconocer el perfil financiero del cliente²⁷.

3.6. EL CONOCIMIENTO DEL CLIENTE EN EL CONTEXTO DE LAS MICROFINANZAS

Ese conocimiento del cliente resulta mucho más complejo en las instituciones de microfinanzas que en el resto de instituciones que operen en el sistema financiero. Esto porque el cliente no necesariamente tendrá antecedentes en el sistema financiero que permitan reconocer con nitidez los riesgos de exposición al lavado de activos y financiamiento del terrorismo e identificar las operaciones y transacciones sospechosas que deben ser informadas a la UIF- Perú.

²² “Las personas obligadas a informar a la UIF deben:

1. Implementar mecanismos de prevención para la detección de transacciones inusuales y sospechosas que permitan alcanzar un conocimiento suficiente y actualizado de sus clientes, de la banca corresponsal y de su personal.
2. Los procedimientos del programa de prevención deben estar plasmados en un manual de prevención de lavado de dinero.
3. Los mecanismos deberán basarse en un conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial, con la finalidad de determinar las características usuales de las transacciones que se efectúan respecto de determinados productos y servicios, y así poder compararlas con las transacciones que se realizan por su intermedio”.

²³ SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, p. 20; UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. “Prevención de lavado de activos: Tendencias en la regulación peruana según la Resolución SBS N° 6561-2009”, en: A.A.V.V. El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales, Ara Editores, Lima, 2011, p. 235.

²⁴ Véase al respecto: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, pp. 20-21.

²⁵ UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Op. Cit., p. 233.

²⁶ CERVINI, Raúl. “Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis”, en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013 p. 185.

²⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 253.

A. La formalidad, la informalidad y las economías delictivas

Para comprender el incremento de los riesgos legales que asume el OC en las instituciones de microfinanzas resulta necesario reconocer, al menos de modo primario, el contexto sociológico en que se desenvuelven las instituciones de microfinanzas.

En esa línea, el interesante trabajo de Francisco DURAND²⁸ da cuenta de la existencia de tres tipos de economía: La economía formal, la economía informal y la economía delictiva.

La economía de estructura formal es aquella que “componen empresas y trabajadores que operan dentro de la legalidad”, lo que permite que los agentes incorporados a esta estructura pueden ser supervisados²⁹. En suma, en este tipo de economías el cumplimiento de la ley resulta fácilmente verificable.

Por su parte, la economía de estructura informal, a decir de DURAND “está constituida por empresas y trabajadores que operan en una zona institucional clausura. No es que sean ilegales sino que muchas de sus operaciones no son legales. Su nivel de trasgresión es limitado. Además, la mayoría aspira a la formalidad sin barreras”³⁰. Es decir, se trata de un tipo de economía en el que aunque parte de sus integrantes (no todos) se encuentran inmersos dentro de la estructura formal, suelen desarrollar actividades fuera de los marcos normativos, de las regulaciones estatales y de su institucionalidad³¹.

Finalmente, la economía de estructura delictiva es aquella que tiene como fuente predominante la ganancia derivada de actividades delictivas y cuya introducción

en el tracto económico lícito constituye blanqueo de capitales.

Ahora, si estas estructuras tuvieran un funcionamiento lineal, no existiría ninguna duda en reconocer que el enfoque del sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo tendría que estar dirigido exclusivamente a las economías delictivas; sin embargo, la realidad demuestra que estas tres formas de economía se desarrollan de forma conjunta, se conectan e interrelacionan continuamente, sobre todo por el carácter expansivo de las economías delictivas que no solo se camuflan con las economías formales, contaminándolas, sino porque aprovecha los mecanismos de distribución de las economías informales.

Como es fácil de deducir, pese a las complejidades consustanciales a las ingenierías financieras vinculadas al proceso de reciclaje en el contexto de las empresas incorporadas a la economía formal, la prevención, mediante la supervisión y el compliance, resulta en estos escenarios menos conflictiva que en las estructuras de economía informal en las cuales las ganancias delictivas pueden ser fácilmente camufladas.

Esta mayor complejidad de la labor de cumplimiento en las estructuras económicas informales tiene que ver con su predominio cuantitativo que, aunque se encuentra subregistrado, puede reconocerse a través de tres ejemplos relevantes en nuestro país.

El primer ejemplo está asociado a la reproducción ilegal de obras protegidas contenidas en discos compactos (software, música, vídeos, etc.). Según DURAND el 90% de los discos compactos importados son utilizados para la

²⁸ DURAND, Francisco. El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2007, pp. 61 ss.

²⁹ DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 72.

³⁰ DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 79.

³¹ Destacando que el concepto de informalidad está asociado al cumplimiento de la ley: ARBAIZA FERMINI, Lydia. Economía informal y capital humano en el Perú, Esan Ediciones, Lima, 2011, p. 29.

piratería³², es decir, están destinados a un mercado ilícito, en tanto que un porcentaje muy residual de la importación está dirigido al mercado legal.

Un segundo ejemplo está vinculado a la producción formal de hoja de coca, es decir, aquella orientada a fines tradicionales, que constituye el mercado legal del producto, en contraposición del mercado ilícito en que dicho producto es usado como insumo para la fabricación de drogas tóxicas. Según información de la FONAFE (Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado) de entre 65,000 a 100,000 productores de hoja de coca, sólo 8,453 son productores formales³³.

La informalidad como una cuestión significativa y trascendente en nuestra economía puede apreciarse con notoriedad en el conocido trabajo *El Misterio del Capital* de Hernando DE SOTO³⁴; en donde se sostiene que de cada 100 viviendas en el Perú solo 36 cuentan con títulos formales o legales. La informalidad es una variable sumamente trascendente en nuestro país y no puede soslayarse en la evaluación de los riesgos penales de LAFT.

B. La prevención del LAFT en las instituciones de microfinanzas

En el contexto antes descrito, el OC que desarrolla funciones en el contexto de instituciones de microfinanzas tiene la labor especialmente compleja de reconocer operaciones y transacciones sospechosas en un ámbito de pequeños y microempresarios que buscan integrarse a la estructura financiera formal y respecto de los cuales se corre el riesgo de que un control excesivo pueda desincentivarlos y afectar además la estabilidad del sistema microfinanciero que está en pleno crecimiento³⁵.

En ese sentido, Hernando DE SOTO ha señalado con claridad que el sector de la extralegalidad y la informalidad “es una zona de penumbra que comparte la larga frontera con el mundo legal, un lugar donde los individuos se refugian cuando el costo de obedecer la ley excede el beneficio de hacerlo”³⁶. En este complejo orden de cosas, las posibilidades respecto al “conocimiento del cliente” por parte de los oficiales de cumplimiento resultan especialmente complicadas.

Ahora, las dificultades de “conocimiento del cliente” que se encuentra inmerso dentro de

³² DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 103.

³³ DURAND, Francisco. Op. Cit., pp. 96-97.

³⁴ DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital*, Península, Barcelona, 2001, p. 106.

³⁵ Al mes de Mayo 2013, el saldo de colocaciones del Sistema Microfinanciero llegó a S/. 26,830 millones de nuevos soles lo que significó un crecimiento del 10.38% respecto al 2012. Los créditos destinados a la Pequeña y Microempresa crecieron 14.45% respecto a Mayo 2012, además que el crédito promedio microempresa fue de S/. 4,594 (Fuente: Portal ASOMIF). En esa misma línea, ha señalado Arbaiza Fermini que “las microempresas son un terreno fértil para el desarrollo de la informalidad” (ARBAIZA FERMINI, Lydia. Op. Cit., p. 49). También, Quispe/ León/ Contreras hablan de un crecimiento de S/ 1,5 mil millones de soles en 2002 a S/ 20,2 mil millones de soles en 2009 (QUISPE, Zenón/ LEÓN, David/ CONTRERAS, Alex. “El exitoso desarrollo de las microfinanzas en el Perú”, en: Moneda, N° 151, Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 2012, p. 14).

³⁶ DE SOTO, Hernando. Op. Cit., p. 109.

las estructuras económicas informales se reproducen también en relación al acceso a la información financiera dentro del proceso penal, en donde la herramienta fundamental (el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil) carece de utilidad cuando el procesado no tiene información que revelar.

4. LÓGICAS DE APLICACIÓN RACIONAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS.

Ya desde hace algunas décadas atrás resalta GIMBERNAT que la dogmática jurídico penal “Hace posible (...) al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”³⁷; de esa forma, el futuro de la dogmática jurídico penal estaba asociado a la necesidad de recurrir a mecanismos de racionalidad en la interpretación de las leyes penales, caracterizadas por su polisemia y, en algunos casos, por su ambigüedad.

Veremos a continuación cómo la introducción de ciertos criterios interpretativos permite que ciertas cuestiones planteadas por la doctrina que ha desarrollado este delito, sean solucionadas de modo más coherente con los parámetros propios de un Derecho penal liberal.

4.1. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y LA NECESIDAD DE INTRODUCIR CRITERIOS DE APLICACIÓN RESTRICTIVA.

La primera de estas lógicas se corresponde con el carácter fragmentario y residual del Derecho Penal en virtud del cual la imposición de una pena debe encontrarse reservada a los ataques más graves sobre los intereses sociales

más importantes. El Derecho Penal es ultima ratio (último recurso). Esta idea –Derecho Penal como último recurso– es especialmente trascendente en el contenido del delito de omisión culposa de reportar operaciones y transacciones sospechosas que debe ser aplicado de forma muy restrictiva.

La propuesta de una interpretación conforme al principio de intervención mínima ha sido subrayado por la “Circular referida a la reserva y confidencialidad de la identidad del Oficial de Cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicación de operaciones sospechosas” aprobada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 467-2012-P-PJ, y que tiene como objetivo “evitar el congestionamiento del sistema de justicia penal con el juzgamiento de hecho intrascendentes desde la perspectiva punitiva”.

Precisamente el principio de ofensividad permite introducir como criterio restrictivo la potencialidad lesiva de la omisión, de modo tal que solo tengan relevancia penal aquellos casos en los que la omisión de comunicar operaciones sospechosas haya permitido o facilitado la instrumentalización del sistema financiero como medio para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo³⁸. Solo en estos casos podría sostenerse la existencia de un hecho merecedor y necesitado de pena.

Una propuesta interpretativa de este tipo resulta mucho más convincente que aquella planteada por GARCÍA CAVERO de considerar que la exigencia de vinculación entre la omisión de comunicación de la operación sospechosa y la realización de actos concretos de lavado de activos o financiamiento del te-

³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, Ara, Lima, 2009, pp. 40-41.

³⁸ De distinta opinión PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 266; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 149, quien considera que el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas es un delito de mera desobediencia y que la exigencia de lesividad sólo es defendible como propuesta de lege ferenda.

rrorismo (que hubiesen sido detectados de haber sido informada la operación sospechosa a la UIF) como una condición objetiva de punibilidad³⁹.

4.2. EL RIESGO PERMITIDO EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

La segunda lógica a tomar en consideración guarda relación con el reconocimiento de que el Derecho Penal reconoce ciertos espacios de riesgo permitido, esto es, espacios de actuación que, pese a que pueden ser generadores de efectos nocivos, son tolerados.

Este planteamiento, aplicado al delito de omisión de reporte de operaciones y transacciones sospechosas, supone reconocer que no toda omisión formal de comunicación de operaciones o transacciones integradas al proceso de lavado de activos, es relevante penalmente, sino tan solo aquellas que han superado los marcos de actuación estándar impuesta sobre

el OC. Dentro de estos espacios de riesgo permitido se incluyen los supuestos de actuación guiada por el principio de confianza⁴⁰, esto es, supuestos en los que la realización de la conducta responde a la confianza que se tiene hacia la persona con la cual se interactúa.

Esta regla, en el ámbito del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, es aplicable para aquellos casos en que la evaluación realizada por el OC sobre el carácter inusual de la operación o transacción responde a defectos en la información que le es proporcionada y que le impiden conocer adecuadamente al cliente. Esta situación se aprecia con claridad examinando la situación de las denominadas instituciones de microfinanzas.

En efecto, dado que gran cantidad de información requerida para el conocimiento del cliente proviene del propio cliente (declaraciones juradas sobre el origen de los fondos, documentos públicos o privados requeridos al

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 153. En evidente que GARCÍA CAVERO asume una posición en torno a las condiciones objetivas de punibilidad en la que aquellas se encuentran vinculadas al tipo penal; sin embargo, pese a la existencia de un sector significativo de la doctrina penal que sigue dicho razonamiento, es de advertir una objeción respecto a su aplicación en el caso concreto del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas: En el tipo penal de omisión de comunicación de operaciones sospechosas no existe ninguna referencia específica a la vinculación de la omisión con efectivos comportamientos de blanqueo de capitales.

En efecto, las condiciones objetivas de punibilidad son extraíbles directamente del tenor del texto legal (en esa línea, los ejemplos propuestos entre otros por ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 970, respecto del delito de embriaguez absoluta del § 323 StGB; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 176-177, respecto del artículo N° 606.2° del CP español) y, en este caso, es precisamente la falta de referencia al texto legal la que impide considerar que el resultado constituya una condición objetiva de punibilidad. Es importante reconocer, sin embargo, que la discrepancia con GARCÍA CAVERO no radica en el qué sino en el cómo de la solución pues son finalmente consideraciones comunes –la de ausencia de merecimiento y necesidad de pena– las que fundamentan ambas respuestas (sobre el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 29 ss.).

⁴⁰ Sobre sus contenidos, véase, esencialmente: ROXIN, Claus. La imputación objetiva en Derecho Penal, traducción de Manuel Abanto Vázquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 171 ss.; STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte General I, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 522; CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 103 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 343 ss.

cliente, etc.), surge la posibilidad de que este proporcione información o documentación sustentatoria fraudulenta que lleve al OC a tener una percepción errónea respecto de la normalidad de la relación entre la operación financiera y la actividad económica del cliente.

El control y la reducción a mínimos del riesgo de que el OC incurra en evaluaciones erróneas respecto del carácter sospechoso de una operación y/o transacción financiera -como consecuencia de la utilización de información y/o documentación fraudulenta- sólo podría alcanzarse si se impusiera al OC un deber cualificado de verificación de la información y contrastación de la información alcanzada por el cliente que podría tener efectos negativos no solo en la funcionalidad de la actividad desarrollada por el OC, sino en la propia estabilidad de la institución de microfinanzas debido al riesgo de generar desincentivos para que el sector de la economía informal ingrese a la formalidad.

5. CONCLUSIÓN

Este pequeño trabajo, además de proponer

ciertas pautas de interpretación del artículo 5° del DL 1106, permite reconocer lo que BACIGALUPO ha denominado una “nueva orientación de la práctica del Derecho Penal”⁴¹ aplicado a la actividad empresarial y de los negocios y que se encuentra caracterizada por la introducción, en las valoraciones de índole jurídico penal, de elementos –procedentes del derecho administrativo e incluso de la sociología y la economía- que aunque poco convencionales desde la perspectiva dogmática, son imprescindibles para una respuesta penal más racional.

En efecto, la delimitación de los contornos de responsabilidad penal del OC por la omisión de comunicación de operaciones financieras sospechosas debe realizarse tomando en consideración no solo la extensa normatividad administrativa que sirve para llenar de contenido al concepto de operación sospechosa, así como las nociones asociadas al mismo (operación inusual), sino también ciertas variables de corte sociológico y económico que resultan determinantes para establecer el conocimiento del cliente.

⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 31.

DINERO SUCIO: DE LA CRIMINALIDAD CLÁSICA A LA CORRUPCIÓN

Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ*

I. INTRODUCCIÓN

Sobre 2010, el periódico "El País" anunciaba que el valor del patrimonio decomisado en las operaciones policiales en España contra el blanqueo de capitales realizadas en los últimos 12 meses superaba los 4.000 millones de euros, una cifra 100 veces superior a la registrada en el año 2000. Estas actuaciones han puesto de manifiesto ante la opinión pública la enorme fortuna que acompaña a los delincuentes de cuello blanco y la corrupción que generan las redes que disfrazan la procedencia del dinero. Se concluía que España es el país de Europa más atractivo para el capital susceptible de ser blanqueado, según muchos síntomas que más adelante valoraremos.

El Grupo de Acción Financiera (GAFI), organismo intergubernamental que promueve medidas contra el lavado de dinero ha aclarado en alguna ocasión que *en España hay, un exceso de organismos y comisiones encargadas de la lucha contra el fraude y que están poco coordinados*.

La policía reclama coordinación con la Justicia y con la Agencia Tributaria y entiende que el esfuerzo está resultando insuficiente si no se reciben más competencias, como v.g. el acceso directo a las bases de datos de la Agencia Tributaria.

Aunque no es un problema estrictamente actual, es cierto que hoy en día el lavado o reciclaje de dinero es percibido por la comunidad nacional e internacional como un enorme problema y la actividad criminal vinculada a él ocupa la atención de todas las autoridades internacionales y su tratamiento de la Ciencia Criminal.

Los países son conscientes de la dificultad de establecer criterios uniformes de lucha precisamente por las particularidades diversas de cada Estado así como por los distintos modos de ejecución del delito.

En este contexto, se me ocurre abordar mi reflexión desde algunas precisiones terminológicas generales sobre las que ya trabajé hace algún tiempo y ofrecer una perspectiva de esta delincuencia.

Cierto es que desde los orígenes del Derecho penal, la criminalidad trae frecuentemente aparejados beneficios económicos y que en la actualidad es fuente de ingentes cantidades de dinero. En otras palabras, la acción de blanquear dinero no debe sorprendernos por lo original ya que el beneficio económico generado por los delitos demanda su uso en los mercados legales.

Lo que sí resulta novedoso es la conceptualización del lavado de dinero, que nace cuando éste se convierte en un problema en sí mismo y se comienza a separarlo y diferenciarlo de los delitos que le dan origen, concediéndole así un tratamiento independiente.

La mayoría de los delitos económicos existen desde los comienzos del capitalismo y, en algunos casos, de la sociedad misma. Pero quizá últimamente es cuando han dejado de ser tumores periféricos del sistema para convertirse en piezas constitutivas y básicas del funcionamiento de lo que puede denominarse, como lo hacen ciertos autores y sin temor a la exageración: "capitalismo criminal".

II. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL BLANQUEO. RELACIÓN ENTRE CRIMEN Y DINERO

* Catedrático acreditado de Derecho penal y criminología. Universidad de Huelva (España).

Obviamente el blanqueo parece tener relación directa con el concepto monetario, de capital, así que debemos reparar en la vinculación que entre crimen y dinero existe desde siglos atrás, no siendo ni mucho menos novedosa.

Como señala Bruno Tondini en un excelente análisis histórico del problema: el inicio de la piratería y de los escondites de sus practicantes, son precedentes antiguos de este tipo de delincuencia. Ya en el año 67 A.C., Pompeyo emprendió una expedición contra los piratas del Mediterráneo que privaban de víveres a Roma. Cilici (Turquía suroccidental) era entonces, la guarida tradicional de los piratas.

La Orden de los Templarios fundada a principios del siglo XII, comenzó a atisbar los servicios monetarios y el sistema bancario como antecedentes inmediatos de lo que hoy conocemos como tales; de tal forma que más tarde la Santa Sede y las Monarquías adoptaron sus métodos y sus procedimientos para administrar y ocultar riqueza. Hasta el históricamente reciente nacimiento de Estados herederos de esta "tradición", que ha venido utilizando aquel legado en su actividad financiera si bien de forma más ágil y seductora en el moderno mundo de las comunicaciones y las relaciones.

Pero adentrándonos en la historia más próxima; el término "blanqueo" resulta relativamente reciente, encontrando precedente en otro similar que es el llamado "lavado" y que tiene su origen en los Estados Unidos en el siglo pasado, sobre la década de los veinte, época en que las mafias norteamericanas crean una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaban con sus actividades criminales, fundamentalmente en el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos de la llamada "Ley seca".

Paradigmáticos son los precedentes de criminales clásicos como "Al Capone" ("il capi di tutti de capi", amo y señor del hampa de Chicago), Lucky Luciano o Bugsy Siegel, quienes se asociaron en algún momento con Meyer Lansky, para algunos el único miembro judío

de la Mafia y que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo criminal.

El mecanismo empleado entonces para el blanqueo era encubrir mediante el negocio textil (tapadera) las ganancias provenientes de las actividades ilícitas (extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución) se mezclaban con las textiles. Al no poder distinguir que dólar provenía de una actividad lícita o no, "populares" malhechores como Capone lograron ridiculizar durante mucho tiempo la labor de los agentes y de las autoridades norteamericanas.

Pero en realidad, el blanqueo de dinero *comenzó a tener repercusión* en los países desarrollados a mediados de los años '70 con la vista puesta sobre el negocio del narcotráfico. Concretamente, en los Estados Unidos de América surgió debido a que la recaudación de la venta de droga en la calle podía ser depositada en los bancos sin ningún trámite ni control previo permitiéndose la introducción de los fondos ilícitos al circuito legal de forma cómoda y sencilla.

III. LA CUESTIÓN DE LA LUCHA Y LA COLABORACIÓN CONTRA EL BLANQUEO EN EL SENO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ALGUNAS MEDIDAS

Nuestro objetivo es ahora tratar de acercarnos al problema de la colaboración internacional contra la delincuencia organizada favorecedora de las conductas de Blanqueo entre otros delitos graves, orientada sobre aspectos tendenciales de las actividades de grupos de delincuentes organizados y las estructuras de los criminales que operan en el plano internacional, los tipos y la distribución de los mercados ilícitos, las principales iniciativas internacionales y la evolución de las legislaciones nacionales contra la delincuencia organizada. el establecimiento y utilización de bancos de datos sobre la delincuencia organizada, etc.

Se orienta hacia la presentación de programas de lucha que resulten creíbles, con objetivos

concretos y orientados hacia los resultados. Corresponderá después a Instituciones supranacionales y a los gobiernos proporcionar los medios necesarios para mantener y aplicar dichos programas de prevención y lucha internacional contra delitos de corrupción en sus distintas modalidades.

IV. EL DESAFÍO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Los grupos de delincentes organizados plantean actualmente una amenaza mundial y constituyen un peligro concreto para la comunidad internacional. Han establecido redes internacionales para facilitar sus actividades en los mercados lícitos e ilícitos, y es en aquellos en los que están comenzando a plantearse verdaderos problemas. Utilizan estrategias complejas y diversos modi operandi, que les permiten infiltrar los sistemas financieros, económicos y políticos de países de todo el mundo. Las bases nacionales o subnacionales de conocimientos sobre los grupos de delincentes organizados y sus operaciones están creciendo, pero aún no se cuenta con ningún panorama general amplio de la delincuencia mundial, no hay todavía un movimiento generalizado de lucha en la práctica, y no está completamente claro el entorno jurídico en que operan.

El objetivo de este epígrafe es acercarnos al problema de la colaboración internacional contra la delincuencia organizada, orientada sobre aspectos en los que previamente hemos tenido oportunidad de profundizar, como las tendencias de las actividades de los grupos de delincentes organizados y las estructuras de los grupos que operan en el plano internacional, los tipos y la distribución de los mercados ilícitos, las principales iniciativas internacionales y la evolución de las legislaciones nacionales contra la delincuencia organizada. El establecimiento de bancos de datos sobre la delincuencia organizada, etc.

V. COOPERACIÓN. PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL. LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO:

Se ha elaborado un amplio catálogo de tratados en los que se trazan líneas de colaboración judicial y policial en el campo del blanqueo, directrices y normas internacionales de prevención del delito y justicia penal, que abarcan esferas como el tratamiento de los reclusos, la conducta de los oficiales públicos y de represión, el uso de la fuerza y de armas de fuego por los oficiales de represión, el tratamiento de las víctimas del delito, la independencia de la judicatura, la justicia de menores, a pesar de todo, la lucha corrupción continúa siendo un asunto jurídico por desarrollar, en el que resulta imprescindible la cooperación de todas y cada una de las líneas intervinientes en el proceso de ataque contra este modo tan particular de delincuencia.

La comunidad internacional, a fin de combatir el fenómeno del blanqueo, viene preparado desde hace unos pocos años instrumentos tanto bajo los auspicios de Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, por ejemplo, el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos (resolución 51/59 de la Asamblea General), la Declaración de las Naciones Unidas contra el blanqueo y el soborno en las transacciones comerciales internacionales (resolución 51/191 de la Asamblea General) y las convenciones adoptadas por la Organización de los Estados Americanos, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y el Consejo de Europa.

Siguen realizándose importantes avances en investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, y sobre esta base se han elaborado diversos programas europeos (v.g. Grotius) y mundiales contra el blanqueo que cuentan esencialmente con dos elementos irrenunciables y principales: un componente de investigación y un componente de cooperación técnica.

El componente de investigación del programa permite establecer la base de conocimientos necesaria para formular y ejecutar medidas de cooperación técnica y consistirá de un estudio mundial del fenómeno del blanqueo y de los tipos y la eficacia de las medidas contra

el blanqueo. Tratará de los tipos principales dentro de este grupo de delitos, elabora un conjunto de indicadores sobre tendencias y medidas contra el blanqueo y se utilizará para examinar el grado de difusión del blanqueo y la eficacia de las medidas para combatirla.

Es importante que estos proyectos encuentren plasmación e interés por parte de las entidades públicas nacionales, así, a nivel nacional, la aplicación de las conclusiones facilitará también los análisis comparativos.

Un aspecto importante de estudio es el examen de la vinculación entre el blanqueo y la delincuencia organizada.

Habrían de establecerse bases de datos con la información reunida durante cada estudio, a la que se pueda acceder por medios electrónicos desde cualquier parte del mundo (como sucede con estudios recientes de Naciones Unidas).

Este componente de cooperación técnica debe ayudar a los Estados cooperadores a establecer o fortalecer su capacidad institucional para prevenir, detectar y combatir el blanqueo a nivel nacional e internacional con mayor solvencia de la obtenida desde el nacimiento de un problema tan grave. Recordemos que las expresiones relativas al blanqueo fueron utilizadas por primera vez en el ámbito judicial en los años '80 también en los Estados Unidos, oportunidad en la que se confiscó dinero supuestamente blanqueado del contrabando de cocaína colombiana.

La gravedad del problema se pone de manifiesto en la actualidad, utilizando como ejemplo la cocaína y heroína, hemos de recordar que el volumen físico del dinero producto de su venta es mayor que el volumen de la droga misma y, paradójicamente, desde el punto de vista material, resulta más fácil ingresar los estupefacientes a un país que sacar el efectivo por la venta del mismo.

El problema que surge es que los traficantes

no pueden invertir sin más el producto de sus actividades ilícitas, pues ello despertaría sospechas en las agencias de control. Por ello, la preocupación por el tráfico de lo generado por el narcotráfico, hace nacer con un nuevo enfoque de represión de estas conductas que consiste en concentrar la atención de las agencias de control sobre las ganancias y bienes (comiso) de los traficantes ante el evidente fracaso de las estrategias policiales tradicionales.

Para los narcotraficantes el problema es el volumen de dinero que manejan, puesto que casi todas las transacciones económicas que realizan son en efectivo de tal manera que deben explicar la procedencia de tan enormes sumas de dinero.

Partiendo de esta situación de riesgo en la que se encuentran, deciden contar con estructura de corte empresarial para poder introducir los beneficios en el sistema financiero o en el mercado de bienes y capitales de forma transitoria o permanente, con la finalidad de proporcionarles una apariencia o camuflaje de licitud para evitar el correcto ejercicio del control.

Por estas características deducimos que, a nivel nacional, puede resultar de ayuda revisar la legislación o replantearse su eficacia, establecer o fortalecer órganos de lucha contra el blanqueo, desarrollar medidas de prevención y capacitar a encargados de determinar políticas y a oficiales públicos.

A nivel internacional, procurar crear expertos de alto nivel, establecer mecanismos para asegurar la transparencia de los contratos del sector público y la responsabilidad por la lucha internacional contra el blanqueo mediante evaluaciones a cargo de expertos internacionales, promover instrumentos jurídicos internacionales y establecer foros internacionales sobre corrupción.

Las estadísticas internacionales consideran que a nivel mundial se blanquean cifras en torno al 5% del producto bruto mundial, proveniente del narcotráfico; pero es prácticamen-

te imposible realizar una estimación exacta, máxime si se baraja toda la gama de delitos incorporados en las legislaciones comparadas. No se debe olvidar que cualquier programa de apoyo y colaboración ha de tener plenamente en cuenta también todas estas actividades internacionales ya existentes, a fin de evitar la duplicación y poder fortalecer la cooperación. Entre las medidas tecnológicas a adoptar, para una colaboración óptima, habría que contar inicialmente con el desarrollo de una metodología para reunir datos e información sobre la delincuencia transnacional organizada. Dada la importancia de la lucha contra este tipo de criminalidad y los perjuicios que ésta causa cada minuto, se han de tomar medidas para ampliar archivos nacionales y supranacionales como el del Centro de información sobre la delincuencia organizada transnacional; así, deben continuar preparándose instrumentos de estudio sobre delincuencia organizada, que se ensayen primero con carácter experimental para que puedan resultar operativos muy pronto.

Un componente esencial de la labor de cooperación tiene que ver con las actividades para reforzar y ampliar relaciones de trabajo que vincule todo tipo de organismos implicados (estamos hablando aquí de organismos desde las judicaturas y policías nacionales hasta otros internacionales como los institutos de la red del Programa de la Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal, las entidades pertinentes de la Secretaría y el resto del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, etc.). De esta forma se tratará de dar impulso operacional a los objetivos y medidas, eliminar la duplicación, aprovechar de la mejor forma posible las competencias de cada institución y lograr una acción coordinada a todos los niveles operacionales.

Se intenta así asegurar la coordinación permanente de las actividades en todos los ámbitos, al estilo de lo que han conseguido ya el Centro y el Instituto Interregional de las Na-

ciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia, que fue reubicado para actuar como entidad de investigación en apoyo de la labor del Centro. Un buen ejemplo de esta relación de trabajo es la competencia conjunta respecto de programas mundiales contra el blanqueo y el tráfico de seres humanos y del proyecto para estudiar propiamente la delincuencia organizada.

Como ejemplo de esta forma activa de cooperación y de trabajo, el Instituto Europeo de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, afiliado a las Naciones Unidas, publicó en 1998 un documento titulado "Crime and Criminal Justice in Europe and North America: 1990-1994" (El delito y la justicia penal en Europa y América del Norte: 1990-1994), que contiene los resultados de un análisis innovador de las respuestas nacionales al Quinto Estudio de las Naciones Unidas sobre Tendencias Delictivas y Funcionamiento de los Sistemas de Justicia Penal realizado por el Instituto Europeo con el apoyo del Centro. El Instituto Europeo trabaja estrechamente con otros similares como por ejemplo el Instituto de Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, sus homónimos: Africano y Latinoamericano. Como parte de su labor, el Centro ha reforzado desde hace algún tiempo sus relaciones con asociaciones existentes y creando nuevas con diversas entidades con las que colabora sobre aspectos como la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego el contrabando de inmigrantes y el tráfico de mujeres y niños, etc.

A título informativo destacar que entre los organismos que colaboran en este sentido destacan algunos como diversos Institutos internacionales de Criminología, la Organización Internacional de Policía Criminal, la Asociación Internacional de Sociología, el Instituto Coreano Justicia Penal, el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg (Alemania), o el Instituto Nacional de Justicia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, entre otros.

En todo caso y más particularmente en materia de blanqueo, para luchar contra esta forma de crimen organizado previamente deben haberse investigado, siquiera sea someramente, los procedimientos de actuación del blanqueador: Partamos de que el blanqueo implica la acumulación de grandes volúmenes de dinero físico. Las cifras que mueve el narcotráfico en los distintos países son exorbitantes, inimaginables, en el caso de algunos países se trata de más del 90 % del Producto Bruto, ascendiendo a miles de millones de euros. Además, las personas que ejecutan las operaciones de blanqueo generalmente no están vinculadas directamente en la ejecución de la forma delictiva concreta (vg. de tráfico de drogas) que generó las ganancias susceptibles de ser “lavadas”.

La materialización de blanqueo de dinero se realiza en el cumplimiento de los requisitos y procedimientos administrativos que son establecidos para cualquier actividad comercial o financiera del medio donde se desarrolla el proceso económico.

Como ya señalamos al principio, el objetivo principal de reciclar dinero es ocultar la existencia, el origen o la aplicación de fondos ingresados ilegalmente, para que todo ello parezca legal. En cuanto a los métodos que se utilizan, estos dependen, como es el caso de toda ejecución delictiva, de los factores personales del sujeto activo.

No obstante, la doctrina, siguiendo una terminología usada por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) coincide en que este delito se desarrolla generalmente en tres etapas: colocación, estratificación (o intercalación, o diversificación, o conversión) y finalmente integración (o inversión).

Criminológicamente también se alude para explicar el blanqueo a los llamados modelos de “ciclos” utilizando un símil en comparación con los ciclos del agua (precipitación (producción del dinero en metálico); infiltración (pri-

mera forma de lavado); corriente subterránea (transformación interna en el seno del grupo de empresas ilícitas; lago subterráneo o desagüe (preparativos, habitual traspaso internacional primera fase de legalización); bombeo (lanzamiento financiero); etc.

