

TEORÍA DEL DELITO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

I

Theory of crime and Business criminal law

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal – Universidad Pompeu Fabra (España).

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: Los casos del Derecho penal económico ofrecen dificultades a la teoría del delito. Por un lado, porque la teoría del delito se construyó sobre hechos de un autor individual mientras que los casos de Derecho penal económico tienen lugar en el marco de organizaciones empresariales. Por otro lado, porque el modelo de la teoría del delito es el delito de homicidio mientras que los casos de Derecho penal económico se ocupan de cuestiones patrimoniales y económicas. Sin embargo, la moderna teoría del delito puede afrontar las dificultades propias de los casos de Derecho penal económico. El texto intenta mostrar cómo está sucediendo esto, comentando la situación de algunas relevantes instituciones de la teoría del delito: causalidad, riesgo permitido, dolo, error, comisión por omisión etc.

PALABRAS CLAVE: Teoría del delito – Derecho penal económico-empresarial – Principio de autorresponsabilidad – Posiciones de garantía – Sesgos cognitivos.

ABSTRACT: Business criminal law cases get the normative theory of crime into trouble. On the one hand, because the normative theory of crime was built upon acts of an individual offender, whereas business criminal law cases take place inside corporate organizations. On the other hand, because the model for the normative theory of crime is homicide, whereas business criminal law cases deal with financial or other economic matters. Nevertheless, the modern theory of crime is able to face difficulties of business criminal law cases. This paper tries to show how is that possible, while commenting the current situation of some relevant institutions of the normative theory of crime: causality, permitted risk, intention, mistake, commission by omission etc.

KEYWORDS: Normative theory of crime (*Verbrechenslehre*) – Business criminal law – Principle of autonomy (self-responsibility) – Positions of guarantee (*Garantenstellung*) – Cognitive biases.

SUMARIO: 1. ¿Por qué los casos del Derecho penal económico tensionan especialmente a la teoría del delito?: 1.1 Porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa, esto es, referidos a un grupo organizado de personas; 1.2 Por su naturaleza de Derecho económico-patrimonial – 2. El estado de la teoría del delito ante el abordaje de los casos de Derecho penal económico. Consideraciones generales – 3. Las instituciones de la teoría del delito ante los casos de Derecho Penal Económico: 3.1 Procesos de cambio: 3.1.1 La causalidad; 3.1.2 El riesgo permitido; 3.1.3 Las conductas neutras de intervención; 3.1.4 El concepto y el contenido del dolo; 3.1.5 Errores sobre leyes extrapenales; 3.1.6 La generalización del modelo distintivo-normativo de intervención en el delito; 3.2 El impulso del Derecho penal de la empresa: 3.2.1 El desarrollo de la doctrina de las posiciones de garantía; 3.2.2 La conformación de diversas clases de delitos especiales; 3.2.3 ¿Regreso a la accesoriedad objetiva?; 3.3 Retos pendientes: 3.3.1 Introducción; 3.3.2 La aparente disminución de importancia del principio de autorresponsabilidad en el Derecho de la empresa – 4. Balance.

1. ¿POR QUÉ LOS CASOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO TENSIONAN ESPECIALMENTE A LA TEORÍA DEL DELITO?

1.1 *Porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa, esto es, referidos a un grupo organizado de personas*

El paradigma¹⁻² de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado.³

Si se parte de este modelo, la concurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produce algunas distorsiones. Entre ellas:

(a) La disociación entre “acción y responsabilidad”. En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso, en un estado de falta de autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.

-
1. Sobre la relación entre dogmática y resolución del caso concreto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2. ed. 2010, p. 115 y ss. (= *Aproximação ao Direito penal contemporâneo* (trad. Barbosa Alves e Terra de Oliveira), 2011, p. 128 y ss.).
 2. Básico, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
 3. Cfr. similar HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, 1995, p. 27 y ss.

(b) La escisión –fragmentación– de los elementos del tipo. En contextos de división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, la ejecución material, la posesión de la información relevante, la capacidad de decisión y las condiciones subjetivas de autoría pueden hallarse en sujetos distintos dentro del grupo organizado. Ello puede dar lugar, no sólo por razones probatorias, sino también estrictamente técnico-jurídicas, a la ya conocida figura de la “irresponsabilidad organizada”.⁴

(c) la aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficits cognitivos-valorativos (que la *behavioral economics* califica de sesgos cognitivos) o volitivos, que afectan a los sujetos integrantes del grupo. Tales constataciones empíricas apuntarían, con matices, hacia una exclusión o atenuación de la imputación subjetiva dolosa así como a una exclusión o atenuación de la culpabilidad de tales sujetos.

Una aplicación simple del modelo clásico a situaciones de estas características podría impedir una fundamentación razonable de la responsabilidad.

1.2 Por su naturaleza de Derecho económico-patrimonial

El modelo clásico de delito se concibió (y se ha ido sometiendo a prueba) sobre casos de homicidio. El homicidio, por su parte, constituye el *malum in se* paradigmático, definiéndose en un tipo cerrado que a su vez conforma un delito puro de resultado de lesión de un bien jurídico individual. Así las cosas, parece claro que el Derecho penal económico ha de constituir un reto para dicho modelo.

(a) Por un lado, por el carácter patrimonial-económico de las relaciones que constituyen su objeto de protección. En general, en este ámbito los delitos –si se refieren a bienes jurídicos individuales– no son puros de resultado, sino de medios determinados (el paradigma es la estafa). Pero además, al abordar amplios aspectos de la actividad empresarial, el Derecho penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal.⁵ Surgen delitos que se constituyen como *mala quia prohibita*. Así se genera una accesoriedad, más fuerte o más débil, frente al Derecho público o privado, que se manifiesta en la

4. BECK, *Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988, en relación con el medio ambiente; ahora en relación con el ámbito bancario, HONEGGER; NECKEL; MAGNIN (Hrsg.). *Strukturierte Verantwortungslosigkeit. Berichte aus der Bankenwelt*, 2010.

5. Sobre las consecuencias generales de esta situación, SEELMANN, *Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten*, en ORSI; SEELMANN; SCHMID; STEINWORTH (Hrsg.), *Gerechtigkeit*, 1993, p. 109 y ss.

conformación de tipos abiertos (leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico, en especial elementos de valoración global del hecho). Ello genera peculiaridades tanto en relación con la imputación objetiva⁶ (riesgo permitido, ejercicio legítimo de un derecho)⁷ como a propósito de la imputación subjetiva (errores sobre elementos normativos, dificultad en la delimitación entre error de tipo y error de prohibición).

(b) Por otro lado, porque la actividad económico-patrimonial se halla en el núcleo de nuestro sistema social. Los hechos delictivos surgen, entonces, en el contexto de actuaciones profesionales, frecuentemente estereotipadas (anónimas) y masivas. Los fines perseguidos resultan en general adecuados al sistema social. Son los medios, los efectos secundarios o los daños colaterales los que resultan inadecuados. Además, de modo no inusual, las relaciones interpersonales tienen un trasfondo de incertidumbre. El dolo eventual adquiere un papel determinante en la imputación de responsabilidad.

(c) En tercer lugar, por la especial configuración de los bienes jurídicos afectados, que en muchos casos son supraindividuales, institucionales. Ello determina una cierta disolución del resultado de lesión (en la idea más difusa de “afectación”) y, en consonancia, una pérdida de importancia de la relación de imputación objetiva en sentido estricto: es decir, aquélla que surge entre el comportamiento desaprobado y el resultado de lesión.

2. EL ESTADO DE LA TEORÍA DEL DELITO ANTE EL ABORDAJE DE LOS CASOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. CONSIDERACIONES GENERALES

La teoría del delito que ha de abordar los retos del Derecho penal económico no es ya una teoría naturalista. La evolución de la teoría del delito en los últimos cuarenta años se mueve, en efecto, entre opciones normativistas de diverso signo. El modelo clásico del delito doloso de acción, asentado sobre las nociones tendencialmente empíricas de causalidad, dominio e intención, se halla superado.

6. Mejor: doctrina del comportamiento jurídico-penalmente desaprobado. Cfr. de modo general FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*, *InDret Penal* 2/2009 (www.indret.com).

7. El análisis de la cuestión de si el ejercicio legítimo de un derecho (o el cumplimiento de un deber) constituyen causas de justificación, que no excluyen la tipicidad penal de la conducta, o más bien deberían conducir a excluir la imputación típica objetiva por falta de creación de un “riesgo jurídicamente desaprobado” excede de las posibilidades de este texto.

Se ha señalado que el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente.⁸ Por mi parte, lo expresaría en términos similares pero algo más incisivos: a mi juicio, el paradigma del delito del presente y del futuro es “la estafa (o la administración desleal) cometidas por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo”.⁹ Más allá de que éstos puedan ser modelos delictivos paradigmáticos de la actual crisis financiera internacional, la pretensión de la alusión a este esquema delictivo resulta algo más trascendente. Con ello se quiere subrayar la creciente relevancia en la teoría del delito de los elementos de infracción del deber. Este dato tiene una doble repercusión. En el plano objetivo, la correlativa menor importancia de las conexiones “físicas” de la conducta del sujeto con el objeto de la acción: causalidad, dominio empírico. En el plano subjetivo, una significativa tendencia a la relativización de los estados mentales del sujeto.

