

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Fundamentos del  
Derecho penal  
de la Empresa

*Segunda edición  
ampliada y actualizada*

*Con la colaboración de*

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ

Lectora de Derecho penal (acreditada agregada)  
Universidad Pompeu Fabra

*y*

LORENA VARELA

Ayudante de Derecho penal  
Universidad Pompeu Fabra



2016



CAPÍTULO I  
TEORÍA DEL DELITO Y DERECHO PENAL  
ECONÓMICO EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN: LO TEÓRICO Y LO EXPERIMENTAL EN LA  
TEORÍA DEL DELITO

*1.1. Cambios de paradigmas o modelos teóricos*

El motor esencial de la evolución del sistema de la teoría del delito a lo largo de la historia ha sido, por un lado, la propia evolución cultural de la sociedad o, en todo caso, la influencia en sus penalistas académicos de nuevos sistemas generales de pensamiento<sup>1</sup>. No se ha tratado, pues –en general– de una suerte de evolución autopoietica del sistema específico del Derecho penal. Ni tampoco –en general– de la tensión dialéctica provocada por casos deficientemente resueltos. Con ello no se pretende ignorar que, por ejemplo, la constatación de problemas como los del imposible tratamiento de la culpa inconsciente o de la comisión por omisión en el marco del sistema causalista-naturalista desempeñó algún papel en su temprana superación. Tampoco, que las cuestiones relativas al desvalor de la intención o a la limitación de la relevancia del error de prohibición

<sup>1</sup> Cfr. KÖHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001.

incidieron en el abandono del sistema neokantiano del delito. Mucho menos, que la conformación de propuestas dogmáticas como la de las categorías de la “responsabilidad por el hecho”, la de las “causas de exclusión del injusto penal” o la de las “causas supraleales de justificación o de exculpación” tiene que ver con la insatisfactoria resolución de casos situados en la frontera entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero sí pretende subrayarse que la evolución de la sistemática del delito y de sus categorías se ha debido sustancialmente a otras razones de índole más general.

Si se parte de que la evolución del sistema ha venido respondiendo históricamente a dichas razones profundas, cabría descartar que la creciente intervención del Derecho penal en la actividad económica y la consolidación de un sector específico de casos de Derecho penal económico-empresarial puedan desempeñar un papel de motor de la evolución del sistema en dicho sentido.

### 1.2. Experimentación y refutación de teorías

La cuestión cambia si, en lugar de centrar nuestra atención en el sistema en su conjunto, y en las categorías que lo dotan de armonía y coherencia general, examinamos las instituciones dogmáticas en particular. En este punto sí se advierte, por el contrario, una importante tensión derivada del caso (o de un determinado grupo de casos: de la “generalización empírica” de sus elementos), como ha puesto de relieve últimamente Riggi<sup>2</sup>. Las con-

<sup>2</sup> RIGGI, *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Barcelona, 2010, donde se analiza la intervención en delitos especiales (pp. 89 y ss.), la autoría mediata (pp. 119 y ss.), la comisión por omisión (pp. 153 y ss.), la provocación de situaciones justificantes (pp. 183 y ss.) y la *actio libera in causa* (pp. 213 y ss.).

cretas instituciones dogmáticas se han visto sometidas, en efecto, a las exigencias de aprehensión de determinados casos que una concepción preexistente de la correspondiente institución no abarcaba. Así, con vistas a esta aprehensión, han sido sometidas a reformulaciones. Es cierto por lo demás que, una vez reformuladas en un sentido determinado, las instituciones concretas han impulsado cambios generales en el sistema.