Como hemos podido observar, los delincuentes están especialmente interesados en utilizar formas “legales”. Las técnicas utilizadas para ello abarcan desde las más sencillas que requieren de una única persona hasta las más complejas y originales (tiburones empresariales, etc).

VI. LOS PRÓXIMOS DESAFÍOS EN LA COOPERACIÓN Y LA LUCHA CONTRA ESTAS FORMAS CRIMINALES:

El cambiante entorno mundial requiere una reorientación estratégica de las actividades de lucha contra este tipo de delincuencia. Actualmente, con la caída de regímenes dictatoriales, el restablecimiento de las democracias y el creciente flujo mundial de comunicaciones, hay un ambiente más favorable para la aplicación de las normas y las reglas de prevención del delito y justicia penal.

Por otra parte, sin embargo, algunas de estas novedades tienen sus desventajas. Los propios mecanismos de democratización, los avances tecnológicos y la mundialización de los mercados y las comunicaciones también proporcionan oportunidades para que elementos antisociales planteen nuevas amenazas delictivas a las naciones y, por cierto, a toda la comunidad internacional. Esas nuevas amenazas, de las que son el futuro, el habrá –esencialmente– que afrontar dos retos principales, el primero consiste –como se afirmaba en su día desde Naciones Unidas– en mantener un sentido realista de lo que se puede lograr. Es fundamental que la Cooperación internacional, judicial, policial y, en general, institucional, sea eficiente en todas sus actividades y selectiva en la iniciación de nuevas tareas. El segundo reto es el de los recursos; desde hace tiempo los recursos de que se dispone en general para esta lucha son insuficientes. A menos que se pueda

asegurar una base de recursos más amplia y más estable se creará una importante laguna de credibilidad entre las peticiones de actuación de la sociedad en este ámbito y la capacidad real para atenderlas.

Para bajar a la realidad se han de presentar programas de lucha que resulten creíbles, con objetivos concretos y orientados hacia los resultados.

Corresponderá después a Instituciones supranacionales y a los gobiernos proporcionar los medios necesarios para mantener y aplicar dichos programas de prevención y lucha internacional contra delitos de corrupción en sus distintas modalidades.

Es de interés en principio acercar algo de la terminología criminológica para más adelante posibilitar el comentario en torno a estos vocablos, especialmente en relación la legislación española tratando de aportar –finalmente y desde una orientación criminológica– unas directrices político criminales de lucha contra este tipo de delincuencia.

De manera previa, debemos aclarar que los términos delincuencia organizada y delincuencia internacional, junto al de delincuencia extranjera, suelen confundirse en el lenguaje ordinario. Con carácter general, podemos

afirmar que no toda delincuencia organizada es internacional, ni que toda la internacional es organizada, siendo también esto válido para el concepto de delincuencia extranjera.

Con el término delincuencia organizada se define aquella delincuencia que, con independencia de la nacionalidad de sus integrantes, presenta cierto nivel de organización, tanto en su estructura de composición como en su funcionamiento, sujetándose a unas reglas más o menos rígidas y con un número de componentes variable¹.

A su vez, como características generales de la llamada delincuencia organizada se deben destacar:

a) Realizar la actividad por medio de un grupo o asociación criminal, es decir, a través de dos o más individuos "confabulados" para delinquir, por lo que no cabe hablar de delincuencia organizada ante comportamientos llevados a cabo por una sola persona física.

b) Carácter estructurado, esto es, esta clase de delincuencia ha de realizarse por un grupo "ordenadamente" distribuido con respecto a sus "actores" y "funciones".

c) Carácter permanente y auto renovable, lo que significa que el grupo debe tener vocación de continuidad.

¹ Según el apartado 4 del artículo 282 bis de la Ley procesal-penal española (Ley de Enjuiciamiento Criminal), introducido por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, que incorpora la figura del agente encubierto como medio de investigación, se considerará DELINCUENCIA ORGANIZADA la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. Español (CP).
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 CP.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico – arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP.
- d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 CP.
- e) Delitos de tráfico de especies de flora y fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 CP.
- f) Delito de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 CP.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 CP.
- h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 CP.
- i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del CP.
- j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

d) Carácter jerarquizado, pues las relaciones orgánicas de estos grupos criminales no se mueven en un plano horizontal, sino vertical. Existen "jefes" o "patrones", "lugartenientes", miembros de base (llamados de "tropa"), etc.

e) Validez de la disciplina y la coacción con los propios miembros, lo que significa que los infractores de las reglas de la organización son severamente castigados y el quebranto de la "ley del silencio" puede acarrear incluso la muerte.

f) Utilización de toda clase de medios (legales e ilegales) frente a terceros, sirviéndose de la ley cuando puedan sacarle provecho, e infringiéndola frontalmente cuando se opone a sus propósitos.

g) Por último, en cuanto a sus objetivos, por lo general son de tipo económico, aunque en ocasiones cabe la búsqueda de fines de intencionalidad sociopolítica, como en el caso del terrorismo (aunque casi siempre hacen converger los propósitos económicos y sociopolíticos).

A su vez, se suelen distinguir dentro de la delincuencia organizada tres formaciones: grupo organizado, banda organizada y organización criminal.

Con la denominación grupo organizado se hace referencia a la asociación de delincuentes, en número no determinado, pero más bien pequeño, en los que la unión es esporádica para la comisión de uno o varios hechos delictivos proyectados. Suelen surgir en barriadas de las grandes ciudades o por conocimientos que se hacen en las propias cárceles².

La banda organizada presenta unas características coincidentes en algunos aspectos con el grupo organizado, si bien aparece con niveles más altos de organización, con una estabilidad más marcada en cuanto al tiempo de permanencia de sus miembros en la misma y más cohesión entre ellos³.

La banda organizada podría considerarse una organización criminal que integra a varios grupos organizados, con dirección única jerarquizada, que controla sus acciones, a través de los jefes o responsables de estos grupos.

Aunque la finalidad delictiva sea única, desarrollan diferentes especialidades delictivas para conseguir sus fines. Así, una banda dedicada a la defraudación a través de medios de pago, puede disponer de grupos que se encargan de las sustracciones de carteras para proveerse de documentos de identidad y tarjetas de crédito, otros encargados de la falsificación,

² El grupo organizado presenta las siguientes características:

- a) Escaso nivel de organización.
- b) Sus integrantes, en general, son jóvenes.
- c) Se trata de una delincuencia muy peligrosa, por falta de preparación ante situaciones difíciles y peligrosas para ellos mismos.
- d) Empleo de violencia innecesaria, como consecuencia de lo anterior.

³ Sus características son las siguientes:

- a) Un fin delictivo único, referido a una sola especialidad delictiva, aunque presentan gran capacidad para cambiar a modalidades criminales más propicias.
- b) El nivel de organización es más definido que en el grupo, requiriéndose un "historial profesional", conocido a nivel policial o no, para formar parte de ella.
- c) Sometimiento a códigos de conducta estrictos, para evitar delaciones y traiciones (a veces dan lugar a ajustes de cuentas).
- d) La estructura suele ser rígida y jerarquizada, tanto a niveles de dirección como de mandos intermedios, y al igual que en el grupo, aparece un jefe o responsable de la misma con plenos poderes.
- e) Sus miembros son generalmente extranjeros, aunque pueden admitir en su seno a delincuentes españoles.
- f) Sólo utilizan la violencia cuando sea estrictamente necesaria.

otros de la negociación fraudulenta en Bancos y oficinas de crédito (pasadores), etc. Estos grupos, a veces desconocen quienes componen la dirección de aquélla, dato que sólo es conocido por el jefe del mismo.

Por último, la denominación organización criminal, en la que se verían incluidas las organizaciones "mafiosas", integra a varias bandas organizadas.

Dentro de estas organizaciones criminales podemos incluir las "mafias" italianas (la "Camorra", la "Ndrangheta" y la mafia "siciliana"), las "triadas" o mafias chinas, los "Boryokudan" (japonesas) y, hoy en día, también la mafia Rusa.

Sus características son coincidentes con las de la banda organizada, con diferencias en el superior nivel de organización, número de componentes y variedades delictivas⁴.

Respecto al concepto de Delincuencia internacional, hemos de señalar que este tipo de delincuencia integra delinquentes con capacidad y posibilidad de operar en diferentes países.

Por ello pueden ser considerados delinquentes internacionales tanto los nacionales como los extranjeros, aunque son estos últimos los que –en la práctica– tengan esta consideración.

Individualmente considerados, estos delinquentes presentan grados de profesionalización superior a la media de la delincuencia española, profesionalización que comprende una eficacia en sus acciones delictivas, un conocimiento de la legalidad vigente que les permite saber hasta donde puede llegar la actuación policial y en ocasiones la utilización de procedimientos refinados y novedosos que incorporan nuevos "modus operandi" a los archivos policiales.

Cuando la delincuencia internacional aparece como organizada se dan todas las características anteriormente apuntadas. Afortunadamente, todavía en España la delincuencia nacional no ha alcanzado, en términos generales, los niveles de organización que caracterizan a esta última, aunque se perfilan ciertos atisbos de la misma por influencia de la extranjera asentada en España.

La situación actual⁵ de la delincuencia organizada en España presenta entre sus principales características:

a) la actividad delictiva mayormente practicada por los grupos criminales organizados en España es el tráfico ilegal de drogas. Sin ninguna duda, entre las actividades que se pueden destacar son: el blanqueo de dinero, la falsificación y defraudación con medios de

⁴ Podríamos resumirlas en las siguientes:

- a) Dirección única jerarquizada, pero con mayor número de responsables intermedios y disciplina rígida.
- b) El beneficio nunca va a repartirse entre los ejecutores; éstos reciben ayuda económica por su trabajo o pertenencia, ayuda que se extiende a sus familiares en el caso de detención, así como asistencia jurídica.
- c) Infraestructura capaz de realizar inversiones en negocios legales (lavado de dinero), para lo que cuentan con expertos financieros y hombres libres de toda sospecha delictiva que puedan realizarlas.
- d) Disponen de personas pertenecientes a las grandes esferas del poder, al que corrompen para someterlo a las directrices de la organización.

⁵ Históricamente, la aparición en España de la delincuencia organizada que, por extensión, incluye a la internacional, se puede situar en la segunda década de los años setenta, debiéndose señalar dos razones para justificar este fenómeno:

- Por un lado, el auge del turismo en España, que hace surgir grandes negocios en las zonas costeras principalmente, con asentamiento de capitales y todo lo que ello conlleva.
- Por otro, y quizá más importante, el cambio político, el paso de una dictadura a una democracia, que asegura libertades y respeta derechos, influye de manera decisiva en este tipo de delincuencia, consciente de los reajustes que han de producirse en el país hasta que se adapten los medios de investigación a la legalidad vigente.

pago, el tráfico ilícito de automóviles y armas, robos, falsificación de moneda, delitos relacionados con la prostitución e inmigración ilegal y receptación.

b) Suelen utilizar empresas legales como medio para desarrollar sus actividades, así como vehículos de todo tipo, propiedades inmobiliarias y telefonía móvil.

c) Frecuentemente actúan sobre la base de la violencia, bien intragrupal (dentro del propio grupo criminal), intergrupar (ejercida por un grupo contra otros grupos o personas pertenecientes al mundo criminal) o extragrupal (sobre personas ajenas al mundo de la criminalidad).

d) En algunos casos se ha detectado la influencia –mayor o menor, según los casos– con Instituciones tanto públicas como privadas.

En España se han implantado en los últimos años, de forma progresiva y preocupante, organizaciones criminales de muy diverso signo,

cuya actividad delictiva ha girado de forma preferente en torno al tráfico ilegal de drogas, así como el blanqueo de dinero procedente de este tráfico, que también se ha desarrollado de forma muy significativa⁶.

En el futuro, merecen especial atención, debido al incremento que han tenido, las organizaciones de carácter netamente nacional. Hasta hace pocos años, el papel del delincuente español integrado en organizaciones criminales era secundario, pero en la actualidad se puede afirmar, como novedad, que la delincuencia organizada española ha evolucionado, desgraciadamente, tanto profesional como organizativamente.

Otras organizaciones criminales que generan problemática futura son los grupos italianos de carácter mafioso, las redes de delincuente chinos y los grupos procedentes de Rusia y del este de Europa, cuyas tendencias delictivas se vienen manifestando –vinculadas también al blanqueo de dinero– en el tráfico de drogas,

Todo ello, unido a que una parte importante de delincuencia –esencialmente sudamericana– se asentó en España, huyendo de la persecución de la que era objeto en países con regímenes totalitarios y a la facilidad en los desplazamientos, origina la avalancha que a partir de finales de los años setenta se apreció en España

Por nacionalidades, los argentinos, italianos y uruguayos dominaban los robos con violencia (atracos), los colombianos fueron considerados "apartamentistas" (especialistas en robos en domicilio), los chilenos expertos carteristas, los franceses en robos con violencia y proxenetismo, los portugueses en todo lo relacionado con la falsificación, los yugoslavos en robos con fuerza en domicilios (con la participación en los mismos casi siempre de menores), los alemanes en proxenetismo y los asiáticos en tráfico de drogas. Por zonas, los sudamericanos se asentaban en las grandes ciudades y costa mediterránea, los franceses en la costa brava y los alemanes en las Islas Baleares y Canarias

⁶ Las zonas geográficas que más frecuentan las organizaciones criminales en España son la Costa del Sol y el resto de Andalucía, la costa levantina, la Costa Brava, Galicia, Cantabria y Zaragoza. No obstante, los lugares de asentamiento preferido se centran en las grandes capitales de provincia, destacando Barcelona, Valencia, Madrid, La Coruña y Málaga.

tráfico ilícito de vehículos, prostitución e inmigración ilegal y, sobre todo, en el ámbito de la trata de blancas⁷.

Como solución de este breve análisis criminológico, debemos apuntar ahora una serie de formas de afrontar el problema de esta delincuencia (y similares) desde el punto de vista político criminal y preventivo: se trata de medidas jurídicas, técnicas y sociales, de las cuáles habrá que iniciar algunas y consolidar las que ya se han conseguido poner en marcha. Entre las medidas de carácter jurídico, habría que intervenir mediante distintas soluciones como:

- Que cada Estado actualizase y coordinase la incriminación las conductas de "blanqueo" de fondos.
- Aportar soluciones político criminalmente correctas y modernas al problema de la responsabilidad penal de las "sociedades" (personas jurídicas).
- Favorecer más directamente a las instituciones financieras la puesta en conocimiento de

las autoridades competentes las sospechas, racionalmente fundadas, sobre determinados fondos depositados en ellas y que favorecen sospechas racionales de un origen criminal.

- Tipificación más correcta y clara de las conductas punibles, con sanciones administrativas y penales más eficaces⁸ y no necesariamente más duras.

Las medidas técnico-operativas, a nuestro entender, habrán de comprender:

- Inversión en implantación de programas destinados a obstaculizar las operaciones de lavado.
- La orientación a las entidades financieras sobre las formas más frecuentes de blanqueo de fondos de origen delictivo, así como sus modos de actuación.
- Apostar definitivamente por una Agencia Central de alta informatización solvente, a la que los Bancos y demás entidades financieras

⁷ Ya en nuestros días, señalaremos que, el número de los delitos socioeconómicos y contra el patrimonio conocidos en las estadísticas del 2000 en España ascendió a 813.467 (destacan, por este orden, los robos con fuerza en inmuebles (239.896), los robos con fuerza en vehículos (192.226), el robo y hurto de uso de vehículos a motor (138.961), los robos con violencia o intimidación (100.716) y los hurtos (83.476); entre los 813.467, 54.981 comprenden figuras delictivas relativas a extorsión, usurpación, ocupación de inmuebles, estafas, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico, insolvencia punible, alteración de precios en concursos y subastas, daños, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios, receptación y otras figuras afines al blanqueo de capitales.

Es destacable que, en su conjunto, esas infracciones penales (patrimoniales y socioeconómicas) han disminuido un 5,52% en relación al año anterior; si bien el grupo de delitos vinculado al "blanqueo" sólo disminuyó respecto al pasado año en un 3,48%, siguiendo la tónica de años anteriores.

⁸ A propósito de las sanciones criminales en el ámbito de estas formas de criminalidad, escribe BERISTAIN que algunos tratadistas, principalmente entre los sociólogos, opinan que, éticamente hablando, la respuesta a las infracciones en el terreno económico debe limitarse a las sanciones civiles y administrativas sin entrar en lo penal. Por tanto, la autoridad judicial no debe intervenir, pues basta la actuación de los individuos privados quizás reunidos en grupos (asociaciones de vecinos, asociaciones de consumidores, etc.), o acudiendo a instituciones gubernamentales o para-gubernamentales. La sanción penal debe o debería tender a desaparecer en un futuro más o menos próximo, pero en las circunstancias actuales posee fundamento ético suficiente, pues, ante el fracaso de otros medios, en casos de verdadera necesidad el Juez Penal se ve obligado a actuar como "ultima ratio" para evitar que impere la ley del más sinvergüenza, sin las garantías personales del proceso penal, es decir, algunas acciones penales en el Derecho Penal Económico son lícitas porque mientras no cambien mucho las circunstancias sociales y jurídicas de hoy, resultan indispensables y eficaces.

habrían de comunicar todas las transacciones nacionales e internacionales de capitales a partir de una determinada cantidad.

- Reducción de las transacciones en metálico.
- Reforzar la cooperación internacional, intercambiando información en torno a las operaciones más llamativas efectuadas con toda clase de divisas, a través de los respectivos Bancos Centrales.
- Implantar los mecanismos necesarios para luchar por mayores garantías de seguridad informática⁹.
- Inversión en las Unidades de Policía especializadas en la investigación de estos delitos y actualización permanente adecuada de su personal.

Por último, señalar algunas medidas sociales internas o intrasocietarias, es decir, aquellas que han de ser tomadas espontáneamente por las entidades financieras, pueden mencionarse:

- Posibilidad de clausurar cuentas con respecto a clientes sospechosos de actuar en ilícitos reciclajes, aunque el ordenamiento nacional esté al margen de estas cuestiones.
- Poner en acción programas de lucha contra el blanqueo de capitales, mediante controles internos y formación de los empleados, como emisión de circulares (para el personal de entidades bancarias y empresas interesadas) en orden a una mayor colaboración con las autoridades y agentes encargados de prevenir y reprimir esta clase de delitos.

VII. CONCLUSIÓN

Hemos tratado de plantear algunos aspectos históricos, conceptuales y criminológicos del

Blanqueo de dinero y de la delincuencia a la que se vincula, entendiendo que para encontrar una solución práctica a estos problemas, en primer lugar habría que avanzar en la decisión política de asignar recursos humanos, económicos y legales necesarios para elaborar programas de prevención y represión del mismo.

Las operaciones de blanqueo de dinero están alcanzando magnitudes escandalosas, revelando extensas redes en las que -por su rentabilidad, como indica García Fajardo- participan grandes Bancos, Empresas e incluso Gobiernos.

El valor del patrimonio decomisado en España por operaciones policiales contra el blanqueo en el pasado año supera, según información de junio de 2008, los 4.000 millones de euros, una cifra que es 100 veces superior a la registrada en el año 2000.

España es el país de Europa con más factores de riesgo en la lucha contra el lavado de dinero¹⁰.

Así pues, el blanqueo se convierte en un eslabón fundamental de la cadena criminal, de tal forma que, si el dinero sucio no pudiera utilizarse legalmente, la propia rentabilidad del delito disminuiría. Por ello, combatir el blanqueo puede resultar un paso decisivo en la lucha contra la delincuencia global.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M. – SANCHEZ STEWART, N., *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

ABEL SOUTO, M., *El delito de blanqueo en el código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Edito-

⁹ Esencialmente de ordenadores y de tarjetas de crédito.

¹⁰ Hay síntomas que desvelan la magnitud del problema: uno de ellos, es la proliferación de billetes de 500 euros en nuestro suelo: un tercio de todos los que circulan en la UE.

rial Bosch, Madrid, 2005.

ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ÁLVAREZ PASTOR, D., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., – FABIAN CAPARRÓS, E.A., *La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español*, en NÚÑEZ PAZ, M.A. (Ed.), UN DERECHO PENAL COMPROMETIDO, LH AL PROF. GERARDO LANDROVE DÍAZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 3ª Ed., 2012.

BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales: (estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, Comares, Granada, 1998.

DEL CERRO ESTEBAN - BLANCO CORDERO, Blanqueo de Capitales, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año 60, N° 2015 (Ejemplar dedicado a: la armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa), 2006

DEL CID GÓMEZ, J.M., *Blanqueo Internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Ed. Deusto, Barcelona, 2008.

FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Cólex, Madrid, 1998.

GARCÍA FAJARDO, J.C., El blanqueo de dinero en España, 2008 (puede consultarse en el blog personal del autor: <http://nesemu.blogia.com/2006/060402-el-blanqueo-de-dinero-en-espana.php>).

HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia económica al amparo del fenómeno de la droga*, BIMJ, n.º 1522, 1989.

LLOBET RODRÍGUEZ, J., *El lavado de dólares producto del narcotráfico*, Iustitia, n.º 38, 1990.

MARTÍN BARBERO, I., *Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera*, en Boletín Económico Ice, n° 2808; mayo-junio de 2004.

MILITELLO, V., *Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías*, Trad. Cristina Méndez Rodríguez, Universidad de Salamanca (ejemplar dactilografiado).

MUÑOZ CONDE, F., Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, en ABEL SOUTO, M. – SANCHEZ STEWART, N., I Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

NANULA, G., *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici. Strutture di coordinamento. Legislazione vigente*, Giuffrè, Milano, 1992.

NÚÑEZ PAZ, M. A., *Tipologías criminales de blanqueo: técnicas de comisión*, en ABEL SOUTO, M. – SANCHEZ STEWART, N., II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011

NÚÑEZ PAZ, M. A., *Mercado internacional y corrupción*, en *Corrupción en el sector privado / Korupcja w sektorze prywatnym*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Varsovia (Polonia), 2004.

NÚÑEZ PAZ, M. A., *Criminología y grupos organizados. Una aproximación al problema de la Mafia Rusa*, en “Serta” Libro-Homenaje a Alessandro Baratta, Universidad de Salamanca, 2004.

NÚÑEZ PAZ, M. A., *Delincuencia organizada y blanqueo de dinero. Algunos aspectos criminológicos*, en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. 2, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2003

PANIZO GONZÁLEZ - MARTÍN LÓPEZ DE LOS MOZOS, *Blanqueo de fondos de origen ilegal*, Dirección General de la Policía, Comisaría General de Policía Judicial, Madrid, 1991.

PASTOR, S., *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989.

PRADO SALDARRIAGA, V., *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y banca-*

rio en el Perú, IDEMSA, Lima, 1994.

SAVONA, E., *Mafia Issues. Analyses and Proposals for Combatting the Mafia Today*, International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme (ISPAC), Milano, 1993.

RUIZ VADILLO, E., *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura*, en BIMJ, n.º1641.

TONDINI, B.M., *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*, Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Derecho Internacional, Buenos Aires, 2005.

INTERDISCIPLINARIA

LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO*

Francisco MUÑOZ CONDE**

1. En 1962 cuando el entonces joven penalista Claus Roxin recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la “autoría mediata por dominio de un aparato de poder” como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacionalsocialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de Roxin de que en los pocos casos de este tipo juzgados por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en una época en la que la jurisprudencia alemana seguía aferrada a una teoría subjetiva de la participación, según la cual lo importante no era la intervención material en el hecho delictivo, sino el ánimo o voluntad con la que se actuaba, de forma tal que si el sujeto que llevaba a cabo el hecho delictivo lo hacía siguiendo las órdenes impartidas por otro y no en su propio interés, es decir, con lo que se denominaba con la expresión latina “*animus socii*”, todo lo más podía responder como mero cómplice con las consecuencias que ello representaba en orden a la aplicación de una pena, que conforme al Código penal alemán puede ser en casos de delitos graves una pena de prisión de escasa duración que podía incluso ser suspendida condicionalmente.

Tras la permanencia de esta vieja jurisprudencia que perduró todavía mucho tiempo después de la II Guerra Mundial estaba, aunque no se reconociera expresamente, la idea, no creo que inocente, de elaborar y liquidar el pasado nacionalsocialista de muchos de los que habían intervenido directamente en los atroces hechos que durante el régimen nacionalsocialista dieron lugar al Holocausto y al asesinato de millones de personas en los Campos de Exterminio, haciendo borrón y cuenta nueva, aplicando, en los pocos casos en que se aplicaron, penas meramente simbólicas que ni siquiera llegaron a ser cumplidas.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que Roxin escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el “caso de Adolf Eichmann”, un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlín a principios de los años cuarenta, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el transporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación, etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto durante va-

* Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional “Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales”, celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012. Publicado originalmente en *Revista Penal*, Nº 31. - Enero 2013.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide, España.

rios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichman, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el transporte a los Campo de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad. Parece, pues, lógico que en aquel ambiente de olvido intencional, de amnesia, que se pretendía que fuera colectiva, del pasado nacionalsocialista, el artículo de Roxin no tuviera muy buena acogida y fuera rechazada su publicación por la revista *Juristenzeitung*. En el fondo, se trataba también de una forma especial, jurídicamente refinada, de “elaboración del pasado”, bien negándolo, bien minimizando su importancia.

Hubo que esperar hasta 1994, tras la caída del Muro de Berlín y la consiguiente Reunificación alemana, para que la jurisprudencia alemana, en una sentencia del Tribunal Supremo condenara a los ex dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los asesinatos de quienes durante la etapa de la Guerra Fría intentaron pasar a la República Federal de Alemania saltando el Muro que dividía la ciudad de Berlín y cayeron acribillados por los disparos de los Guardias fronterizos, que obedecían las órdenes que les daban sus superiores. Para fundamentar esta condena, el Tribunal Supremo alemán recurrió por primera vez en su historia a la teoría que Roxin había expuesto treinta años antes, aban-

donando la teoría subjetiva de la participación, admitiendo que además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania.

En este cambio jurisprudencial se trasluce sin duda algo más que un mero cambio en la elaboración dogmática de la teoría de la autoría. Cualquier que sea la opinión que se tenga ahora respecto a la tesis de la autoría mediata propuesta por Roxin, no cabe duda de que en esta nueva orientación jurisprudencial se reflejaba también una forma de “elaboración jurídica del pasado” diferente a la que se había realizado en los años sesenta en relación con el pasado nacionalsocialista. La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana. Mientras tanto, la teoría de Roxin, como tantas otras de sus construcciones y de otros autores representativos de la Dogmática alemana, no sólo había trascendido del ámbito alemán a los de otros países cuya doctrina está especialmente vinculada a la Dogmática alemana, sino también a algunas decisiones jurisprudenciales de los tribunales de estos países que la han utilizado como un medio especialmente idóneo para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes dictatoriales que dominaron en esos países, y también como un instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Pionera en esta dirección fue ya una trascendente decisión de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires¹ en la que se conde-

¹ Fallos CS tomo 29, I-II, p.36-1657. El texto de esta sentencia y la de la Corte Suprema citada en nota siguiente, se puede ver en Internet <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>, con índices elaborado por el Equipo Nizkor. Agradezco a Verónica Yamamoto su valiosa ayuda en la búsqueda del material jurisprudencial, legal y doctrinal argentino en relación con este tema.

nó a los máximos responsables de la Dictadura argentina, bajo cuyo mandato se cometieron graves violaciones de derechos humanos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones y adopciones ilegales de los hijos de las personas asesinadas.

Efectivamente, con fecha 9.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejercito, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos miembros de grupos radicales de izquierda opuestos a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986², aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

Independientemente de los avatares que lue-

go se sucedieron y que motivaron que los condenados en estas resoluciones judiciales consiguieran librarse de las largas penas privativas de libertad a las que fueron condenados, en base a una discutida "Ley de Punto Final" que veinte años más tarde fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema³, interesa ahora analizar desde el punto de vista dogmático los criterios en que se apoyaron los mencionados tribunales para fundamentar sus sentencias condenatorias, tanto en el caso del Tribunal Supremo alemán, como en el del Tribunal argentino.

Tratándose, como suele ser habitual en estos casos, de sujetos que no intervinieron directamente en la fase ejecutiva de los crímenes de los que eran acusados, lo primero que se plantearon entonces los Tribunales argentinos que juzgaron el caso, fue si las concepciones tradicionales sobre la autoría dominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentina en aquella época eran aplicables a este tipo de casos.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según la cual, autor sólo es quien realiza o interviene directamente en la

² Fallos CS, tomo 39 II, p.1689-1923. Sobre estas sentencias y sus fundamentos jurídicos véase SANCINETTI, Marcelo. Derechos humanos en la Argentina posdictatorial, 1988; SANCINETTI, Marcelo/ FERRANTE, Marcelo. El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Buenos Aires, 1999; NINO, Carlos. Juicio al mal absoluto, prólogo de Raul Alfonsín, Buenos Aires 2006 (traducción del original en inglés, *Radical evil on trial*, 1996); MAIER, Julio, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107, 1995, p.146 ss.; DONNA, Edgardo Alberto. El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid 2001, p.545 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. Derecho penal, Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, 2002, p.779 s.

³ Al respecto, véase MALAMUD, Jaime. *Game without end*, Oklahoma 1996; NINO, Carlos, Juicio al mal absoluto, a. cit., 261 ss.; y los trabajos de PARENTI, Pablo. *La persecuzione penali di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina. A 25 anni dal ritorno della democrazia*; MALARINO, Ezequiel. *Il volto represivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 13 de agosto 2005 nel caso Simón*; PASTOR, Daniel. *Processi penali sólo per conoscere la verità? L'esperienza argentina; en Il superamento del passato e il superamento del presente, La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di Emanuela Fronza e Grabele Fornasari, Università degli Studi di Trento, 2009.

ejecución del delito⁴. Con este concepto no cabe duda que quedan fuera del ámbito de la autoría los que preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito, sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa para esta concepción de la autoría que estos sujetos queden impunes o se benefician de una menor punibilidad, pues, como en otros muchos Códigos penales, también en el art.45 del Código penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor, al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual, y al cooperador necesario, es decir, a los que cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que finalmente tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias⁵.

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena, tanto el inductor, como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que el que ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención

en la realización de un delito que tienen diferente naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesoria, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, que incluso puede cometer un delito distinto, de mayor o menor gravedad que la del delito al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo⁶.

Por otra parte, mucho de los casos llamados de “inducción” no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito, aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría me-

⁴ En el Fundamento séptimo la sentencia de la Cámara Federal argentina se hace una exposición de esta teoría y se citan los autores que en aquel momento la mantenían en la doctrina penal argentina (SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Bs. As., 1978, t. II, p. 244; NÚÑEZ, Carlos. Derecho Penal Argentino, Bs. As., 1960, t. II, p. 280; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Bs. As., 1966, p. 414; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito Bs. As., 1980, p. 501; TERÁN LOMAS, Roberto. Derecho Penal, Bs. As., 1980, t. II p. 147; FIERRO, Guillermo. Teoría de la participación criminal, Bs. As., 1964, p. 211); aunque acto seguido reconoce que un sector más moderno asume la teoría del dominio del hecho, citando a este respecto a BACIGALUPO, Enrique. La noción de autor en el Código Penal Bs. As., 1965, p. 45; TOZZINI, Carlos. El dominio final de la acción en la autoría y en la participación, en Revista de Derecho Penal Criminología 1968 N° 3, p. 81; HERRERA, Lucio Eduardo. Autoría y participación, en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, N° 3, p. 342; SIERRA, Hugo M. La autoría mediata, en La Ley 1978-B-789; ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal Bs. As., 1982, t. IV, p. 305). Sobre las distintas concepciones de la autoría, véase DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho penal penal, Barcelona 1991.

⁵ Dice así el art.45 del Código penal argentino: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. Para más detalles véase infra 3.

⁶ Sobre estos supuestos de desviación entre el inductor y el inducido, véase GÓMEZ RIVERO, Carmen. La inducción a cometer el delito, Valencia 1995.

diata (“mittelbare Täterschaft”), aplicando la teoría del “dominio del hecho”, que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción⁷.

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata

de una participación meramente secundaria o accesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español⁸, se le castigue expresamente con la misma pena que al autor ejecutor, y que, bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa “necesidad”, implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

Por todo ello y aplicando la teoría del dominio del hecho, que fue elaborada conforme a los postulados de la teoría final de la acción

⁷ La figura de la autoría mediata ha tenido general acogida en la doctrina penal de habla española e incluso expresamente en los Códigos penales de muchos países latinoamericanos. En el art. 28 del Código penal español de 1995 se dice expresamente que es autor, además del autor directo y el coautor, quien realiza el hecho “por medio de otro del que se sirve como instrumento”.