Debe significarse, con todo, que esa situación de la teoría del delito la hace especialmente apta para afrontar nuevos fenómenos. En particular, para hacer frente a aquéllos en los que están ausentes la inmediatez espacio-temporal y la visibilidad de los casos clásicos. Las teorías normativas muestran, en efecto, una especial capacidad de rendimiento a la hora de construir “equivalentes funcionales” de las estructuras clásicas, ampliando el alcance de las categorías e instituciones.

Sin embargo, debe tenerse presente el riesgo de incurrir en un hipernormativismo que redunde en mero formalismo a la hora de atribuir responsabilidades. El problema es, podría decirse, el de la “expansión de la teoría del delito”.¹⁰ Sin

8. GÜNTHER, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un “cambio de paradigma” en el Derecho penal? (trad. Silva Sánchez), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT/AREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 489 y ss.

9. Cfr. RÖNNAU, *Globale Finanzkrise – Quellen möglicher Strafbarkeitsrisiken*, en: SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 43 y ss.; SCHÜNEMANN, *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, en: SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 71 y ss.

10. Que constituiría la dimensión dogmática –por cierto, pendiente de estudiar de forma ordenada– de la expansión general de la teoría del delito. Sobre la tendencia a la extensión de las categorías dogmáticas como consecuencia de los casos de Derecho penal económico, cfr. MITTELSDORF, *Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern*, *ZIS* 3/2011, p. 123 y ss., 125.

embargo, al respecto debe indicarse, por un lado, que el normativismo no produce necesariamente una extensión del alcance de las categorías e instituciones dogmáticas;¹¹ aunque muestre una capacidad innegable para ello. Por otro lado, conviene recordar que la tendencia a la extensión del alcance de las instituciones clásicas de la teoría del delito no es, en sí, una novedad. Como demuestra un estudio histórico, por superficial que éste sea, la dogmática de la teoría del delito ha tratado siempre (a) de reconstruir permanentemente sus instituciones para permitir que éstas abarquen nuevos casos que se van considerando merecedores y necesitados de pena; y (b) de hacer dicha reconstrucción compatible con la redacción de los textos legales, mediante un constante esfuerzo de interpretación teleológica. Así pues, la cuestión no es la expansión o no de una determinada institución, sino la razonabilidad o no de dicha expansión. O, lo que es lo mismo, que la normativización no comporte una desnaturalización que haga de la institución en cuestión algo irreconocible.

3. LAS INSTITUCIONES DE LA TEORÍA DEL DELITO ANTE LOS CASOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Por las razones indicadas, los casos de Derecho penal económico-empresarial no hallan unas instituciones de la teoría del delito refractarias al cambio. Por el contrario, en general encuentran instituciones en trance de revisión. Así, tales casos no han hecho sino intensificar ese proceso de revisión. Por ello, en general, su resolución no está provocando fracturas relevantes en el seno de las instituciones del sistema. Como se subrayaba más arriba, sí es necesario, con todo, tener presente el riesgo de una desnaturalización de éstas. A mero título de ejemplo: sería preciso valorar si una normativización del dolo que lo acabara redefiniendo como “infracción de un deber¹² especialmente intenso de conocer” comporta o no una definitiva desnaturalización de aquél.

3.1 *Procesos de cambio*

3.1.1 *La causalidad*

Ya hace algunas décadas que el concepto de causalidad, como vínculo entre conducta y resultado que expresa una relación de necesidad con arreglo a leyes

11. Como pone de relieve, a mero título ejemplo, la doctrina de las “formas neutras de intervención”.

12. Mejor: de una *Obliegenheit*.

de experiencia científica, tiende a revisarse.¹³ Pues bien, parece claro que la irrupción progresiva del Derecho penal en el ámbito económico-empresarial ha ido acentuando esa revisión. En el mundo de la empresa se plantean con frecuencia problemas de causalidad, dada la complejidad de las relaciones entre posibles factores causales y sus eventuales consecuencias lesivas. Las no infrecuentes situaciones de duda que se suscitan entre los peritos-científicos a propósito del enjuiciamiento de casos de especial complejidad abren entonces un amplio espacio de aplicación de la regla procesal de la libre valoración de la prueba por parte del juez. Así, éste, pese a todas las dudas de los científicos, puede (a) mostrarse convencido de que en algún lugar subyace oculta la causalidad; o bien (b) reaccionar a la situación de duda de la ciencia aplicando el principio jurídico *in dubio pro reo* y negando consiguientemente la causalidad.¹⁴ La primera opción, sin embargo, requiere una fundamentación material. Esta suele venir dada desde dos perspectivas. Por una parte, se plantea la sustitución de la relación de necesidad por una relación de probabilidad.¹⁵ Por otro lado, se propone que la propia idea de causalidad pase a entenderse en términos profanos o sociales.¹⁶ Algo que, por lo demás, tampoco resulta una

-
13. Cfr. la descripción crítica de GÜNTHER, *Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß*, *KritV* 1997, p. 211 y ss., 214, citando a VOLK, *NStZ* 1996, p. 105, 108, en el sentido de que, bajo un ropaje procesal, lo que tiene lugar es un cambio en el concepto de causalidad, en el que la plausibilidad sustituye a la necesidad. Es decir, que se prescinde de una ley general en la que subsumir la causalidad individual. Con todo, no me parece admisible que se señale que, con ello, los delitos de lesión se convierten en delitos de peligro.
 14. Cfr. ya HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, *GA* 1996, p. 160 y ss., 165.
 15. ROLINSKI, *Statistische Kausalität' im Strafrecht?*, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, p. 483 y ss.; HOYER, *GA* 1996, p. 169 y ss.
 16. Muy claramente en la STS de 23.04.1992 (caso del aceite de colza). En todo caso, es importante subrayar que en ella se plantea el problema de la causalidad no como un cambio del concepto sustantivo, sino como una cuestión procesal. Ello ha de deberse sin duda a que el de causalidad es un concepto de hecho, y por lo tanto no accesible a la casación, mientras que el Tribunal Supremo sí puede entrar en la razonabilidad de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. La idea que acaba acogiendo el TS es que los estándares de certeza de las ciencias naturales y del Derecho penal, cuya misión no es explicar y predecir, sino atribuir responsabilidad, pueden ser perfectamente distintos. Cfr. las posiciones enfrentadas en el análisis de este caso en PAREDES CASTAÑÓN; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición*, en: _____, *Ensayos penales*, 1999, p.

novedad esencial en Derecho penal, acostumbrados como estamos a establecer vinculaciones conducta-resultado que permiten fundar la responsabilidad en sectores en los que, desde luego, no puede hablarse de causalidad en el sentido determinista del término (a modo de ejemplo: en la inducción, en la autoría mediata, en la estafa etc.).¹⁷ El punto de partida del cambio de enfoque es la convicción de que la misión del juez no es la de explicar y predecir –propia de los científicos– sino la de comunicar relaciones de sentido.¹⁸

3.1.2 El riesgo permitido

La figura del riesgo permitido se encuentra asimismo sometida a importantes revisiones.¹⁹ Éstas guardan relación con la ubicuidad del fenómeno del riesgo en las precisamente denominadas “sociedades del riesgo” y, por tanto, con su tránsito de la marginalidad a la centralidad del sistema.²⁰ Por un lado, se trata de establecer con claridad cuál es el alcance de la vigencia de la institución del riesgo permitido, delimitándolo de otras próximas como el riesgo permitido condicionado o el principio de precaución. Por el otro, de determinar su relación con el Derecho administrativo propio de los sectores regulados. En ambos casos, la incidencia de los casos del Derecho penal económico-empresarial es determinante.

Las fronteras que delimitan el riesgo permitido de otras instituciones próximas distan de estar claras. Así, del riesgo permitido debe distinguirse el riesgo estructural o sistémico;²¹ este último en realidad no puede ser prohibido

257 y ss., 325 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG ¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?, *ADPCP*, 1999, p. 51 y ss.