Por tanto, resulta razonable afirmar que los casos del Derecho penal económico no cuestionan el sistema actual de la teoría del delito de cuño alemán. Éste puede hallarse expuesto a otras tensiones derivadas fundamentalmente de la globalización<sup>3</sup>. En particular, del sistema del Derecho internacional penal o de la tradición jurídica angloamericana, con su fuerte implicación biunívoca sustantivo-procesal. En cambio, sí puede sostenerse que en la actualidad las instituciones concretas de la teoría del delito se hallan sometidas, ante todo, a la tensión derivada de los casos del Derecho penal económico. De ahí que haya tenido sentido la elaboración de obras de Parte General del Derecho penal económico que contienen una teoría del delito que da cuenta de los problemas que ésta experimenta en ese ámbito y de las soluciones que se proponen a ellos con pretensiones de generalización<sup>4</sup>.

La tensión derivada del caso se explica, sobre todo, porque la dogmática de la teoría del delito no ha preten-

<sup>3</sup> El tema tiene una trascendencia más general: cfr. SCHÜNEMANN, “Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?”, en Joerden/Wittmann (Hrsg.), *Recht und Politik. ARSP-Beiheft 93*, Stuttgart, 2004, pp. 133 y ss.

<sup>4</sup> Paradigmáticamente, MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 2007; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, t. I, 2ª ed., Lima, 2007.

dido sólo levantar un edificio teórico coherente, exento de contradicciones en el plano abstracto. Por el contrario, ha tenido siempre en cuenta el caso concreto y su demanda de resolución. En este sentido, no ha querido sustraerse a la tensión consustancialmente existente entre el pensamiento sistemático y el pensamiento tópicico. Ello entraña naturalmente riesgos, que se hacen muy patentes en determinados ámbitos de la dogmática. Así, por ejemplo, en el proceso en cuya virtud un determinado concepto del sistema va descomponiéndose en subconceptos de inferior nivel de abstracción con el fin de encontrarse con los grupos de casos que resultan de diversas generalizaciones empíricas. Surge aquí la duda acerca de cuántos niveles de abstracción decreciente tolera un sistema sin dejar de perder la referencia sistemática y caer en el casuismo. O, en otras palabras, cuándo pasamos a hallarnos ante un sistema que sólo lo es en el plano nominal, tratándose realmente de una acumulación más o menos ordenada de soluciones de casos concretos.

Con todo, la cuestión que de modo general plantea la tensión del caso es que se siente la necesidad de modificar la configuración teórica de la institución para que ésta sea capaz de aprehender y dar una solución (se sobreentiende: justa<sup>5</sup>) a dicho caso. Debe reconocerse que esa apreciación de la necesidad de modificar la configuración teórica de una institución dogmática tan pronto como ésta tropieza con un obstáculo no tendría por qué

<sup>5</sup> “Justa” significa aquí algo más que “coherente” o “segura”. Y este extremo, el de la pretensión de justicia de las formulaciones dogmáticas, en el que no es posible entrar aquí, constituye uno de los rasgos más característicos de la Dogmática como forma de conocimiento, reconocimiento o construcción del Derecho.

ser incontestable. En cierto modo, adolece de la pretensión de asimilación de las doctrinas dogmáticas con las teorías de las ciencias experimentales. Como es sabido, éstas proceden según el método inductivo, mediante la obtención de resultados experimentales que van dando lugar a generalizaciones empíricas y, después, a teorías con valor (provisional) general tanto explicativo como predictivo. Dada una excepción (un *cisne negro*), la teoría se ve refutada (falsada, suele decirse) y es preciso sustituirla por otra. En ciencias experimentales, “la excepción refuta la regla”.

Sin embargo, las doctrinas dogmáticas no tendrían por qué pretender emular esa consecuencia del modelo de las ciencias experimentales. Pues su conformación no responde al método propio de éstas<sup>6</sup>. Dicho con claridad: el abordaje dogmático de las instituciones podría admitir excepciones. En las ciencias del espíritu puede decirse, con el lenguaje ordinario, que “la excepción confirma la regla”. En realidad, precisamente en la teoría del delito nos consta la existencia de doctrinas, sobre todo previas a la sistemática moderna, que calificaban sus soluciones como “extraordinarias” en el sentido estrictamente etimológico<sup>7</sup> y han podido denominarse “modelos

<sup>6</sup> La teoría del delito tiene su origen en la casuística moral de la filosofía práctica griega, en ciertos *responsa* de los juristas romanos, en la Patrística, en la Escolástica (incluida de forma muy relevante la Escolástica tardía española) y en el iusnaturalismo protestante de los siglos XVII y XVIII. Lo que la ha conducido históricamente a aceptar con naturalidad la existencia de casos complejos o pendientes de solución, sin que ello comprometiera el valor (cuasi)general de las doctrinas.