⁸ La figura de la cooperación necesaria se recoge en el art.28, b) del Código penal español, que también considera autores, además de al inductor, a “los que cooperan a su ejecución con un acto con un acto sin el cual no se habría realizado”. Esta ampliación del concepto de autor, incluyendo la figura de la cooperación necesaria junto con la de la inducción, ha llevado a un sector de la doctrina española a decir que la misma no es propiamente autoría en sentido estricto; aunque algún sector considera que si el cooperador necesario interviene luego en la fase ejecutiva sí puede considerársele como coautor; véase, por todos, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. La responsabilidad penal del coautor, Valencia 2001. En mi opinión (cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. en Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., Valencia 2010, p.438.), la cooperación necesaria puede también constituir coautoría, definida en el art. 28 1. como realización “conjunta” del hecho, en la medida en que implique un dominio funcional del hecho en base a un reparto de roles, en el que unos realizan actos ejecutivos y otros de preparación u organización, conforme a un plan previamente acordado. En mi opinión, la otra forma de cooperación necesaria a que se refiere expresamente el art. 28 b) del Código penal español, y que por tanto no entra en el concepto de coautoría, sólo es aplicable a casos aislados en los que sin concertación previa y sin un plan previamente establecido entrega, por ejemplo, un arma a quien en ese momento está metido en una pelea con otro contendiente al que mata con esa arma. En este supuesto el cooperador necesario recibe también la misma pena que el ejecutor, pues igualmente se le considera autor, pero su contribución no puede calificarse de coautoría, al faltar el primer requisito de la misma: el acuerdo previamente establecido conforme a un plan entre los distintos intervinientes.. La cooperación no necesaria constituye sólo complicidad, definida en el art.29 del Código penal español como la cooperación “a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, que no se hallen comprendidos en el artículo anterior (es decir, en el art. 28). La pena aplicable al cómplice es, conforme dispone el art.63 del Código penal español, “la inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”. De ahí que en la práctica, el problema principal que se plantea en la jurisprudencia española sea la distinción entre autores y cómplices, y no la inclusión de una determinada participación en el delito en alguna de las formas de autoría previstas en el art.28. Sobre los distintos criterios utilizados en la doctrina y jurisprudencia para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, véase LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La complicidad en el delito, Valencia 1997; PÉREZ ALONSO. La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, Granada 1996.

por el penalista alemán Hans Welzel⁹, y luego desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se ha llegado ahora a una concepción de la autoría propiamente dicha, que distingue tres clases o formas de aparición de la misma: la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; siendo común a todas ellas que los sujetos que pueden incluirse en alguna de estas categorías tienen un efectivo control o dominio sobre la realización del delito, aunque en algunos casos, como principalmente sucede en la autoría mediata, pero también según mi concepción¹⁰, en la coautoría, no intervengan directamente en la ejecución del mismo.

Fuera del concepto de autoría propiamente dicha quedan otras formas de intervención en el delito, calificadas como participación, en la que los sujetos, aunque pueden ser castigados con la misma pena que el autor propiamente dicho, no dominan la realización del delito, quedando su participación supeditada a lo que hagan el autor o autores propiamente dichos. Estos casos de participación en el delito que no son de verdadera autoría, son la inducción y la complicidad.

Actualmente, la distinción entre las diversas formas de autoría y la participación en el delito es generalmente aceptada en la doctrina alemana y en la de otros muchos países de su

área influencia (principalmente España, Portugal y la de casi todos los países latinoamericanos), aunque dentro de la misma se han ido desarrollando variantes y correcciones que sin cuestionar la distinción de referencia, profundizan y matizan estos conceptos. Una de las aportaciones más importantes realizadas en los últimos cincuenta años por la Ciencia penal alemana en esta materia fue sin duda la fundamental y genial aportación de Claus Roxin, quien en su obra de principios de los años 60 del siglo pasado sobre Autoría y dominio del hecho, trazó nuevos caminos para fundamentar la autoría en general, y especialmente en los supuestos que constituyen el objeto principal de nuestra contribución, para determinar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por crímenes cometidos dentro de un sistema o aparato de poder por sus subordinados.

2. LA TESIS DE ROXIN.

Como se acaba de decir, en 1963, Claus Roxin acuñó, en su obra "Täterschaft und Tatherrschaft" su teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados¹¹. Y todavía en el mismo año, escribió un artículo, que en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la Revista Juristenzeitung y publicado posteriormente

⁹ Las primeras referencias a la misma se encuentran ya en su artículo, Studien zum System des Strafrechts, publicado en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 58, 1939, p.491 ss., posteriormente fue acogida y matizada en su Lehrbuch des Strafrechts, hasta su última edición, la 11, 1969.

¹⁰ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, Parte General, cit..

¹¹ Cfr. ROXIN. Täterschaft und Tatherrschaft, 1ª ed. 1963, pp. 242 ss. (esta primera edición es la que se toma aquí como referencia y punto de partida de los siguientes comentarios) (Esta obra ha alcanzado ya 8 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Autoría y dominio del hecho, Madrid 2000).

en el *Goltdammer's Archiv*¹².

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos¹³. Para poder superar estas dificultades, Roxin desarrolla una nueva concepción de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo admite esta

figura cuando el sujeto que ejecutar el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice,

¹² Cfr. ROXIN. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, *Goltdammers' Archiv*, 1963, pp. 193-207 (véase la versión al inglés de este artículo contenida en *Journal of International Criminal Justice*, tomo 9, num, 1, 2011, en el que se recogen además diversos comentarios de distintos autores sobre la aplicación de esta teoría por los Tribunales penales nacionales e internacionales). Posteriormente, Roxin ha publicado varios artículos en el que actualiza y en parte matiza algunas de las tesis mantenidas en su primer artículo; véase, por ejemplo, su contribución *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, en *Festschrift für Grünwald, Bader-Baden* 1999, p.549 ss. De este trabajo hay una versión traducida al español, véase ROXIN. en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Huelva 1999, p. 91 ss. También hay otro trabajo posterior de ROXIN. *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, en *Revista Penal*, 2006. Algunas de estas traducciones al español se han publicado también en diversas revistas especializadas en diversos países latinoamericanos. Para una exposición resumida de la tesis y de las opiniones divergentes a la misma, véase ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, p. 17 ss. Más recientemente, 2012, ha publicado un nuevo artículo en la revista *Goltdammer's Archiv*, en el que además de mantener la tesis originaria ya expuesta cincuenta años en la misma revista, responde a las críticas que contra la misma se han formulado en estos años, véase ROXIN. *Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, p.395 ss. Según el mismo Roxin menciona este artículo ha sido traducido al español y publicado en diversas revistas de Argentina, Perú y Colombia, a las que no he tenido acceso.

¹³ *Täterschaft*, p. 243: “Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse adecuadamente únicamente con los criterios del delito individual (). De aquí que se deduzca que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se les contempla como fenómeno global. (). Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual”.

aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho¹⁴, Roxin argumenta con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para com-

prender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin intervenir directamente en la ejecución material del

¹⁴ Cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij (en este caso se condena como cómplice al Agente del Servicio secreto soviético que mató a otro con una cerbatana envenenada, considerando que meramente actuaba siguiendo las instrucciones de dicho Servicio secreto y no en propio interés). Según la teoría subjetiva, dada la equivalencia causal de todas las contribuciones en la realización de un delito, la diferenciación entre autoría y participación debe hacerse según la intención o ánimo que tuviera el sujeto en cuestión; si ésta era la de ser autor (*animus auctoris*) entonces el sujeto se consideraba autor; pero si su intención era la de ser mero partícipe (*animus socii*) entonces el sujeto sólo podía ser considerado como partícipe y dentro de esta categoría incluso como mero cómplice (para una exposición de esta teoría véase ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil* cit., tomo II, p. 14 s.). Esta teoría es criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer, por ejemplo, la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó, sin embargo, que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase la crítica a esta jurisprudencia en Just Dahlmann/Just, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963 (véase supra nota 12) no sólo se dirigía contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados “delincuentes de escritorio” (*Schreibtischtäter*) que, como en el caso de Adolf Eichman, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época un monografista español, muy apegado por lo general a otras tesis de Roxin, se apartara en el caso Eichmann claramente de su posición y la criticara, manteniendo que el tal Eichmann todo lo más podía ser considerado como cómplice de los millones de asesinatos llevados a cabo en los campos de concentración nazi, de cuya estructura burocrática y funcionamiento él era uno de los principales responsables (véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, p. 176 ss, 187 ss, especialmente p. 197, donde dice: “Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada “solución final”, su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas”). Si se tiene en cuenta que, conforme al parágrafo 49, 1 del Código penal alemán, la pena del cómplice en este caso puede ser de prisión de tres años, mientras que la del autor es de prisión perpetua, no cabe duda que, de hecho, con la calificación de complicidad y la aplicación de la libertad condicional y de otros beneficios penitenciarios, la condena de Eichmann, en el caso de que hubiera sido juzgado por un Tribunal alemán y éste hubiera seguido la tesis de Gimbernat, habría sido puramente simbólica. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada “solución final de la cuestión judía”, es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis. (véase ROSEMAN, Mark. *La villa, el lago, la reunión, La conferencia de Wannsee y la “solución final”*, Barcelona 2001, traducción de Claudio Molinari del original inglés “The Villa, the Lake, the Meeting”). A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, “en la medida en que se mantuvo dentro del marco de la llamada “solución final” (sic Gimbernat), se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12. 1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962). .

hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente Roxin que “el fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa”¹⁵. Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

- El primer elemento de este mecanismo funcional es, para Roxin, el dominio de la organización¹⁶.
- Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para Roxin, la fungibilidad del ejecutor. Es decir, el ejecutor debe ser “li-

brememente intercambiable”¹⁷.

- Finalmente añadía un tercer elemento que denominaba como “limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho”¹⁸.

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por Claus Roxin no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito; en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Hu-

¹⁵ Täterschaft, p. 244.

¹⁶ Täterschaft, p. 248: “Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de “dominio del hecho”, se nos pone inmediatamente de relieve, que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad “habitual.....De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito ”

¹⁷ Täterschaft, p. 245: “En este grupo de casos... no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del hombre de atrás irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el hombre de atrás ocupe también junto a él el centro del suceso”

¹⁸ Täterschaft, p. 249: “De la estructura de la organización se deduce, que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás”. Un cuarto elemento que posteriormente añadió a su tesis, en el que consideraba que el ejecutor material debería tener una “elevada disponibilidad a ejecutar el hecho”, lo ha abandonado posteriormente en el trabajo anteriormente citado publicado en GA 2012, p. 412, considerando que esa elevada disponibilidad “ciertamente existe, pero que no es un presupuesto autónomo del dominio de la organización, sino que se deriva de los tres anteriores elementos”.

manidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería

no hablar o hablar lo menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia¹⁹

¹⁹ Un ejemplo concreto de esta jurisprudencia se estudia en profundidad en la monografía de STOLL, Katrin. *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok* Berlin 2012, Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc, tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la jurisprudencia alemana, como meros cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, porque se les consideraba como meros “excesos” individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc., cometidos contra la población judía. En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa Stoll de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando (véase mi comentario bibliográfico a este libro en Revista Penal 2012).

Sobre la jurisprudencia alemana en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas de la República Federal de Alemania en aquella época, los esposos JUST-DAHLMANN/ JUST escribieron un libro, *Die Gehilfen* ant. cit. , en el que entre otras cosas se informa en las pp.160 y ss., que se había enviado un cuestionario a todos los profesores alemanes de Derecho penal para que manifestaran su opinión respecto a esa jurisprudencia. A este cuestionario sólo contestaron nueve profesores (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la escasa gravedad de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus Roxin, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite a su trabajo citado anteriormente, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista *Juristenzeitung*, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista *Goltdammer's Archiv*).. El 12 de septiembre del 2001, en una conversación privada mantenida por el autor de este trabajo con Roxin, durante un Congreso celebrado en Seúl, Corea, comentando el atentado ocurrido el día anterior en las Torres Gemelas de Nueva York, Roxin me comentó que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su

que, en las pocas veces en que se ocupó de estos casos, llegaba todo lo más con la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de Roxin pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las muertes ocasionadas en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos que dispararon a las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania²⁰.

Fuera de Alemania, la tesis de Roxin cada vez tuvo más partidarios, sobre todo en España, Portugal y numerosos países latinoamericanos, aunque también ha sido objeto de críti-

cas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, también se ha aplicado en algunos casos muy importantes relacionados con la responsabilidad de dirigentes políticos y altos cargos militares por los crímenes ejecutados por miembros de los aparatos de poder creados o controlados por ellos. Finalmente, la teoría de Roxin ha sido aplicada también por algunos Tribunales internacionales en casos de este tipo relacionados con los crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento les corresponde. De ello nos ocupamos seguidamente en los siguientes apartados.

3. LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE ROXIN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES.

La tesis de Roxin fue contestada desde el principio y aún hoy es contestada por buena parte de la doctrina, no sólo alemana²¹, sino

publicación en una revista alemana. Posteriormente Roxin ha referido este episodio en un artículo recogido en la recopilación de varios sus trabajos, traducidos por Manuel Abanto, que se contiene en un volumen publicado en Lima (véase ROXIN. La teoría del delito en la discusión actual, Lima, 2007, p. 513, nota 1). También informan JUST-DAHLMAN/JUST (p.174), de la actitud de Jürgen Baumann, quien se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la Strafrechtlerstagung de 1963.

²⁰ BGHSt 40, 268.

²¹ Véase, por ejemplo; JESCHECK, Hans Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969, p.509, quien se inclina en estos casos por la calificación de coautoría (también JESCHECK/WEIGEND. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 ed. 1998, p.670. La tesis de Jescheck, a través que de la traducción de la segunda edición de su Tratado hicieron en 1983 Mir Puig y Muñoz Conde, es citada y acogida expresamente por la Corte Suprema argentina). En contra de que el dominio de la organización pueda fundamentar una autoría mediata, se han pronunciado expresamente HERZBERG. Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en Knut Amelung (ed.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Staftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gessellschaft, 2000, p. 33 ss.; ROTSCH, Thomas. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, en Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft, 112 (2000), p.518 ss., y WEIGEND, Thomas. en el tomo 9, num 1, del Journal of International Criminal Justice, anteriormente citado, dedicado a comentar la aplicación de la tesis de Roxin en la Justicia Penal Internacional y en algunos tribunales latinoamericanos.

también por la de otros muchos países influenciados por la doctrina alemana, como por ejemplo sucede en algún sector de la doctrina española²². Este sector doctrinal se apoya sobre todo en que el concepto de autoría mediata sólo tiene sentido y es aplicable cuando el sujeto instrumentalizado es irresponsable por falta de imputabilidad, por actuar sin ser consciente de que comete un delito o incluso de forma justificada en la medida en que lo hace en una situación provocada dolosamente por el autor mediato; pero no en el caso, como sería el que aquí nos ocupa, en los que el que ejecuta el delito es también plenamente responsable.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en los últimos años ha ido ganando cada vez más adeptos y no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial, habiendo sido utilizada ya por muchos Tribunales de Justicia para fundamentar sentencias condenatorias de dirigentes políticos y altos cargos militares

por los delitos cometidos por sus subordinados dentro de un sistema de aparato de poder. Pionera en esta materia fue la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires en el caso de los Comandantes de la Junta militar argentina, que argumentaba en su sentencia condenatoria del siguiente modo:

“Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc), que supone toda operación militar”²³.

A pesar de esta contundente afirmación, la fundamentación de la condena de los Co-

²² Entre los monografistas españoles que se han ocupado del tema, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La autoría mediata en derecho penal, Granada 1996, p.257 ss., quien se inclina por la tesis de la cooperación necesaria; EL MISMO. La codelinencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2006; BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en Derecho penal, Barcelona 2000. Una buena exposición de las opiniones doctrinales en contra y a favor de la teoría de Roxin en la doctrina penal alemana y de habla española se encuentra en un primer artículo de AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, en Revista de Derecho penal y Criminología, 1999, recogido y ampliado posteriormente en su obra La Parte General del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática, traducción de Enrique Malarino, Bogotá, 2006, p.216 ss.: EL MISMO. Internationales Strafrecht, Munich 2ª ed., 2010.

²³ Cfr. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, citada supra nota 1, p.1601 (Fundamento séptimo, apartados 5 y 6). Sobre esta sentencia ha habido ya diversos comentarios tanto de autores argentinos como de otros países; para una exposición más completa de las decisiones judiciales que a partir de la misma se han venido produciendo en los últimos años en relación con la autoría mediata por control de aparato de poder, tanto en la misma Argentina, como en otros países latinoamericanos, me remito al artículo de MUÑOZ CONDE/ OLASOLO, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América latina y España: desde el juicio a las Juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, publicado en Revista Penal 2011, p. y en diversas revistas latinoamericanas (existe una versión en inglés, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, Journal of International Criminal, tomo 9, num.1, 2011, pp. 113- 135; publicada también en New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalisation, Pekin 2011, p.47 ss. Una versión más amplia de este trabajo se ha publicado también, en doble versión inglesa y china, en Organized Crime and its Countermeasures in the Era of Globalisation,, He Bingsong y Liu Yanping (edit), Pekin 2010, p.153 ss.(versión inglesa, y p.431 ss., versión china).

mandantes, basada claramente en la tesis de Roxin, fue rechazada posteriormente por la Corte Suprema argentina, que, por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, consideró que esta tesis no era lo suficientemente concreta y que no gozaba en el momento en que se cometieron los hechos de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho penal argentino²⁴. En consecuencia, la Corte Suprema argentina fundamentó la condena de los Comandantes en la figura de la cooperación necesaria, que tiene reconocimiento expreso en el art.45 del Código penal argentino y que de todas formas impone la misma pena a los cooperadores necesarios que a los autores directos.

No obstante, posteriormente, algunos tribunales argentinos que han juzgado casos concretos de crímenes cometidos durante la Dictadura por miembros de su aparato de poder, han aplicado la teoría de Roxin, o al menos se han planteado esta forma de imputación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, sucede en el caso juzgado en la sentencia del Tribunal Oral Federal de Tucumán (Argentina) de 4 septiembre 2008, en la que se impone la misma pena (prisión perpetua e inhabilitación perpetua) a los dos procesados, “que integraban la cadena de mandos superiores en la maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas armadas” (sic, p.101 de la sentencia), y que en virtud de ese poder decidieron la entrada ilegal en el domicilio del Senador Vargas Aignasse, sospechoso, según ellos, de pertenecer a un grupo subversivo, los Montoneros. Vargas Aignasse, tras ser detenido en su propio domicilio delante de su mujer e hijos menores, fue trasladado a un centro mi-

litar, donde tras ser torturado, finalmente se le hizo desaparecer, fingiendo que había sido secuestrado por un grupo desconocido en su traslado a otro centro militar. El Tribunal, tras exponer pormenorizadamente la tesis de Roxin y mencionar la sentencia de la Cámara de Apelaciones argentina que en primera instancia juzgó a los Comandantes, y la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) en relación con los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en la que igualmente se aplicó la tesis de Roxin, cita otras resoluciones de Tribunales argentinos en las que ya se había aplicado en casos similares, mencionando expresamente “las resoluciones del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata en las causas “Etchecolatz” (Sentencia de Septiembre de 2006) y “Von Wernich” (Sentencia del 01 de Noviembre de 2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en la causa “Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiel, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín por privación ilegítima de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado” -Expte 40/M/2008- (Sentencia del 24/07/08); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Etchecolatz” (Sentencia del 18 de Mayo de 2007)”. Además el tribunal de Tucumán fundamenta su sentencia condenatoria aplicando los criterios de la imputación objetiva y de la responsabilidad en comisión por omisión de los que tienen la posición de garante respecto al control del comportamiento de sus subordinados.

²⁴ Cfr Sentencia de la Corte Suprema citada supra nota 3, p.1701 ss.. Los argumentos que emplea la Corte Suprema para rechazar la tesis de Roxin se encuentran en los fundamentos 20 y ss de su sentencia, en donde se exponen la polémica doctrinal suscitada por la misma y las razones por las que, según la Corte Suprema, no puede ser acogida en el Derecho penal argentino. De esta opinión también NINO, Carlos. Juicio al mal absoluto cit., p.241, quien considera que “la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente”. Sin embargo, dos Magistrados de esta Corte Suprema, los Dres. Petracchi y Bacqué, se pronunciaron en voto particular a favor de la tesis de Roxin, interpretando en este sentido el art.514 del Código de Justicia militar argentino, que mantiene la responsabilidad del militar que imparte ordenes, aunque el subordinado que la cumple sea también penalmente responsable del delito que comete.

En otra sentencia más reciente del Tribunal Oral Federal de San Martín, n. 1 de 12 de agosto del 2009, en el llamado caso “Floreal Avellaneda”, se plantea también este problema. Igual que en los casos anteriores se trataba de la detención ilegal, seguida de torturas de Floreal Avellaneda padre, su mujer, Iris Avellaneda, y de su hijo, Floreal, menor de dieciséis años, cuyo cadáver, maniatado y con señales de haber sido salvajemente torturado, apareció después en las costas uruguayas, probablemente arrojado desde un avión militar. El Tribunal tras realizar un análisis exhaustivo de la prueba, se ocupa de fundamentar la condena de los procesados, pero en lugar de la tesis de Roxin, y sin apenas mencionarla, tras hacerse eco de algunas críticas formuladas contra la misma, por ejemplo por Kai Ambos, cuyo artículo sobre el tema cita expresamente, se inclina

por la calificación de coautoría, mantenida por otros autores como Jakobs y su discípulo argentino Sancinetti. No obstante, y aunque condena al principal responsable a la pena de prisión e inhabilitación perpetua, impone a los otros “coautores” penas inferiores de privación de libertad entre 8 y veinticinco años.

Por lo que respecta a España, la tesis de Roxin ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se han ocupado expresamente del tema²⁵, pero no por la jurisprudencia, que si bien en algunas ocasiones se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena²⁶.

²⁵ Véase por ejemplo, mis diferentes trabajos al respecto: MUÑOZ CONDE. en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva 1999; EL MISMO. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”, en Revista Penal 2000 (versión alemana publicada en Festschrift für Claus Roxin, 2001, p.609 ss.; EL MISMO. La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales, en *Luisiada*, II Serie, num. 3, Lisboa 2005, p.57 ss.; EL MISMO. Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en Revista Penal 2002 (también en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, 14, Madrid 2001; hay una versión resumida de este trabajo en *Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y la Criminología*, Madrid 2001). Para una exposición resumida de esta posición, véase MUÑOZ CONDE. en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal cit. p.448 ss. Posteriormente se han ocupado expresamente del tema, adhiriéndose a la tesis de Roxin, FARALDO CABANA, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia 2004; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada 2006. También han aceptado, en parte, la tesis de Roxin o por lo menos han planteado como una posibilidad su aplicación a los directivos de las empresas en el ámbito del Derecho penal económico, otros autores como Ambos, Muñoz Conde, Pérez Cepeda, García Caverro, Nuñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, etc., pero la exposición de este tema excede de nuestro trabajo. En la doctrina portuguesa se pronuncian a favor de la tesis de Roxin, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada cit., p.99 ss.; SERRA, Teresa. en Revista Portuguesa de Ciencia Criminal 5 (1995), p.103.

²⁶ Cfr., por ejemplo, STS 2 julio 2004 (caso Hipercor), 1 octubre 2007 (caso Scilingo), 17 julio 2008 (atentado de la Estación de Atocha en Madrid). Para una exposición del reflejo de esta teoría en la jurisprudencia del TS español, véase GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2008, p.53 ss. También BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *La Ley* 2008.

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, juzgado finalmente en la STS de 22 abril 1983, y el llamado “Caso Marey”, en el que el TS en su sentencia de 28 julio 1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código penal como en el Código de Justicia militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código penal de 1995 (arts.472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado²⁷.

Mayores oportunidades ha tenido la juris-

prudencia española en aplicar esta teoría en los procesos contra los dirigentes de la banda terrorista ETA, como responsables de los atentados llevados a cabo por comandos de la misma. Sin embargo, tampoco en estos casos ha hecho un uso directo de la teoría de Roxin para fundamentar las condenas de los dirigentes de esta organización terrorista, que señalan la víctima o el objetivo del atentado y dan las órdenes correspondientes que otros ejecutan; y aunque en la redacción de sus Fundamentos jurídicos se observa claramente la influencia que la tesis de Roxin, ampliamente difundida a través de las traducciones y de la mucha bibliografía existente en España sobre la misma, ha tenido en muchos de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, al final la condena se basa en la figura de la inducción para los dirigentes, o en la de la cooperación necesaria para los que colaboran directamente con el comando ejecutor²⁸.

Mayor interés tiene para nuestro tema la jurisprudencia habida en los países latinoamericanos donde se han juzgado más recientemente este tipo de delitos cometidos por dominio del aparato de poder de sistemas dictatoriales, y en los que se ha planteado la responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

Además del juicio ya mencionado contra los Comandantes de la Junta militar argentina, un caso similar fue en Chile el “caso Contreras”, en el que se juzgó al Jefe del Servicio Secre-

²⁷ No obstante, a mi juicio, no hay ningún inconveniente en aplicar la teoría de Roxin también en estos supuestos; véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Revista Penal* 2002 cit.

²⁸ Cfr. STS 2 julio 2004, 22 febrero 2007. Véase la exposición que de esta jurisprudencia hace GIL GIL, ob. cit, p.65 s. Tampoco en las sentencias de la Audiencia Nacional (65/2007) y del Tribunal Supremo (505/2008) pronunciadas en relación con el atentado terrorista cometido en la estación de Atocha de Madrid el 11 de marzo del 2004, en el que murieron 191 personas y hubo casi dos mil heridos, se menciona la teoría de Roxin, aunque era claro que los ejecutores materiales actuaron como miembros de una organización terrorista internacional (Al Qaeda), que muestra todas las características requeridas por Roxin para fundamentar la autoría mediata por control de aparato de poder. A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de Roxin y considerar autores mediatos de los atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda); sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, ob. u. cit.

to de la dictadura de Pinochet, la llamada DINA, que durante la dictadura planificó y ordenó el atentado que se llevó a cabo en Washington y costó la vida al General Letelier, un destacado opositor de esa dictadura que se encontraba en el exilio. Sin embargo, en la sentencia ni siquiera se menciona la posibilidad de aplicar la tesis de Roxin²⁹.

Tampoco se hacen referencias a la tesis de Roxin en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años mantuvo Pinochet en Chile, aun-

que en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata³⁰.

En Colombia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha planteado la aplicación de la autoría mediata en algunos de los casos de asesinatos cometidos por los grupos paramilitares, aunque finalmente se decidió aplicar la figura de la coautoría³¹.

En Uruguay la sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7 condenó a Juan Maria Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como coautor de nueve hechos de

²⁹ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena 30 mayo 1995, en la que apenas se planteó si el Jefe de la DINA, el General Contreras, se podía considerar inductor o autor mediato de los autores materiales del atentado costó la vida al líder opositor, empleando ambos conceptos de forma equivalente e igualmente subsumibles en la definición de inducción que da el art.15 del Código penal chileno (véase razonamientos 17 a 20 de la mencionada sentencia). Pero en ningún momento se plantea la responsabilidad de otros cargos políticos o militares superiores, ni se menciona la figura de la autoría mediata de los mismos sirviéndose del aparato de poder.

³⁰ Auto de procesamiento de Augusto Pinochet, del Juzgado de Instrucción num.5 de la Audiencia Nacional (Juez Baltasar Garzón), 10 diciembre 1998: "Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la república tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima, dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA". Sin embargo, en este auto la intervención de Pinochet se califica unas veces de inducción y otras de coautoría, pero no se menciona la autoría mediata. Tampoco menciona la teoría de Roxin el mismo Juez Garzón en su discutido auto de apertura de un procedimiento penal contra el General Franco y los principales responsables del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936. Sobre la elaboración jurídica del pasado dictatorial franquista durante la transición a la democracia en España, véase MUÑOZ CONDE. La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho, en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum (dir.), Humboldt-Kolleg. La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado, Valencia 2009 (hay también versión alemana con el título Abrechnen aber wie? Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien, publicada en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum, Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Humboldt Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla 7.-9. Februar 2008, Berlin 2010, p.29.ss; también en Journal für juristische Zeigeschichte, 2008, y en Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 2008. Versión española también en Revista Penal 2008).

³¹ Sentencias pronunciadas en los casos Machuca del 7/3/2007, Yamid Amat del 8/8/2007 y Gabarra del 12/9/2007; para una información más detallada sobre las mismas, véase MUÑOZ CONDE/OLASOLO, ob., cit.

desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas, sin plantear siquiera la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata³².

EXCURSO: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia.

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 7 abril del 2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos contra la vida, detenciones ilegales, etc, cometidos durante su mandato por grupos militares, policiales y parapoliciales³³. En el capítulo III de la Tercera Parte de esta sentencia se realiza en más de treinta páginas toda una exposición doctrinal del estado de la teoría de Roxin en la doctrina peruana y de habla española, mencionando las distintas variantes que se le han dado, y los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la misma, para terminar afirmando que es perfectamente compatible con la regulación que hace el Código penal peruano de la autoría mediata y, por tanto, aplicable en el caso Fujimori, en la medida en que en el mismo se dan los requisitos expuestos por Roxin: Existencia de un aparato de poder a cuyo frente se encontraba el Ex Presidente Fujimori, de una relación jerárquica entre los miembros del mismo en sus distintos niveles, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Derecho o, como se dice en la sentencia, “apartamiento del Derecho” (entendiendo por tal tanto el Derecho nacional, como el internacional) y, lo

que ya hemos visto Roxin ya no exige expresamente, “una elevada disponibilidad de los ejecutores a realizar el hecho”. También se hacen referencias en este Fundamento jurídico a las diferencias entre la figura de la autoría mediata por control de aparato de poder y la responsabilidad del superior militar en el Estatuto de Roma, y se citan otras decisiones judiciales en las que se ha aplicado la teoría de Roxin, como las ya señaladas anteriormente de la Cámara de Apelaciones argentina en el caso de los Comandantes de la Junta militar, o del Bundesgerichtshof alemán en el caso de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana. Pero también se menciona otra sentencia de la propia Corte Suprema peruana en la que con una fundamentación similar se condenó al líder de la organización terrorista “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán por los diversos atentados terroristas llevados a cabo por dicho grupo terrorista en la década de los 80 en el siglo pasado. La posible aplicación de la teoría de Roxin al caso Fujimori había sido también ya planteada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 21 septiembre 2007, por la que se concedió la extradición a Perú de Alberto Fujimori³⁴.

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier otro de los procesos en el que tuvieran que juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de Fujimori. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra senten-

- ³² Sobre esta sentencia, véase con más detalles MUÑOZ CONDE/OLASOLO, lug, cit: También el artículo de GALAIN PALERMO, Pablo. The prosecution of International Crimes in Uruguay, en *International Criminal Law Review*, 2010, p.601 ss; EL MISMO. Übergangsjustiz und Vergangeheitsbewältigung in Uruguay, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013. Sobre la elaboración jurídica del pasado de las dictaduras en Chile, Argentina, España, Alemania e Italia, vease también Francisco MUÑOZ CONDE/Thomas VORMBAUM. La transformación de las dictaduras en democracias a. cit.
- ³³ Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N°AV 19-2001 (acumulado), del siete de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, recogida en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409.
- ³⁴ Véanse Considerandos nonagésimo cuarto y nonagésimo quinto de esta sentencia.. Un comentario a la misma hace LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, p.114 ss.

cia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20 de julio del 2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigentes del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista "Sendero Luminoso". En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como Crímenes contra la Humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una "política de exterminio", y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de Roxin y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por Jakobs en su artículo "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori", publicado en el volumen "La autoría mediata, Caso Fujimori", Ara editores, p.105-114, citado expresamente en la página 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el "uno aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente" (Fundamento 204), entendiendo además que, a diferencia de lo sostiene la concepción tradicional de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho.

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, con-

tradictorio, que para rechazar la tesis de Roxin se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de Jakobs se abandone la concepción tradicional de la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

En todo caso no deja de ser sorprendente que en un caso de tanta trascendencia para la elaboración jurídica de la responsabilidad por los delitos cometidos durante el pasado régimen dictatorial de Fujimori se traslade a una decisión judicial una polémica puramente doctrinal, sin mayor trascendencia, como en la propia sentencia se indica, en la magnitud de la pena aplicable. Si por eso fuera no se entendería muy bien la polémica que suscitó en la opinión pública peruana este fallo y el inmediato recurso que se presentó contra la misma ante la Corte Internacional de Derecho humanos de San José de Costa Rica. Evidentemente, y como seguidamente vamos a ver, en dicha Corte no se planteó el problema de si la calificación jurídica de los responsables de la masacre de Barrios Altos debía ser la de autoría mediata, o la de coautoría, sino si la misma podía dar lugar a algún tipo de impunidad,

sobre todo teniendo en cuenta que en la citada sentencia se abandona, no sólo la tesis de Roxin aplicando en su lugar la de Jakobs, sino también la calificación de este hecho como un Crimen de Lesa Humanidad con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan, como pueden ser por ejemplo, la imprescriptibilidad de estos delitos o la imposibilidad de aplicar Leyes de Punto Final o Amnistías a los responsables de los mismos.