17. Pese a que no sea inusual oír hablar de causalidad psíquica, parece claro que aquí se trata de motivación.
18. En esta línea de la existencia de diferentes “*Gewissheitsstandards*”, ya KUHLEN, *FrageneinerstrafrechtlichenProduktshaftung*, 1989, p. 69 y ss.
19. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995.
20. Cfr. la obra esencial de PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993. Desde el punto de vista de la teoría de la justicia de Rawls y método del “velo de la ignorancia”, KINDHÄUSER, “*Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*”, *GA* 1994, p. 197 y ss.
21. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., 2003, p. 112, aludiendo a los “mecanismos de un sistema económico que se desarrollan libremente”, a los que contribuye todo el mundo de forma mayor o

(por ello, tampoco podría ser permitido), sino sólo gestionado. Asimismo, debe distinguirse del riesgo permitido el fenómeno de la acumulación de riesgos separadamente insignificantes. Pero en particular conviene tener presentes las diferencias existentes entre el riesgo permitido y el riesgo permitido condicionado. Este último es aquel mecanismo de permisión de riesgos especiales, en cuya virtud la exclusión de responsabilidad se pretende condicionar a una posterior actuación prudente del sujeto que obra en riesgo permitido. Expresado de otro modo: aquella institución en la que la permisión inicial de la conducta es compatible con la responsabilidad en comisión por omisión del sujeto por los resultados lesivos sobrevenidos (injerencia en virtud de actuar precedente no antijurídico). Pues bien, parece evidente que en el Derecho penal de la empresa pueden converger, junto a riesgos permitidos en sentido estricto, situaciones pertenecientes a una cualquiera de estas instituciones limítrofes. Como también lo es que el principio de precaución, cuya incidencia sobre el Derecho penal todavía está pendiente de valoración, ha de tener en el ámbito empresarial uno de sus principales ámbitos de aplicación.²² En todo este sector se da, seguramente, la necesidad de introducir mayor claridad y de efectuar ulteriores distinciones.

Ya antes se ha subrayado que en las sociedades del riesgo el fenómeno marginal no es el riesgo, sino precisamente la ausencia de riesgo. La determinación de cuál es el riesgo permitido²³ –por oposición al riesgo típicamente desaprobado–

menor. Debe subrayarse, con todo, que la expresión “riesgo sistémico” es ambigua. Por un lado, designa el supuesto en que es el sistema en su conjunto el que genera el riesgo; por otro lado, designa el supuesto en que la intervención del Derecho penal se condiciona a que el riesgo trascienda lo individual y alcance a las condiciones de mantenimiento del sistema en su conjunto. En este último sentido, cfr. PAREDES CASTANÓN, Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico, en: DA AGRA; DOMÍNGUEZ; GARCÍA AMADO; HEBBERECHT; RECASENS (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, 2003, p. 91 y ss.

22. Sobre las bases filosóficas de esta idea, cfr. CRUZ, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, 2005, p. 132-133, citando a Hans Jonas: El poder adquirido por el hombre contemporáneo determina que estemos obligados a pensar acerca de las consecuencias remotas de nuestras acciones. Ahora bien, habida cuenta de la dificultad para conseguir esa representación de los efectos remotos, hay que dar prioridad a los pronósticos malos sobre los buenos.
23. Pese a que se pretende efectuar el juicio de peligro –también el de riesgo permitido– desde una perspectiva puramente *ex ante*, lo cierto es que se ve inevitablemente condicionado por lo que finalmente haya sucedido *ex post*. Este fenómeno del

es, pues, la decisión social central.²⁴ Ello pone de relieve, por lo demás, hasta qué punto todos los tipos delictivos (y no sólo aquéllos en los que clásicamente se detectaba la presencia de elementos normativos) son consustancialmente normativos. Ahora bien, la determinación del riesgo permitido no es precisamente fácil, como resulta posible advertir en los últimos tiempos a propósito de supuestos vinculados con la crisis financiera.²⁵

En el caso de los tipos configurados como leyes penales en blanco, parece claro que la permisión administrativa²⁶ de un riesgo conlleva un espacio de atipicidad penal por riesgo permitido. Pues, en efecto, en tales casos se cede la resolución del conflicto inherente a la tipicidad a la Administración, en lugar de efectuar la ponderación el legislador o el juez penal.

En los tipos que no tienen esta configuración de leyes penales en blanco, es cierto asimismo que, hallándonos en sectores de actividad regulados por el Derecho administrativo, la determinación de la existencia de un riesgo no permitido pasa, en buena medida, por la constatación de la infracción de una disposición general (legal o reglamentaria) o incluso de actos administrativos. Sin embargo, aun en estos sectores debería rechazarse el establecimiento de una relación biunívoca entre la infracción de disposiciones administrativas y la afirmación de la existencia de un riesgo penalmente relevante.²⁷ Cabe, por un lado, que se infrinjan aquellas disposiciones y no pueda afirmarse la existencia

denominado *hindsight bias* del juzgador se halla suficientemente analizado en la sociología y en la filosofía moral, pero también en Derecho penal. Cfr., por ejemplo, LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, 1991, p. 21; KUHLEN, *Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral*, en: JUNG; MÜLLER-DIETZ; NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, p. 341 y ss.; PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, p. 107.

24. Y no la de si hay peligro o no; o la de cuánto peligro hay.

25. Cfr. SCHRÖDER, *Das erlaubte Risiko im Bankgeschäft am Beispiel der Pflichtwidrigkeit von ABS-Investitionen im Vorfeld der Finanzkrise*, en: KEMPF; LÜDERSSEN; VOLK (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, p. 59 y ss.; MÜLBERT, *Rechtliche Grenzen der Optimierung –das gesellschaftsrechtlich erlaubte Risiko*, en: KEMPF; LÜDERSSEN; VOLK (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, p. 85 y ss.

26. Debe distinguirse entre los casos de permisión positiva (permisión fuerte) por parte de la norma administrativa y los de mera “no prohibición” (permisión débil) por dicha normativa. Esto últimos pueden, naturalmente, conducir a una solución diversa.

27. Sobre ello, KUDLICH, *Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung*, *Festschrift für H. Otto*, 2007, p. 373 y ss.

de tal riesgo jurídico-penal;²⁸ viceversa, cabe que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado para el Derecho penal.

La primera de las dos afirmaciones anteriores se debe al principio político-criminal de subsidiariedad del Derecho penal. Según éste, no cualquier infracción de regulaciones extrapenales de conducta, sino sólo de aquéllas que revistan mayor entidad y se hallen más inmediatamente vinculadas a la protección del bien jurídico individual de que se trate puede dar lugar a la afirmación de un riesgo penalmente desaprobado. La segunda, en cambio, tiene que ver con un problema específico de la regulación administrativa en ámbitos caracterizados por su gran complejidad y sujetos a un cambio permanente. En tales sectores, no es posible descartar que la regulación administrativa ofrezca lagunas, esto es, no prohíba determinadas conductas consideradas peligrosas ya en el momento de que se dictara la norma. Al igual que tampoco cabe descartar que la referida regulación haya quedado obsoleta ante la evolución de la ciencia y de la técnica y, por lo mismo, no prohíba conductas que, sin embargo, resulten peligrosas.

En resumen, es cierto que, en sectores regulados, la observación de que se ha infringido una disposición administrativa puede ser un buen indicio de la existencia de un riesgo penalmente desaprobado; del mismo modo que cabe que la observación de que no se ha infringido disposición alguna pueda considerarse un indicio de la inexistencia de un riesgo penalmente relevante. Sin embargo, no puede excluirse lo contrario.²⁹

Con todo, conviene tener presente de modo adicional que con frecuencia las normas administrativas omiten pronunciarse sobre un determinado aspecto

28. Aparentemente en otro sentido, PAREDES CASTAÑÓN, Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del "caso de la colza", *Poder Judicial* 33, 1994, p. 421 y ss., 425: "se entiende que, en principio, quien cumple con las disposiciones administrativas en estos ámbitos (de conductas peligrosas) ha de quedar también exento de toda responsabilidad jurídica, incluso aunque, como consecuencia de la conducta, se acabe por producir un resultado disvalioso".

29. En este sentido no tengo inconveniente en aceptar la propuesta, algo más precisa, de KUDLICH, *Festschrift für H. Otto*, 2007, p. 387-388, según la cual la infracción de normas legales extrapenales especiales conlleva, por regla general, la apreciación de la infracción del deber de cuidado penal; en cambio, el cumplimiento de dichas normas sólo sería un indicio de la realización de un comportamiento penalmente cuidadoso. Ello se traduciría en una distribución diversa de la carga de argumentación en uno y otro caso.

(por olvido del legislador, sin ir más lejos) y, sobre todo, quedan obsoletas frente al desarrollo de la ciencia y de la técnica. Ello resulta especialmente patente desde la perspectiva del Derecho penal económico-empresarial. Por este motivo no son pocos los casos en que la normativa administrativa renuncia a establecer un criterio regulativo autónomo, limitándose a remitir al estado de la técnica. Ello tiene la ventaja de la mayor precisión y permanente actualización del conjunto de reglas (técnicas) de referencia. Ahora bien, el “estado de la técnica o de la ciencia” en un determinado sector de actividad es definido por la comunidad técnica o científica respectiva. La remisión desde el Derecho administrativo a esta instancia supone, pues, de modo explícito, la existencia de espacios de autorregulación en los sectores de que se trate.³⁰ En tales casos, lo más que puede hacer el Derecho administrativo es regular la autorregulación, es decir, fijar los procedimientos a través de los cuales se fija “el estado de la técnica” y el modo en que debe expresarse. La autorregulación no está en este, como en general en ningún sector, exenta de riesgos: a la pérdida del carácter público de la regulación cabe añadir su posible utilización espuria como medio de eliminación de competencia etc. En efecto, el establecimiento de reglas técnicas muy exigentes puede constituir el medio a través del que las multinacionales eliminan del mercado a pequeñas empresas, incapaces de una inversión tan elevada como requieren las reglas fijadas por el *lobby* sectorial correspondiente.