<sup>7</sup> HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Navarra, 2005; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires/Montevidéo, 2008.

de la excepción”. Y que, por lo demás, no comprometían el valor de la regla o criterio ordinario.

Sin embargo, la sistemática de la teoría del delito se ha movido entre dos polos. A veces, mostrándose como aparentemente inmune a la tensión del caso (lo que ha sido criticado dando lugar a la expresión peyorativa que alude a una “dogmática sin consecuencias”, mera *ars gratia artis*). En otras ocasiones, abriéndose expresamente al vértigo del caso, hasta el extremo de afirmar que no puede existir una solución dogmáticamente correcta que no sea adecuada (se entiende: al caso) en términos político-criminales<sup>8</sup>. Esta última opción se ha ido imponiendo en las últimas décadas de forma incontestable. Pero lo ha hecho sin renunciar a la generalización de las soluciones y sin admitir tampoco la existencia de excepción alguna a la postulada regla general<sup>9</sup>.

Expresado de otro modo: ni se ha disuelto la dogmática –entendida como sistema– en el pensamiento tópico; ni se han conformado, dentro de la dogmática, espacios de excepción. Ahora bien, presupuesto de una

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Buenos Aires/Montevideo, 2010, pp. 115 y ss. (= *Aproximação ao Direito penal contemporâneo*, trad. Barbosa Alves/Oliveira, São Paulo, 2011, pp. 128 y ss.).

<sup>9</sup> De todos modos, no puedo excluir la posibilidad de que el Derecho penal económico tienda a conformarse como un Derecho penal “de segunda velocidad”: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires/Montevideo, 2011, pp. 165 y ss., 200 y ss. (= *A Expansão do Direito penal*, 2ª ed. –trad. De Oliveira Rocha/Flávio Gomes/Terra de Oliveira–, São Paulo, 2011, pp. 177 y ss., 227 y ss.). Por lo demás, cabe tener presentes las reflexiones de ROTSCH, “Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik”, *ZIS* 7/2007, pp. 260 y ss.

generalización de las soluciones ha sido una –previa o simultánea– reelaboración de las categorías. Dicha reelaboración las ha hecho más abiertas, lo que ha tenido lugar por la vía de su normativización.

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

a) Porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa<sup>10</sup>, esto es, referidos a un grupo organizado de personas

El paradigma 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<sup>11</sup>.

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

(i) 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.

<sup>10</sup> Básico, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979.

<sup>11</sup> Cfr. similar HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, 1995, pp. 27 y ss.

(ii) 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”<sup>12</sup>.

(iii) La aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficits cognitivo-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.

b) 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

<sup>12</sup> BECK, *Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a.M., 1988, en relación con el medio ambiente; ahora en relación con el ámbito bancario, HONEGGER/NECKEL/MAGNIN (Hrsg.), *Strukturierte Verantwortungslosigkeit. Berichte aus der Bankenwelt*, Frankfurt a.M., 2010.

el Derecho penal económico ha de constituir un reto para dicho modelo.

(i) 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<sup>13</sup>. Surgen delitos que se constituyen como *mala quia prohibita*. Así se genera una accesoria, más fuerte o más débil, frente al Derecho público o privado, que se manifiesta en la 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 objetiva<sup>14</sup> (riesgo permitido, ejercicio legítimo de un derecho<sup>15</sup>) como a propósito de la imputación subjetiva

<sup>13</sup> 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*, Frankfurt a.M., 1993, pp. 109 y ss.