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24 de septiembre del 2012 otra sentencia³⁵, en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14 marzo 2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano “la remoción de todo obstáculo que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad” . Para ello advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

En este sentido, considera que el hecho de que la sentencia de la Corte Suprema peruana de 20 julio rechace la calificación de Crimen de Lesa Humanidad para la masacre ocurrida en barrios Altos, no es claramente compatible con los hechos probados, en los que claramente se observa que el ataque se realizó de

manera indiscriminada contra miembros de la población civil “en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos (Considerando 45).

Aunque la Corte Internacional no dice cuál sería la calificación exacta de este “Crimen internacional” es claro que se está refiriendo a los Crímenes de Lesa Humanidad tal como se definen en el art.7 del Estatuto de Roma³⁶, al decir: “En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a “delitos comunes” o meras vulneraciones de los “derechos humanos”, sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atenten contra la consciencia universal”.

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para todos los responsables (subrayado del autor de este artículo). Dicho en pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, de evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

En consecuencia, pocos días después de haberse emitido la sentencia de la Corte Interna-

³⁵ Se puede consultar en Internet en PDF es.scribd.com (...) Resolución-de-la-Corte-FDH-en-Caso-Barrios-Altos.

³⁶ Sobre estos delitos y sus elementos véase WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed. Valencia 2001, p.462 ss. (p.375 ss, de la 3ª ed. Alemana de su Völkerstrafrecht, 2012).

cional, la misma Sala Permanente de la Corte Suprema peruana ha decidido el 29 de septiembre del 2012, por unanimidad, anular la anterior sentencia cuestionada a nivel internacional, disponiendo que otro Tribunal resuelva el recurso de nulidad.

4. LA APLICACIÓN DE LA TESIS DE ROXIN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En relación con nuestro tema, también es interesante la jurisprudencia habida en los Tribunales internacionales en los casos en los que los delitos cometidos entran dentro del ámbito de su competencia.

Una de las tareas más importantes, con la que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte penal internacional, es la elaboración de una Teoría General que se pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales, que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que

se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una Teoría General del Delito, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero George P. Fletcher con su *Rethinking Criminal Law*³⁷. Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor medida, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de Antonio Cassese³⁸, Gerhard Werle³⁹, Kai Ambos⁴⁰, Hector Olasolo⁴¹ y Alicia Gil Gil⁴² entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya

³⁷ Boston/Toronto, 1978. En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como *Basic Concepts of Criminal Law*, 1991 (hay traducción española de Muñoz Conde, Valencia 1998), y *Grammar of Criminal Law*, 2007 (hay traducción española de Muñoz Conde, Buenos Aires 2008); véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco. *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2006.

³⁸ *International Criminal Law*, Oxford 2003.

³⁹ Véase principalmente su *Völkerstrafrecht*, 3ª ed. 2012.

⁴⁰ Especialmente su *Internationales Strafrecht* a. cit. También EL MISMO. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlin 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por Ezequiel Malarino, *La Parte General del Derecho penal internacional* a. cit.).

⁴¹ *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, 2008

⁴² *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1999.

distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art.25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bashir⁴³, en las que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de Roxin, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el tomo 9, núm. 1 del año 2011, del *Journal of International Criminal Law*, con aportaciones de Werle/Burghardt, Weigend, Ambos, Muñoz Conde/Olasolo, Fletcher, y Manacorda/Meloni⁴⁴. Estas decisiones tomadas una especie de Juicio preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14 de marzo de 2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para

participar activamente en las hostilidades⁴⁵.

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de Roxin como una “coautoría mediata, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la distribución o reparto de funciones, característico de la coautoría, con el del dominio de la organización, característico en la teoría de Roxin de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida algunos autores⁴⁶ tiene perfecto encaje en el art.25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por Roxin en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria⁴⁷. La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art.25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la responsabilidad del que directa o indirectamente, por sí sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría⁴⁸. Pero es evidente que

⁴³ Sobre esta jurisprudencia véase OLÁSULO, Hector. El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata, en *Derecho penal contemporáneo*, Revista Internacional, 27, abril-junio 2009, Bogotá, p.71 ss.; EL MISMO. Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration living rise to principal liability, a notion of accessory liability, or a form of partnership in crime, *Criminal Law Forum*, 2009, y más extensamente, en EL MISMO. Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes, a. cit.. También WERLE, Gerhard. Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, en *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 953 ss.; MANACORDA, Stefano. Imputazione collettiva e responsabilità personale, *Uno Studio sui paradigma ascrivibili nel diritto penale internazionali*, Torino 2008.

⁴⁴ Ant. cit. (véase mi recensión a este volumen en *Revista Penal*, 2011).

⁴⁵ Sobre esta sentencia de la ICC, con un extenso comentario a la misma, véase Kai Ambos. El primer fallo de la Corte penal internacional, en la revista electrónica *InDret*, 2012,

⁴⁶ Véase por ejemplo. OLÁSULO MUÑOZ CONDE. ob. a. cit.; WERLE. Tratado cit.p.300 ss. (y especialmente ya en la tercera edición alemana de *Völkerstrafrecht*, 2012, p.518 ss, donde distingue entre „coautoría mediata“ y „autoría mediata en coautoría“; ver también WERLE/BURGHARDT. Co-autoría mediata, ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?. Traducción de Jaime Couso, en *Revista Penal*, 2011, p.197 ss (original alemán en *Festschrift für Maiwald*, 2010, p.849 ss.).

⁴⁷ Véase su artículo en *GA* 2012, citado supra nota 13, p.414

⁴⁸ Véase la crítica a esta posición en el artículo de AMBOS, Kai en *InDret*, ant. cit.

en ese artículo 25, 2 a), al distinguir claramente entre “el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el inciso que se refiere a cometer el crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por Roxin.

Por lo que a los casos tratados en los Tribunales internacionales es claro que la tesis de la coautoría mediata es la que mejor se adapta a las características de un aparato de poder organizado: la distribución o reparto de funciones y el dominio de la organización, lo que unido a las otras dos características, relación jerárquica entre sus diversos miembros y fungibilidad de los ejecutores, fundamentan la tesis de Roxin.

Distinto de este supuesto es la responsabilidad de los jefes y superiores por los delitos cometidos por las fuerzas bajo su mando y control, prevista en el art.27 del Estatuto de Roma que consagra una responsabilidad diferente por omisión de determinados deberes y que incluso admite la comisión por imprudencia⁴⁹.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES: LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO MEDIO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO.

Aunque con distintas variantes, y aunque en algunas sentencias anteriormente señaladas no se recojan o incluso se rechace expresamente la tesis de Roxin, en general se puede decir, que ésta ha supuesto, no sólo en el ám-

bito doctrinal, sino también en el de la praxis judicial, un magnífico instrumento jurídico para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos ejecutados en el marco de un sistema de aparato de poder, y con ello también, al mismo tiempo, un instrumento útil para elaborar jurídicamente el pasado de los regímenes dictatoriales. Aunque no pueden ignorarse las críticas ya apuntadas y las dificultades que la misma representa para adaptarse a las diversas situaciones y formas de funcionamiento de los regímenes dictatoriales que han dado lugar a las sentencias judiciales anteriormente transcritas, no cabe duda de que nos encontramos ante un magnífico instrumento jurídico para poder fundamentar sin grandes dificultades la responsabilidad de los principales responsables de los aparatos de poder a través de los cuales se han cometido los más graves delitos contra las personas.

Cuando Roxin formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis Roxin no sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de Roxin se refería además al caso Eichmann; es decir, a

⁴⁹ Al respecto véase WERLE, Tratado cit. .p.310 ss.

un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países de Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la “solución final del problema judío”). Del mismo modo, la posterior acogida de la tesis de Roxin por el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) fue el instrumento jurídico del que se sirvió dicho tribunal para considerar como autores (mediatos) por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los guardias fronterizos, que costó la vida a muchos ciudadanos que intentaron pasar al otro lado del Muro, a algunos dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, que habían dado la orden disparar.

Sin embargo, la tesis de Roxin se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta “selección” de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un

único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de “cabeza de turco” o de “chivo expiatorio” que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios, o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados⁵⁰.

Sin duda, los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder, son crímenes, en expresión de Carlos Nino, de “múltiples manos”, y es muy difícil por no decir, imposible depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en un macro proceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero a cambio de seleccionar y acusar sólo a uno o unos pocos, como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente. Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y desde luego no se atiene estrictamente a lo propugnado por Roxin, quien, como ya hemos visto, califica de “auto-

⁵⁰ El argumento mantenido por algunos autores de que el enjuiciamiento de los ejecutores corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales no me parece convincente, porque normalmente incluso en los casos en que tras el régimen dictatorial se restablece una cierta normalidad democrática, los Tribunales del nuevo régimen no tienen la imparcialidad ni la independencia requerida para juzgarlos objetivamente. Por no hablar de los casos en los que los ejecutores y muchos de los dirigentes y cargos intermedios en el régimen dictatorial se integran en el nuevo sistema, abjurando de o negando su colaboración en el régimen anterior.

res mediatos”, no sólo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros intermedios, que como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica del mismo, aunque sólo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de donde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferencias distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina, tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los Campos de Concentración, y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí sucedía, pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y si se les exige, ¿habría que considerarlos también autores mediatos, en base a que eran también miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho? ¿Y los conductores de los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los Campos de Concentración? ¿Y los vigilantes de los mismos?

A mi juicio, la tesis de Roxin puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del

hecho, del que precisamente parte Roxin. Para evitar estos inconvenientes, a los que sin duda una aplicación demasiado amplia de la tesis de Roxin puede conducir, me parece preferible, la tesis que siguiendo la línea también admitida por Roxin en su último trabajo, considera, sin embargo, que en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre si más que de autoría mediata habría que hablar aquí de “coautoría mediata” por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el de actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción. Y por supuesto, siempre quedarían como responsables o autores directos los que lleven a cabo los actos delictivos, de detenciones ilegales, torturas, asesinatos, etc, lo que no excluye que a su vez se les pueda considerar como “instrumentos” de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de Roxin⁵¹ y que el propio Roxin acoge ahora, me parece más

⁵¹ No me ocupo en este lugar de si el aparato de poder debe ser uno que de forma global actúe “al margen del Derecho”. En principio, al tratarse en estos casos de crímenes, que ningún Ordenamiento jurídico, nacional o internacional, del mundo civilizado puede permitir, las actuaciones de este tipo que se llevan a cabo dentro del aparato de poder son ya de por sí “al margen del derecho”. Sin embargo, se ha planteado este tema en el caso de los “tiradores del Muro de Berlin”, en la medida en que actuaban cumpliendo las órdenes que le daban sus superiores y de las Leyes de fronteras de la antigua República Democrática Alemana. El Tribunal Supremo Federal alemán, ni siquiera se planteó este tema, cuando condenó a los responsables de estos hechos, y, desde luego, no se puede decir, que el aparato de poder de aquel Estado, cualquiera que fueran las críticas que se podían dirigir contra su sistema político, fueran un sistema completamente al margen del derecho (véase al respecto mi contribución al *Festschrift für Claus Roxin*, cit., p.613 ss. También AMBOS. La Parte General, cit, p.234 ss. dedica varias páginas a discutir este aspecto de la teoría de Roxin, llegando a la conclusión de que no es

adecuada a los distintos supuestos que han sido ya juzgados o que puedan serlo en el futuro por Tribunales penales nacionales e internacionales.

No obstante, debe reconocerse que, fuera del ámbito de la responsabilidad de los principales responsables del aparato de poder, presenta también algunos inconvenientes y dificultades probatorias para castigar a los miembros del aparato de poder que ocupan dentro de los mismos puestos de menor relevancia o importancia jerárquica. De todos modos, el recurso a otras posibles calificaciones jurídicas, como la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, presenta iguales o mayores dificultades probatorias y no se ajustan a la peculiar naturaleza de estos aparatos poder, que igualmente pueden darse en otros ámbitos de la criminalidad no estatal, paraestatal, terrorista, organizada, o incluso económico-empresarial⁵².

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la Dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y las decisiones juris-

prudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado democrático de Derecho respetuoso con los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron.

un requisito fundamental de la misma. De todas formas, Roxin ha insistido en su último trabajo publicado en el 2012 en el tema y lo ha matizado en el sentido de que este requisito se refiere sólo a los hechos incriminados, y no a todo el ámbito de la organización”(ya en su artículo en el *Festschrift für Grünwald* a.cit. p.556, y ahora en el artículo publicado en *Goltdammer's Archiv*, 2012, p.409/410). Sobre este tema véase también la sentencia de la Corte Suprema peruana en el caso Fujimori, citada anteriormente.

⁵² Esta posibilidad la he discutido ampliamente en mis trabajos anteriormente citados en la nota 27, y ha sido también planteada por otros muchos autores citados también en la misma nota. Sin embargo, Roxin es bastante cauto al aceptar la posibilidad de que su tesis pueda ser aplicada también fuera del ámbito de la criminalidad estatal e incluso la rechaza expresamente (véase su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, p. ; y su trabajo en *Goltdammer's Archiv*, 2012, p.396, donde dice expresamente que la posible aplicación de su tesis en el ámbito del Derecho penal económico, que admite la sentencia del Tribunal Supremo alemán está “en contra de sus intenciones” (“entgegen meinen Intentionen”).

MEDITACIONES POSTMODERNAS SOBRE EL CASTIGO: ACERCA DE LOS LÍMITES DE LA RAZÓN Y DE LAS VIRTUDES DE LA ALEATORIEDAD (UNA POLÉMICA Y UN MANIFIESTO PARA EL SIGLO XXI)*

Bernard E. HARCOURT**

La Ilustración es la superación por parte del hombre de su inmadurez autoprovocada. La inmadurez es la incapacidad para usar el propio entendimiento sin la guía de otra persona. Immanuel Kant, “Una respuesta a la cuestión: ¿Qué es la Ilustración?” (1784)¹

En un ensayo del mismo título, Michel Foucault lee el texto de Kant en el marco de su crítica de la razón, publicada apenas tres años antes. Es precisamente en el momento en que nos afirmamos como seres maduros, señala Foucault, cuando resulta más necesario reconocer los límites de la razón. “Es precisamente en este momento cuando la crítica es necesaria, en la medida en la que su rol es el de definir las condiciones bajo las que el uso de la razón se legitima, para determinar lo que puede saberse, lo que debe hacerse, y lo que cabe esperar” (Foucault, 1997: 308). Foucault nos advierte, con Kant, que la confianza en la razón, más allá de los límites que le corresponden, simplemente supone una regresión en el tiempo: “Los usos ilegítimos de la razón

son los que conducen al dogmatismo y a la heteronomía, así como al delirio” (308). El uso cuidadoso y crítico de la razón, en cambio, ilustra y permite avanzar, más allá de las sombras de lo ilusorio. Pero sólo puede hacerlo así confiando en sí misma. El periodo moderno, de este modo, acoge una concepción fuerte de la autoconfianza -cuidadosamente limitada por la crítica.

Foucault también vio en el ensayo de Kant una nueva actitud filosófica, consistente en una reflexión genuina sobre el “presente” -un giro desde la más tradicional mirada eterna del filósofo sobre el momento contemporáneo y, junto a ello, una tarea asociada de teorizar el conocimiento en relación con la actualidad. Foucault denomina a esto “la actitud de la modernidad” y la ubica en los escritos de autores del siglo XIX y XX, comenzando por Charles Baudelaire. “Por ‘actitud’”, escribe Foucault, “entiendo un modo de relacionarse con la realidad contemporánea; una elección voluntaria que adoptan determinadas personas; en suma,

* Traducción del inglés realizada por José Ángel Brandariz García (Universidad de A Coruña) y Agustina Iglesias Skulj (Universidad de Salamanca). El artículo original, titulado “Post-Modern Meditations on Punishment: On the Limits of Reason and the Virtues of Randomization (A Polemic and Manifesto for the Twenty-First Century)”, fue publicado en *Social Research*, vol. 74, n° 2, verano 2007, págs. 307-346. Los traductores agradecen la colaboración de Luis Rodríguez Abascal (Universidad Autónoma de Madrid/City University of New York) y de Juan Fernando Ibarra del Cueto (University of Chicago).

** Catedrático Julius Kreeger de Derecho y Criminología. Director del Center for Studies in Criminal Justice. Universidad de Chicago.

¹ Desearía expresar un especial y caluroso agradecimiento a Arien Mack, por organizar un encuentro y un volumen sobre la pena tan estimulantes. Estoy profundamente agradecido a Ian Hacking, Martha Nussbaum, Pasquale Pasquino, Elizabeth Scott, Michel Troper e Iris Young por conversaciones y comentarios, por el ánimo, pero ante todo por la resistencia. He contraído un gran deuda, igualmente, por sus ricos comentarios, por las reacciones y también por la resistencia, con Olivier Cayla, Chloe Cockburn, Andrew Dilts, John Donohue, Elizabeth Emens, Jeffrey Fagan, David Garland, Janet Haley, Philip Hamburger, Alon Harel, George Kateb, Tracey Meares, Thomas Miles, John Pfaff, Andrzej Rapaczynski, Adam Samaha, Jonathan Simon, Lior Strahilevitz, Bruce Western y Tim Wu. Dedico este texto a mi querida amiga y colega Iris Young.

un modo de pensar y sentir; también una forma de actuar y comportarse, que al mismo tiempo marca una relación de pertenencia y se presenta como una tarea” (Foucault, 1997: 309). Esa actitud aúna la indagación filosófica con el pensamiento crítico, proyectados ambos sobre la actualidad histórica contemporánea. La formación y la reflexión filosóficas se aplicarían ahora al momento contemporáneo -señaladamente, a la Revolución francesa- y se concentrarían en la labor de razonar el presente. Foucault ve en Kant el origen de una actitud moderna que será compartida también por Hegel, Nietzsche, Marx, Durkheim, Rusche Y Kirchheimer. En otro ensayo del mismo título, Jürgen Habermas añade: “Sorprendentemente, en la última frase de su ponencia, Foucault se incluye a sí mismo en esta tradición” (Habermas, 1994: 150).

Una vez más, la actitud de la modernidad triunfa sobre la crítica de la razón. En estas páginas argumento que las dos líneas que Foucault identificó en el ensayo de Kant -el momento crucial de la razón crítica y la actitud moderna- colisionaron a lo largo de los siglos XIX y XX, y que la actitud moderna prevaleció reiteradamente. Incluso cuando los modernos estaban comprometidos en la más crítica de las empresas, la actitud fue hegemónica, y ofreció nuevos modos de conceptualizar y dar sentido al presente, más allá de los límites de la razón crítica. Nunca desalentados por aquellas advertencias sobre el delirio, nunca escarmentados por los torpes excesos de las generaciones anteriores, los pensadores modernos continuaron teorizando la actualidad histórica contemporánea más allá de los límites de la razón.

Propongo que abandonemos finalmente la actitud desorientada de la modernidad. Esto significará, sin duda, dejar mucho al azar y a la aleatoriedad. Será lo mejor. Permítanme explicarme.

I. Los modernos formularon tres interrogantes sobre el castigo. La primera, surgida de la propia Ilustración, procuró identificar y definir una base racional para el castigo Cuando

los hombres se liberaron de los grilletes de la fe religiosa, esta primera cuestión tomó forma: si los teólogos ya no pueden seguir sustentando lo que está bien desde un punto de vista político y jurídico, ¿en qué se fundamenta el derecho de castigar del soberano? ¿Sobre qué bases detenta el Estado un derecho de castigar a sus ciudadanos?

Naturalmente, la pregunta no era plenamente inocente -las buenas preguntas nunca lo son. Estaba impulsada por un deseo de fijar los límites justos del poder punitivo del soberano en un momento definido -al menos en la consideración de muchos de los primeros racionalistas modernos- por castigos excesivos. Resultó que el derecho de penar serviría para limitar el castigo.

“En este punto, por lo tanto, se halla la fundamentación del derecho del soberano a penar los delitos”, un joven de 25 años, Cesare Beccaria, declararía en 1764: “la necesidad de defender al depositario del bienestar público de las usurpaciones de los individuos” (Beccaria, 1995: 10). Ese derecho, explicaba Beccaria, se derivaba del deber del soberano de promover “la mayor felicidad, compartida por el mayor número” (Beccaria, 1995: 7). Por medio de su discípulo, Jeremy Bentham, los escritos de Beccaria se traducirían a teorías del utilitarismo y de la disuasión más convencionales y, posteriormente, a modelos económicos de optimización del bienestar social. Otros pensadores de la modernidad temprana harían derivar el derecho de castigar de otras fuentes -de la autonomía o la dignidad del agente moral, de los intereses del desarrollo personal ilustrado, del principio de lesividad y de otras expresiones tradicionales del derecho positivo.

Esta primera línea de reflexión se extiende hasta el presente. En la tradición anglosajona, las respuestas se desarrollan fundamentalmente en el marco de un análisis funcional de la sanción penal. En el clásico debate sobre la imposición normativa de la moralidad, por ejemplo, todos los autores principales -desde H.l.a. Hart (1963: 14) y Patrick Devlin (1965:

2-3) hasta Ernest Nagel (1968, 138-139), Norval Morris (Morris/Hawkins, 1970: 4), Joel Feinberg (1987, 1984) y otros- toman como punto de partida de sus análisis la afirmación de una función expuesta en el Informe Wolfenden, en 1957: “la función del Derecho Penal...es preservar el orden y la decencia públicos, proteger al ciudadano de lo que es lesivo u ofensivo, y proporcionar defensas suficientes contra la explotación y la corrupción de otras personas”. Los teóricos liberales tienden a reducir dicha función a la preservación del orden, y se orientan de forma primordial sobre los primeros pronunciamientos de John Stuart Mill en *Sobre la Libertad*, mientras que los moralistas legales amplían las funciones del castigo para incluir, de forma central, la promoción de la moralidad como una función principal del Derecho Penal. “El Derecho Penal, tal como lo conocemos, se basa sobre un principio moral”, argumentó Devlin. “En una pluralidad de delitos su función no es más que imponer un principio moral” (Devlin, 1965: 7). En ambos extremos del debate, sin embargo, el “derecho de castigar” del soberano se deriva precisamente de la identificación de las funciones propias de la sanción criminal.

Aunque este primer discurso continúa en la actualidad, no fue complicado para los hombres de conocimiento -como Nietzsche se describía a sí mismo- hallar el error en esta línea de reflexión. Ante todo, el derecho de penar es precisamente lo que define la soberanía y, en consecuencia, difícilmente puede servir para restringir el poder soberano. El primer interrogante había planteado la cuestión al revés: el “derecho de castigar” fue lo que el soberano logró, persuadiendo a los miembros de la comunidad de que podía promover mejor los objetivos legítimos de la pena. Buscar el origen del derecho de penar analizando los objetivos o las utilidades de la pena no llevaría a ninguna parte. “El ‘objetivo del Derecho’, declaró Nietzsche, “es lo último a lo que hay que recurrir en la historia del origen del Derecho... en la medida en que exista, que haya de algún modo llegado a ser, es una y otra vez re-interpretado en atención a nuevas finalidades,

asumido, transformado y redirigido por algún poder superior a él” (Nietzsche, 1967: 77).

Fue infructuoso buscar el derecho de penar en sus objetivos, utilidades o funciones -tanto desde una perspectiva utilitarista como deontológica. “Los objetivos y la utilidad son sólo signos de que una voluntad de poder ha llegado a dominar algo menos poderoso y le ha impuesto el carácter de función”, enfatizó Nietzsche (1967: 77). El verdadero interrogante que cabría formularse en relación con el “derecho de castigar”, por lo tanto, no era “sobre qué bases”, “de qué origen” o “de dónde”, sino más bien: “¿De qué modo es percibido como legítimo el acto de castigar del soberano?”, o mejor aún “¿Bajo qué condiciones el ejercicio de dicho poder de castigar por parte del soberano no provoca una resistencia que pueda socavar la propia soberanía?” Esa pregunta, sin embargo, no convocó a un debate filosófico sobre los derechos, una discusión deontológica sobre la autonomía o un análisis econométrico sobre la disuasión. Convocó, más bien, a una investigación histórica, sociológica, política y genealógica sobre los actos de resistencia, los movimientos sociales, los momentos de transformación, la ideología y la cohesión social. Convocó a una genealogía de la moral, de la ley y del poder -en suma, a una genealogía del castigo.

Con el nacimiento de las ciencias sociales a finales del siglo XIX, este impulso crítico generó una segunda línea de reflexión. Más escéptica, más crítica, los interrogantes exploraron e hicieron emerger procesos y fuerzas más profundas: si el discurso racional sobre el derecho de castigar es un mero pretexto y sólo sirve para ocultar formaciones de poder, ¿qué es exactamente lo que las prácticas punitivas hacen por nosotros? ¿Cuál es la verdadera función de castigar? ¿Qué es lo que hacemos cuando castigamos? Desde Emile Durkheim a Antonio Gramsci y a la posterior Escuela de Frankfurt, Michel Foucault y las tendencias penológicas de fin de siglo, los modernos del siglo XX discutieron sobre la organización social, la producción económica, la legitimidad política, la governance y la construcción del

sujeto -transformando las prácticas punitivas, diseccionando no sólo sus funciones represivas, sino ante todo su papel en la construcción del sujeto contemporáneo y de la sociedad moderna.

En el vértice de esta segunda línea de reflexión, Michel Foucault articularía y enumeraría, en su obra magistral *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, las tareas centrales y las reglas del dispositivo de control. Primera, y ante todo, “No concentrar el estudio de los mecanismos punitivos únicamente en sus efectos ‘represivos’...considerar el castigo como una función social compleja” (1979: 23; 1975: 28). Foucault reconoció explícitamente que este segundo proyecto se construía sobre la obra de Emile Durkheim, citándolo en solitario en la misma página (1975: 28, n. 1), y que debía mucho a la Escuela de Frankfurt. En el siguiente inciso, Foucault enfatizó que “el gran libro de Rusche y Kirchheimer, *Punishment and Social Structures*, ofrece una pluralidad de puntos de referencia esenciales” (1975: 29):

“Debemos, en primer lugar, librarnos de la ilusión de que el castigo es ante todo (si no exclusivamente) un medio para reducir la criminalidad... Debemos analizar más bien los “sistemas concretos de castigo”, estudiarlos como fenómenos sociales de los que no se puede dar cuenta únicamente mediante la estructura jurídica de la sociedad...; debemos situarlos en su ámbito de operatividad, en el que el castigo del delito no es el único elemento; debemos mostrar que las medidas punitivas no son simplemente mecanismos “negativos” que hacen posible reprimir, prevenir, excluir, eliminar; sino que están vinculados a una completa serie de efectos positivos y útiles que se encargan de sustentar” (Foucault, 1979: 24; 1975: 29-30).

En el marco de estos puntos de referencia, originados con la Escuela de Frankfurt, la labor capital surgida de esta segunda línea de reflexión fue poner de manifiesto fuerzas y relaciones de poder más profundas que, mediante las prácticas punitivas, nos construyen como

sujetos contemporáneos. Se trataba, en efecto, de analizar “cómo un específico modo de dominación pudo dar vida al hombre como un objeto de conocimiento para un discurso con estatus científico” (Foucault, 1975: 28-29). De descubrir y trazar las fuerzas profundas que dan forma a nuestras prácticas punitivas y, a través de ellas, a nuestro conocimiento sobre nosotros mismos.

Sin embargo, una serie de críticas posteriores -críticas de metanarrativas, de funcionalismo, y de objetividad científica- menoscabaron esta línea de reflexión y la encauzaron hacia el giro cultural, ayudando a dar forma a un tercer discurso sobre el castigo. Esta línea de reflexión, en vez de centrarse en lo que el castigo está haciendo por nosotros, se preguntó por lo que nos dice sobre nosotros mismos: ¿Qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre nuestros valores culturales? ¿Cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo? Menos metateórico, menos teórico-crítico, este conjunto final de interrogantes se fue desarrollando alrededor de la crítica mordaz sobre la construcción del conocimiento, al tiempo que trataba de evitarla. Los interrogantes pretendieron ser menos normativos. En el mejor de los casos, una mera descripción. Una interpretación convincente. Algo que diese sentido a nuestro mundo y a nosotros mismos. Algo para fundamentar, quizás ulteriormente, una evaluación de esas prácticas punitivas.

La diferencia fue sutil, pero importante. El segundo conjunto de interrogantes -especialmente en la forma en que se desarrolló a lo largo del siglo XX- llegó a concentrarse de forma creciente sobre la naturaleza construida del conocimiento, lo que ha sido conocido como la crítica “poder/saber”: ¿Cómo llegamos exactamente a creer en lo que sostenemos como verdad? ¿Cómo llegamos a creer, por ejemplo, en una narrativa progresiva del castigo? ¿Qué instituciones y prácticas nos conducen a creer en la idea del “delincuente” -o en la idea de que posiblemente podríamos “rehabilitar” o “corregir” a ese “delincuente”?

¿Cómo han contribuido nuestras prácticas disciplinarias a dar forma a nuestras creencias? En la parte final del siglo XX, este segundo conjunto de interrogantes comenzó a girar por completo alrededor de la formación del conocimiento y a constituir una prueba severa para todas las pretensiones de conocimiento relativas al castigo.

En contraste con ello, el tercer conjunto de interrogantes -el producto, como mencioné, de la crítica de las metanarrativas- intentó constantemente evitar la crítica poder/saber. Ofreció un perfil más modesto. Procuró únicamente reflexionar sobre lo que las prácticas punitivas nos cuentan de nosotros mismos, de nuestros valores, de nuestra sociedad- como una mera introducción para una mejor comprensión del castigo, para hacer posible, ulteriormente, una mejor evaluación de nuestras prácticas e instituciones. El libro de David Garland, *Castigo y sociedad moderna* (1990), aunque constituye de forma declarada una pedagógica aproximación a las cuatro principales voces de la sociología del castigo, refleja claramente esta tercera línea de reflexión. “El significado social del castigo ha sido mal comprendido”, sostiene Garland. Lo que se necesita es “una orientación descriptiva que articule los fundamentos sociales del castigo, sus formas modernas características, y su significación social” (Garland, 1990: 9). El significado social del castigo “necesita ser analizado, si pretendemos descubrir modos de castigar que se acomoden mejor con nuestros ideales sociales” (Garland, 1990: 1).

Esta tercera línea de reflexión representa, en palabras de Garland, “un deliberado intento de apartar la sociología del castigo de su reciente tendencia -impulsada por Foucault y por los marxistas-, a contemplar el sistema penal exclusivamente como un aparato de poder y control” (1990: 1-2). La tarea es desarrollar “una aproximación plural, multidimensional”, “una imagen completa; una recomposición de las perspectivas fragmentarias desarrolladas por estudios con puntos de vista más restringidos” (Garland, 1990: 280). Explorar “la causalidad múltiple, los efectos múltiples,

el significado múltiple” (Garland, 1990: 280). Garland expone:

“Valores, concepciones, sensibilidades y significados sociales -la cultura, en suma- no existen en la forma de una atmósfera natural que envuelve la acción social y la dota de sentido. Más bien, son activamente creados y recreados por nuestras prácticas e instituciones sociales -y el castigo juega su rol en este proceso generativo y regenerativo” (Garland, 1990: 251).

En este sentido, la tercera línea de reflexión invita a generar descripciones, ricas en matices, de nuestras prácticas punitivas, orientadas a explicar su sentido social y su papel en la conformación de la sociedad -todo ello sirve como una introducción para el análisis normativo, para producir “un base descriptiva apropiada para los juicios normativos de política criminal” (Garland, 1990: 10).

Con todo, no resulta completamente claro que la tercera y última línea de reflexión pueda sustraerse a la crítica del poder/saber. Si las hipótesis disciplinarias de Foucault se entendían cuestionables, seguramente una interpretación del “significado social” de las prácticas e instituciones punitivas también sería vulnerable. Toda interpretación nos va a decir más sobre el intérprete y sobre sus sistemas de creencias que sobre el significado de la propia práctica. Seguramente un ejercicio semiótico revelaría más sobre los modos de razonamiento, las creencias y las opciones éticas sostenidas por el intérprete individual que sobre el significado social de las propias prácticas punitivas.

Los párrafos finales del libro de Garland son, en este sentido, reveladores. Las sociedades modernas, escribe Garland, deberían esperar menos del castigo y “deberían, en cambio, ser alentadas a tratarla como una forma de política social que, en la medida de lo posible, tendría que ser minimizada” (Garland, 1990: 292). El objetivo debería ser socializar e integrar a los ciudadanos jóvenes, no penarlos: “una labor de justicia social y de educación

moral más que de política penal. Y en la medida en que el castigo sea considerado inevitable, debería ser contemplado como una tarea moralmente expresiva más que como una cuestión puramente instrumental” (Garland, 1990: 292). Estos, en mi opinión, son compromisos claramente normativos que, con toda probabilidad, se introducen, y colorean, la crítica cultural sobre el significado social de las prácticas punitivas.

En el ocaso del siglo XX, los escritos modernos sobre el castigo continuaron reflexionando más sobre los autores que sobre los castigos. De algún modo, a pesar de la reformulación de los interrogantes, los textos siguieron diciéndonos más sobre las creencias, intuiciones y elecciones éticas del intérprete que sobre las prácticas punitivas y su significado social.