3.1.3 *Las conductas neutras de intervención*

Una de las doctrinas que en los últimos tiempos más ha conmovido la teoría de las formas de intervención en el delito ha sido sin duda, la de las “conductas neutras”. Resulta, a este respecto, sobradamente conocida la decisiva contribución de *Jakobs*³¹ que, sintéticamente, pone de relieve que si no existe infracción de un deber especial, la mera causación o favorecimiento activo de la producción de un resultado no puede conducir a su imputación al

30. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, ¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?, *Diario La Ley* 418, 07.06.2010, p. 1 y ss.

31. El ejemplo que ha hecho verter ríos de tinta ha sido el conocido como “caso del camarero” (o “mesero”, o “mozo”, según los usos lingüísticos de los diversos territorios de habla hispana). Por todas sus obras referidas al tema desde 1983, cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), 1996, passim y p. 131 y ss. Cfr. en la doctrina española, entre otros, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva: Las acciones neutras y la cooperación en el delito*, 2001; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*, 2002.

agente, aunque éste obre con pleno conocimiento del alcance de su conducta. Sin embargo, a mi juicio, precisamente esta figura es modélica para poner de relieve cómo una institución en trance de revisión recibe un impulso decisivo a partir de su consideración a la luz de los casos del Derecho penal económico-empresarial, en los que la división funcional del trabajo y la consideración de que “no todos pueden ser garantes de todo” resultan elementos decisivos.

Mi visión puede ser naturalmente discutible. Pero tiendo a pensar que el factor que determinó la aceptación masiva –con todos los matices subjetivistas que se quiera– de la doctrina de las conductas neutras de intervención no fueron los supuestos académicos de panaderos, taxistas o camareros, sino, probablemente, el análisis del caso del *Dresdner-Bank*. Esto es: un caso en el que, mucho antes de que existieran deberes especiales de control de las entidades financieras con respecto a las operaciones de sus clientes,³² una entidad bancaria alemana procedió a ejecutar la orden de su cliente de transferir fondos al extranjero, a un (pseudo-)paraíso fiscal.³³ Fue entonces cuando Hassemer pudo afirmar que “el que no hace otra cosa que su trabajo profesional, no realiza ningún tipo penal, aun cuando su conducta lesione un bien jurídico-penal o, en mi terminología: el fin de protección de la conminación penal no abarca conductas neutras, aun cuando el tenor literal y el sentido de las palabras de la norma propiamente las abarquen”.³⁴

Naturalmente, sigue habiendo todavía mucho que discutir al respecto, sobre todo respecto a los casos en que el agente obra con dolo directo.³⁵ Y no es seguro que acabe aceptándose para los “delitos de sangre”³⁶ lo que sí va admitiéndose en el ámbito económico empresarial. Pero el ejemplo permite advertir cómo la normativización de una institución permite su apertura a casos novedosos (como los del Derecho penal económico-empresarial) y cómo a su vez la resolución de éstos favorece el proceso de generalización de una determinada doctrina.

32. En el marco de la legislación contra el blanqueo de capitales o contra el fraude fiscal.

33. Cfr. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, wistra 1995, p. 41 y ss. (parte 1.^a) y 81 y ss. (parte 2.^a). Cfr. también RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht –Der Dresdner-Bank-Fall und andere Beispiele–*, wistra 1997, p. 41 y ss.

34. HASSEMER, wistra 1995, p. 46.

35. Ya HASSEMER, wistra 1995, p. 85 y ss.; ROXIN, *Was ist Beihilfe?*, *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, p. 501 y ss., 513.

36. Mi impresión es que, por razones atávicas, en los delitos que afectan a la vida o la salud la causalidad directa o inmediata goza de un valor normativo-social que de momento conviene seguir teniendo presente.

3.1.4 El concepto y el contenido del dolo

Hace ya algún tiempo que la concepción cognitivo-volitiva del dolo ha ido siendo reemplazada, en la doctrina más avanzada, por una concepción cognitivista.³⁷ Ahora bien, la concepción cognoscitiva del dolo permite todavía distinciones ulteriores. Así, cabe mantener una concepción cognitivo-psicológica. Según ésta, el dolo es un dato psicológico, un estado mental. Pero proliferan las concepciones cognitivo-normativas. Para éstas, el enunciado que afirma la existencia de dolo no tiene la naturaleza descriptiva de un hallazgo mental, sino una naturaleza adscriptiva. El dolo sería, pues, objeto de un juicio de imputación, cuya base son determinados datos de experiencia, estos sí directamente constatables.³⁸

Pues bien, la propia asociación del dolo a la existencia de un estado mental de conocimiento ha entrado en crisis. Precisamente, en los últimos tiempos se ha sostenido la imputación de dolo en casos en los que, simultáneamente, se admitía la imposibilidad de constatar un estado mental de conocimiento. Ello se ha manifestado de modo especial –aunque no único– en las doctrinas de la ignorancia deliberada. Éstas han tenido un especial desarrollo en la cultura jurídico-penal anglosajona (*willful blindness*) y se discuten desde hace algún tiempo en España.³⁹ Su base es que cabe la imputación dolosa aun siendo imposible constatar un estado mental de conocimiento de la situación en el sujeto, siempre y cuando pueda imputársele que debería haberla conocido y que, si no la conoció, fue porque provocó el desconocimiento por acción o por omisión.⁴⁰ No hace falta subrayar la importancia de esta concepción en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial, en el que la mayor parte de los delitos no admiten la realización típica imprudente,⁴¹ de modo que la

37. Ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983. Fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999.

38. Ya VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, 1980, p. 20.

39. De nuevo fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007.

40. Así, aunque en un *obiter dictum*, la STS 57/2009, de 02.02.2009 alude a que los requisitos para apreciar un caso de ignorancia deliberada serían: (a) una falta de representación suficiente (no absoluta) que se traduce en una sospecha de ilicitud; (b) una decisión de permanecer en la ignorancia; y (c) una determinada motivación (el propósito de beneficiarse de ello). En la práctica, con todo, parece que la “ignorancia deliberada” constituye una forma de eludir el esfuerzo de motivación de la prueba de indicios del dolo.

41. Resulta llamativa, en este sentido, la tendencia legislativa a tipificar delitos económicos imprudentes. En su día, el blanqueo imprudente; más recientemente, el contrabando

negación de la existencia de dolo conlleva la exclusión de la responsabilidad penal.

Ahora bien, de modo más o menos simultáneo, pero referido en particular a las actuaciones en el ámbito de organizaciones económicas, las ciencias del comportamiento han puesto insistentemente de relieve la existencia de sesgos cognitivos (o distorsiones cognitivas) en los integrantes de aquéllas. Dichos sesgos cognitivos (*cognitive biases inside business organizations*), derivados de la interacción en el seno de las organizaciones,⁴² harían perder al agente la independencia cognitiva hasta incurrir en estados mentales de sobre-confianza o sobre-optimismo (*overconfidence, overoptimism*) e incluso en una auténtica ceguera cognitiva (*cognitive blindness*) con respecto a eventuales resultados lesivos. La cuestión es, entonces, si en estos casos, en que el estado mental de desconocimiento o, al menos, de conocimiento distorsionado del agente no parece de entrada imputable a éste, debería mantenerse la imputación a título de dolo, sin matización alguna, sobre la base de un genérico “deber de conocer”. Como se advierte, pues, parece que el Derecho penal económico-empresarial está llamado a constituir un espacio especialmente relevante para el debate acerca del alcance de dolo típico.

3.1.5 Errores sobre leyes extrapenales

Como⁴³ ya se ha indicado más arriba, una de las características más significativas del Derecho penal económico-empresarial es la accesoriedad de sus descripciones típicas con respecto a las regulaciones del Derecho público o privado. Esta circunstancia, que redundará en redacciones típicas con estructuras de leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico y elementos de valoración global del hecho, tiene diversas repercusiones. Algunas

imprudente. La tipificación de delitos de peligro en este ámbito constituye también una forma de eludir la exigencia de un dolo de lesión.

42. COHAN, “I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job!”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Cas Study of Enron’s Information Myopia, 40 *Journal of Business Ethics* (2002), p. 275 y ss. Para el caso de los abogados, LANGEVOORT, Where Were the Lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers’ Responsibility for Clients’ Fraud, 46 *Vanderbilt Law Review* (1993), p. 75 y ss.; en particular para el abogado interno de la empresa, LANGEVOORT, Getting (too) Comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and the Financial Crisis, en *Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper* n. 11-27 (<http://ssrn.com/abstract=1932398>).
43. Fundamental, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, 2009.

de ellas no interesan aquí, pues tienen que ver sustancialmente con problemas de legalidad y, en particular, de taxatividad.⁴⁴ En cambio, sí interesan las que tienen que ver con la imputación objetiva y el error.