<sup>14</sup> Mejor: doctrina del comportamiento jurídico-penalmente desaprobado. Cfr. de modo general FELJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret Penal 2/ 2009* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>15</sup> 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.

(errores sobre elementos normativos, dificultad en la delimitación entre error de tipo y error de prohibición).

(ii) 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.

(iii) 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, aquella que surge entre el comportamiento desaprobado y el resultado de lesión.

### 3. 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.

Se ha señalado que el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión impru-

dente<sup>16</sup>. 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) cometida por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo”<sup>17</sup>. 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

<sup>16</sup> 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/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 489 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. RÖNNAU, “Globale Finanzkrise – Quellen möglicher Strafbarkeitsrisiken”, en Schünemann (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, Berlin, 2010, pp. 43 y ss.; SCHÜNEMANN, “Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?”, en Schünemann (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, cit., pp. 71 y ss. En su día se me quedó grabado un comentario de Bernardo Feijoo en el sentido de que las consideraciones que en los años ochenta se efectuaban a propósito del delito contra el medio ambiente, ahora tienen lugar con respecto a la criminalidad financiera. Así, es sabido que Schünemann viene sosteniendo que el delito ecológico constituye un “robo a las generaciones futuras”. Resulta significativo que el viceprimer ministro británico, el liberal Nick Clegg, señalara al inicio de la percepción política de la actual crisis financiera que “sería un robo generacional no reducir el déficit” (en el diario *El Mundo*, 12 de junio de 2010, p. 34).

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 aquellos 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”<sup>18</sup>. Sin embargo, al respecto debe indicarse, por un lado, que el normativismo no produce necesariamente una extensión del alcance de las categorías e instituciones dogmáticas<sup>19</sup>; aunque muestre una capacidad innegable para ello. Por otro lado, conviene recordar que la tendencia a la extensión del alcance de

<sup>18</sup> Que constituiría la dimensión dogmática –por cierto, pendiente de estudiar de forma ordenada– de la expansión general de la teoría del Derecho penal. 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, pp. 123 y s., 125.

<sup>19</sup> Como pone de relieve, a mero título de ejemplo, la doctrina de las “formas neutras de intervención”.

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 (i) de reconstruir permanentemente sus instituciones para permitir que éstas abarquen nuevos casos que se van considerando merecedores y necesitados de pena, y (ii) 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.

#### 4. 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 deber”<sup>20</sup> especialmente intenso de conocer” comporta o no una definitiva desnaturalización de aquél.

<sup>20</sup> Mejor: de una *Obliegenheit*.

#### 4.1. Procesos de cambio

##### 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 de experiencia científica, tiende a revisarse<sup>21</sup>. 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 (i) mostrarse convencido de que en algún lugar subyace oculta la causalidad, o bien (ii) reaccionar a la situación de duda de la ciencia aplicando el principio jurídico *in dubio pro reo* y negando consiguientemente la causalidad<sup>22</sup>. La primera opción, sin embargo, requiere una

<sup>21</sup> Cfr. la descripción crítica de GÜNTHER, "Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß", *KritV* 1997, pp. 211 y ss., 214, citando a VOLK, *NStZ* 1996, pp. 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.

<sup>22</sup> Cfr. ya HOYER, "Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung", *GA* 1996, pp. 160 y ss., 165.

fundamentación material. Ésta suele venir dada desde dos perspectivas. Por una parte, se plantea la sustitución de la relación de necesidad por una relación de probabilidad<sup>23</sup>. Por otro lado, se propone que la propia idea de causalidad pase a entenderse en términos profanos o sociales<sup>24</sup>. Algo que, por lo demás, tampoco resulta una 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

<sup>23</sup> ROLINSKI, "Statistische Kausalität' im Strafrecht?", en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 483 y ss.; HOYER, *GA* 1996, pp. 169 y ss.