II. ¿Qué hacer ahora -ahora que hemos visto lo que rodea al giro cultural y nos hemos dado cuenta, desafortunadamente, de que las mismas críticas resultan aplicables, con la misma intensidad, a cualquier interpretación del significado cultural que podamos proyectar sobre nuestras prácticas punitivas contemporáneas? ¿Deberíamos continuar trabajando en este último conjunto de interrogantes, retornar a un conjunto anterior o, como ha hecho la totalidad de nuestros predecesores, construir una nueva línea de reflexión? ¿Qué interrogante formularemos -nosotros, hijos del siglo XXI- en relación con nuestras prácticas e instituciones punitivas?

La respuesta, paradójicamente, es que no importa. La formulación de los interrogantes nunca importó realmente en sí misma, excepto quizás para distinguir al filósofo analítico del teórico crítico, al positivista del crítico cultural -diferencias menores que no reflejan sino gustos, deseos, aptitudes personales, formación y capacitación. En efecto, se formularon nuevos interrogantes y emergieron nuevos discursos, pero el mismo problema continuó asolando a aquellos textos modernos.

En todos los textos modernos siempre se pro-

dujo un momento en el que los hechos empíricos se agotaron o las deducciones de principios alcanzaron sus límites -o ambas cosas a la vez- y, sin embargo, el razonamiento continuó. Siempre se dio ese momento, irónicamente, en el que los modernos -aquellos modelos de la razón- hicieron una profesión de fe. No por casualidad, en ese preciso momento es cuando aprendimos más -pudimos leer el texto y descifrar una visión del castigo justo que nunca fue enteramente racional, nunca puramente empírico y nunca plenamente determinado por las premisas teóricas del autor. En todos los casos, el texto moderno permitió que se deslizase un momento de fe -una elección sobre cómo resolver un problema, una ambigüedad, una indeterminación en una discusión de principio o de hecho.

El inevitable espacio entre las premisas teóricas o empíricas y el juicio final que de ellas hacemos deriva, finalmente, de esa imperceptible fractura en las ciencias humanas entre lo no refutado, lo no refutado aún, lo aparentemente no refutable, lo verificado pero sólo bajo ciertos presupuestos cuestionables, y la verdad. En el dominio empírico -no menos que en el discurso filosófico, en el análisis legal o en los debates sobre políticas públicas- la demostración nunca se derivó de la deducción matemática, sino que se sustentó en afirmaciones -empíricas o lógicas- que bien podían haber sido verdaderas, pero que igualmente podían haber sido sustituidas por otras hipótesis completamente razonables. La cuestión capital siempre fue en qué hipótesis confiar de entre las muchas posibles, todas las cuales eran coherentes con los datos; qué subprincipio asumir de entre todos los teóricamente coherentes con el principio guía. Lo que los modernos eligieron creer, finalmente, nos reveló más sobre ellos que sobre el mundo que les rodeaba. Siempre fueron las respuestas que los modernos daban a los interrogantes -con independencia del interrogante concreto- las que más revelaron sobre ellos y sus intuiciones sobre el castigo justo.

Irónicamente, este problema permitió un mo-

mento ilustrado en el corazón de la teoría crítica -a lo que Raymond Geuss se refiere como la apertura reflexiva que “otorga a los agentes un tipo de conocimiento inherentemente productivo de ilustración y emancipación” (Geuss, 1981: 2). En el momento en que levantamos el velo de nuestros ojos y nos dimos plenamente cuenta de que nuestras creencias racionales en ciertas teorías o premisas no eran en ningún sentido mejores que un acto de fe religiosa -de que hemos realizado una profesión de fe para llegar a nuestra conclusión- resultó posible trazar la genealogía de cómo hemos alcanzado ese punto. De este modo se hizo posible analizar cómo llegamos a creer en lo que creímos, y a qué precio. Esto es precisamente lo que hicieron los pensadores críticos de los siglos XIX y XX en relación con las tres principales dimensiones del pensamiento crítico -el poder (desde Nietzsche y Foucault hasta Agamben), la producción económica (desde Marx, pasando por la Escuela de Frankfurt, hasta Althusser) y el deseo (desde Freud, pasando por Lacan, hasta Zizek). No por casualidad, identificar el problema es también lo que dio vida al movimiento del Realismo jurídico americano a comienzos del siglo XX, y al movimiento de los Estudios críticos del Derecho a mediados de esa centuria. También fue lo que hizo posible la deconstrucción a finales del siglo -quizás el momento más pleno en la realización de esta intuición.

En este sentido, Jacques Derrida -no precisamente uno de mis héroes, excesivamente ambiguo e irónico para mi gusto- estaba plenamente en lo cierto cuando escribió que la fundación de la ley reside en una profesión de fe -lo que él describe como “una fuerza performativa, en otras palabras, una fuerza interpretativa con un recurso a la fe” (Derrida, 1994: 32). La autoridad legal surge de este acto de auto-autorización, en sí mismo nunca sujeto a una evaluación normativa sobre lo correcto o incorrecto -no únicamente porque el marco legal en sí mismo es posterior al momento fundante, sino también, y sobre todo, porque la valoración sobre si un castigo es justo debe siempre superar la fractura entre las premi-

sas teóricas y la valoración final. El acto de alcanzar la conclusión legal -el castigo justo, la condena, la ejecución- representa “un momento de fuerza, un acto violentamente performativo y, de este modo, una interpretación que no es en sí ni justa ni injusta” (Derrida, 1994: 32-33). Precisamente en este sentido, Derrida concluye, de forma paradójica, que la estructura de la ley es lo que abre la puerta a la propia posibilidad de la deconstrucción. De ello se deriva su irónica hipótesis de que la justicia hace posible la deconstrucción (Derrida, 1994: 36). Aunque refiriéndose al Derecho y a la Justicia, la perspectiva de Derrida puede también aplicarse a las otras disciplinas que forman el campo del delito y de la pena, como la sociología, la política, la economía y las políticas públicas.

Dije antes “irónicamente” porque en concreto el momento de percepción crítica e ilustración es el que debilita los planteamientos de los teóricos críticos radicales -aunque no necesariamente los de los deconstructivistas.

III. ¿Qué suponen estos problemas, ambigüedades e indeterminaciones? ¿Qué significa exactamente que los modernos hicieron, de forma inevitable, una profesión de fe? “Los hechos empíricos se agotaron, las deducciones de principio alcanzaron sus límites y, sin embargo, el razonamiento continuó”. ¿Qué ecos presenta este razonamiento? Permítanme detenerme un momento para ofrecer alguna ilustración al respecto. Permítanme demostrar algunos de los problemas y ambigüedades.

Disuasión de delincuentes juveniles

En primer lugar, examinemos un planteamiento sobre la disuasión. El problema con la mayor parte de las investigaciones sobre disuasión es que resulta extremadamente difícil deslindar sus efectos de los correspondientes a la incapacitación -del hecho de que el endurecimiento de las normas determinará un encarcelamiento más prolongado y, en esa medida, mayor incapacitación de los infractores criminales. La Academia Nacional de

Ciencias reunió en 1978 un panel de expertos de primer nivel para examinar los problemas de medir la disuasión -dirigido por Alfred Blumstein, Jacqueline Cohen y Daniel Nagin-, pero los resultados fueron decepcionantes: "En la medida en que las potenciales fuentes de error en la estimación de los efectos disuasorios de estas sanciones son tan elementales, y sus resultados tan divergentes entre sí, no pueden extraerse conclusiones sólidas, empíricamente fundamentadas, sobre la existencia del efecto, y desde luego menos sobre su magnitud" (Blumstein/Cohen/Nagin, 1978: 42; vid. asimismo Nagin, 1978: 95, 135; Spelman, 2000: 97). Se han hecho desde entonces escasos progresos como Steven Levitt sugirió en 1998, "pocos estudios empíricos (relativos a la disuasión de adultos) tienen capacidad para distinguir disuasión de incapacitación y, en tal medida, apenas proporcionan un test indirecto del modelo económico del delito" (Levitt, 1998: 1158, n. 2).

No obstante, Levitt sostiene que los menores y los adultos jóvenes son receptivos a incrementos en la pena. Para demostrarlo, Levitt toma una base de datos a nivel estatal de tasas de delincuencia, y clasifica a los estados en tres categorías: en primer lugar, aquellos que tienen un sistema penal adulto más severo que el juvenil; en segundo lugar, los que tienen niveles similares de severidad para sus sistemas penales adulto y juvenil; en tercer lugar, aquellos que tienen un sistema penal adulto más benigno que el juvenil. Levitt compara entonces las tasas de criminalidad relativas de los jóvenes adultos cuando pasan de menores a adultos -cuando alcanzan la mayoría de edad y quedan sometidos al sistema penal adulto. Levitt concluye que los menores que han llegado a adultos en la primera categoría de estados -aquellos con sistemas adultos relativamente más severos- cometen menos infracciones en su primer año de mayoría de edad de lo que lo hicieron en el año precedente, mientras que los menores en estados con sistemas adultos relativamente más benignos cometen más infracciones de lo que lo habían hecho el año anterior (Levitt, 1998: 1175). Levitt ve en ello

que la disuasión, más que la simple incapacitación, está operando: "Reducciones significativas en la criminalidad en la mayoría de edad sugieren que la disuasión (y no simplemente la incapacitación) juega un papel importante" (Levitt, 1998: 1156).

¿Exactamente por qué confirman los datos la hipótesis de la disuasión? La respuesta, sugiere Levitt, es que "si la disuasión funciona, cabría esperar un cambio notable en el comportamiento asociado con el paso al estado adulto. Si, en cambio, la incapacitación fuese el efecto primordial cabría esperar mayores demoras en la transición desde el equilibrio menor al equilibrio adulto, derivadas de retrasos en el ritmo de arresto y condena... Parece probable que los notable cambios de carácter inmediato en el comportamiento, vinculados a la mayoría de edad, reflejen primordialmente el efecto de la disuasión" (Levitt, 1998: 1172). La lógica del argumento, por lo tanto, reside en el presupuesto de que la disuasión funciona de modo más rápido que la incapacitación en el periodo de transición en torno a la mayoría de edad.

El problema con esta lógica, no obstante, es que no existe métrica alguna que permita probar la velocidad de cada mecanismo considerado de forma individual, ni existe ninguna métrica que compare la velocidad de las dos teorías alternativas (Harcourt, 2005: 219-226). No hay forma, a priori, de determinar qué velocidad desarrollará cada efecto -si se trata de un mes, dos meses, tres meses, seis meses, nueve meses, doce meses, dieciocho meses, dos años, o más. El modelo de Levitt emplea una medición del delito de carácter anual. Y el periodo de retraso del efecto de la incapacitación -si realmente existe- podría perfectamente ser más breve. En realidad, si la teoría de la incapacitación es correcta -la idea de que alrededor del 6% de los adultos jóvenes son responsables de aproximadamente el 60% de la actividad criminal de su cohorte de edad- debería esperarse que la aplicación severa de la ley tendría un inmediato y notable efecto de incapacitación, precisamente en el momento

de la liberación de los infractores jóvenes que llegan a la mayoría de edad.

Aquí, sin embargo, está el problema: no existe una medida, métrica o parámetro mediante el cual se pueda declarar que un efecto sobre el delito -disuasión o incapacitación- es inmediato o retardado. Tampoco existe un modo mediante el cual se pueda determinar cómo se podrían comparar los dos efectos. No tenemos una medida para establecer el efecto incapacitador y otra diferente para el efecto intimidatorio. Sólo tenemos un número, y debemos calcular si resulta relativamente inmediato o retardado. En la medida en que no sabemos cuánto demora el efecto de incapacitación, no existe forma de saber, a partir de datos anuales de criminalidad, si el efecto se intuye más inmediato o más retardado -tanto si se trata de incapacitación como de disuasión.

¿Por qué Steven Levitt está dispuesto a eludir este problema y confirmar la hipótesis de la disuasión? Realmente no importa. Yo tendería a subrayar los gustos, los deseos, la formación o la carrera académica, pero puede perfectamente haber otras explicaciones. Lo que resulta relevante es que podemos identificar un problema y una profesión de fe -de fe en la racionalidad-. Nos encontramos ante un problema del tipo no refutado aún. Aunque es una teoría coherente con los datos, no excluye otras hipótesis alternativas. En este sentido, sería erróneo, por insuficiente, fundamentar las políticas públicas con base en estos hallazgos empíricos.

Profiling racial

Una pluralidad de economistas afirma que el uso del profiling racial puede mejorar la eficiencia de la actividad policial, logrando el incremento del número de intervenciones exitosas (Knowles/Persico/Todd, 2001; Hernández-Murillo/Knowles, 2003). Asumiendo que las personas responden racionalmente al incremento de los costes del delito -acogiendo la teoría de la acción racional-, la consagración de más recursos policiales a la población

de mayor tasa de criminalidad reducirá dicha tasa (dada la mayor probabilidad de ser descubiertos y penados). Si asumimos, además, que las minorías tienen una tasa de delincuencia más elevada que los blancos, el nivel óptimo de profiling se produciría cuando la tasa de criminalidad de las minorías se redujese hasta el mismo nivel de la correspondiente a los blancos. En ese punto, la policía maximizaría el número de intervenciones exitosas, y no tendría interés legítimo alguno en intensificar la aplicación del profiling a las minorías. Los economistas verifican estas conclusiones con ecuaciones matemáticas y modelos económicos precisos.

Sin embargo, incluso en el marco de estas premisas, el profiling racial puede incrementar la tasa general de delincuencia (Harcourt, 2007a: 111-144). Todo depende de la receptividad relativa de ambos grupos -las minorías a las que aplica el profiling, y los blancos a quienes no se aplica- frente a la estrategia. Si las minorías presentan menor receptividad frente a la estrategia que los blancos, su descenso en la actividad delictiva será superado, en cifras absolutas, por la receptividad más elástica de estos -es decir, por el incremento de la delincuencia de los blancos en respuesta al hecho de que son menos perseguidos. Esta situación se producirá aunque el número general de las intervenciones policiales exitosas se incrementa -a pesar del hecho de que la policía esté descubriendo y sancionando más delitos. Demuestro esta conclusión con ecuaciones matemáticas y modelos económicos precisos en *Against prediction* (2007a: 132-136).

Los economistas han asumido esencialmente en su modelo de profiling racial que las minorías presentan una receptividad frente a la estrategia comparable a la de los blancos, si no mayor. Si no hubiesen asumido esa premisa esencial, sus propios modelos demostrarían que el profiling racial puede incrementar el volumen de delincuencia en la sociedad -lo que no es un resultado eficiente. Sus planteamientos son no refutables, pero sólo bajo presupuestos dudosos. Son verificables mate-

máticamente sólo si asumimos una premisa sobre la elasticidad relativa de ambos grupos que carece de fundamento. (De hecho, si las minorías tienen una tasa de criminalidad más elevada que la de los blancos, es mucho más probable que la causa de esa diferencia, quizás las menores oportunidades de empleo, disminuya su receptividad frente a la estrategia en relación con los blancos).

Entiendo que este es un problema intrínseco a su propio modelo: incluso asumiendo la disuasión (lo que, para muchos, constituye un salto argumentativo en sí mismo) existe un problema en relación con el cual estos economistas hacen otra profesión de fe. ¿Por qué? De nuevo, no importa. Yo especularía con que es debido a que desean un modelo claro, armónico, matemático, que afirme la racionalidad. Quizás por eso son economistas. Pero en cualquier caso, la razón por la que hacen una profesión de fe no importa. Lo que importa es que lo hacen, y que podemos identificarlo.

Mantenimiento del orden

Para una tercera ilustración permítanme recurrir a una práctica moderna de vigilancia y control. A comienzos de los años '90, varias de las principales ciudades estadounidenses comenzaron a implementar estrategias de mantenimiento del orden -señaladamente, de la ciudad de Nueva York, en 1994, donde el alcalde Rudolph Giuliani y su máximo responsable policial, William Bratton, pusieron en marcha la "iniciativa de calidad de vida". Las estrategias de mantenimiento del orden residieron en la teoría de las "ventanas rotas": la idea de que los desórdenes barriales menores, como los graffiti o el vagabundeo, si no se les prestaba atención, causarían actividades criminales graves (Wilson/Kelling, 1982: 31; Harcourt, 2001: 23-27; Harcourt/Ludwig, 2006: 278-287).

Durante los años '90, varios defensores del mantenimiento del orden declararon que la teoría de las ventanas rotas había sido empíricamente verificada (Kelling/Coles, 1996: 24). Sostuvieron esta afirmación con los resultados

de un estudio de 1990 titulado *Disorder and Decline*. La investigación posterior descubrió diversos fallos en el estudio, que socavaron la confianza en sus resultados (Harcourt, 2001: 59-78). Incluso obviando estos fallos, el estudio de 1990 usó una base de datos estática para probar una hipótesis dinámica: los datos consistían en desórdenes y victimización de robo en un momento temporal concreto, mientras que la teoría de las ventanas rotas postulaba una secuencia de desarrollo temporal. El análisis estadístico no podía refutar -y, por lo tanto, no lo hizo- la hipótesis de las ventanas rotas. Como Ralph Taylor apuntó sintéticamente, el estudio de 1990 resultaba fuera de lugar "porque estos datos son transversales, y la tesis es longitudinal" (Taylor, 2006: 1626). Este problema se encontraba entre lo -no-refutado-todavía-porque-no-realmente-probado y la verdad. De nuevo, era inapropiado en aquel momento usar los resultados del estudio como base para fundamentar las políticas públicas.

En la actualidad, el sustento científico y social de la teoría de las ventanas rotas reside principalmente en un estudio de 2001 realizado por George Kelling y William Sousa. En su estudio, Kelling y Sousa centran su atención a los 75 distritos policiales de la ciudad de Nueva York durante el periodo 1989 a 1998. Los autores comparan estadísticamente la relación entre la incidencia de la delincuencia violenta y la política de las ventanas rotas, así como otras tres variables independientes -desempleo, demografía, y consumo de crack-, simulando grupos de comparación mediante el tratamiento de la ciudad como 75 entidades separadas y comparables. Analizando los cambios a lo largo del periodo, concluyen que la política de las ventanas rotas está relacionada significativamente con los descensos en la criminalidad violenta barrial durante un periodo de 10 años -a diferencia de los parámetros de demografía, de desempleo y de uso de drogas, que no lo están.

El problema con el estudio de Kelling y Sousa es que no toman en cuenta el posible efecto

de lo que los estadísticos denominan “reversión promedio”. Un examen de sus datos muestra precisamente eso: aquellos distritos que experimentaron la mayor caída en la criminalidad durante los años '90 fueron los que experimentaron los mayores incrementos en delincuencia durante la epidemia de crack de la segunda mitad de los '80. En otras palabras, bien puede ser cierto que los distritos que recibieron las mayores dosis de política de las ventanas rotas en los '90 experimentaron las mayores reducciones de criminalidad. Pero esos distritos fueron precisamente los que resultaron más duramente afectados por la epidemia de crack que impulsó las tasas de homicidio en la ciudad de Nueva York desde la mitad de los '80 hasta inicios de los '90. En todos los lugares en que la criminalidad se disparó como resultado de la epidemia de crack, la delincuencia declinó notablemente cuando la epidemia menguó -lo que, por cierto, sucedió igualmente en todo el país.

En un reciente estudio con Jens Ludwig demostramos que los descensos en la criminalidad observados en la ciudad de Nueva York en los años '90 eran exactamente lo que podía haberse previsto en relación con el auge y el declive de la epidemia de crack, incluso aunque Nueva York no se hubiese embarcado en su estrategia de las ventanas rotas (Harcourt/Ludwig, 2006: 315). Jens Ludwig y yo mismo denominamos a esto la Ley de Newton de la criminalidad: lo que sube debe bajar, y lo que más sube tiende a bajar más. Lo que representa, en efecto, es una hipótesis alternativa que explica de forma más completa la relación entre delincuencia y prácticas político-criminales.

Hay un tercer problema -o cuarto o quinto.

Francamente, he perdido la cuenta. Kelling y Sousa deducen la veracidad de la teoría de las ventanas rotas -y defienden una política pública de las ventanas rotas- sobre la base de una hipótesis no refutada que no logra superar la prueba de una explicación alternativa. Pero incluso aunque hubiesen tomado en cuenta la reversión promedio, todavía permaneceríamos en una hipótesis no refutada: la teoría de las ventanas rotas no ha sido desacreditada por el estudio de Jens Ludwig y mío sobre los datos de la ciudad de Nueva York, simplemente hemos ofrecido una explicación diferente (aunque, en nuestra opinión, mejor) de las tendencias de evolución de la criminalidad.² ¿Pero quién puede decir cuál es la correcta? Es, como sugerimos Ludwig y yo, un Scotch verdict³: no probado; y eso es un problema.

¿Por qué están dispuestos Kelling y Sousa a hacer una profesión de fe y apoyar políticas basadas en la teoría de las ventanas rotas -una teoría que en el mejor de los casos no ha sido refutada? No importa. Creo que sé por qué, pero por supuesto puedo estar equivocado: George Kelling, el coautor del artículo Broken Windows original, ha invertido mucho en esa verdad, especialmente ahora que está dirigiendo un negocio de consultoría, el Hanover Justice Group, que vende métodos policiales de las ventanas rotas a alcaldes y consejos municipales. Pero, de nuevo, en realidad no importa. Lo que importa aquí es que hemos identificado otro problema y la correspondiente profesión de fe.

La pena de muerte

Los escritos modernos sobre la pena capital también muestran una indeterminación ra-

² Sugeriría que la segunda parte del estudio, que se aproxima al programa MTO, refuta en realidad la hipótesis de las ventanas rotas (HARCOURT/LUDWIG, 2006: 300-314), pero dejo la polémica para otro momento.

³ [N. de los T.] Por “Scotch verdict” (veredicto escocés) se entiende un juicio o pronunciamiento no concluyente, o, en términos jurídicos más específicos, un veredicto admisible en ciertos asuntos en la jurisdicción penal escocesa que simplemente indica que la culpabilidad no ha sido probada.

dical -esos problemas y ambigüedades que permiten a los modernos expresar, más que nada, sus intuiciones morales sobre la pena justa. Tomemos, por ejemplo, la literatura moderna de la elección racional sobre la pena de muerte. Beccaria, el primer verdadero teórico de la elección racional, no creyó que el soberano tenga el derecho a condenar a muerte. La pena capital, de acuerdo con Beccaria, estaba dentro del dominio de la guerra y, en esa medida, estaba gobernada por las reglas de la necesidad y la utilidad. Beccaria no creía, sin embargo, que la pena de muerte sirviese a ninguno de estos principios. No era necesaria, porque las penas de larga duración, como la servidumbre penal o la esclavitud perpetua, eran más efectivas e intimidatorias que el momentáneo shock de la muerte. No era tampoco útil, porque la pena capital genera un efecto de embrutecimiento en la sociedad (Beccaria, 1995: 67). Jeremy Bentham -el verdadero portavoz de la teoría de la disuasión marginal en la era moderna- estaba completamente de acuerdo: “cuanta más atención se presta a la pena de muerte más cabe inclinarse a adoptar la opinión de Beccaria: que debería ser abandonada. Esta cuestión es tan hábilmente discutida en su libro que tratarla tras él es una labor que bien puede ser dispensada” (citado en Hart, 1982: 41).

Retorno al presente, al día de Navidad de 2005 (nótese la ironía de la fecha). En ese momento, Gary Becker, uno de los teóricos de la elección racional líderes a nivel mundial, y premio Nobel de economía, escribe en su blog: “Mi creencia en el efecto intimidatorio [de la pena de muerte] está basada parcialmente en esos estudios cuantitativos limitados, pero también en que creo que la mayor parte de la gente tiene un poderoso miedo a la muerte. David Hume dijo, debatiendo sobre el suicidio, que “ningún hombre renunció nunca a la vida mientras valía la pena vivirla. De ahí nuestro horror natural a la muerte...”. Schopenhauer añadió, discutiendo el suicidio, “tan pronto como los terrores de la vida alcanzan un punto en el que superan a los terrores de la muerte, un hombre pone fin a su vida.

Pero los terrores de la muerte ofrecen considerable resistencia..” (Blog Becker-Posner, 25 de diciembre de 2005). Richard Posner añade, también el día de Navidad: “No considero a la venganza como un fundamento inadmisibles para la pena capital. La venganza tiene raíces muy profundas en la psique humana” (Blog Becker-Posner, 25 de diciembre de 2005).

Casi sería divertido, si no fuese tan triste, contemplar a estos modernos revolve y contorsionarse para justificar sus propias intuiciones éticas acerca de matar a otras personas. La única cuestión para un teórico de la elección racional es si la pena de muerte realmente disuade los homicidios, al margen de cualquier otro efecto. Beccaria optó por creer que el efecto de embrutecimiento superaba al efecto de disuasión. Becker optó por creer que la gente teme a la muerte. La literatura empírica ofrece resultados divergentes (vid Donohue/Wolfers, 2005). Becker y Posner deciden creer a los economistas que hallan un efecto intimidatorio. Es digno de ver -aunque descorazonador para aquellos que en algún momento creyeron en el proyecto crítico de la razón.

Todo esto no pretende sugerir que los teóricos de la elección racional son los únicos que muestran meras elecciones. Escuchemos a Hegel: “El intento de Beccaria de abolir la pena capital ha tenido efectos benéficos. Incluso si ni Joseph II ni los franceses lograron abolirla por completo, hemos comenzado a analizar qué delitos merecen la pena de muerte y cuáles no. En consecuencia, la pena capital se ha vuelto más infrecuente, como de hecho debe ocurrir con este castigo extremo” (Hegel, 1981: 247 [cursiva suprimida]). Estas son frases reveladoras. Lo que nos cuentan, sin embargo, no es la forma adecuada de formular la indagación, ni la respuesta correcta a la pregunta adecuada, sino algo más fundamental sobre las convicciones personales del autor -y de qué modo el autor supera la indeterminación inherente a sus propios principios.

IV. Estos problemas y ambigüedades enterrarán el periodo moderno -o, al menos,

deberían. Incluso los más acerbados críticos, los pensadores más radicales, nunca fueron capaces de escapar a la poderosísima urgencia de construir algún nuevo paradigma, un nuevo edificio, algún puente para llegar al otro lado del conocimiento. Ni los seguidores de Nietzsche, Durkheim o Marx ni los críticos culturales fueron capaces de resistirse al cebo de la reconstrucción, siempre buscando apresuradamente la “mejor evidencia” para alisar el terreno de sus planteamientos. Ni siquiera Michel Foucault -el más sabio de los modernos- pudo resistirse a quebrar nuestra fe en la rehabilitación con una historia genealógica -que requirió igualmente una gran profesión de fe. Trágicamente, esto ha sido así para los críticos culturales tanto como lo fue para los dos tipos de reflexiones anteriores.

Muchos han argumentado a lo largo del tiempo -y todavía lo hacen- que deberíamos simplemente continuar viviendo con nuestra estructura de conocimiento, y ajustar nuestras expectativas de verdad: que lo no-todavía-refutado simplemente es el mejor modelo -lo que, evidentemente, es difícil de cuestionar- y que deberíamos continuar empleando la razón para seleccionar las inferencias empíricamente más sólidas y las deducciones de principios más coherentes. Sin embargo, la idea de que podríamos distinguir entre las diferentes hipótesis coherentes con los datos o los principios con base en lo que “posee mayor sentido”, “suena más razonable” o “parece más coherente” es simplemente quimérica. Estos tipos de juicio están tan determinados culturalmente, y tan notablemente influenciados por nuestro tiempo y lugar, que resulta inconcebible que cualquier ser racional pueda hoy continuar haciendo tales afirmaciones, en esta etapa tardía de la modernidad -al menos, con la frente alta.

Ya no. Es demasiado embarazoso contemplar cómo una generación de modernos tras otra, bajo el signo de la razón, salta, esquivo y elude los problemas del conocimiento. Podría pensarse que la frenología debería haber bastado para detenernos, pero no, en vez de ello presenciamos la aplicación de teorías bioló-

gicas deterministas sobre el comportamiento social a la violación masculina, teorías criminológicas basadas en el concepto de pobreza moral aplicadas a varones negros superdepredadores, teorías de la acción racional aplicadas a terroristas suicidas -y continúa y continúa la lista de teorías que requieren tantas suspensiones y excepciones que incluso un niño cuestionaría nuestra creencia moderna en la racionalidad.

No podemos seguir eludiendo lo no refutado aún. No sería una solución mejor que retrasar el reloj y resucitar la fe en la divina providencia. La genealogía foucaultiana no soluciona el problema: trazar el proceso de formación de la creencia no supone más que seducirnos para creer otra explicación para la que difícilmente hay una evidencia mejor. Ello también requiere una profesión de fe. El giro cultural tampoco soluciona nada. La idea de que podríamos interpretar el significado social de una práctica o institución punitiva contemporánea -dejando al margen una práctica que se produjo en un contexto histórico y cultural completamente diferente- es una mera ilusión. El hecho de que la interpretación cultural sea persuasiva para nosotros nos dice mucho más de lo que entendemos convincente -cómo categorizamos, qué clase de evidencia entendemos persuasiva, a qué disciplinas nos adherimos- de lo que afirma sobre el “significado social” de la propia práctica. E incluso cuando llegamos a una rica descripción que otorga sentido al mundo que nos rodea, incluso cuando logramos esa formidable tarea de interpretación simbólica, no nos aproximamos aún a la formulación de conclusiones normativas. Estamos ubicados precisamente en el problema, obligados a realizar un salto lógico. La interpretación simbólica no nos dice nada sobre cómo surge la práctica, cómo transformarla o cambiarla, o cómo modificar su significado social. El significado social no ofrece un anclaje para la acción.

V. ¿Dónde nos sitúa esto? La respuesta tiene que ser la aleatoriedad. Donde nuestras teorías científico-sociales se agotan, donde nuestros

principios se ven limitados, deberíamos dejar la decisión al azar. No deberíamos continuar realizando esa profesión de fe, sino orientarnos hacia el cara o cruz, el lanzamiento de los dados, la lotería -en suma, hacia la aleatoriedad y el azar. Y deberíamos hacerlo, casi dudo en afirmarlo, en el ámbito del delito y de la pena.

En el campo de las investigaciones policiales, de la vigilancia y de la detección del delito, las instancias del sistema penal deberían orientarse bien hacia la totalidad, bien hacia el muestreo aleatorio. El Internal Revenue Service podría auditar las devoluciones de impuestos aleatoriamente, usando un sistema de lotería basado en un número de la seguridad social. La Transportation Security Administration podría investigar a cada pasajero en el aeropuerto, o aleatoriamente seleccionar un cierto porcentaje de ellos por medio de un algoritmo generado por ordenador usando los apellidos. La Occupational Safety and Health Administration podría investigar el cumplimiento por parte de los empresarios mediante una selección aleatoria a partir del número de identificación fiscal. En estas y otras investigaciones profilácticas de aplicación de la ley la agencia podría muy fácilmente reemplazar el profiling -que se sustenta en premisas inciertas sobre sensibilidad y acción racional- por la aleatoriedad.

En la elección de prioridades en materia de persecución del delito, las agencias gubernamentales deberían comenzar distribuyendo recursos al azar. La fiscalía de distrito, así como la fiscalía federal, podrían seleccionar anualmente objetivos de persecución del delito (entre otros, por ejemplo, corrupción pública, abuso de información privilegiada en el mercado de valores, infracciones de drogas o delitos violentos) aleatoriamente. Las autoridades estatales de la policía de tráfico podrían distribuir coches patrulla por medio de un sistema cartográfico aleatorio, usando carreteras de elevada densidad de tráfico y autopistas interestatales. El Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms podría elegir entre iniciativas de impacto similar, con base en un sorteo de lotería anual.

Y sí, incluso en el área de condena y ejecución, los tribunales y las administraciones penitenciarias deberían comenzar a pensar en confiar más en el azar. Los jueces podrían imponer condenas, tras el veredicto de culpabilidad, basadas en un sorteo, en el marco de unos rangos de condena prescritos normativamente; los rangos podrían ser fácilmente determinados, por ejemplo, mediante clasificaciones delictivas. El departamento de ejecución podría asignar reclusos a los establecimientos de forma aleatoria, en el marco de categorías determinadas por riesgo de fuga o nivel de seguridad. Los reclusos con necesidades de tratamientos de drogas, alcohol o salud mental podrían ser asignados a programas semejantes con base en un sorteo de lotería.

Esto no es tan descabellado como pueda parecer. Se asume, naturalmente, un esquema de condena con rangos específicos para diferentes grados de infracción. El mismo tipo de aleatoriedad, no obstante, podría ser introducido en el proceso legislativo para decidir sobre marcos de penalidad o para establecer mínimos de cumplimiento efectivo (si las condenas fijas se prefieren a los marcos de penalidad). De este modo, por ejemplo, los legisladores, no teniendo un modo científico o sustentado en principios para distinguir entre 6 ó 12 meses de prisión para una lesión agravada, podrían recurrir al azar. La aleatoriedad permitiría a estos legisladores elegir un mínimo de cumplimiento efectivo entre estos límites. La lógica común que atraviesa todo esto es cuestionar y, en último caso, rechazar el uso del castigo criminal como un mecanismo de ingeniería social. El deseo de detenerse, y rechazar la asunción de profesiones de fe no representa más, en la práctica, que cesar de tratar mediante la ingeniería a las personas y a las relaciones sociales, a través de la sanción criminal. El impulso central consiste precisamente en renunciar a moldear a las personas con los instrumentos penales -y, de este modo, en liberar el campo del delito y de la pena de la ciencia social especulativa y de los principios indeterminados.