En particular en cuanto al error, se advierte aquí de nuevo cómo un debate preexistente a la entrada en juego de los casos de Derecho penal económico se ve retroalimentado por éstos. En efecto, la cuestión decisiva aquí es la de si el error sobre leyes penales en blanco o elementos de valoración global del hecho debe tratarse como error de tipo o como error de prohibición. Pues bien, conocida es la difusión de doctrinas que trataban al error de derecho extrapenal de modo análogo al error de hecho, poniendo así al sujeto al resguardo de la eficacia de la máxima *error iuris nocet*. Pero también que éstas fueron superadas en el período posterior a la II Guerra Mundial, en el que – por la influencia de *Welzel*– el error sobre leyes penales en blanco y elementos del deber jurídico pasó a recibir el tratamiento del error de prohibición. Ello significaba que –en caso de error vencible– el sujeto de tales errores resultaba punible incluso con respecto a aquellos delitos en los que la modalidad de realización imprudente era atípica; más aún, que dicho error vencible recibía únicamente una atenuación facultativa de la pena.

Con posterioridad, se fueron difundiendo doctrinas distintivas. En el marco de éstas, la calificación como error de tipo o como error de prohibición dependía de que el objeto del error fueran los presupuestos de hecho de la lesión de la norma extrapenal de complemento de la ley en blanco (o de la realización del elemento de valoración global) o bien la infracción misma de tal norma extrapenal (la realización misma del elemento de valoración global). Es más, un sector doctrinal en ascenso ha tendido a calificar todos estos errores como errores de tipo en la medida en que determinaran un desconocimiento por parte del sujeto del significado social de su conducta. Algo que en casos de *mala quia prohibita* resulta ampliamente razonable, aparte de que pueda venir

44. Por ejemplo, las relativas a si la definición legal extrapenal de un determinado elemento normativo (o incluso la interpretación de su alcance por parte de la doctrina y jurisprudencia sectorial) debe resultar vinculante o no para su aplicación jurídico-penal. La tensión entre el pensamiento formalista (tendencialmente accesorio) y el pensamiento fáctico (tendencialmente autónomo) no ha abandonado al Derecho penal económico desde sus inicios. Cfr. CADUS, *Die faktische Betrachtungsweise: ein Beitrag zur Auslegung im Strafrecht*, 1984. Sobre la crítica al pensamiento “civilista”: LOBE, *Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht, Festgabe für R.v. Frank*, 1930, p. 33 y ss.; BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938. Más recientemente, LÜDERSSEN, *Die Wiederkehr der Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken –eine Warnung, Festschrift für E.-W. Hanack*, 1999, p. 487 y ss.

respaldado por la propia literalidad de los tipos en presencia. En efecto, en sectores de actividad fuertemente intervenidos por el Derecho, la relación de una conducta con el Derecho es determinante de la medida de su relevancia social.

El correspondiente enriquecimiento del ámbito del error de tipo a costa del error de prohibición es, por lo demás, consistente con el proceso de normativización de la tipicidad objetiva. En efecto, el objeto del dolo viene dado por los elementos del tipo objetivo. Éstos, por su parte, han experimentado un proceso de normativización evidente a través de las doctrinas del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva. Atendido lo anterior, parecería consecuente que el contenido del dolo experimentara el mismo proceso de normativización.

Sin embargo, este proceso parece disfuncional en un contexto de tipos en los que la modalidad imprudente de comisión resulta excluida. Algo que es muy común, como se ha indicado, en el Derecho penal económico-empresarial. También se ha indicado que los tipos del Derecho penal económico-empresarial se estructuran muy frecuentemente como tipos fuertemente normativizados, en particular como leyes en blanco o tipos con elementos de valoración global del hecho. Así las cosas, si fueran calificados como errores de tipo, la mayor parte de los errores vencibles en materia penal económica darían lugar a la impunidad de la conducta. En la Jurisprudencia y en cierta doctrina el proceso ha sido, entonces, el inverso: la expansión del error de prohibición, a fin de sancionar –de forma atenuada– los errores vencibles de los sujetos. Lo que resulta compatible con el carácter punitivista que suele acompañar el tratamiento jurisprudencial de los casos de Derecho penal económico. En todo caso, parece claro que éste ha de ser uno de los ámbitos de debate futuro.

3.1.6 La generalización del modelo distintivo-normativo de intervención en el delito⁴⁵

Como es sabido, la teoría de la intervención en el delito ha experimentado una evolución diferenciada en el ámbito de los delitos dolosos activos, en el ámbito de los delitos dolosos omisivos y, en fin, en el ámbito de los delitos imprudentes (tanto activos como omisivos).

45. Sobre lo que sigue, fundamental, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, así como toda la obra posterior de este autor. Últimamente, ROBLES PLANAS, "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito", *InDret Penal* 2/2012 (www.indret.com).

En el ámbito de los delitos dolosos activos, la evolución doctrinal condujo a la conformación de un concepto restrictivo de autor, cualitativamente diferenciado de las formas de participación, consideradas como extensiones de la punibilidad. No obstante, ese estado de cosas, cristalizado en las versiones más restrictivas de la teoría objetivo-formal,⁴⁶ pasó a ponerse en cuestión tras la consagración de la teoría del dominio del hecho como doctrina dominante. Ya desde dentro de la doctrina del dominio del hecho –como expresión de una creciente normativización de ésta–, ya desde fuera de ella, se han ido subrayando los elementos de infracción de deber como integrantes de la realización del tipo doloso. La idea es que, sin infracción del deber, cabe la posibilidad de que la concurrencia de causalidad, dolo y dominio del hecho sea insuficiente para fundamentar la responsabilidad del sujeto.⁴⁷ Que, produciéndose una infracción de un deber, cabe responsabilidad, aun sin causalidad, ni dominio.⁴⁸ Y que, dada una relevante infracción del deber, la lejanía con respecto a la consumación del hecho puede no obstar a la calificación de la conducta del autor como de coautoría. La creciente expansión de la coautoría, a costa de la cooperación necesaria, por la fase preparatoria del delito es una manifestación de ello. Sea como fuere, lo cierto es que en el ámbito de los delitos dolosos activos se está produciendo una evolución hacia la menor diferenciación de las formas de intervención, esto es, en realidad, hacia su diferenciación cuantitativa.

En los delitos imprudentes y de omisión la evolución ha sido la contraria. Su temprana normativización –que se manifestó en la conformación de la infracción del deber de cuidado y de la infracción del deber de garante como conceptos categoriales básicos– conducía a un tratamiento unitario de todos los casos. Sin embargo, esa normativización uniformizadora –que ha dado lugar a los que conocemos como concepto unitario de autor en los delitos imprudentes y como concepto indiferenciado de omitente en el ámbito de los delitos improprios de omisión– ha dado paso a intentos de diferenciación. Así, en la discusión contemporánea una de las posiciones doctrinales más relevantes es la que sostiene la diferenciación de autoría y participación en los delitos imprudentes⁴⁹ y en los delitos de omisión. Aunque a continuación se abren espacios para los matices y ulteriores diferenciaciones en su caso.

46. Para la cual, como es sabido, autoría es realización de todos o, como mínimo, realización de alguno de los elementos descritos en la figura de delito.

47. Como sostiene la doctrina de las conductas neutras de intervención.

48. Siempre que nos encontremos ante un delito especial de deber.

49. Cfr. SÁNCHEZ LAZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004.

Ello resulta especialmente apto para el abordaje de los casos de Derecho penal económico-empresarial. En éstos, en efecto, dada la diversidad de posiciones integradas en las complejas estructuras empresariales, se hace preciso disponer de esquemas diferenciados de tratamiento que gocen de mayor respaldo dogmático que el que es propio de la todavía incipiente doctrina dogmática de la individualización de la pena. Por otro lado –y esto vale de modo significativo para los delitos dolosos activos– parece claro que la atribución de la condición de autor no debería circunscribirse a la proximidad formal (o espacio-temporal) con la producción del resultado.

3.2 *El impulso del Derecho penal de la empresa*

3.2.1 *El desarrollo de la doctrina de las posiciones de garantía*

Una posibilidad de impulso a la doctrina de la autoría a partir de los casos del Derecho penal económico-empresarial habría sido la extensión de la autoría mediata por “dominio de organización” de los aparatos estatales o paraestatales (y de la criminalidad organizada) al ámbito estrictamente empresarial. Sin embargo, esta posibilidad –pese a la existencia de una discusión todavía abierta– ha sido con razón mayoritariamente rechazada.⁵⁰ El propio creador de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder ha optado por otra vía alternativa.⁵¹

En mi opinión, si hay una institución a cuyo desarrollo el Derecho penal económico está prestando un impulso decisivo, ésta es la doctrina

50. Cfr. recientemente sobre la discusión y la posición mayoritaria, HEINRICH, “Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen”, *Festschrift für V. Krey*, 2010, p. 147 y ss., 154 y ss.; MITTELSDORF, *ZIS* 3/2011, p.124, subrayando la tendencia de la jurisprudencia alemana a acogerla, frente a la posición de la doctrina mayoritaria, partidaria de no aplicar tal concepto a las empresas. En España, matizadamente distinto BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 37 y ss., 52.