<sup>24</sup> Muy claramente en la STS de 23 de abril de 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*, Valencia, 1995; GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición", en Gimbernata Ordeig, *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257 y ss., 325 y ss.; "¿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, pp. 51 y ss.

término (a modo de ejemplo: en la inducción, en la auto-ría mediata, en la estafa, etc.)<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>.

## 2. El riesgo permitido

La figura del riesgo permitido se encuentra asimismo sometida a importantes revisiones<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>. 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.

<sup>25</sup> Pese a que no sea inusual oír hablar de causalidad psíquica, parece claro que aquí se trata de motivación.

<sup>26</sup> En esta línea de la existencia de diferentes “Gewissheitsstandards”, ya KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Pro-dukthaftung*, Frankfurt, 1989, pp. 69 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho pe-nal*, Madrid, 1995.

<sup>28</sup> Cfr. la obra esencial de PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpoli-tik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993. Desde el punto de vista de la teoría de la justicia de Rawls y el método del “velo de la ignorancia”, KINDHÄUSER, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit”, GA 1994, pp. 197 y ss.

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<sup>29</sup>; este último en realidad no puede ser prohibido (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 vir-

<sup>29</sup> STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, 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 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 CASTAÑÓN, “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*, Barcelona, 2003, pp. 91 y ss.

tud 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<sup>30</sup>. 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 permitido<sup>31</sup> –por oposición al riesgo

<sup>30</sup> Sobre las bases filosóficas de esta idea, cfr. CRUZ, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, Barcelona, 2005, pp. 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.

<sup>31</sup> 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 denominado *hindsight bias* (sesgo retrospectivo) 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*, Berlin/New York 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*, Baden-Baden, 1991, pp. 341 y ss.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, p. 107.

típicamente desaprobado– es, pues, la decisión social central<sup>32</sup>. Ello pone de relieve, por lo demás, hasta qué punto todos los tipos delictivos (y no sólo aquellos 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<sup>33</sup>.

En el caso de los tipos configurados como leyes penales en blanco, parece claro que la permisión administrativa<sup>34</sup> 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

<sup>32</sup> Y no la de si hay peligro o no; o la de cuánto peligro hay.

<sup>33</sup> 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?*, Berlin/Boston, 2011, pp. 59 y ss.; MÜLBERT, “Rechtliche Grenzen der Optimierung – das gesellschaftsrechtlich erlaubte Risiko”, en Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, cit., pp. 85 y ss.

<sup>34</sup> 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. Estos últimos pueden, naturalmente, conducir a una solución diversa.

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<sup>35</sup>. Cabe, por un lado, que se infrinjan aquellas disposiciones y no pueda afirmarse la existencia de tal riesgo jurídico-penal<sup>36</sup>; 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 aquellas 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

<sup>35</sup> Sobre ello, KUDLICH, "Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung", *Festschrift für H. Otto*, Köln, 2007, pp. 373 y ss.

<sup>36</sup> 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, pp. 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".

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<sup>37</sup>.

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

<sup>37</sup> En este sentido no tengo inconveniente en aceptar la propuesta, algo más precisa, de KUDLICH, *FS f. Otto*, pp. 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.

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<sup>38</sup>. 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 establece “el estado de la técnica” y el modo en que debe expresarse. La autorregulación no está en éste, 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; aunque en otros casos se trate de intentos serios de asociaciones sectoriales internacionales, encaminados a una mejora sustancial de los estándares de conducta<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, “¿Es posible configurar la tipicidad del delito ecológico a través de las formas de autorregulación?”, *La Ley* n° 418, 7/6/10, pp. 1 y ss.

<sup>39</sup> A propósito de la fijación de estándares de riesgo permitido (o aún más estrictos, esto es, de *best practices*) por asociaciones gremiales, debe tenerse en cuenta el caso de

### 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<sup>40</sup> 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 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 teniendo 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

*Farmaindustria*, o también, por ejemplo, en cuanto al ámbito bancario, el del *Wolfsberg Group of International Financial Institutions* ([www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com)).