La razón crítica revela los límites de nuestros principios de razonamiento. Nos conduce al punto en el que nuestros predecesores siempre hicieron su profesión de fe. Ilumina aquellas construcciones teóricas que los modernos emplearon para salvar los problemas del conocimiento. Ahora debería servirnos también para liberar el campo de estas construcciones. Debería permitirnos emplear el único instrumento imparcial para decidir nuestro destino: la aleatoriedad, las loterías, los dados y la suerte. Y la cuestión no es arrojar los dados para elegir entre diferentes teorías, todas las cuales requieren una profesión de fe, sino emplear la razón crítica para marginar esas teorías. Eliminarlas -y, de este modo, poner fin a la ingeniería social.

VI. ¿Hasta dónde debemos avanzar con esto? Una vez que hemos comenzado a lanzar los dados, ¿Cómo sabremos cuando parar? Si usamos una lotería dentro de los límites de condena, ¿por qué no sacar todas las condenas de la misma urna? ¿Por qué no determinar la culpabilidad por el lanzamiento de una moneda? ¿Por qué no, incluso, decidir a quién acusar por medio de un sorteo? Esta es, en fin, la temática del brillante relato breve de Jorge Luis Borges, *La Lotería en Babilonia* (1998). Una vez que descienes por el camino del azar, el sendero puede perfectamente conducir al infierno. Una vez que hemos probado el dulce néctar del azar, ¿dónde encontraremos el lugar adecuado para detenernos?

El grado de escepticismo

La cuestión central no es que no sepamos nada. No. Tenemos algún conocimiento intuitivo básico que nadie puede cuestionar. Como cuestión empírica, sabemos que si ejecutamos a alguien, no vamos a ser capaces de rehabilitarlo. Como cuestión de principio, sabemos que matar a una persona es peor que robarle la cartera. Sabemos que violar a alguien es peor que realizar graffitis. Sabemos que castigar a una persona completamente inocente está mal. Y podemos utilizar estos mínimos ingredientes de certeza para establecer límites al empleo del azar. De este modo, por ejemplo,

no extraeremos las penas para el homicidio y para el hurto -o para la violación y el vandalismo- de la misma urna. No decidimos a quién acusar por medio del sorteo. Estas formas elementales de conocimiento nos permiten hacer descansar mínimamente nuestras prácticas punitivas en nociones muy básicas de proporcionalidad. Por ejemplo, el homicida condenado y la persona que excede los límites de velocidad no pueden ser tratados del mismo modo. Imponemos restricciones de proporcionalidad en el uso del azar. Quizás creemos una categoría para el homicidio, otra para las lesiones físicas o psíquicas graves, y otra para los daños. Hay algunos límites naturales al uso de la aleatoriedad.

Sólo recurrimos al azar cuando nuestra ciencia social y nuestros principios se agotan. Los casos obvios son aquellos en los que los resultados de nuestra ciencia social descansan en evidencias insuficientes, datos débiles, o modelos equivocados, aquellos en los que no existen en absoluto evidencias científicas, o en los que existen hipótesis alternativas igualmente plausibles, que son todas igualmente no refutadas -en otras palabras, cuando no tenemos resultados científicos dignos de confianza. Esto, entiendo, apenas puede ser discutido. Nadie busca penar intencionadamente a otro ser humano con base en una ciencia equivocada, o en ausencia de ciencia.

¿Y qué sucede en el caso más complicado en el que existe un estudio científico digno de confianza que refuta una hipótesis nula? En este caso, yo argumentaría que necesitamos elaborar distinciones entre tipos de teorías científicas y salvar sólo aquellas que involucran elementos de la física social. Por física social entiendo aquellos planteamientos que son necesariamente verdaderos como resultado de la naturaleza física de nuestra existencia mortal. Las teorías que dependen de la intermediación de la conciencia humana y de la toma de decisiones deben ser marginadas, dejadas para más tarde, para cuando tengamos más tiempo libre o, quizás, para cuando hayamos logrado adelantos en nuestros estudios sobre la conciencia.

Por el momento, sin embargo, deberíamos centrarnos únicamente en la física social.

A modo de ilustración, consideremos cuatro teorías de notable difusión en el ámbito del delito y de la pena: la teoría de la elección racional, la teoría de las ventanas rotas, la teoría de la legitimación y la teoría de la incapacitación. Las tres primeras operan a través de la intermediación de la conciencia humana. En cada caso, las teorías dependen de actores que creen ciertas cosas y conforman su comportamiento de acuerdo con ello. La primera asume que los individuos persiguen su propio interés o maximizan su utilidad, y que, de acuerdo con ello, cuando el coste del delito crece, cometen menos infracciones. Es una teoría que nos requiere aceptar la idea de que los individuos -sea consciente o inconscientemente- conforman su comportamiento a expectativas calculadas de éxito o fracaso. La segunda y tercera teorías -las teorías de las ventanas rotas y de la legitimación- también dependen de que las personas tengan en cuenta su ambiente social o físico -un barrio en desorden, en un caso, un policía descortés o insolente, en el otro- y adapten su comportamiento de acuerdo a ello. Las tres teorías requieren un determinado proceso del intelecto humano y una decisión sobre el comportamiento. Requieren la intermediación de la conciencia humana. No son verdaderas ni falsas, sino sólo no refutadas aún, no claramente refutables en el futuro inmediato.

En cambio, la cuarta teoría implica física social. Si detenemos físicamente a un individuo y lo aislamos del mundo libre no cometerá infracciones en el exterior. Esto es materia de física social, no ciencia social moderna. Del mismo modo, el traslado hace físicamente imposible para un recluso delinquir en la jurisdicción original. Únicamente estos tipos de teorías son hipótesis respetables para el siglo XXI. Desde luego, de este modo se estrecha el ámbito de postulados empíricos y de principios aceptables, pero ello es positivo.

Mi intención no es probar una hipótesis de fi-

sica social, sino ilustrar una cuestión: la razón crítica no debe eliminar necesariamente todas las teorías relacionadas con el delito y la pena. Todavía debe haber espacio para algunos resultados empíricos que eviten la intermediación de la conciencia humana. Es importante señalar, no obstante, que incluso estos infrecuentes planteamientos de física social no resolverán las elecciones político-criminales. El hecho de que la incapacitación o el traslado hagan imposible que el recluso delinca (al menos, en la jurisdicción original) no nos dice si tal efecto será superado por otras teorías que supongan la intermediación de la conciencia, como el efecto de embrutecimiento del recluso o las consecuencias de privaciones para su familia y su comunidad. Tampoco nos dice cuánta incapacitación debemos tener. Ello nos conduce a otro problema empírico y teórico que simplemente no podemos superar. La selección y eliminación de planteamientos que descansan en la intermediación de la conciencia nos dejará muy frecuentemente sin guía alguna, sin ninguna teoría. No existirá la “mejor evidencia” que cubra el vacío. ¿Cómo organizaremos entonces nuestro ambiente político y social? Ya sabemos la respuesta en este momento: mediante la aleatoriedad.

Finalmente, el grado de incertidumbre en el ámbito punitivo no es completo, pero sí crucial. El modelo de la no refutación por sí solo no es adecuado para seleccionar las teorías científicas. Necesitamos, además, un mecanismo que distinga entre hipótesis científicas que intermedien a través de la conciencia y aquellas que no. Las primeras son demasiado sensibles a la ideología. Sólo las segundas pueden constituir una base válida para la toma de decisiones. Digo “ideológicas” en el sentido de que las teorías científicas que intermedian a través de la conciencia están moldeadas por contextos históricos, sociales y familiares que cambian con el tiempo, y están afectadas por las prácticas punitivas que implementamos. En esta área hay un mecanismo de retroalimentación -lo que Ian Hacking denomina “un efecto bucle” (HACKING, 2006: 2). Las prácticas y categorías que proyectamos nos conforman como sujetos y

cambian el modo en que respondemos a esas mismas prácticas. En consecuencia, estas teorías estarán necesariamente influenciadas por compromisos ideológicos, tomas de posición y prejuicios. Es necesario eliminarlas del ámbito del delito y de la pena.

El dominio de la incertidumbre

¿Se extiende esto a las ciencias naturales -o, al menos, a las ciencias puras, en contraste con las ciencias humanas? ¿Se aplica a campos en los que las manipulaciones no transforman los objetos de estudio, o los procesos subyacentes? En biología, por ejemplo, puede haber placebos y efectos mentales que intermedian a través de la conciencia. ¿Pero es tan diferente en física y en química? Incluso en las ciencias humanas parece haber ámbitos de conocimiento científico más dignos de confianza. ¿Es el establecimiento de una política fiscal o de los tipos de interés, por ejemplo, más “cierto” que el establecimiento del precio del delito? ¿Podría haber, de algún modo, un continuo en términos de intermediación de la conciencia? ¿Podría tener algo que ver con el elemento racional en el proceso de toma de decisiones? En otras palabras, ¿Está más relacionado el gasto en consumo con la racionalidad económica que la comisión de delitos?

Estas cuestiones han sido fuente de debates formidables durante siglos. Naturalmente, hay importantes diferencias entre las ciencias humanas y las ciencias puras, la menor de las cuales no es la posibilidad y el uso de diseños experimentales en las ciencias naturales. Los experimentos y los grupos de control permiten diferentes perspectivas de correlación. Pero estas cuestiones son demasiado insignificantes para referirse a ellas en un ensayo breve -y distraen en exceso la atención. Distraen la atención porque nos paralizan, y evitan que hagamos lo que procede en el ámbito del delito y de la pena. Dejemos al margen tales interrogantes -para ser respondidos en otro momento- y limitémonos a la producción intencional de dolor como forma de castigo. El mismo razonamiento bien podría aplicarse en otro ámbito, pero eso no es

de nuestra incumbencia. El tiempo apremia. Nuestros hermanos y hermanas están siendo penados. En este momento simplemente podemos limitar estos planteamientos de razón crítica al ámbito penitenciario.

¿Por qué recurrir a la aleatoriedad?

Hay otras alternativas, por supuesto. En el momento de tomar la decisión sobre el castigo, hay otras opciones. Podríamos simplemente continuar con lo que hemos hecho en el pasado. Hacer lo que hicimos antes, usar las mismas penas que nuestras madres y padres. Podríamos tomar en cuenta el statu quo. El problema es que aquellos juicios fueron precisamente el resultado de años y años de profesiones acríticas de fe. No habríamos aprendido nada del ejercicio de la razón crítica. Alternativamente, podríamos recurrir al proceso democrático, y permitir al legislador que decida. Pero al final su voto no reflejará más que los prejuicios, las ideologías, las parcialidades y, de nuevo, profesiones de fe. Podríamos decidir simplemente imponer nuestros gustos y preferencias estéticas, pero esta parece una alternativa odiosa e irracional.

No, debemos recurrir a la aleatoriedad porque no tenemos otra alternativa. Debemos recurrir a la lotería porque es el único modo de actuar dentro de los límites de la razón crítica. Debemos recurrir a los dados por defecto. Por supuesto, la aleatoriedad puede tener algunos elementos positivos. Puede recordarnos que nuestros conocimientos son limitados. Puede resaltar el temible papel de la ideología en nuestras prácticas penales. Puede ayudarnos a reunir información. Usando una forma de selección aleatoria podemos aprender mucho del mundo de la desviación que nos rodea. La aleatoriedad puede ofrecer más transparencia en nuestra política criminal. Y, de hecho, puede ser más eficiente que la alternativa. Pero ninguna de ellas es la razón por la cual recurrimos a la aleatoriedad. Recurrimos a ella porque no hay alternativa satisfactoria desde la perspectiva de la razón crítica.

VII. La aleatoriedad no es en absoluto extraña a la ley -y no sólo en la prolífica imaginación

de François Rabelais (Rabelais, Tiers Livre III: 39, 1999). Diversos estados establecen legalmente en la actualidad el lanzamiento de una moneda para resolver empates electorales (Choper, 2001: 340, n. 22). La ley de Louisiana expresamente afirma que “en caso de empate, el secretario de estado invitará a los candidatos a su despacho, y determinará el ganador por el lanzamiento de una moneda” (La. Rev. Stat. 46: 1410(C)(3) (2005)). En Nuevo México una mano de póker es el modo de resolver un empate (Reuters, 2000). Del mismo modo, una pluralidad de tribunales reparte tierras en litigio por sorteo (Zitter, 1999). La aleatoriedad también se proyecta sobre múltiples estrategias policiales, incluidos los controles de alcoholemia y la selección aleatoria de los pasajeros de líneas aéreas a los efectos de controles adicionales en los aeropuertos. Juega un amplio papel en la detección del delito. Nuestra sociedad acoge una “lotería de la detección” (Duff, 1990: 26-27). Incluso los esquemas de condena determinada contienen un elemento de azar significativo. Una lotería decide la suerte del asunto en relación con qué juez -benigno o severo- resuelve la condena (Harel/Segal, 1999: 292).

Eficiencia y disuasión

Con todo, la demanda de más aleatoriedad encontrará indudablemente gran resistencia. Muchos protestarán instintivamente que el uso del azar es mucho menos eficiente que el profiling, o que concentrarse en los mayores infractores -que es inútil gastar recursos de persecución del delito en infractores de bajo riesgo. No tiene sentido dirigir los controles de

seguridad aeroportuaria extra a abuelas ancianas en sillas de ruedas, o a familias con niños -o a “girl scouts y abuelitas”, como escribe un reciente comentarista (Sperry, 2005). Sin embargo, como demostré en otro lugar con ecuaciones y gráficos, el profiling sobre la base de tasas de criminalidad por grupos puede ser contraproducente, y puede generar una mayor incidencia delictiva, incluso bajo premisas muy conservadoras sobre elasticidades relativas de las distintas poblaciones (Harcourt, *Against Prediction*, 2007a, 129-132; 2007b). No tenemos razones teóricas aceptables para creer que la persecución focalizada del delito sería eficiente en términos de descenso de la criminalidad, o incrementaría, más que disminuir, el bienestar social general.

Los economistas más sofisticados pueden responder que diseñar la persecución focalizada del delito, en relación con grupos que presentan mayor receptividad maximizaría el resultado de toda inversión en la aplicación de la ley (Margoliath, 2007). Pero en este punto afrontamos un vacío empírico. Lo que necesitaríamos sería evidencia empírica fiable que se refiera tanto a las tasas de criminalidad comparativas cuanto a las elasticidades relativas de las poblaciones objetivo y no objetivo. Ofrezco la ecuación exacta para ello en *Against Prediction* (Harcourt, 2007a: 133). Esa evidencia, sin embargo, no existe. El problema no es la fiabilidad de la evidencia, el problema es que simplemente no existe⁴. Si hubiese un lugar para evitar la adopción de profesiones de fe, sin duda sería este, en el que no hay en absoluto datos empíricos.

⁴ Hay una única excepción. Avner BAR-ILAN y Bruce SACERDOTE tienen un documento de trabajo de 2001 que examina la elasticidad comparativa frente a un incremento de la multa por saltar un semáforo en rojo, en relación con varias dimensiones (concluyendo que la elasticidad de saltarse el semáforo con respecto a la multa “es mayor para jóvenes conductores y para conductores con coches viejos”, equivalente para conductores “condenados por delitos violentos o delitos patrimoniales”, y menor, en Israel, para “miembros de grupos étnicos minoritarios”). Otro grupo de trabajos se aproximan a la materia, pero no analizan la cuestión básica de las elasticidades comparativas. Por ejemplo, el documento de trabajo de 2006 de Paul HEATON sobre el efecto de la eliminación de las políticas de profiling racial en New Jersey sobre la delincuencia de las minorías, “Understanding the Effects of Anti-profiling Policies” no se refiere a cómo se compara la elasticidad de los infractores negros con la de los blancos.

El saber convencional entre los analistas económicos del Derecho es que incrementar la probabilidad de detección logra una mayor prevención del delito que incrementar la sanción, debido a la elevada tasa de descuento imputada a los delincuentes (Polinsky/Shavell, 1999: 12). Asumiendo que sea cierto, la decisión de acoger la aleatoriedad en las condenas no debería tener efectos en la disuasión. Usar una lotería de condena para determinar la duración del periodo de prisión, en el marco de rangos de condena preestablecidos, en lugar de usar una plantilla que establece perfiles en relación con antecedentes, uso de armas u otros factores, no cambiaría la certeza de la condena esperada y no necesitaría cambiar la duración esperada de tal condena.

Algunos analistas económicos del Derecho conductuales habían sugerido que la certeza de una condena criminal -el hecho de que la entidad de la sanción penal está fijada, y es conocida, con antelación- puede disuadir a los delincuentes más efectivamente que las condenas inciertas y, sobre esta base, habían argumentado contra loterías de condena (Harel/Segal, 1999: 280). Sin embargo, estudios más recientes, que implican investigación experimental, sugieren que la incertidumbre relativa a una sanción puede ser más efectiva a los efectos de disuadir conductas desviadas. Los experimentos de Alon Harel, Tom Baker y Tamar Kugler revelan que una lotería de condena puede ser de hecho más efectiva para disuadir conductas desviadas que las condenas fijas (Baker/Harel/Kugler, 2003). Otros experimentos psicológicos han mostrado igualmente que los individuos sienten aversión por la ambigüedad (Harel/Segal, 1999: 291).

Castigo justo y suerte moral

La aleatoriedad en la condena encontrará probablemente mucha más resistencia, no sólo por preocupaciones de eficiencia, sino también por consideraciones de castigo justo y merecimiento. En una Tanner Lecture de 1987, Jon Elster revisó los argumentos favo-

rables a la aleatoriedad y analizó una pluralidad de ámbitos legales en los que las loterías podrían tener sentido. No obstante, rechazó cualquier espacio para la lotería en el Derecho Penal. “No creo que haya razones para incorporar las loterías en el Derecho Penal de hoy”, concluyó Elster (Elster, 1987: 157). La mayor parte de los juristas académicos está de acuerdo -o, al menos, sugiere que como comunidad tenderíamos a estar de acuerdo. “Insistimos en tomas de decisiones deliberadas y autoconscientes”, señala Judith Resnik. “El lanzamiento de moneda ofende el compromiso de esta sociedad con la racionalidad. Aunque los procesos mentales de un juez, cuando pronuncia una condena de 20 o 30 días, no vayan más allá de un lanzamiento de moneda mental, la comunidad desea que las decisiones judiciales parezcan el producto de procesos contemplativos, deliberativos, cognitivos” (Resnik, 1984: 610-611).

Un importante volumen de literatura filosófica y jurídica se ha centrado en la cuestión de la suerte en el Derecho Penal, buena parte de ella vinculada a un debate más amplio sobre lo que Bernard Williams y Thomas Nagel denominaron “suerte moral” (Williams, 1981: 20-39; Nagel, 1979: 24-38). La mayor parte de los comentaristas se oponen al uso del azar (Kadish, 1994: 680; Lewis, 1989: 58; Kessler, 1994: 2237; Duff, 1990; Von Hirsch, 1976: 72-73). Sorprendentemente, no obstante, el papel de la suerte ha sido universalmente acogido, en este país y en Occidente, en el plano legal. La mayor parte de las jurisdicciones en EE.UU. impone la mitad de la pena en las tentativas; más allá de nuestras fronteras, la pena atenuada para la tentativa ha logrado “una aceptación casi universal en el Derecho occidental” (Kadish, 1994: 679).

¿Qué explica este rechazo académico casi universal del azar en Derecho penal? La razón, sugeriría yo, es que queremos creer, desesperadamente, que hay una alternativa racional. Nos aferramos a la idea de que hay un modo mejor, un modo más racional, un modo más aceptable moralmente. Como explica Elster,

“en la medida en que los seres humanos son animales que buscan significados, no se sienten cómodos con la idea de que los sucesos son solamente ruido y furia, sin significación alguna. Los seres humanos son también animales que buscan la razón. Quieren tener razones para lo que hacen, y crean razones cuando no existen. Además, quieren que las razones sean claras y decisivas, para hacer la decisión fácil, y no compleja” (Elster, 1987: 174-175).

Discutiendo las loterías penales, R.A. Duff indica que las loterías en general están justificadas sólo cuando “no hay otro modo practicable, o moralmente aceptable, de distribuir los beneficios o las cargas en cuestión” (Duff, 1990: 26). Las loterías se justifican como un mecanismo por defecto, cuando no hay ningún otro modo moralmente justificable: “lo que justifica tales loterías...es el hecho de que o es imposible eliminarlas, o sólo es posible reducirlas o eliminarlas a un costo inaceptablemente alto” (Duff, 1990: 27).

Duff tiene razón. Lo que justifica las loterías, moralmente, es la falta de alternativa. Donde está equivocado, sin embargo -y donde todos parecen estar equivocados- es en creer que hay una alternativa racional. El hecho es que tenemos presentimientos. Que hacemos profesiones de fe. Pero no tenemos buenas evidencias o principios determinados para resolver las ambigüedades de las condenas. Las loterías de condena cobran sentido, finalmente, porque no hay una opción mejor.

CONCLUSIÓN

El final de la modernidad está a nuestro alcance. El triunfo final de la racionalidad está próximo. La razón ha logrado finalmente ese elevado estado de autoconciencia que permitirá identificar sus propios límites y detenerse ante ellos: ya no seguir confiando en la fe ciega

para superar los inevitables problemas, ambigüedades e indeterminaciones del conocimiento humano; ya no llenar ese espacio más allá de las hipótesis no refutadas; preparada para sustentarse en el azar, el lanzamiento de la moneda, la aleatoriedad -lo arbitrario.

Esto representa el final del castigo como una práctica de transformación -como una práctica enderezada a cambiar a los mortales, a corregir a los delincuentes, a tratar a los desviados, a disuadir a los superdepredadores. Tendremos un castigo más saludable: ya no el campo de la ingeniería social -pero igualmente ya no la educación moral, la intervención social. La pena será desconectada y desactivada.

Iris Marion Young me animó este último verano, con su modo sutil pero perspicaz, a emplear este ensayo como una oportunidad para explorar cómo sería un mundo sin castigo. Creo que ahora lo he visto. No es un mundo carente de cualquier cosa que pueda ser descrita como castigo. La persona culpable de homicidio o de malversación puede todavía ser condenada a prisión. Pero es un mundo en el que hemos dejado de castigar con base en presentimientos y teorías infundadas -en el que la pena es impulsada por la razón crítica y la aleatoriedad.

Quizás sea posible en este momento describir cómo la razón maduró por medio de los diferentes interrogantes que los modernos se plantearon en relación con la pena -desde los iniciales debates ilustrados sobre el derecho de castigar, al discurso de la teoría crítica y de la ciencia social positivista sobre las verdaderas funciones de la pena, hasta la crítica cultural y la ulterior ética postestructuralista. He pasado por muchos de estos estadios y todavía peleo con ellos cotidianamente.⁵ Hasta hace bien poco todavía creía que debemos aceptar las inevitables profesiones de fe en el cono-

⁵ Mi proyecto de investigación de mayor duración explora la relación entre la hospitalización psíquica, el encarcelamiento y el delito (HARCOURT, 2007c). Justifico el proyecto como una investigación sobre la física social, pero estoy constantemente intentando restringir mis planteamientos a los límites de la razón crítica.

cimiento humano, y hacerlas transparentes. Que debemos “mancharnos las manos”, exponiendo completamente las opciones éticas que tomamos cuando investigamos y defendemos soluciones de política criminal (Harcourt, 2005). Mi trabajo, como el de otros muchos postestructuralistas -Michel Foucault especialmente, al final de su vida- había tomado una orientado hacia la ética, y hacia el cultivo del sí. Parecía que no había otra opción que reconocer la debilidad humana, y proceder abierta y honestamente.

Ya no. Nunca más profesiones de fe. Cuando estamos en el precipicio de la razón, enfrentados a hipótesis alternativas, a principios indeterminados, o a premisas cuestionables, debemos detenernos. Cesar de racionalizar qué hipótesis tienen mayor sentido. Cesar de ordenar mejores razones para una deducción de principio antes que para otra. Cesar de legitimar los presupuestos cuestionados. Orientarnos, en cambio, al azar. Resolver las indeterminaciones sacando la pajita más corta, lanzando una moneda, tirando los dados, ejecutando un algoritmo de computación. Necesitamos, en suma, ser maduros, y dejar que se despliegue el azar donde se agota la razón.

BIBLIOGRAFÍA

BAKER, T./HAREL, A./ KUGLER, T. “The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach”, en *Iowa Law Review*, n° 89, 2004, p. 443-494.

BAR-ILAN, A./ SACERDOTE, B. “The Response to Fines and Probability of Detection in a Series of Experiments”, en *National Bureau of Economic Research. Documento de trabajo* n° 8638 (diciembre 2001).

BECCARIA, C. *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1995.

Blog BECKER-POSNER <<http://www.becker-posner-blog.com>>.

BLUMSTEIN, A./ COHEN, J./ NAGIN, D. “Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects”, en BLUMSTEIN, A. ET AL., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington D.C., 1978.

BORGES, J.L. “The Lottery in Babylon”, en *Collected Fictions*, Penguin Putnam, New York, 1998, p. 101-106.

CHOPER, J.H. “Why the Supreme Court Should Not Have Decided the Presidential Election of 2000”, en *Constitutional Commentary*, n° 18, 2001.

DERRIDA, J. *Force de loi: le “Fondement mystique de l'autorité”*, Galilée, Paris, 1994.

DEVLIN, P. *The Enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, London, 1965.

DONOHUE, J./ WOLFERS, J. “Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate”, en *Stanford Law Review*, n° 58, 2005, p. 791-846.

DUFF, R.A. “Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts”, en *Law and Philosophy*, vol. 9, n° 1 (febrero 1990), p. 1-37.

ELSTER, J. “Taming Chance: Randomization in Individual and Social Decisions”, en *The Tanner Lectures on Human Values*, dictada en Brasenose College, Oxford University, 6-7 mayo 1987.

FEINBERG, J. *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985.

FEINBERG, J. *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1987.

FOUCAULT, M. *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.

FOUCAULT, M., *Discipline and Punish*, Vintage Books, New York, 1979.

FOUCAULT, M., "What is Enlightenment?" en RUBINOW, P. (ED.), *Michel Foucault: Ethics, Subjectivity and Truth*, The New Press, New York, 1997, p. 303-319.

GARLAND, D., *Punishment and Modern Society*, Univ. Of Chicago Press, Chicago, 1990.

GARLAND, D., *The Culture of Control*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 2001.

GEUSS, R., *The Idea of A Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1981.

HABERMAS, J., "Taking Aim at the Heart of the Present: On Foucault's Lecture on Kant's What is Enlightenment?", en KELLY, M. (ED.), *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*, MIT Press, Cambridge, 1994, p. 149-154.

HACKING, I., *The Taming of Chance*, Cambridge Univ. Press, New York, 1990.

HACKING, I., "Kinds of People: Moving Targets", en *The Tenth British Academy Lecture*, British Academy, London, 11 abril 2006, <<http://www.britac.ac.uk/pubs/src/britacad06/index.html>>.

HARCOURT, B.E., *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.

HARCOURT, B.E., *Language of the Gun: Youth, Crime, and Public Policy*, university of Chicago Press, Chicago, 2005.

HARCOURT, B.E., *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007a.

HARCOURT, B.E., "Muslim Profiles Post 9/11:

Is Racial Profiling and Effective Counterterrorist Measure and Does it Violate the Right to be Free from Discrimination?", en GOOLD, B./

LAZARUS, L. (EDS.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2007b.

HARCOURT, B.E., "From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution; Part II: State Level Analysis" en *University of Chicago Law and Economics*, documento de trabajo Olin n° 335 (marzo 2007c).

HARCOURT, B.E./LUDWIG, J., "Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment", en *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, n° 1 (invierno 2006), p. 271-316.

HAREL, A./SEGAL, U., "Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime", en *American Law and Economics Review*, vol. 1, n° 1/2, 1999, p. 276-312.

HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

HART, H.L.A., "Bentham and Beccaria", en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982.

HEATON, P., "Understanding the Effects of Anti-Profiling Policies", documento de trabajo, marzo 2006, <<http://home.uchicago.edu/~psheaton/workingpapers/racialprofiling.pdf>>.

HEGEL, G.W.F., *Philosophy of Right*, Oxford University Press, Oxford, 1981.

HERNÁNDEZ - MURILLO, R. / KNOWLES, J., "Racial Profiling or Racist Policing?: Testing in Aggregated Data", documento de trabajo, 18 abril 2003, <<http://www.econ.upenn.edu/~jknowles/Research/HK%20RacProf%20Article.pdf>>.

KADISH, S.H., "The Criminal Law and the

Luck of the Draw”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 84, n° 4, invierno-primavera 1994, p. 679-702.

KANT,I., “An Answer to the Question: ‘What is Enlightenment?’”, en *Kant: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 54-60.

KELLING,G./COLES,C.M., *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, Free Press, New York, 1996.

KELLING,G./SOUSA JR.,W.H., “Do Police Matter? An Analysis of the Impact of New York City’s Police Reforms”, en Manhattan Institute Center for Civic Innovation, informe cívico n° 22 (diciembre 2001).

KESSLER,K.D., “The Role of Luck in Criminal Law”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, n° 6 (junio 1994), p. 2183-2237.

KNOWLES,J./PERSICO,N./TODD,P., “Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence”, en *Journal of Political Economy*, vol. 109, 2001.

LEVITT,S., “Juvenile Crime and Punishment”, en *Journal of Political Economy*, vol. 106, n° 6 (diciembre 1998), p. 1156-1185.

LEWIS,D., “The Punishment that Leaves Something to Chance”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, n° 1 (invierno 1989), p. 53-67.

MARGOLIATH,Y., “In Defense of Prediction”, en *Law and Social Inquiry* (de próxima publicación, 2007).

MORRIS,N./HAWKINS,G.J., *The Honest Politician’s Guide to Crime Control*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.

NAGEL,E., “The Enforcement of Morals”, en *The Humanist*, vol. 28, n° 3, 1968, p. 20-27.

NAGEL,T., “Moral Luck”, en *Moral Questions*,

Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
NAGIN,D., “General Deterrence: A Review of the Empirical Evidence”, en BLUMSTEIN,A. ET AL., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington D.C., 1978.

NIETZSCHE,F., *On the Genealogy of Morals*, Random House, New York, 1967.

POLINSKY,M./SHAVELL,S., “On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence”, en *Journal of Legal Studies*, n° 28, 1999, p. 1-16.

RABELAIS,F., *Le Tiers Livre des faits et dits heroïques du bon Pantagruel. Les Oeuvres romanesques*, Honoré Champion, Paris, 1999.

RESNIK,J., “Precluding Appeals”, en *Cornell Law Review*, n° 70, 1984-1985, p. 603-624.

REUTERS, “Election 2000. The Presidency High Stakes: If Vote is Tied in New Mexico, Poker Hand Could Settle It”, en *Newsday*, 15 noviembre 2000, A05.

RUSCHE,G./KIRCHHEIMER,O., *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1968.

SPELLMAN,W., “The Limited Importance of Prison Expansion”, en BLUMSTEIN,A./WALLMAN,J.(EDS.), *The Crime Drop in America*, Cambridge University Press, New York, 2000.

SPERRY,P., “When the Profile Fits the Crime”, en *The New York Times*, 28 julio 2005, <<http://www.nytimes.com/2005/07/28/opinion/28sperry.html>>.

TAYLOR,R.B., “Book Review of Illusion of Order”, en *American Journal of Sociology*, vol. 111, n° 5, 2006, p. 1625-1628.

TYLER,T.R., *Why People Obey the Law*, Yale

University Press, New Haven, 1990.

TYLER, T.R., "Trust and Democratic Governance", en BRAITHWAITE, V./LEVI, M. (EDS.), Trust and Governance, Russell Sage Foundation, New York, 1998.

VON HIRSCH, A., Doing Justice, Hill and Wang, New York, 1976.

WACQUANT, L., Les Prisons de la Misère, Raisons d'Agir, Paris, 1999.

WILLIAMS, B., Moral Luck, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.

WILSON, J.Q./KELLING, G., "Broken Windows", en The Atlantic Monthly, marzo 1982, p. 29-38.

WINCH, P., The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy, Routledge and Kegan Paul, London, 1958.

ZITTER, J.M., "Judicial Partition of Land by Lot and Chance", en American Law Reports, 4º, 32 (actualizado a marzo 1999), p. 909.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el final del siglo 18°, cuando la Revolución Francesa preparó el escenario para la creación de los sistemas democráticos, el sistema estatal en los países desarrollados ha tratado de incrementar la riqueza general de la nación, independientemente de las diferencias ideológicas que han existido entre el liberalismo o individualismo o colectivismo. Esto se debe simplemente a que la gente, que son los agentes de la democracia, busca para su felicidad no solo paz y libertad, sino también opulencia económica. Mientras tanto, la revolución industrial, que empezó a mediados del siglo 18 británico y se extendió alrededor del mundo, ocasionó una expansión de escala desde la industria ligera a la industria pesada a mediados del siglo 19. Esta expansión se movió al paso con la transición democrática en el sistema estatal y fue apoyada por el desarrollo de la ciencia y tecnología.