51. Según ROXIN, *Strafrecht AT*, II, 2003, § 25 II Rdn. 136-137 existe una necesidad de hacer responsables a título de autores a los altos directivos de las empresas por los hechos de sus empleados, que han ordenado, favorecido o no impedido de forma contraria a deber. Con independencia de si su intervención es activa u omisiva, ello debe dar lugar a una “Täterschaft kraft Pflichtenstellung” –autoría por posición de deber–. Se trataría de una nueva clase de autoría mediata cuyo fundamento sería la posición de garante del empresario, que lo haría autor según las reglas de los delitos de infracción de un deber.

de las posiciones de garante.⁵² Ello, por un lado, por la consolidación de la doctrina de las posiciones de garantía de base institucional en el ámbito de la criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*), como puede advertirse de modo significativo tanto en la administración desleal como en las estafas intraempresariales. Es más, porque no cabe descartar que nos hallemos en el camino hacia la conformación cultural de vínculos institucionales entre la empresa (y sus administradores), por un lado, y otros terceros (competidores, proveedores, clientes, acreedores, sociedad en su conjunto, Estado). Ideas en boga como la de responsabilidad social corporativa, o la de gobernanza, parecen apuntar en este sentido que, de confirmarse, debería ser objeto de la correspondiente construcción dogmática.

Sin embargo, por otro lado –y sobre todo–, el impulso del Derecho penal económico se advierte en el ámbito de la criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*) y consiguientemente de las posiciones de garantía de base organizativa. Aquí se ha advertido la necesidad de una teoría más distintiva de las posiciones de garante. Ello, no sólo mediante la antes mencionada diferenciación de autoría y participación, sino también mediante específicas diferenciaciones adicionales de los contenidos del deber y de las consecuencias de su infracción. La incipiente discusión sobre las características de la posición de garantía del *compliance officer* (si es que ésta existe) constituye un buen ejemplo de este impulso. Pero ya antes existía una discusión –que apenas ha progresado– sobre la posición de garantía del abogado (tanto interno como externo) de empresa.⁵³ Pues bien, sin entrar en demasiados detalles,

52. Cfr. ya los trabajos contenidos en la obra: AMELUNG (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000.

53. Contamos, de momento, con la posición negativa de la STS 37/2006, de 25.01.2006, en cuanto al abogado interno de la empresa. Una posición incipientemente distinta, formulada además con carácter general, cabe advertir probablemente en la STS 1193/2010, de 24.02.2011. Debe llamarse la atención sobre una doctrina anglosajona en alza que tiende a desarrollar la idea de que los abogados son “gatekeepers”. Y no sólo eso. La tesis central es que el abogado/asesor tiene unos deberes que van mucho más allá de los que tendría el abogado litigante. A mero título de ejemplo: FISCH; ROSEN, *Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?*, 48 *Villanova L. Rev.* (2003), p. 1097 y ss.; KIM, “The Banality of Fraud: Re-situating the Inside Counsel as Gatekeeper”, 74 *Fordham L.R.* (2005), p. 983 y ss.; SCHWARCZ, “The Role of Lawyers in the Global Financial Crisis”, 24 *Australian Journal of Corporate Law* (2010), p. 1 y ss., 6 y ss.: “The lawyer should try to persuade the client to comply with the law and, if unsuccessful, ultimately may have to resign”, dejándose abierta la cuestión de si incluso el abogado tendría que hacer más, por ejemplo, “noisily withdrawing’ by making some public

que superan las posibilidades de este texto, debe indicarse que la doctrina se encuentra ya ante el reto de diferenciar la posición de garante de la empresa, la del empresario (los socios), la de los administradores, la de los directivos sectoriales (...) y sobre todo ante el de reconstruir sus interacciones.⁵⁴

Así, se hallan ofrecidas a la discusión propuestas como la de *Montaner Fernández*, que distingue entre el proceso de “asignación de ámbitos de competencia” (propio de la relación entre administradores y directivos); el de “delegación de competencias o funciones en sentido estricto” (entre los niveles de la dirección); y el de la delegación o, mejor, “encargo de la ejecución de una función” (más propio de la relación entre directivos y empleados sin autonomía decisoria).⁵⁵ Por mi parte, intento establecer, dentro de la empresa, los ámbitos de vigencia del principio de separación estricta de esferas, el principio de confianza y el principio de desconfianza.⁵⁶ Ello conlleva, respectivamente, la individualización de relaciones en las que se niega la existencia de toda posición de garantía; otras en las que existe una posición de garantía limitada a la neutralización de la propia aportación previa o a la evitación del resultado lesivo producido en la esfera de organización de otro, una vez alcanzado un determinado estado de conocimiento⁵⁷ sobre la actuación ilícita de este último;⁵⁸ y otras en las que existe una posición de garantía de vigilancia en

announcement of the client's actions”. En general sobre la posición institucional del abogado, cfr. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, 2010.

54. Cfr. un intento de reconstrucción con referencias en SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial” (manuscrito en prensa); algún apunte anterior en SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”, *InDret Penal* (Editorial) 2/2011 (www.indret.com).
55. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 87, 99 y ss.
56. Lo que requiere una fundamentación que compromete en ocasiones los propios fundamentos filosóficos de las relaciones interpersonales.
57. Estado de conocimiento que puede variar en función de las situaciones: por ejemplo, en ciertos casos puede bastar para la responsabilidad el conocimiento correspondiente a la imprudencia o al dolo eventual. En cambio, en el caso de las “conductas neutras” incluso la tesis subjetivista, que niega que aquí se trate de la vigencia del principio de separación estricta de esferas (ausencia de posición de garantía alguna), exige el conocimiento propio del dolo directo (lo que significa: establece una posición de garantía de alcance muy limitado, pues admite que el sujeto se ampare en la confianza incluso con dolo eventual respecto al hecho lesivo realizado por el tercero).
58. Conviene reiterar aquí que en estos casos no se trata de que el conocimiento genere deber alguno, sino que el deber ha de preexistir (correspondiendo normalmente

sentido estricto,⁵⁹ lo que implica un deber previo de adquirir conocimiento sobre eventuales conductas ilícitas de terceros, estableciendo a tal efecto los sistemas de control correspondientes.

Existe, por lo demás, un sinnúmero de situaciones problemáticas adicionales: a mero título de ejemplo, la figura del delegado sin medios; la del subordinado dominante en virtud del control de los flujos de información; la del delegado de vigilancia. Etcétera. Todo un conjunto de cuestiones que requieren un desarrollo teórico.

3.2.2 La conformación de diversas clases de delitos especiales

Buena parte de los delitos económicos son delitos especiales. Se trata, por lo demás, de delitos especiales cuyo *intra-neus* es la persona jurídica empresario; sólo en ésta concurren, en efecto, las condiciones subjetivas de autoría. Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia –primero–⁶⁰ y los legisladores –más tarde, en algunos países–⁶¹ han tratado de elaborar cláusulas de transferencia de la condición de *intra-neus* a sujetos (administradores, representantes) que, en principio, serían *extra-nei* con respecto a la correspondiente figura de delito. La evolución dogmática de estas cláusulas resulta impensable sin el impulso de los casos del Derecho penal económico, que están obligando a un equilibrio entre las perspectivas más fácticas y las más formalistas.⁶²

Sin embargo, lo que ahora se trata de subrayar es, ante todo, la contribución de los supuestos de hecho del Derecho penal económico a la diferenciación de delitos especiales. En realidad, la base para esa diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del “dominio social” del inicial *extra-neus* transformado en *intra-neus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podía imaginarse que un *extra-neus* tuviera dominio social típico por vías distintas

a relaciones internas de grupos bien delimitados). Lo que sí es cierto es que el conocimiento puede permitir conformar el hecho infractor del deber como hecho con sentido. En otros términos, la infracción del deber requiere el conocimiento a los efectos de la imputación.

59. Lo que probablemente implica distinguir entre meros deberes de aseguramiento y deberes que tienen por objeto, además, la vigilancia de aquello que, eventualmente, deba ser asegurado.