<sup>40</sup> 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), Madrid, 1996, *passim* y pp. 131 y ss. Cfr. en la doctrina española, entre otros, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva: Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*, Granada, 2002.

intervención no fueron los supuestos académicos de pánaderos, 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<sup>41</sup>, una entidad bancaria alemana procedió a ejecutar la orden de su cliente de transferir fondos al extranjero, a un (pseud) paraíso fiscal<sup>42</sup>. 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<sup>43</sup>”.

3. Naturalmente, sigue habiendo todavía mucho que discutir al respecto, sobre todo respecto a los casos en que el agente obra con dolo directo<sup>44</sup>. Y no es seguro que acabe aceptándose para los “delitos de sangre”<sup>45</sup>

<sup>41</sup> En el marco de la legislación contra el blanqueo de capitales o contra el fraude fiscal.

<sup>42</sup> Cfr. HASSEMER, “Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, en *wistra* 1995, pp. 41 y ss. (parte 1ª) y 81 y ss. (parte 2ª). Cfr. también RANSIEK, “Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht – Der Dresdner-Bank-Fall und andere Beispiele–”, en *wistra* 1997, pp. 41 y ss.

<sup>43</sup> HASSEMER, *wistra* 1995, p. 46.

<sup>44</sup> Ya HASSEMER, *wistra* 1995, pp. 85 y ss.; ROXIN, “Was ist Beihilfe?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 y ss., 513.

<sup>45</sup> Mi impresión es que, por razones atávicas, en los delitos que afectan a la vida o la salud la causalidad directa o in-

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.

#### 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<sup>46</sup>. 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, producto de un juicio de imputación, cuya base son determinados datos de experiencia, éstos sí directamente constatables<sup>47</sup>.

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, simultá-

mediata goza de un valor normativo-social que de momento conviene seguir teniendo presente.

<sup>46</sup> Ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983. Fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

<sup>47</sup> Ya VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Konstanz, 1980, p. 20.

neamente, 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 (*wilful blindness*) y se discuten desde hace algún tiempo en España<sup>48</sup>. 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<sup>49</sup>. 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<sup>50</sup>, de modo que la negación de la existencia de dolo conlleva la exclusión de la responsabilidad penal.

<sup>48</sup> De nuevo fundamental RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007.

<sup>49</sup> Así, aunque en un *obiter dictum*, la STS 57/2009, de 2 de febrero de 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.

<sup>50</sup> Resulta llamativa, en este sentido, la tendencia legislativa a tipificar delitos económicos imprudentes. En su día, el blanqueo imprudente; más recientemente, el contrabando imprudente. La tipificación de delitos de peligro en este ámbito constituye también una forma de eludir la exigencia de un dolo de lesión.

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, incluidos los consejeros independientes y los abogados internos (*in-House Lawyers*), cuya misión parecería ser la de contribuir a la neutralización de tales distorsiones. Dichos sesgos cognitivos (*cognitive biases inside business organizations*), derivados de la interacción en el seno de las organizaciones<sup>51</sup>, 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 por acción, debería mantenerse la imputación omisiva a título de dolo, sin matización alguna, sobre la base de un genérico “deber de conocer” (léase: deber de neutralizar los sesgos). Como se advierte, pues, parece que el Derecho penal

<sup>51</sup> COHAN, “‘I didn’t know’ and ‘I was only doing my job’: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia”, *40 Journal of Business Ethics* (2002), pp. 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), pp. 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 (2011) ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)).

económico-empresarial está llamado a constituir un espacio especialmente relevante para el debate acerca del alcance del dolo típico.

#### 5. Errores sobre leyes extrapenales<sup>52</sup>

Como 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 redundaba 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 de ellas no interesan aquí, pues tienen que ver sustancialmente con problemas de legalidad y, en particular, de taxatividad<sup>53</sup>. En cambio,

<sup>52</sup> Fundamental, FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Madrid, 2009.