Desde la segunda mitad del siglo 19, democracia bajo este sistema estatal significó la movilización de la gente y la participación masiva en el Gobierno. Pero después de la experiencia de las dos guerras mundiales en el siglo 20, esta democracia enfrentó la elección entre liberalismo y totalitarismo, entre el sistema económico capitalista de mercado y el sistema económico socialista planificado. Esta elección fue resuelta a favor del primer sistema a finales del siglo 20. Sin embargo, el problema para la raza humana no es la elección entre dos sistemas económicos opuestos, sino la cultura de la explotación ambiental y la creencia

de la omnipotencia de la ciencia y la tecnología que son características de ambos sistemas.¹ Los países desarrollados deben ahora unirse a los países en desarrollo para enfrentar estos problemas.

1. DEL ESTADO BASADO EN LOS DERECHOS AL ESTADO DE BIENESTAR

Aunque el Estado en la Sociedad agrícola pre-medieval es generalmente definido como un Estado Autoritario basado en la relación existente entre gobernante y sujeto, el propósito fundamental de tales Estados, si lo miramos en términos del efecto práctico, era el mantenimiento de la paz. Así por ejemplo, el rol requerido a un rey era asegurar la seguridad de las personas frente a los enemigos externos. Es verdad que la felicidad de la gente o su bienestar eran también una misión a lograr, pero estos podían ser vistos como un objetivo secundario para el cual la paz interna era una precondition; esta era además una misión que fue frecuentemente ignorada en la realidad histórica.

En Europa occidental, la sociedad agrícola evolucionó en el siglo 17 de una etapa comercial intervenida a una sociedad industrial. Una serie de Estados experimentaron revoluciones burguesas a través de las cuales estos derrocaron los precedentes Estados Autoritarios y se transformaron en Estados basados en los derechos. El sistema económico promovido por el Estado basado en los derechos garantizaba una economía de libre mercado incluyendo un libre mercado laboral; la misión que encapsula es proteger la vida, libertad, y propiedad

* Profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Kansai, Osaka, Japón. Traducción a cargo de Luis Reyna Alfaro, con la colaboración de Fabio Ruesta Otoya.

¹ BECK, U. Risikogesellschaft- Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986.

de los ciudadanos individuales como derechos esenciales en una sociedad creada por la acción libre de los ciudadanos. ¿Lo que debe tomarse en consideración aquí es que el mantenimiento de la paz que era el propósito de la sociedad hasta entonces, fue además tomado como un propósito de la sociedad dentro de un Estado liberal?

La sociedad industrial se formó en muchos Estados desde finales del siglo 19, pero a medida que se desarrollaba esta creaba una clase social desposeída e indigente. Estas condiciones llevaron a la sociedad industrial tardía a establecer un Estado del Bienestar para lidiar con la pobreza. Este Estado puede decirse que ha alterado las formas políticas que existieron previamente. El nuevo sistema estatal de la sociedad industrial tardía no era el sistema estatal basado en los derechos que garantizaba la libertad individual y la economía de mercado, en otras palabras, este no dejó que el sustento de las personas dependa de la formación de un orden basado en la libertad de acción; en su lugar, este adoptó un sistema intervencionista que garantizaba la subsistencia de la gente en una forma sistemática.

Este Estado de Bienestar se manifestó en dos formas: el Estado Socialista, que reformó completamente el sistema económico capitalista, y el Estado de Bienestar Social Democrata, que introdujo modificaciones a través de un sistema intervencionista que mantenía aún la estructura capitalista. Hoy, el sistema estatal socialista ha sufrido cambios mayores, mientras que el sistema estatal de bienestar social de mercado es mayoritario en términos mundiales, aunque con diferencias de detalle de país en país. Así como la herencia del Estado basado en los derechos del Estado Autoritario es la misión de mantenimiento de la paz; así estos sistemas estatales han heredado del Estado basado en los derechos la misión de garantizar los derechos humanos básicos centrados en la libertad individual. Sin embargo, una diferencia surge en la manifestación práctica; así, mientras la base del Estado basado en los derechos es proporcionada por

un sistema legal que protege a las personas de la lesión a su libertad y otros derechos, la base de un Estado de Bienestar Social Democrata consiste en un sistema legal que garantiza a las personas cierto nivel de vida.

2. LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS TENDENCIAS DE DESARROLLO.

La Sociedad Contemporánea parece haber sufrido ya la transformación en un Estado de Bienestar. El surgimiento de derechos medioambientales, por ejemplo, es una manifestación concreta. El debate teórico está en marcha en cuanto a cómo deberían ser entendidos los derechos medioambientales en sentido académico. En el pasado, los derechos clásicos del Estado de Bienestar han sido los derechos sociales, o derechos a través de los cuales las personas requerían al Estado garantizar cierto nivel de vida. La idea de que estos derechos medioambientales pertenecen a estos derechos sociales es una teoría académica. Esta teoría considera que los derechos medioambientales y sus conexos pueden ser incluidos dentro de los derechos sociales y que los problemas medioambientales pueden ser resueltos dentro del marco teórico del Estado de Bienestar. Yo, sin embargo, apoyo la teoría discrepante de que un conjunto de principios para resolver problemas medioambientales no puede derivar adecuadamente de los principios del Estado de Bienestar. Para el Estado Ecológico, nosotros requerimos de un conjunto de principios distintos de los de distribución de recursos e igualdad que son los principios del Estado de Bienestar.

La razón radica en el hecho que la sociedad ha cambiado ya de una sociedad industrial a una sociedad de la información y esta ha creado una situación en la cual un cambio en los principios que rigen el Estado es necesario. La tercera ola de Alvin Toffler, que se ha convertido ya en una obra clásica, postula que la raza humana contemporánea se encuentra viviendo a través de una revolución de la información que es la sucesora de la revolución agrícola de

la era neolítica y la revolución industrial de la edad moderna.² Debido a esta revolución se dice que estamos sometidos a un cambio drástico de la estructura social. La “información” a la que nos referimos aquí no se limita a la información en el proceso de comunicación sino que ha de entenderse en un sentido más amplio que denote la totalidad del conocimiento que se ha acumulado y transmitido. La industria, particularmente la industria manufacturera, ha logrado progreso dramático y ha alcanzado niveles avanzados. Este nivel avanzado de desarrollo ha sido posible debido a las computadoras que manipulan información. Además, los productos industriales que han alcanzado elevados niveles de complejidad y precisión han hecho posible la aplicación de tecnología de vanguardia en las actividades de manufactura y construcción de sectores tales como el procesamiento de alimentos, fármacos e ingeniería, y en los métodos y técnicas de sectores tales como las comunicaciones, el transporte, la generación de energía eléctrica y el tratamiento médico. Estos productos de nivel avanzado no son como los productos anteriores de la sociedad industrial, que poseen una plusvalía que puede ser simplemente deducida mediante la observación del objeto en cuestión. Por ejemplo, un tubo de vacío, que es un producto de corriente eléctrica de hace 50 años, ha sido reemplazado por el IC chip (circuito integrado). El IC chip es más pequeño, pero tiene una inmensurable funcionalidad mejorada. El chip es un producto resultante de un masivo volumen de información basada en el conocimiento, pero esto aparentemente no es sencillo de apreciar.

Este avanzado nivel de desarrollo en el desarrollo de la ciencia y la tecnología a través de la sinérgica acción de dos factores: primeramente, el deseo humano por comodidad, confort, y abundancia en la vida social, que era inherente desde el inicio de la sociedad industrial; y, en segundo lugar, la primacía económica de la producción que es el resultado de este

deseo. Pero este nivel de desarrollo avanzado simultáneamente nos impuso el riesgo de ser expuestos a desastres impredecibles. De hecho, puede ser sostenido que la sociedad de la información sencillamente ha mantenido inalterada la estructura de la sociedad industrial que da primacía a los deseos materiales y a la producción, y que por lo tanto el riesgo existió antes. Sin embargo, donde la sociedad de la información difiere de la situación previa es que el grado de riesgo ha sufrido un cambio cualitativo. El conseguir altos niveles de intrincación y precisión en la tecnología está basado en el aumento de la densidad de acumulación de los procesos científicos. El incremento en el número de procesos proporciona un incremento correspondiente en el número de efectos que ellos ejercen y un incremento acompañado en la proporción que es impredecible. El incremento en el nivel de riesgo relacionado al cambio cualitativo, comparado al anterior, en los peligros a los que las personas son expuestas en la sociedad contemporánea a través de la conjunción de dos categorías de riesgos

3. LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA COMO SOCIEDAD DE RIESGOS

Como anteriormente señalé, la diferencia entre el riesgo en la sociedad contemporánea y el de tiempos precedentes, es que el grado de impredecibilidad se ha incrementado a un nivel o magnitud diferente. Hasta hoy, la ciencia ha empleado tecnología para manipular a la naturaleza, pero ahora que el alto nivel de desarrollo tecnológico ha incrementado el nivel de complejidad y precisión de esta manipulación y su amplitud, la capacidad para controlar las repercusiones ha disminuido en proporciones inversas. Descrita esta realidad, el especial carácter cualitativo de la sociedad de riesgos en la era contemporánea, puede ser descrito en términos de una primacía de la tecnología.

Desde el punto de vista científico, el riesgo resultante de los efectos reperkusivos de ciencia

² TOFFLER, A. *The Third Wave*, 1980.

y tecnología es producido por efectos secundarios, y reside en el hecho de ser estos últimos impredecibles. Aunque no hay duda de que el riesgo puede ser llamado efecto secundario porque la ciencia tiene que lidiar con un mundo teórico, cuando miramos a la tecnología desde el corazón del mundo científico, bien puede parecer un campo derivado y aplicado. Sin embargo, el orden de precedencia de ciencia y tecnología hoy se presenta como inverso. En muchos casos es claro que los avances tecnológicos tienen una fuerte y determinante influencia en el desarrollo científico, mientras que dentro de la ciencia misma, la ciencia aplicada viene a ocupar la posición nuclear.

Cuando la ciencia es vista con predisposición hacia la tecnología, podemos ver que es en el mundo real donde fructifica como acción, mientras que los postulados científicos existentes aún como fenómeno en el mundo teórico permanecen incompletos. Ciertamente, solamente cuando el fenómeno científico se une a la tecnología es que termina manifestándose en medidas concretas, y dando como fruto fenómenos completos. Esto significa que es imposible hablar del fenómeno científico de manera aislada de sus efectos pragmáticos. La síntesis de acetaldehído surge no como una fórmula científica experimental, sino como fenómeno desarrollado en una fábrica específica, en la cual el inesperado producto Mercurio orgánico también está contenido. Desde el punto de vista de la tecnología, la producción de mercurio orgánico a través de fenómenos de este tipo no es un efecto secundario. ¿Podemos apreciar de lo anterior, que las medidas y efectos de la tecnología, incluyendo la producción de mercurio orgánico, deben ser evaluadas como una omnicompreensiva totalidad?

En el contexto de invertir las posiciones de ciencia y tecnología, la sociedad de riesgos es en ocasiones caracterizada como 'una sociedad indefensa ante la tecnología'. En el libro llamado "The Whale and the Reactor – A Search for Limits in an Age of Hight Technology", (La Ballena y el Reactor – Búsqueda de Límites en una Era de Alta Tecnología), Landon Winner

da como ejemplo el contraste entre una persona caminando respecto de otra que conduce un auto. La restricción sufrida por la persona conduciendo, comparada con la de la persona que camina, debido al hecho de usar un vehículo, puede perfectamente describirse como el inevitable efecto del empleo de tecnología. Por si fuera poco, las personas entran en el mundo de esta nueva tecnología y se contextualizan en él, sin pensamiento consciente; y esto conlleva a un cambio en la estructura social. En su trabajo, Winner lo denomina "sonambulismo tecnológico". Al respecto, lo importante en los fundamentos de Winner es el efecto social producido por la introducción de tecnología específica. Innovaciones tecnológicas como el automóvil y el teléfono, la televisión y la computadora personal, no son aceptadas tan indefensamente, en tendencia sonámbula; por el contrario, se introducen irresistiblemente en la vida cotidiana, como si fuesen parte del paso de la historia. Esto sucede porque la misma estructura de la vida social se reordena para adaptarse a ellos. ¿Nos quedaremos sin espacio para preguntarnos el significado de esta expansión tecnológica?

El cambio cualitativo de las repercusiones en la sociedad de riesgos ha ocurrido también en el campo de la predictibilidad científica. Actualmente, cuando la manipulación de la naturaleza a través de la tecnología afecta a seres humanos, y no solo a objetos materiales externos a ellos, puede decirse que el elemento de impredecibilidad en la ciencia está creciendo aún más. Inicialmente, el control tecnológico de la naturaleza era el control de la naturaleza exterior a seres humanos. Los humanos solían usar ciencia y tecnología para resistir los desastres naturales, ataques de animales y otras agresiones de la naturaleza, para controlarla y obtener de ella materiales útiles. Invenciones como el automóvil y la aeronave trajeron consigo accidentes, pero aunque el daño a humanos sea de una escala seriamente elevada, incluía serias violaciones externas al cuerpo humano.

Sin embargo, como hemos apreciado en los ejemplos previamente explicados sobre daños

inducidos por medicamentos y sobre contaminación de comida, el riesgo relacionado con ellos es conexo a la naturaleza interna del cuerpo humano. Aquí la naturaleza, la cual es supuestamente una entidad externa, alcanza el interior a través de las estructuras de la vida humana; y el riesgo también es internalizado en este proceso. De esta manera, la introducción de riesgo para humanos como factor interno, es característica del riesgo en la era contemporánea. La misma situación comprende al riesgo ambiental, pero lo que está expuesto no son los comestibles, sino esa estructura soporte de la vida humana conocida como ecosistema. La modificación de esta estructura con ciencia y tecnología inflige violaciones internas a humanos a través del ecosistema. Teóricos de la sociedad de riesgos contemporánea, por ejemplo Ulrich Beck en su libro *The Risk Society* (Sociedad de Riesgos), afirman que la naturaleza es hoy una entidad reproducida por los humanos. Se ha convertido entonces en una naturaleza fabricada en un proceso controlado por información basada en el conocimiento. Esto no significa, sin embargo, que haya un conflicto entre naturaleza y sociedad, sino la interpenetración entre ambas.

Como ya afirmé, la ideología del Estado de bienestar es incapaz de derivar en un principio organizador que aporte al hecho de que la sociedad industrial ha sido transformada en una sociedad de información; y ha experimentado un cambio cualitativo en el sentido que ya he explicado. La mencionada ideología del Estado de bienestar limita la problemática a la distribución de recursos, y fracasa en cubrir la realidad de la penetración e internalización de la tecnología, lo cual ha sido traído por la sociedad de riesgos. El problema de esta última estriba no en garantizar la mejora de ecosistemas no favorables para vivir, sino en el hecho de que este ecosistema vivo está expuesto a riesgos desde el inicio.

CONCLUSIÓN

No es una exageración decir que la sociedad de la era contemporánea está formada por

ciencia y tecnología, reposando en los pilares de conocimiento e información. Mientras más alta sea la complejidad y precisión de esta tecnología, menor será la capacidad para controlar el riesgo esperado. Sin embargo, en un mundo incierto, los avances de ciencia y tecnología siguen persiguiendo objetivos percibidos como felicidad. En este sentido, si aceptamos que la sociedad contemporánea es una sociedad de información, entonces la habilidad de responder apropiadamente reside no en el Estado de bienestar, sino en el Estado ecológico. Pero, ¿Qué principios deben regir el Estado ecológico? Por supuesto, una respuesta a los riesgos que amenazan el ecosistema vivo debe ser –en principio– implementada a nivel preventivo. En la sociedad industrial tardía, las leyes anticontaminación, para remediar los daños contra la salud humana, tuvieron que lidiar con el problema a través de la regulación asignada. En contraste, las leyes medioambientales en una sociedad de información deberían enfatizar aspectos relacionados a la gestión medioambiental, y apuntar a una mejora sistemática en el sector.

El sucesor más idóneo a este principio de prevención es el principio de responsabilidad. Significa un cambio desde una instancia centrada en una ideología de derechos, donde la responsabilidad mencionada se vincula a la conducta de los demás y de uno mismo; pero el fundamento reside en la responsabilidad con el medio ambiente. Puede decirse que los derechos persiguen un punto de inicio para la formación de una sociedad de acción, que demande derechos con el propósito de realización personal. En contraste, la responsabilidad persigue este punto de inicio en acciones, incluyendo las hechas por otras personas, para el beneficio del medio ambiente.

Bajo el rotulado de estos principios de prevención y responsabilidad, el medio ambiente natural, el cual trasciende al medio ambiente vivo, debe ser considerado también como objeto de protección. Como mencioné anteriormente, la penetración mutua de sociedad y naturaleza ya no acepta una definición limi-

tada del medio ambiente vivo. Además, el conocimiento del ecosistema nos enseña sobre su interconexión orgánica; el hecho de que el daño a una parte de él afecta a la totalidad ha sido probado por sucesivos estudios académicos. Adicionalmente, la presente situación de la sociedad de riesgos nos sugiere la necesidad establecer una conciencia de que el riesgo es afrontado o debe serlo, que debemos enfatizar la comunicación de los riesgos en situaciones en que están presentes, y que debemos reconocer la existencia de la responsabilidad de tomar decisiones y formar una autodeterminación.

Bajo los principios que gobiernan este Estado Ecológico, las misiones de un Estado basado en derechos y del estado de bienestar, existen-

tes previamente, no deberían ser descartadas, sino introducidas como misiones adicionales a enfatizar. En la sociedad de información creada por el dramático desarrollo de ciencia y tecnología, la preservación del ecosistema puede ser la principal característica del Estado ecológico, el cual direcciona el riesgo hacia prevención y vigilancia; pero este Estado ecológico debería también guiar la realidad de las avanzadas dimensiones de riesgo, las cuales están desarrollándose en cuestiones que van desde hábitats y derechos individuales hasta el mantenimiento de la paz. En otras palabras, el Estado ecológico debe mantener en sus múltiples niveles, las misiones de los Estados que lo precedieron, y debe mantener la paz y la libertad, garantizando el bienestar bajo las condiciones de la sociedad de riesgos.

RECENSIONES

PROTECCIÓN DE LA MEMORIA Y DERECHO PENAL: UNA REFLEXIÓN SISTEMÁTICA Y COMPARATIVA DEL DELITO DE NEGACIONISMO [NOTAS SOBRE EMANUELA FRONZA “IL NEGAZIONISMO COME REATO” (EL NEGACIONISMO COMO DELITO), GIUFFRÈ, MILANO, 2012]

Alessandro GAMBERINI*

Lo hizo bien Emanuela Fronza al analizar, en una monografía, el delito de negacionismo, sobre lo que hay desde hace mucho tiempo un debate abierto, a menudo a los llamamientos de los medios de comunicación. El debate llama la atención de las personas que más conocen el papel de las leyes penales y de las consecuencias de su introducción, sin embargo en Italia – donde no hay un precepto específico – en particular los historiados fueron parte del debate y los juristas por el contrario han sido en gran medida ausentes.

En el marco de los delitos de opinión desde hace más de una década ha habido un aumento progresivo del tamaño del área de relevancia penal, para compensar fenómenos de inseguridad social con la protección simbólica de los que se sienten víctimas (reales o potenciales) de la violencia y de la discriminación.

Lo que, al final del siglo pasado, parecía el lento secarse del legado de los regímenes autoritarios del siglo XX - gracias a la intervención de los jueces constitucionales y del legislador, en el nombre de una extensión (que fue descubierta de nuevo) del derecho de libre expresión del pensamiento, constitutivo de una sociedad y de una democracia liberal - no sólo fue interrumpido abruptamente, sino también la amenaza de una ley penal penetrante las opiniones se hace concreta y va en aumento. Piénsese a la redescubierta fortuna, en el ordenamiento italiano, del artículo 414 del Código Penal, que castiga la apología del delito y que con las nuevas leyes penales se ha convertido en un contenedor de instancias de represión en varios sectores del ordenamiento, en pa-

ralelo con la introducción de nuevos tipos de asociación criminal.

Sería ingenuo no reconocer que hoy, en particular en virtud de internet, los medios de comunicación del pensamiento tienen una capacidad de difusión prácticamente ilimitada y por lo tanto las opiniones tienen una capacidad de incidencia muy diferente que en el pasado, aún en el pasado próximo, cuando el impacto en los medios de comunicación tenía un público limitado y sobre todo más controlable. Este derecho que, en teoría, encuentra su sentido más profundo en su desarrollo en relación con el actual estado de cosas (sería inútil una libertad de pensamiento inofensivo) corre peligro de enfriarse y fallecer frente a las fuertes instancias de protección social y cultural, para las cuales la respuesta penal parece un (afortunado) atajo.

De hecho, sin la aceptación del riesgo, que es esencial junto con el derecho a expresar libremente su opinión, se produce inevitablemente una progresiva atrofia.

Sí el delito de opinión está configurado como un delit obstacle en relación con la comisión de potenciales delitos en el futuro, según un modelo de un peligro potencial, está bastante claro que no hay ningún parámetro para excluir que la consecuencia del desarrollo de cualquier pensamiento pueda ser la comisión de una acción nociva. También el límite de la incitación sólo funciona cuando se coloca en el lado concreto de una acción que constituye la premisa de la ideación y, en tales casos, por supuesto, pierde su carácter de opinión y se in-

* Traducción de Paolo CAROLI, doctorando en Derecho penal, Universidad de Trento, Italia.

corpora en la acción material del autor.

El delito de negacionismo por su naturaleza, es independiente de cualquier evaluación de peligro: castiga la exteriorización del pensamiento del Mal, invocando la protección de la memoria de violaciones graves a los derechos humanos ocurridas en un pasado más o menos próximo, de la negación (o minimización) de la Shoá, hasta la negación de otros genocidios y masacres, que han puesto a prueba en los últimos años a muchos tribunales internacionales establecidos para juzgar a sus responsables.

Cuántas fallas puede potencialmente producir un modelo penal de este tipo, se puede ver simplemente marcando lo que sucedió en el ordenamiento italiano en el marco de la disciplina penal de la pedofilia y de los fenómenos de abuso sexual a menores.

En aplicación de la Convención de Lanzarote con un nuevo precepto en el artículo 414 bis del Código Penal (introducido por la Ley n.º 172, 01 de octubre 2012) fue castigada la apología de numerosos delitos en este contexto, específicamente designados en la nueva ley – hechos que por otra parte ya estaban castigados en el marco de la regla general del artículo 414, que castiga en general la apología de delitos – y en el último párrafo se establece que "para justificarse no se puede invocar razones o propósitos de interés artístico, literario, histórico o de costumbre".

El mal, por lo tanto, no puede ser descrito y hecho público, incluso para dar cuenta de acontecimientos de importancia cultural, porque a la vuelta de la esquina acecha el peligro de que la narrativa histórica o la fantasía literaria pueden convertirse, según el censor penal, en una alabanza inapropiada y por eso criminal.

La monografía de Emanuela Fronza se presenta por lo tanto como una reflexión de gran importancia y de actualidad.

La mirada de la Autora centra primero al fenómeno de la negación de la Shoá y la forma

de su ocurrencia: una forma particular de revisionismo histórico que se remonta a los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuestionando su existencia, negando el exterminio del pueblo judío en su especificidad con respecto a los acontecimientos de la guerra y al resultado inevitable de lutos y la pérdida de vidas humanas.

Pero el foco se ensancha después a las controversias que han surgido recientemente sobre la existencia de otros genocidios: la población armenia por el gobierno turco durante la Primera Guerra Mundial, el exterminio nazi de la población gitana europea, el exterminio de la población ucraniana por Stalin (el Holodomor) durante la hambruna de 1933-1934, hasta lo ocurrido en un pasado reciente, en Ruanda en 1994.

El delito de negacionismo se impone entonces en el derecho penal como un "crimen de la memoria. La memoria se convierte en un "bien a defender" y al mismo tiempo "un lugar de comisión del delito": el proceso penal un "teatro en el que se pone pedagógicamente en escena la historia". Su función, en primer lugar, es reiterar una verdad histórica: la sentencia, la cosa juzgada penal, se convierte en el instrumento privilegiado en la que apoyarse, ignorando "la profunda diversidad epistemológica de los estatutos que se refieren a los dos disciplinas".

La protección penal del pacto fundacional de la Constitución se mueve hacia atrás y va a incluir toda la abundancia de experiencias que se inscriben en la memoria compartida, hasta a "perder sus características formales y confundirse con una actividad social en continua y necesaria evolución" (esta evolución se cristaliza en las Jornadas de la Memoria, que fisiológicamente llaman la atención sobre los acontecimientos del pasado, introducidas por medio de una serie de leyes en varios países de Europa, en particular Italia, Francia y España entre 2000 y 2006).

La tendencia a utilizar el derecho penal en esta

dirección no es solo propia de países europeos. La Autora recuerda la experiencia argentina que, al principio, experimentó un proceso penal sin penalización para el seguimiento de la verdad sobre el pasado, debido a la presencia de leyes de amnistía respecto de los crímenes cometidos por la junta militar; pero después la Corte Suprema de ese país ha establecido la necesidad de la pena con respecto a las graves violaciones a los derechos humanos, debido a que las leyes de amnistía se orientan “al olvido” de estos graves delitos.

Entre otras cosas - es siempre Emanuela Fronza que nos recuerda - en la ficha que ilustra los objetivos del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, entre éstos se indica también el de «imponer la verdad judicial para impedir el revisionismo, contribuir al restablecimiento de la paz y favorecer la reconciliación en la antigua Yugoslavia» (la bastardilla nos pertenece).

Así ella recuerda, pero en un tono completamente diferente, con el espíritu de formación de valores compartidos en lugar de la pena impuesta por un tribunal penal, el establecimiento de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación (Truth and Reconciliation Commission).

El reconocimiento de un derecho a la memoria - en particular a la protección de la memoria de las víctimas y de sus familiares- en muchas de las experiencias citadas parece exigir la necesaria intervención de la sanción penal y en consecuencia del proceso: la fusión entre la historia y el derecho penal implica la fusión entre la ética y el derecho.

La penalización del negacionismo es, pues, parte de este complejo proceso.

La monografía ofrece una relación de las diversas leyes nacionales (Alemania, Francia, España, Portugal, Austria, Bélgica, Suiza, también la República Checa y Hungría, donde se castiga a quien niega los crímenes cometidos por el régimen comunista, hasta Ucrania,

donde el cambio de la mayoría de gobierno ha arrastrado consigo un enfoque diferente al significado del Holodomor), también para verificar la falta de homogeneidad de las disciplinas en los distintos países, lo que confirma un pluralismo estructural no sólo en forma horizontal - entre Estado y Estado - sino también en la dirección vertical entre los estados y los dos sistemas de los Derechos Fundamentales (Consejo de Europa y la Unión Europea), que son constituyentes de un orden constitucional europeo.

La introducción de estas normas no encontró obstáculos en la jurisprudencia del TEDH.

Por un lado, se destaca que la libertad de expresión también debe cubrir las afirmaciones desagradables que afectan el Estado, o una parte importante de la población. En ese sentido, se limita la posibilidad de sancionar el discurso de odio que incite de forma directa la violencia contra individuos o ciertas razas o creencias, y todavía se insiste en que la búsqueda de la verdad histórica es una parte integral de la libertad de expresión. Por el contrario el TEDH le da espacio a una disciplina penal del negacionismo, incluso a través del reconocimiento del margen nacional de apreciación de los Estados (artículo 17 CEDH).

Debe tenerse en cuenta, en particular, la decisión *Garaudy c. Francia* (24 de junio de 2003). Al declarar la inadmisibilidad de la petición del demandante contra su condena por las afirmaciones negacionistas de su libro, el TEDH ha reiterado que frente a los hechos históricos indiscutibles como la Shoá, las afirmaciones del texto en cuestión “ponen en discusión los valores que fundan la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y turban gravemente el orden público”, “por esta razón, dichas afirmaciones no están protegidas por la garantía del art. 10 CEDH”.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la Unión Europea ha intervenido con una Decisión Marco, en noviembre de 2008 con una solicitud de la penalización, que aún deja a los

Estados miembros la posibilidad de cambiar el enfoque de su disciplina interna, ya sea siguiendo la jurisprudencia de los tribunales internacionales o nacionales, u optando por castigar únicamente las conductas que dan lugar a perturbaciones del orden público.

Esta última intervención, pone en evidencia Emanuela Fronza, da a los Estados miembros un margen de autonomía como para crear una legislación de geometría variable, con consecuencias de gran importancia, ya que un hecho histórico puede ser considerado un crimen contra la humanidad solo en algunos Estados miembros.

El mismo uso del concepto de "orden público" presupone una inexistente noción unitaria de esa categoría, y, por tanto, ententando a medir un delicado límite a la libertad de expresión, uno se siente como caminando en el magma, y sigue siendo incierta la identificación del bien jurídico protegido (protección de memoria, protección de identidad, garantía contra posibles conductas discriminatorias).

La autora dedica especial atención a las disposiciones legales vigentes en Alemania, Francia y España.

De gran interés es el examen del debate interpretativo que se ha abierto en Alemania en el tipo penal de § 6, apartado 1 VStGB, que castiga no sólo la aprobación, sino también la negación y la minimización del genocidio de los Judíos durante la era nazi, y castiga también delitos contra víctimas individuales, si son atacadas en razón del grupo nacional, racial, religioso o étnico al que pertenecen.

El tipo penal es aplicable solo si las acciones contempladas se efectúan públicamente y de manera idónea para turbar la paz pública.

Muchos dudan de la capacidad de esta cláusula para frenar la capacidad de expansión de la incriminación y con la afirmación de que el fundamento del tipo penal radica en la capacidad de las expresiones

negacionistas para "envenenar el clima político", el papel sistemático del precepto parece particularmente inquietante.

La evanescencia del bien jurídico, de hecho, afecta a todas las evaluaciones del peligro, así que al final se refiere a "momentos insignificantes de inseguridad social".

En Alemania, por otra parte, como señala la Autora, hay un pronunciamiento fundamental del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) del 13 de abril de 1994 que declara compatible el castigo de "Auschwitzlüge" con la libertad de expresión, e indica que la negación del exterminio de los Judíos durante la dictadura nacionalsocialista no está dentro de la protección constitucional del derecho a una opinión: los hechos que se han demostrado ser falsos no constituyen un presupuesto para la formación de una opinión sobre ellos, lo que legitima una intervención penal proporcional. Comentando el pronunciamiento, la Autora se hace muchas preguntas. La primera de ellas es el confine y la relación entre la verdad judicial y la verdad histórica, incluso para los diferentes estatutos epistemológicos que los caracterizan. En contraste con la verdad procesal, instrumental para la decisión sobre la responsabilidad individual de un acusado, la verdad histórica nunca es definitiva, se forma con una dinámica necesariamente plural y su complejidad no puede sufrir las restricciones de las reglas altamente formalizadas del proceso penal.

En Francia, la expresión "lois mémorielles" designa un conjunto heterogéneo de disposiciones (emitidas en los últimos veinte años) con un elemento común: la decisión de intervenir para proteger la inviolabilidad de la representación de los acontecimientos pasados. Estas reglas, incluso cuando no tienen un contenido de derecho penal, sacralizan un deber de memoria, según un marco de evaluación que se vuelve rígido debido al tipo legal. Con la Loi Gayssot (1990) fue credo un tipo penal especial que reprime el negacionismo (art. 24 bis, Contestation de crimes contre l'humanité) en

referencia al Estatuto del Tribunal de Nuremberg y a las investigaciones judiciales posteriores. Por tanto, el ámbito de aplicación se limita a los crímenes cometidos por el régimen nazi, la Sho en primer lugar, y sin la posibilidad de extender la protección a los hechos que tienen una calificación similar.

No es entrada en vigor de la Ley (Nº 647 de 23 de enero de 2012), que ampliaba la protección a otros genocidios, especialmente el genocidio armenio, reconocido por la ley de 29 de enero de 2001, porque la ley fue declarada inconstitucional por el Conseil Constitutionnel (sentencia 28 febrero 2012), que reconoció la violación de la libertad de expresión y de comunicación consagrada en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos Humanos, denunciando la circularidad inaceptable de la pretensión de castigar a quien pone en duda la existencia de delitos que fue el legislador mismo a calificar como tales.