60. A través de una aplicación más del “pensamiento fáctico”.

61. Mediante las denominadas “cláusulas de actuar en lugar de otro”.

62. Cfr. STS 606/2010, de 25.06.2010.

a las que, contempladas específicamente en aquellas cláusulas, permitían su transformación sobrevenida en *intraneus*; es decir, cabía concebir la paradójica existencia de delitos especiales abiertos en general a la autoría de *extranei*. Pero, al mismo tiempo, se advertía la existencia de delitos especiales con respecto a los que ningún *extraneus*, por mucho “dominio social” que poseyera sobre la realización típica, podría devenir *intraneus*.⁶³

Creo que el primer paso en esta línea⁶⁴ vino dado por la distinción entre “delitos especiales de dominio” y “delitos especiales consistentes en la infracción de un deber”.⁶⁵ Y una importante progresión en ella representó la reformulación de la diferenciación en los términos de “delitos de posición” y “delitos especiales de deber”, con la consiguiente profundización en sus consecuencias dogmáticas.⁶⁶ La aceptación de una categoría de delitos especiales que, sin embargo, siguen siendo “de posición” determinaría caracterizar a éstos como delitos especiales en sentido amplio. Es decir, como delitos en los que la restricción legal del círculo de autores a un determinado grupo de sujetos obedece a que se entiende que éstos son los que, de entrada, se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste. Ello permitiría al legislador aislar determinadas posiciones de dominio social típico (situaciones sociales o círculos de vida), pero no modificaría el título de imputación: la organización de la propia esfera de libertad. Precisamente por eso, debería admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición, pudieran acceder a ella, controlándola. En particular, en los casos de delitos especiales de posición debería admitirse la posibilidad de autoría mediata de un *extraneus*, que instrumentalizara el error del *intraneus*.

A diferencia de lo anterior, los delitos especiales de infracción de un deber (delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto) no serían

63. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 31”, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, 1999, p. 369 y ss., 383 nota 27, con amplias referencias a la obra fundamental de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, y t. II, 1986.

64. A la que subyace la influencia de la diferenciación, que debemos a *Jakobs*, entre “responsabilidad por organización” y “responsabilidad institucional”.

65. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, p. 164 y ss.; GARCÍA CAVERO, La discusión dogmática en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, *RDPC* 9, enero 2002, p. 103 y ss.

66. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 240 y ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006.

sólo legalmente distintos de los delitos comunes, sino también dogmáticamente distintos. Su esencia radicaría en la infracción de un deber de naturaleza institucional, al que sólo podría acceder luego un tercero en virtud de un mecanismo jurídico específico de transferencia de la posición de deber (por ejemplo, la representación, la relación orgánica de administración, etc.). Esto significa que en los delitos especiales de infracción de un deber, el *extraneus* no puede ser nunca autor mediato, pues, por mucho dominio que ostente sobre el *intraneus*, ello no hará del *extraneus* un “infractor” del deber del *intraneus*, sino sólo un “provocador” de la infracción del deber por parte de dicho *intraneus*.

Por mi parte, he tratado de añadir a lo anterior la consideración de que probablemente no es obligado entender los delitos especiales en los términos alternativos reseñados. Precisamente a propósito del delito de defraudación tributaria, he creído advertir la existencia de delitos que, además de la infracción de un deber, exigen, de uno u otro modo, un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional del sujeto.⁶⁷ En todo caso, lo anterior pone de relieve la decisiva contribución de los casos del Derecho penal económico a la evolución de la doctrina de los delitos especiales que ha de afrontar todavía numerosos retos en este ámbito específico.

3.2.3 ¿Regreso a la accesoriidad objetiva?

Es sobradamente conocido que la doctrina de la accesoriidad media o limitada de la participación se impuso en el marco del sistema neokantiano del delito. En él, accesoriidad media significaba accesoriidad a la antijuridicidad objetiva: bastaba con el hecho objetivamente antijurídico del autor (sin que éste obrara culpablemente, expresión que comprendía el dolo y la imprudencia) para fundamentar la responsabilidad del partícipe.

La posterior imposición de la sistemática finalista cambió las cosas, al integrar el dolo y la imprudencia en el ámbito de la antijuridicidad (en virtud de la doctrina del injusto personal). Así, la afirmación del principio de accesoriidad limitada pasó a significar que el autor debía realizar un hecho objetiva y subjetivamente antijurídico, para que respondiera penalmente el partícipe.

En los delitos comunes⁶⁸ ello generaba problemas relativamente superables. Pues en los casos de déficits subjetivos del autor –en particular,

67. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 59 y ss., 65 y ss., 70 y ss.

68. Y, si se quiere, también en los delitos especiales de posición.

si éstos hubieran sido provocados por otro interviniente— podía resultar relativamente factible la atribución de responsabilidad a este último a título de coautor o autor mediato. Sin embargo, en los delitos especiales (muy en particular, en los de infracción de un deber) el problema resultaba *a priori* insuperable. Pues la concurrencia en un supuesto de hecho de un *intraneus* sin dolo y de un *extraneus* doloso parecía conllevar una irresponsabilidad general.

La Jurisprudencia española ha afrontado este problema en una serie de resoluciones que, desde luego, no resultan todo lo claras que sería deseable. Pero lo cierto es que en ellas se sanciona al partícipe *extraneus* en un delito especial pese a que el autor *intraneus* obró sin dolo. Así, para el caso de un delito de defraudación tributaria, la STS 539/2003, de 30 de abril; para el caso de delitos contra la administración pública, la STS 222/2010, de 4 de marzo; en un caso de fraude a las Comunidades Europeas, la STS 606/2010, de 25 de junio.

Algún observador podrá apreciar que en ninguno de los casos señalados se señala con claridad que al autor *intraneus* le falte el dolo natural; en algún caso se deja abierta la cuestión de si obró en error de tipo o en error de prohibición (en todo caso, impune, por invencibilidad). Es más, incluso en la última se las sentencias citadas se realizan ímprobos esfuerzos para tratar de sostener que los *intranei* obraron con alguna suerte de conocimiento mínimo. Se trata, en parte, de una oscura manifestación indirecta de lo que antes se denominó “expansión del error de prohibición”. En puridad dogmática, sin embargo, hay pocas dudas acerca de que los *intranei* en cuestión obraron en un error de tipo; además, probablemente vencible, lo que no obstaba a la exclusión del injusto típico en su caso, dado que los tipos que venían en consideración no admiten la forma comisiva imprudente.

Así pues, los casos mencionados plantean *volens nolens* el problema de si acaso procede revisar la concepción dominante del principio de accesoriad limitada de la participación. Una concepción que, ciertamente, no es la histórica. Aparte, no cabe excluir, desde luego, que en ellos se manifiesten también algunos de los problemas derivados de la diferenciación entre clases de delitos especiales. Pero en ciertos casos se trata, en primer lugar, claramente de delitos especiales de deber; y, en segundo lugar, de supuestos de error de tipo (error sobre la arbitrariedad de la decisión prevaricadora, por ejemplo). Así que parece que la doctrina no puede eludir la necesidad de discutir la cuestión del problema de la accesoriad. De nuevo, una aportación de los casos de Derecho penal económico a la discusión general de la teoría del delito.

3.3 Retos pendientes

3.3.1 Introducción

Resultaría pretenciosa la mera enumeración de los retos adicionales que los casos del Derecho penal económico-empresarial pueden plantear a las instituciones de la teoría del delito. Ello significaría, de entrada, que se han identificado todos los existentes y que, además, se dispone de las dotes proféticas para augurar los futuros. Tanto lo uno como lo otro está fuera de mis posibilidades generales; mucho más, obviamente, de llevarlo a cabo en el espacio del que dispongo en este texto.⁶⁹

En todo caso, algo está claro. En los sistemas legales en que –como en España– se ha implantado la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, el reto fundamental es el de conformar una teoría del delito adecuada a la resolución de los casos en que éstas se vean imputadas. Tengo para mí que sobre ello es mucho más lo que desconocemos que lo que nos aventuramos a plantear. En todo caso, se han dado ya pasos relevantes en la línea de esta teoría del delito⁷⁰ que, se quiera o no, claramente reviste ya los rasgos del Derecho penal de “segunda velocidad”.

3.3.2 La aparente disminución de importancia del principio de autorresponsabilidad en el Derecho de la empresa

El principio de autorresponsabilidad constituye un criterio de limitación de la responsabilidad de terceros por hechos que ha organizado (según una postura más clásica, dominado) el propio sujeto autorresponsable. Pues

69. De todos modos, sí querría aludir aquí a un tema que me parece merecedor de algún desarrollo. Me refiero a la cuestión del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos económicos-empresariales. Ésta tiene dimensiones muy diversas. Así, puede aludirse, por un lado, a los delitos societarios y, en concreto, a la relevancia del consentimiento de la Junta de socios en relación con delitos que parecen tener una significativa dimensión institucionalista. La diferencia entre el consentimiento de todo el capital o de sólo la mayoría de éste resulta, probablemente, significativa. En otro orden de cosas, se halla la cuestión de la tolerancia administrativa en el caso de bienes jurídicos que, en buena medida, pueden redefinirse en términos de “modelos de gestión administrativa de determinados sectores”. Sobre ello, valga de momento con la remisión a GÄNGBLE, *Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung?*, 2003.

70. El más reciente del que tengo noticia, BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012.

bien, una observación superficial parece poner de relieve que el principio de autorresponsabilidad tiene una eficacia disminuida en el ámbito del Derecho penal de la empresa. Ello sucede, en ocasiones, a la hora de conformar en el empresario posiciones de garantía de protección de los trabajadores frente a riesgos asumidos responsablemente por éstos. Según la doctrina (probablemente dominante) que suscribe esta posición, se trata de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias.