<sup>53</sup> 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*, Berlin, 1984. Sobre la crítica al pensamiento "civilista": LOBE, "Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht", en *Festgabe für R.v. Frank*, Tübingen, 1930, pp. 33 y ss.; BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin, 1938. Más recientemente, LÜDERSSEN, "Die Wiederkehr der 'Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken' – eine Warnung", *Festschrift für E.-W. Hanack*, Berlin, 1999, pp. 487 y ss.

si 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 (señaladamente, la tesis de la sustituibilidad de Roxin). 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 determinarían 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 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. Más aún, en algunos planteamientos jurisprudenciales (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Tribunal Supremo español) la consideración de la relevancia del error se relaciona específicamente con el marco de actividad profesional

en que éste se habría producido supuestamente. En la medida en que recaiga sobre normas de complemento que tienen que ver con la actividad profesional del sujeto, se considera exigible que éste se informe acerca de su contenido, del mismo modo en que adquiere otras informaciones técnicamente relevantes para su actividad profesional o empresarial<sup>54</sup>. Todo ello 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.

#### 6. La generalización del modelo distintivo-normativo de intervención en el delito<sup>55</sup>

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).

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

<sup>54</sup> BÖSE, “Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot (Art.103 Abs.2 GG)”, en *FS f. V. Krey*, 2010, pp. 7 y ss., p. 10.

<sup>55</sup> Sobre lo que sigue, fundamental, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona, 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](http://www.indret.com)).

la teoría objetivo-formal<sup>56</sup>, 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<sup>57</sup>. Que, produciéndose una infracción de un deber, cabe responsabilidad, aun sin causalidad, ni dominio<sup>58</sup>. 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 ga-

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Como sostiene la doctrina de las conductas neutras de intervención.

<sup>58</sup> Siempre que nos encontremos ante un delito especial de deber.

rante 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 imprudentes<sup>59</sup> y en los delitos de omisión. Aunque a continuación se abren espacios para los matices y ulteriores diferenciaciones en su caso.

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.

#### 7. La necesaria profundización en el estudio de las causas de justificación de delitos empresariales

Un sistema doctrinal de causas de justificación cuyo núcleo de discusión viene dado por la legítima defensa

<sup>59</sup> Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004.

y el estado de necesidad, resulta poco adecuado para el Derecho penal de la empresa. A este respecto, es cierto que conviene profundizar sobre el contenido y alcance del “estado de necesidad económico-empresarial” en tanto que estructura justificante de la realización de tipos de delito económico-patrimoniales, como también resulta imprescindible precisar la proyección que la “colisión de deberes justificante” puede tener en el seno de la empresa. Sin embargo, parece claro que el centro de gravedad de la justificación, en el ámbito económico-empresarial, ha de venir constituido por el “ejercicio legítimo de un derecho”, una eximente –por cierto– cuya calificación como causa de justificación o ya como causa de atipicidad (por excluir el riesgo típicamente relevante) resulta cada vez más controvertida. La incidencia de los permisos administrativos (autorizaciones, licencias: *behördliche Genehmigung*) en la valoración de las conductas realizadas en el ámbito empresarial resulta obviamente central<sup>60</sup>. En este punto se suscitan, sin embargo, problemas adicionales, como son básicamente los relativos a la adecuación de tales autorizaciones (en tanto que actos administrativos) a la normativa sectorial aplicable. Así, tanto el problema de la actuación con base en una autorización nula o anulable, como el de la actuación sin haber solicitado autorización o con la autorización denegada cuando concurrían los requisitos de su autorizabilidad resultan especialmente importantes<sup>61</sup>.

Incluso la propia tolerancia administrativa (*behördliche Duldung*) de determinadas conductas, que cabría

<sup>60</sup> SCHMITZ, *Verwaltungshandeln und Strafrecht*, Heidelberg, 1992.