En España, la disciplina que castiga los fenómenos de negacionismo está establecida en el artículo 607 párrafo 2 del Código Penal. La ley castiga la negación y justificación de los crímenes de genocidio, mientras que se ha borrado del área de lo que es punible la banalización de estos crímenes, sin importar la idoneidad instigadora de estas afirmaciones. El Tribunal Constitucional español (sentencia de 7 de noviembre de 2007) declaró la inconstitucionalidad parcial de la disciplina penal antes mencionada, (declarando inconstitucional la criminalización de la negación del genocidio y en cambio declarando conforme a la Constitución la criminalización de la "justificación"). Con una pronunciamiento muy motivado, argumenta el Tribunal que «la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio» no puede por sí sola considerarse una modalidad de ese «discurso del odio», porque «la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica», negando así que la intervención penal en este caso se justifica por

una amenaza al bien jurídico protegido, y que en ningún caso la respuesta penal parece coherente con el principio de proporcionalidad. Hay también que señalar que, fuera de Europa, la Corte Suprema de Canadá con un pronunciamiento del 27 de agosto 1992 declaró la inconstitucionalidad del delito de "difundir noticias falsas", con el que se había empapelado un libro negacionista inglés, destacando como el precepto, por su amplitud, tenía un alcance invasivo y un efecto paralizante sobre la libertad de pensamiento de las minorías y de los individuos, y como la reacción penal era desproporcionada.

De gran interés es también el análisis que la Autora hace de la jurisprudencia en relación con el delito de negacionismo en los países europeos que lo han introducido. Se trata de procesos que tienen un gran impacto en los medios de comunicación, más allá de la publicidad que caracteriza fisiológicamente el proceso penal. Estos procesos tuvieron la tarea explícita de reconstruir los hechos históricos, con un papel muy importante de las víctimas, dejando en segundo plano el objetivo de probar la culpabilidad del acusado e imponer una sanción: la verdad y la pena "La verdad y el castigo están colocados de tal manera juntos en lo que se espera de la sentencia", porque "se le pide al proceso de consolidar o confirmar una memoria, a la que se atribuye un particular sentido moral y fundante".

La autora analiza en detalle el pronunciamiento del Tribunal de0. Grande Instance de Lyon del 3 de enero de 2006, que condenó al acusado por afirmaciones negacionistas. La base del pronunciamiento es la existencia de una "buena fe" del protagonista, obtenida a partir de la utilización de un método apropiado de investigación histórica: la ausencia de estos elementos es la base de la convicción.

En este caso también, las preguntas que surgen son múltiples, como se indica en el libro, "tratando de escapar de la paradoja de contenido - restando la verdad en el juicio de la historia- es probable que se caiga en un aporía especular, una paradoja del método", que fa-

culta a los jueces también de definir el método del historiador.

Además de los problemas tradicionales asociados a los límites del derecho de expresión, el delito de negacionismo tiene una especificidad que se refiere a la intersección entre proceso penal y reconstrucción histórica y la interferencia con la creación de memorias compartidas.

Como ha señalado Emanuela Fronza el ca-

rácter necesariamente simbólico de la ley penal se convierte, en el caso del negacionismo, en una fábrica de la memoria de acontecimientos históricos, que son particularmente significativos para la comunidad.

Todo esto a costa de la misma eficacia de la intervención penal, que está fuertemente puesta en duda por el hecho de que no es conveniente ofrecer cobertura mediática a fenómenos que, a este día, se producen como socialmente marginal.

**CRIMINAL COMPLIANCE: ENFOQUES MÚLTI E INTERDISCIPLINARIOS. RECENSIÓN A
“REGULATING CORPORATE CRIMINAL LIABILITY” DE DOMINIK BRODOWSKI/ MANUEL
ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA/ KLAUS TIEDEMANN/ JOACHIM VOGEL (EDS.)***

Luis Miguel REYNA ALFARO**

§ 1. A inicios de Setiembre de este año recibí, por gentileza del colega Dominik Brodowski de la Ludwig-Maximilians Universität (Munich, Alemania), un ejemplar de esta obra e inicié su lectura aprovechando la breve estancia europea que me llevó, entre otros lugares, a Göttingen (Alemania) con ocasión del Seminario sobre “Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado” desarrollado exitosamente el 18 y 19 de setiembre de 2014 en la Georg-August Universität de dicha ciudad, bajo la organización del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) dirigido por el Catedrático Prof. Dr. D. Kai Ambos; y el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) dirigido por el Dr. D. Dino Carlos Caro Coria¹.

§ 2. Esta obra inicia con una significativa dedicatoria a uno de sus editores, el Prof. Dr. D. Joachim Vogel, fallecido en un fatídico accidente en Venecia el 17 de agosto de 2013. Sin duda, la ausencia del Prof. Joachim Vogel constituye una pérdida irreparable para quienes seguimos con especial atención la actualidad de la ciencia jurídico penal alemana y a sus principales cultores.

A propósito de dicha referencia es posible reconocer otra característica trascendente de la edición. A través de la plana de colaboradores en la obra se aprecia, a manera de solución de

continuidad, hasta tres generaciones de penalistas. Este dato es claramente visible en los propios editores que comprenden a dos catedráticos reconocidos en el escenario jurídico (Klaus Tiedemann y Joachim Vogel) y dos figuras emergentes (Dominik Brodowski y Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra).

§ 3. La obra tiene un mérito esencial, que es precisamente el que le distingue de la bibliografía aparecida en los últimos años respecto a la cuestión del criminal compliance, su carácter multi e interdisciplinario.

En efecto, en la medida que el compliance tiene como objetivo la prevención de riesgos, incluidos los penalmente relevantes, a través de la incorporación de una cultura empresarial orientada al cumplimiento normativo. Esta idea tiene sentido a partir de las constataciones proveniente de la Sociología y la Criminología respecto al impacto que las organizaciones tienen sobre sus agentes. Pues bien, los editores han acertado en abordar la cuestión del impacto del corporate compliance desde enfoques variados que incluyen no solo los de índole dogmático y procesal penal sino también los que provienen de la Sociología, la Psicología e incluso la Economía.

Es precisamente a ese aspecto –el de la relación entre los aportes de la Sociología y la Criminología con el compliance– es al que quiero dedicar algunas líneas.

* Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, 2014, 360 páginas.

** Abogado. Doctorando por la Universidad de Granada (España). Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina, España.

¹ <http://www.cedpal.uni-goettingen.de/data/eventos/Seminarios/2014/SeminarioPeru2014.pdf>.

4. Tal como reconoce Sally S. Simpson², la actuación de los agentes corporativos (directores, gerentes, administradores, etc.) se desarrolla tomando en consideración los objetivos de la empresa (mantener ganancias, administrar un mercado incierto, reducir costos fijos, eliminar la competencia) que llevan a que las empresas contaminen el medio ambiente, incurran en fraudes financieros, reduzcan las condiciones de seguridad de sus trabajadores, comercialicen productos defectuosos³; en ese contexto, la actuación de los agentes de las empresas se encuentran apoyadas por las normas operacionales y su subcultura organizacional⁴.

Esta autora ha reconocido cómo es que las percepciones sobre las necesidades de la organización empresarial tienen impac-

to –acreditado empíricamente– sobre las decisiones delictivas de los agentes corporativos y en las que las necesidades individuales de los empleados de la empresa tienen muy poca significación⁵. Y es que, como señalan Rosenfeld & Messner, la economía promueve ciertos valores e impone ciertos pautas de actuación que debilitan la regulación institucional⁶.

Los corporate crimes ocurren por tanto dentro de un contexto organizacional específico. Aunque la empresa es un todo orgánico⁷, existen dentro de sus diversas unidades una serie de culturas y subculturas en cuyo ámbito se produce la socialización de los agentes corporativos influenciada, como es evidente, por los objetivos empresariales⁸.

² SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 7. No debe soslayarse la importancia de los datos propuestos por Edwin Sutherland en su obra fundamental *White collar crime* en la que describe el modo en que tres empresas American Smelting and Refining Company, Unites States Rubber Company y The Pittsburg Coal Company subsistieron por décadas incurriendo en infracciones a la libre competencia y detalla cómo es que su finalidad económica –dominar el mercado– guió las diversas decisiones de sus agentes; véase: SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*, traducción de Laura Belloqui, BdeF, Buenos Aires, 2009, pp. 33-62.

³ Como sostiene NELKEN, David. “White collar and corporate crime”, en: Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*, cuarta edición, Oxford University Press, New York, 2007, p. 744, en el business environment el objetivo es mantener e incrementar las ganancias incluso en las circunstancias más difíciles.

⁴ Similares BRODOWSKI, Dominik/ ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel/ TIEDEMANN, Klaus. “Regulating corporate criminal liability: An introduction”, en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 03.

⁵ SIMPSON, Sally. Op. Cit., pp. 07-08.

⁶ ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. *Crime and the economy*, Sage, London, 2013, p. 63.

⁷ Obsérvese aquí la relación existente entre esta idea –la de la existencia de una cultura empresarial –con la teoría organicista de la persona jurídica de Gierke que se sostiene en la idea de que la persona jurídica es un organismo social y que es objetivo del derecho ordenar y penetrar su estructura interna y su vida interior; sobre el contenido de dicha teoría: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 84-85.

⁸ PALMER, Donald. *Normal organizational wrongdoing. A critical analysis of theories of misconduct in and by organizations*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 07. Similar, SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, traducción de Manuel Abanto, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán (Directores). *El Derecho penal en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 96; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídicas penales”, en: Silva Sánchez, Jesús María (Director). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 148; MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; BAIGUN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 45.

Precisamente por esa razón Simpson reconoce que los efectos de prevención intimidatoria en el contexto empresarial se encuentran condicionados por cómo los agentes corporativos experimentan y expresan los imperativos morales de su ambiente laboral y por cómo las necesidades organizacionales son formuladas e introducidas en las decisiones gerenciales⁹.

Ello lleva a reconocer que la cultura y organización empresarial generen una mente grupal (group mind)¹⁰ que provoca que los agentes corporativos reaccionen en automático, siguiendo sus predisposiciones, sus códigos de conducta, las estructuras de poder, sus reglas de organización y sus protocolos¹¹. Estas circunstancias llevan a que autores como Palmer sostengan que los agentes corporativos, en el contexto de las estructuras empresariales, actúan mindless, en automático¹².

En ese orden de ideas, una cultura empresarial estructurada en la obtención de réditos económicos condicionará a sus agentes a que ignoren los contextos normativos y de rigor de la ley. El interés por obtener réditos económicos en los agentes de la empresa le llevarán a utilizar cualquier medio que consideren útil sin importar su sentido ético, moral o legal¹³.

Pero el impacto de la organización y estructura empresarial sobre los agentes corporativos van incluso más allá de la simple influencia asociada a los objetivos de la empresa, sino que se relaciona a la ocasional ambigüedad de la actuación empresarial en la que los discursos internos –incremento del valor– son completamente opuestos a los discursos externos –cumplimiento de la ley. No extraña, en ese contexto, que David Nelken haya calificado a los managers como una especie de animales camaleónicos alimentados por la ambigüedad moral y la falta de certeza organizacional¹⁴.

Con esta idea se destaca precisamente cómo es que la falta de políticas y códigos empresariales definidos afecta el sentido de las actividades de los agentes corporativos.

El proceso de toma de decisiones en el entorno empresarial opera, vistas así las cosas, de forma completamente distinta a cómo este opera cuando la toma de decisión se realiza individualmente¹⁵. No extraña que Palmer reconozca que no se trata sólo de examinar las *bad apples* sino de observar también los *bad barrels*¹⁶.

⁹ SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 09; similar ENGELHART, Marc. "Corporate criminal liability from a comparative perspective", en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 66.

¹⁰ MENTOVICH, Avital & CERF, Moran. "A psychological perspective on punishing corporate entities", en: en: Brodowski, Dominik/ Espinoza de los Monteros de la Parra, Manuel/ Tiedemann, Klaus/ Vogel, Joachim (Eds.). *Regulating corporate criminal liability*, Springer, Heidelberg, 2014, p. 37.

¹¹ PALMER, Donald. Op. Cit., p. 15; similar MALAMUD GOTI, Jaime. Op. Cit., passim.

¹² PALMER, Donald. Op. Cit., p. 16.

¹³ No resulta complicado, en este punto, reconoce la influencia del pensamiento de Merton y la teoría de la anomia; al respecto: ROSENFELD, Richard & MESSNER, Steven. Op. Cit., p. 64.

¹⁴ NELKEN, David. Op. Cit., p. 742. La ambigüedad moral hace –señala Nelken citando a Punch– que todo sea too messy not to say dirty (muy desordenado por no decir sucio).

¹⁵ SIMPSON, Sally. Op. Cit., pp. 09/ 53. De hecho, esta autora norteamericana destaca la escasa trascendencia de la amenaza de la pena en la prevención del corporate crime y el mayor impacto que tienen las consecuencias económico reputacionales en la persona jurídica, dado que las empresas se encuentran orientadas hacia el futuro y eso provoca su preocupación por los efectos reputacionales que acarrea la comisión de un delito; al respecto: SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 52

¹⁶ PALMER, Donald. Op. Cit., p. 07.

Los hallazgos de la criminología y la sociología en este ámbito, sin embargo, van más allá. En efecto, no es que la organización empresarial sólo tenga impacto en el corporate crime a través de la influencia que la cultura empresarial tiene en el proceso de toma de decisiones corporativas, sino que su impacto se manifiesta en términos causales: La organización empresarial facilita y contribuye con la

realización del delito¹⁷.

§ 5. El tópico antes tratado es solo uno de los tantos abordados en este libro que resulta de consulta obligada no solo para quienes han decidido examinar las cuestiones propias del criminal compliance sino para quienes nos dedicamos al estudio del Derecho penal económico y de la empresa.

¹⁷ SIMPSON, Sally. Op. Cit., p. 54.

MEMORIA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

I. EVENTOS ORGANIZADOS POR EL CEDPE

2014

1. Conversatorio “La prueba por indicios en el delito de lavado de activos”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Carlos Arangüez Sánchez (Universidad de Granada, España). Sede del CEDPE, 10 de marzo de 2014.

2. Conversatorio integral “Teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico penal”, “filosofía europea y derecho romano: Savigny, Vico, Kant y Ortega” y “Las categorías simbólicas en el pensamiento sistemático penológico de Günther Jakobs”. Organizado por el CEDPE. Expositores: Profs. Drs. Miguel Polaino Navarrete, Miguel Polaino Orts, Antonio Castro Saenz, Myriam Herrera Moreno (Universidad de Sevilla, España). Country Club Lima Hotel, 24 de junio de 2014.

3. Conversatorio “La imputación objetiva en resultados tardíos”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Carlos Shikara Vásquez Shimajuko. Sede del CEDPE, 11 de julio de 2014.

4. Conversatorio con periodistas en materia económica y legal “El lavado de activos en el sector financiero y microfinanciero. Aspectos internacionales y locales”. Organizado por el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Ab. Rocio del Pilar Salcedo Machado, Ing. Juan Carlos Medina Carruitero. Swissôtel Lima, 22 de julio de 2014.

5. I Seminario Internacional “Prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo en el sector minero”. Organizado por el CEDPE y Soluciones Integrales para Riesgos Empresariales- AOF Consultores, con el auspicio de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, el Ministerio de Energía y

Minas y la Florida International Bankers Association. Expositores: Prof. Dr. César San Martín Castro, Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. Dr. Percy García Caverro, Dra. Xenia Forno Castro Pozo, Dr. Walter Hoflich Cueto, Prof. Ab. Leonardo Calderón Valverde, Prof. Mg. Whalter Delgado Tovar, Dr. Juan Pablo Rodríguez Cárdenas, Lic. Leandro García Raggio, Lic. Daniel Linares Ruesta, Ing. Edgardo Alva Bazán, Dr. Mariano Castro Sánchez Moreno, Lic. Andrés Montes de Oca, Ing. Alfredo Dammert Lira, Dr. David Sifuentes Mendoza, Dr. Luis Felipe Harman Vargas, Dr. Dany Baca, Dr. Rafael Huamán, Dra. Maria Fernanda García Irigoyen Maurtua, Dr. Hans Flury Royle, Dr. Eduardo Castañeda Garay, Lic. Luddy Roa. Cámara de Comercio de Lima, 02 y 03 de setiembre de 2014.

6. Conversatorio “El delito de lavado de activos en la legislación ecuatoriana”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Vladimir Andocilla (Ecuador). Sede del CEDPE, 04 de setiembre de 2014.

7. Seminario “Lavado de Activos y Compliance: Comparación Perú- Alemania”. Organizado por el CEDPE (Georg August Universität Göttingen, Alemania) y el CEDPE. Con la participación de los Profs. Dres. Kai Ambos (Alemania), Miguel Polaino Orts (España), Ezequiel Malarino (Argentina), Dino Carlos Caro Coria (Perú), Manuel Abanto Vásquez (Perú), José Antonio Caro John (Perú), Jaime Winter (Chile), Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro (Perú), Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno (Perú), Mg. Dña. Diana Asmat Coello (Perú), Ab. D. Gustavo Urquiza Videla (Perú). Georg August Universität Göttingen (Alemania), 18 y 19 de setiembre de 2014.

8. XI Encuentro del Grupo de Estudios de Derecho Penal Internacional (GLEDPI).

Organizado por el CEDPAL (Georg August Universität Göttingen, Alemania), el Programa de Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (Alemania) y el CEDPE. Expositores: Profs. Drs. José Luis Guzmán Dalbora, Jaime Martínez, Marcos Zilli, Fabiola Girao Montecor rado, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Alejandro Aponte, Alicia Gil, Emanuela Fronza, Juan Luis Modollet, Ramiro García, Alfredo Chirino, Nicolás Guzmán, Pablo Galaín, Javier Dondé, Elizabeth Santalla, César Alfonso, Dino Carlos Caro Coria, Gabriela Pacheco. NM Hotel, Lima, 27 al 29 de octubre de 2014.

9. Seminario “El fenómeno terrorista desde la perspectiva jurídico penal”.

Organizado por el CEDPE y el Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial con el auspicio del CEDPAL (Georg August Universität Göttingen, Alemania) y el Programa de Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (Alemania). Expositores: Profs. Drs. Alicia Gil Gil (UNED, España), Emanuela Fronza (Universidad de Trento, Italia), Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Kai Ambos (Georg August Universität Göttingen, Alemania), Duberly Rodríguez, Nicolás Guzmán, Pablo Galaín, Javier Dondé. Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, 29 de octubre de 2014.

10. Conversatorio “Autoría Mediata vs. Coautoría en el Derecho Penal”.

Organizado por el CEDPE con el auspicio del CEDPAL (Georg August Universität Göttingen, Alemania) y el Programa de Estado de Derecho de

la Fundación Konrad Adenauer (Alemania). Expositores: Profs. Dres. Kai Ambos (Georg August Universität Göttingen, Alemania), Alicia Gil Gil (UNED, España) y Alejandro Aponte Cardona (Universidad Javeriana, Colombia). Country Club Lima Hotel, 30 de octubre de 2014.

11. Conversatorio “El significado político del Derecho penal económico”.

Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha, España). Country Club Lima Hotel, 07 de noviembre de 2014.

12. Conversatorio “Riesgo Penal en la Actividad Minera y Petrolera II”.

Organizan Caro & Asociados y CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Miguel Polaino Orts (Universidad de Sevilla, España), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno. Salon Amazonas del Westin Lima Hotel & Convention Center, 27 de noviembre de 2014.

13. Seminario “Problemas actuales del Derecho penal y procesal penal”.

Organizan CEDPE y el Colegio de Abogados de La Libertad. Expositores: Prof. Dr. Pablo Talavera Elguera, Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. Dr. Miguel Polaino Orts (Universidad de Sevilla, España), Prof. Dr. Shikara Vásquez Shimajuko. Auditorio del Colegio de Abogados de La Libertad, 27 de noviembre de 2014.

14. Conversatorio “Compliance Anticorrupción”.

Organizan Caro & Asociados y CEDPE. Expositor: Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno. Lima, 23 de diciembre de 2014.

2013

1. Seminario “Prevención y persecución de los delitos ambientales”. Organizado por la Corte Superior de Justicia de Pasco y el CEDPE. Expositores: Prof. D. Luis Fernando Ibero Castañeda y Prof. Dr. Luis Miguel Reyna Alfaro. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Pasco, 06 de junio de 2013.

2. Conferencia “Lavado de activos: Las nuevas recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)”. Organizada por el CEDPE. Instalaciones de COFIDE, 20 de junio de 2013.

3. Conferencia “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”. Organizada por la Escuela del Ministerio Público y el CEDPE. Expositora: Profa. Dra. Laura Zuñiga Rodríguez (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España). Auditorio de la Escuela del Ministerio Público, 13 de agosto de 2013.

4. Conversatorio “Prevención del lavado de activos en la compraventa de maquinarias”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. Instalaciones de Komatsu- Mitsui Maquinarias del Perú S.A., el 13 de agosto de 2013.

5. I Foro Internacional de Compliance y Prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Organizado por la Asociación de Instituciones de Microfinanzas del Perú (ASOMIF Perú) y el Centro de Investigaciones Judiciales y el CEDPE, con el respaldo institucional de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Florida International Bankers Association y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. NM Hotel (San Isidro, Lima), 27 y 28 de agosto de 2013.

6. Conversatorio “La prueba ilícita”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Miranda Estrampes (Fiscal del Tribunal Constitucional del Reino de España). Sede del

CEDPE, 10 de setiembre de 2013.

7. Taller de Prevención de lavado de activos. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. Instalaciones de Komatsu- Mitsui Maquinarias del Perú S.A., el 29 de octubre de 2013.

8. Conversatorio “Criminal Compliance”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, España). Sede del CEDPE, el 04 de noviembre de 2013.

9. Conferencia “El concepto de crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Penal Internacional y en los Fueros Internos”. Organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales y el CEDPE, bajo el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer. Expositor: Prof. Dr. Kai Ambos (Catedrático de la Universidad de Göttingen (Alemania). Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, 07 de noviembre de 2013.

10. Conversatorio libre “las tendencias actuales en el Derecho Penal alemán”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Dr. Hc. Mult. Claus Roxin, (Catedrático Emérito de la Ludwig Maximilians Universität, Munich, Alemania) con la intervención del Prof. Dr. Miguel Polaino Orts, Profesor de la Universidad de Sevilla (España). NM Hotel (San Isidro, Lima), el 10 de noviembre de 2013.

11. Conversatorio “blanqueo de capitales y responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Organizado por el CEDPE. Expositores: Profs. Dres. Miguel Ángel Nuñez Paz (Universidad de Huelva, España) y José Luis González Cussac (Universidad Jaume I, España). Sede CEDPE, el 19 de noviembre de 2013.

12. Conferencias “Litigación oral, problemas de aplicación” y “Problemas de aplicación del proceso de faltas”. Organizadas por

la Corte Superior de Justicia de Pasco y el CEDPE. Expositor: Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Pasco, 28 de noviembre de 2013.

13. Conversatorio “Riesgo penal en la actividad minera y petrolera”. Organizado por el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto (Universidad Diego Portales, Chile), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria y Dr. Julio César Guzmán Mendoza (Procurador Público del Medio Ambiente). Salón Imperial del Country

Club Lima Hotel, el 04 de diciembre de 2013.

14. Diplomado de Especialización “Contrataciones del Estado y su implicancia en la persecución penal”. Organizado por el Centro de Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Administración de Justicia (CIDAJ) de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo), con el Auspicio del CEDPE. Desarrollado en Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo) desde el 07 de diciembre de 2013.

2012

1. Seminario Internacional “El delito de Lavado de Activos en la Doctrina Jurisprudencial Peruana: Comentarios desde la perspectiva española”. Organizado por el Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Miguel Polaino-Orts (Universidad de Sevilla, España) y Prof. D. Miguel Romero Santos (Universidad de Sevilla, España). Auditorio de la Sala Penal Nacional, 14 de Junio de 2012.

2. Seminario Taller “Retos de la Justicia Penal. Evaluación tras dos décadas de vigencia del Código Penal”. Organizado por la Comisión de Capacitación y Plenos Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. César San Martín Castro (Presidente del Poder Judicial), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro, Prof. Dr. Fidel Rojas Vargas, Prof. Dr. Luis Alberto Bramont-Arias, Prof. Dr. Felipe Villavicencio Terreros, Prof. Dr. César Azabache Caracciolo, Prof. Dr. Iván Montoya Vivanco, Prof. Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Prof. Mag. Aldo Figueroa Navarro, Prof. Dr. Duberly Rodríguez Tineo, Prof. Dr. Jorge Luis Salas Arenas, Prof. Dr. Ciro Cancho Espinal, Prof. D. Vladimir Padilla Alegre, D. Manuel Loyola Florián. Auditorio del San Agustín Exclusive Hotel (Miraflores), 03 al 05 de julio de 2012.

3. Taller Internacional de “Capacitación Estratégica en Criminalidad Organizada”. Organizado por la Escuela del Ministerio Público y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Prof. D. Fernando Iberico Castañeda, Prof. Dr. Pablo Sánchez Velarde; Prof. Mag. Andy Carrión Zenteno. Auditorio Principal de la Escuela del Ministerio Público (Lima), 10 y 11 de Setiembre de 2012.

4. Seminario Taller “Fundamentos de la Teoría de la Participación”. Organizan Centro de Investigaciones del Poder Judicial y CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Prof. Dr. César San

Martín Castro (Presidente del Poder Judicial), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. Mag. Andy Carrión Zenteno. Auditorio del San Agustín Exclusive Hotel (Miraflores), 11 y 12 de setiembre de 2012.

5. Seminario Internacional. Organizado por el Equipo Técnico de Implementación del Código Procesal Penal y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Prof. Dr. Duberly Rodríguez Tineo, Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Iquitos, 13 y 14 de setiembre de 2012.

6. VI Seminario Internacional de Derecho penal y Derecho Procesal Penal. Organizado por el Taller de Ciencias Penales (UNMSM), el Taller de Especialización en Ciencias Penales (UNFV) y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno. Salón de Grados de la Universidad Nacional Federico Villarreal, 14 y 15 de setiembre de 2012.

7. Coloquio “El delito de blanqueo de dinero en Alemania”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Urs Kindhäuser. Country Club Lima Hotel, 18 de septiembre de 2012.

8. Seminario “Nuevos rumbos de la dogmática y el sistema procesal penal”. Organizado por la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo y el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn, Alemania), Prof. Mg. Andy Carrión Zenteno. Aula Magna de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo), 19 al 21 de setiembre de 2012.

9. Conversatorio “La responsabilidad penal de la persona jurídica desde la legislación chilena”. Organizado por el CEDPE. Expositores: Prof. Dr. Alex Van Weezel (Universidad de Chile, Chile); Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto (Universidad Diego Portales, Chile). Country Club Lima Hotel, 19 de octubre de 2012.

2011

1. Seminario “Nuevo Código Procesal Penal: Medios impugnatorios”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda, Cusco 11 de mayo de 2011.

2. Conferencia “Modificaciones al régimen de infracciones y sanciones en materia de prevención al lavado de activos y financiamiento del terrorismo- Res. SBS N° 3091-2011”. Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria, COFIDE junio de 2011.

3. Capacitación a Jueces de Paz Letrados de Lima: “La audiencia en el proceso por faltas. Problemas aplicativos”. Organizado por la Comisión de Capacitación del Área Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima con la colaboración del CEDPE. Expositores: Prof.

Dr. Dino Carlos Caro Coria; Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda; Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro; Prof. Mag. Aldo Figueroa Navarro. Palacio de Justicia de Lima, 03 y 04 de junio de 2011.

4. Seminario Internacional “Retos y perspectivas del nuevo Código Procesal Penal. Evaluación a cinco años de su entrada en vigencia”. Organizado por el CEDPE y el Centro de Investigaciones Judiciales (conforme Resolución Administrativa N° 153-2011-P-PJ). Expositores: Prof. Dr. Daniel Pastor (Argentina); Prof. Dr. Manuel Miranda Estrampes (España); Prof. Dr. César San Martín Castro (Perú); Prof. Mg. Erick Ríos Leiva (CEJA). Auditorio de la Universidad Tecnológica del Perú, 05 al 07 de junio de 2011.

2010

1. Seminario “Reglas generales de imputación penal en la criminalidad organizada: Aspectos penales, procesales y penitenciarios”. Organizado por el CEDPE y la Comisión de Capacitación del Área Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expositores: Prof. D. Ricardo Brousset Salas; Prof. Mg. Aldo Figueroa Navarro; Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria; Prof. D. Luis Fernando Iberico Castañeda; Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro; Prof. D. Germán Small Arana; y D. Manuel Loyola Florián. Sala de Juramentos de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12, 13, 26 y 27 de mayo de 2010.

2. Conferencia “La imputación objetiva en la jurisprudencia penal peruana”. Organizada por el CEDPE y la Corte Superior de Justicia de Cañete. Expositor: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Cañete, 04 de junio de 2010.

3. Seminario Internacional “El Derecho Penal ante los retos del futuro”. Organizado por el CEDPE y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Intervenciones del Prof. Dr. Javier Villa Stein (Presidente del Poder Judicial); Prof. Dr. César San Martín Castro (Juez Supremo en lo Penal); Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar (Universidad de Granada, España); Prof. Dr. Esteban Pérez Alonso (Universidad de Granada, España); Profa. Dra. Elena Marín de Espinosa Ceballos ((Universidad de Granada, España); Prof. Dr.

Dino Carlos Caro Coria. Sala de Juramentos de la Corte Suprema de Justicia de la República, 05 de julio de 2010.

4. Seminario “Los delitos de infracción del deber en la dogmática actual: Análisis de la autoría y la participación”. Organizado por el CEDPE y el Equipo de Ciencias Penales del Taller de Derecho de la PUCP. Expositores: Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro; Prof. D. José Leandro Reaño Peschiera; y Prof. Dr. Raúl Pariona Arana. Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP, 13 de julio de 2010.

5. Seminario “Problemas actuales del Derecho penal”. Organizado por el CEDPE y la Corte Superior de Justicia de Huancavelica. Expositores: Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria; Prof. D. Luis Miguel Reyna Alfaro; Prof. Mag. Andy Carrión Zenteno; D. Pedro Alva Monge. Auditorio de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, 15 de julio de 2010.

6. Curso “Teoría de la prueba”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Pablo Talavera Elguera. Sede del CEDPE, 06 de julio al 09 de agosto de 2010.

7. Mesa Redonda “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sistemas de autorregulación empresarial”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, España), Club Empresarial de San Isidro, 19 de noviembre de 2010.

2009

1. Curso “Los principales aspectos del nuevo Código Procesal Penal”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Pablo Talavera Elguera. Sede del CEDPE, febrero de 2009.

2. Conferencia “Problemas de autoría y participación en la empresa”. Organizado por el CEDPE. Expositor: Prof. Dr. Manuel Abanto Vás-

quez. Sede del CEDPE, 20 de octubre de 2009.

3. Conferencia “La función del compliance o de cumplimiento en el sistema de prevención y detección del blanqueo de capitales en el mundo financiero”. Organizada por el CEDPE. Expositora: Ab. Rocío del Pilar Salcedo Machado. Sede del CEDPE, 05 de noviembre de 2009.

II. INTERVENCIÓN DE INVESTIGADORES DEL CEDPE EN EVENTOS INTERNACIONALES

1. Intervención del Gerente de Operaciones del CEDPE Prof. D. Luis Miguel Reyna como Expositor en el Congreso sobre “Aspectos fundamentales de la Justicia Penal en América Latina en el Siglo XXI” organizado por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, la Escuela Judicial de Panamá y el INEJ, el 24 y 25 de noviembre de 2014.

2. Intervención del Gerente General del CEDPE Dr. D. Dino Carlos Caro Coria como Docente en la XIII edición de los Cursos Extraordinarios de Posgrado (curso de posgrado en Derecho Penal Económico: Derecho Penal Económico y empresarial. Desafíos ante la crisis económica internacional) organizado por la Universidad Castilla-La Mancha (España), 2013.

3. Intervención del Gerente de Operaciones del CEDPE Prof. D. Luis Miguel Reyna como Expositor en las IX Jornadas Internacionales de Criminología organizadas por el Curso de Experto Universitario de Criminología de la UNED (España), desarrolladas en la Facultad de Derecho de la UNED, el 28 y 29 de octubre de 2013.

III. PUBLICACIONES

1. CARO CORIA, Dino Carlos & REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coordinadores). Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera, Jurista Editores/ CEDPE, Lima, 2013, ISBN 978-612-4184-07-9.

2. CARO CORIA, Dino Carlos & REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coordinadores). Actas del I Foro de Compliance y Prevención

del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, CEDPE, Lima, 2013, ISBN 978-612-46499-0-05.

3. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada, Jurista Editores/ CEDPE, Lima, 2013.

4. Vervaele, John. A. La internacionalización del Derecho Penal y Procesal Penal. Necesidades y desafíos, Jurista, Lima, 2015.

IV. CONVENIOS VIGENTES Y EN IMPLEMENTACIÓN

1. Convenio de Colaboración entre el Centro de Estudios de Derecho penal y Derecho procesal penal latinoamericano – CEDPAL (Alemania) y el CEDPE (Perú), suscrito el 05 de mayo de 2014.

2. Convenio de Cooperación Institucional CEDPE- Gaceta Jurídica (2013/ 2014).

3. Convenio de Cooperación institucional Universidad de Granada (España)- CEDPE (en proceso de formalización).

V. INVESTIGADORES EN EL EXTRANJERO

1. LL.M. Andy Carrión Zenteno. Doctorando, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität (Alemania).

2. Gustavo Urquiza Videla. Becario DAAD, Maestría, Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).