Es dudoso cómo puede haberse generado esta posición de garante.⁷¹ Una posibilidad es entender que su surgimiento sucede en el tiempo a una época de “riesgo permitido laboral”, propia del industrialismo burgués. De ser así, la perspectiva socializante habría tomado como base la apreciación de una desprotección esencial del trabajador, derivada de una pretendida situación de coacción intrínseca a la relación laboral. Esa desprotección es la que habría generado de hecho el surgimiento del Derecho laboral –desde dentro del Derecho privado– con su principio interpretativo *pro operario*. La idea es, en última instancia, que todo trabajador se encontraría en una situación de necesidad.⁷² Sin embargo, la traslación de esta idea genérica (que puede considerarse correcta en términos de mera aproximación) al ámbito de imputación de responsabilidad penal en un caso concreto resulta escasamente fundada.

Una hipótesis alternativa es la de que la posición de garantía del empresario puede tener que ver con la constatada existencia de sesgos cognitivos en los trabajadores, derivados por regla general de su habituación al riesgo, con la consiguiente minusvaloración de éste. Tales sesgos cognitivos determinarían una afectación de la racionalidad (*bounded rationality*) que conllevaría la existencia de una disminución de la autorresponsabilidad; pues ésta requiere racionalidad. La disminución de la racionalidad en el trabajador, eventualmente debida a sesgos cognitivos y atajos heurísticos, es la que debería ser neutralizada por el empresario mediante las correspondientes técnicas de formación e información (también, de intervención psicológica). La posición de garante del empresario surgiría entonces de la organización de un entorno en el que surgen

71. Cfr. por ejemplo LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, 1994, p. 586 y ss., partiendo de modo general de una falta de conocimiento y de voluntad que impediría hablar de una auténtica “autopuesta en peligro” del trabajador.

72. Si lo entiendo bien, se mueve todavía en esta línea SCHÜNEMANN, *Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität –am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive–*, *Festschrift für H. J. Rudolphi*, 2004, p. 297 y ss., 299.

sesgos cognitivos en los subordinados. Y el deber de actuar consistiría en su neutralización. El incumplimiento de dicho deber generaría la responsabilidad.

Un ámbito distinto es el que se refiere a la posición de garantía de vigilancia de los administradores y directivos sobre sus subordinados que puedan generar riesgos para terceros. De nuevo se trata aquí de una extraña posición de garantía sobre sujetos autorresponsables, cuya fundamentación ha generado dudas y discusiones desde hace tiempo.⁷³ Un posible fundamento es la idea de que la empresa en sí constituye un riesgo especial. Pero precisamente lo que debería aclararse es por qué la empresa (o alguna clase de empresa en particular) puede verse como un riesgo especial. Una posible explicación es la que toma en consideración la potencialidad criminógena de ciertas dinámicas de grupo. A éstas se añadirían otras razones propias de la organización empresarial: por un lado, los ya reiteradamente aludidos sesgos cognitivos y atajos heurísticos;⁷⁴ por otro lado, en el plano volitivo, el anonimato, concepciones erradas de la lealtad y la solidaridad etc.⁷⁵ Todo ello determinaría que los subordinados supuestamente autorresponsables pudieran ir mostrando, pese a todo, carencias relevantes en cuanto a la percepción y el subsiguiente control de riesgos (otra vez: *bounded rationality*). La neutralización de esas carencias estructurales sería precisamente el objeto de la posición de garantía.

Ciertamente, todos los estudios sobre los delitos de empresa coinciden en atribuir especial relevancia a la estructura organizativa que es inherente a tal entidad. Esta dimensión de organización se ha tomado incluso como fundamento de la responsabilidad penal de las empresas mismas (culpabilidad por defecto de organización) o, en todo caso, de la imposición de consecuencias jurídico-penales a aquéllas (organización defectuosa como estado de cosas peligroso para los bienes jurídicos). Al analizar la responsabilidad individual de sus integrantes, la actuación en el marco de una organización se considera muchas veces como un elemento agravatorio, reflejo de un mayor contenido de injusto, ya sea por el correspondiente incremento del riesgo para el bien jurídico, ya por la especial virtualidad de negación del Derecho que ello entraña.

Ahora bien, como se ha advertido, la actuación en el ámbito de estructuras organizadas de empresa también afecta a la autorresponsabilidad de los

73. Cfr., por todos, HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, p. 116 y ss.

74. Cfr. PRENTICE, Teaching Ethics, Heuristics, and Biases, *Journal of Business Ethics* 1 (1), 2004, p. 55 y ss., con una enciclopédica descripción de tales sesgos, así como subrayando (p. 67 y ss.) la gran dificultad de su neutralización.

75. Categóricamente, ya SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 22-23 con respecto a la "*kriminelle Verbandsattitüde*", p. 30 y ss., 56 y ss.

agentes, dando lugar a la génesis de posiciones de garantía de terceros (ya sean de protección, ya de vigilancia). Si esto es así, la referida afectación de la autorresponsabilidad debería contemplarse asimismo como un factor de disminución de la pena.⁷⁶

Mutatis mutandis, sucede aquí algo próximo a lo que se aprecia en el ámbito de la macrocriminalidad:⁷⁷ se da una pluralidad de elementos que determinan que la representación de la realidad, el sentido de responsabilidad, así como los frenos inhibitorios o la representación de las normas experimenten una disminución que eventualmente podría llevar hasta su desaparición.⁷⁸

En la conformación de una actitud criminógena de grupo concurren varios aspectos cuyo origen es diverso, pero que, sumados unos a otros, pueden, en efecto, dar lugar a una importante disminución de responsabilidad. En primer lugar, ya se ha hecho alusión a la existencia de numerosas distorsiones cognitivas: sesgos de emulación, adaptación, confirmación, etc. En segundo lugar, existen distorsiones motivacionales: se da la circunstancia de que el subordinado considera que actúa por el bien de la empresa,⁷⁹ esto es, con una motivación altruista y no egoísta, lo que disminuye su inhibición a actuar. En tercer lugar, sucede que el subordinado actúa en el marco de una estructura jerárquica, con un responsable superior, lo que, aun en el caso de perfecto conocimiento de la situación y de la norma, produce una cierta dejación de responsabilidad: se produce una desviación de la responsabilidad moral “hacia arriba”, como puso de relieve el experimento *Milgram*.⁸⁰ En cuarto lugar, la actuación en el marco de un colectivo da lugar a que el sistema de normas del Derecho penal (o del sistema social, más en general) entre en colisión con otros sistemas de normas propios del grupo, lo que provoca que el sujeto se forme un código –sintético– propio. Y, a la vez, la necesidad de adaptación al

76. Sobre lo que sigue, SILVA SÁNCHEZ, La actuación en una empresa como atenuante del delito, *InDret Penal* (2) 2009 (Editorial), (www.indret.com).

77. Estudiada en múltiples trabajos por JÄGER, Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen, *MschrKrim* 1980, pp. 358 y ss.; JÄGER, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, 1985; JÄGER, Versuch über Makrocriminalität, *StV* 1988, p. 172 y ss.; JÄGER, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, 1989.

78. Cfr. la descripción de ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, p. 23 y ss.

79. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 5.

80. Dicho experimento, llevado a cabo en 1974 por el psicólogo Stanley Milgram, de la Universidad de Yale, puso de relieve que el 85% de las personas, cuando se encuentran en un contexto de obediencia, tienden a hacer lo que se les ordena, pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia aquél que imparte las órdenes

medio, la solidaridad con éste o incluso la rutina que deriva de la fungibilidad de la propia posición, contribuyen a la referida disminución del sentido de responsabilidad. No en último lugar, debe aludirse a otros aspectos: la distancia -en el tiempo y en el espacio- que existe entre la actuación del sujeto y la afectación de una víctima determinada.⁸¹

Sea como fuere, lo cierto es que la actuación en el grupo se ve sometida a importantes mecanismos de neutralización del significado de la conducta delictiva.⁸² Cuál sea la medida de la atenuación de pena que ello puede generar es una cuestión abierta. En todo caso, lo anterior pretende poner de relieve que el análisis doctrinal del papel del principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal económico-empresarial dista de haber concluido.

4. BALANCE

Lo anterior pretende haber mostrado que, efectivamente, los casos del Derecho penal económico-empresarial ofrecen retos a la teoría del delito. Que, asimismo, las instituciones de esta teoría experimentan tensiones al tratar de afrontarlos. Pero, en fin, que la dogmática del delito dispone de instrumentos para enmarcar las soluciones de los casos en un contexto teórico consistente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, de Ariella Toyama Shiraki – *RBCCrim* 83/7;
- Contexto e conceito para o direito penal econômico, de Celso Eduardo Faria Coracini – *RT* 829/429;
- Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos, de André Luís Callegari – *RT* 851/432; e
- Notas reflexivas em torno do direito penal econômico e do conteúdo material do ilícito penal econômico. Reflexion notes about economic criminal law and the material content of the criminal economic crime, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 95/357.

81. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, p. 49.

82. Sobre tales mecanismos, también, ídem, *ibídem*.