<sup>61</sup> FRISCH, *Verwaltungsakzessorität und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993; DE LA MATA, *Protección penal del ambiente y accesoria administrativa*, 1997.

entender como manifestación de consentimiento<sup>62</sup>, podría alcanzar relevancia en el caso de afectaciones a bienes que pudieran ser considerados de titularidad administrativa. Pero no sólo se trata de ellos: concurren también en este punto figuras provenientes del Derecho privado, como el derecho de retención o el favorecimiento de acreedores, estudiadas a propósito de delitos concretos pero carentes de una contextualización general. Incluso, al final, ha de considerarse el problema de la realización del propio derecho al margen de las vías legales, pero sin violencia, ni intimidación, ni fuerza en las cosas (es decir, sin incurrir en el delito de realización arbitraria del propio derecho: art. 465 CP español).

#### 4.2. El impulso del Derecho penal de la empresa

##### 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<sup>63</sup>. El propio creador de la autoría mediata

<sup>62</sup> Cfr., a mero título de ejemplo, el significativo título de la obra de GÄMBLE, *Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung?*, Frankfurt a.M., 2003.

<sup>63</sup> Cfr. recientemente sobre la discusión y la posición mayoritaria, HEINRICH, “Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen”, en *Festschrift für V. Krey*, Stutt-

por dominio de aparatos organizados de poder ha optado por otra vía alternativa<sup>64</sup>.

En mi opinión, si hay una institución a cuyo desarrollo el Derecho penal económico está prestando un impulso decisivo, ésta es la doctrina de las posiciones de garante<sup>65</sup>. 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, acreedo-

gart, 2010, pp. 147 y ss., 154 y ss.; MITTELSDOFF, *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*, Navarra, 2011, pp. 37 y ss., 52.

<sup>64</sup> Según ROXIN, *Strafrecht AT*, II, München, 2003, § 25 II nm. 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.

<sup>65</sup> 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*, Sinzheim, 2000.

res, 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<sup>66</sup>. Pues bien, sin entrar en dema-

<sup>66</sup> Contamos, de momento, con la posición negativa de la STS 37/2006, de 25 de enero, 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 de febrero de 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 Law Review* (2003), pp. 1097 y ss.; KIM, "The Banality of Fraud: Re-situating the Inside Counsel as Gatekeeper",

siados detalles, 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 reto de reconstruir sus interacciones<sup>67</sup>.

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)<sup>68</sup>. 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 desconfian-

<sup>74</sup> *Fordham Law Review* (2005), pp. 983 y ss.; SCHWARCZ, “The Role of Lawyers in the Global Financial Crisis”, *24 Australian Journal of Corporate Law* (2010), pp. 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 announcement of the client’s actions”. En general sobre la posición institucional del abogado, cfr. BRADLEY WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010.

<sup>67</sup> Cfr. un intento de reconstrucción con referencias en SILVA SÁNCHEZ, *Deberes de vigilancia y compliance empresarial, infra*; algún apunte anterior en SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”, *Indret Penal* (Editorial) 2/2011 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>68</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona, 2008, p. 87, pp. 99 y ss.

za<sup>69</sup>. 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 conocimiento<sup>70</sup> sobre la actuación ilícita de este último<sup>71</sup>; y otras en las que existe una posición de garantía de vigilancia en sentido estricto<sup>72</sup>, lo que implica un deber previo de ad-

<sup>69</sup> Lo que requiere una fundamentación que compromete en ocasiones los propios fundamentos filosóficos de las relaciones interpersonales.

<sup>70</sup> 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).

<sup>71</sup> 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 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.

<sup>72</sup> 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.

quirir 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, etc. Todo un conjunto de cuestiones que requieren un desarrollo teórico.

## 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 *intraneus* 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<sup>73</sup>– y los legisladores –más tarde, en algunos países<sup>74</sup>– han tratado de elaborar cláusulas de transferencia de la condición de *intraneus* a sujetos (administradores, representantes) que, en principio, serían *extranei* 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<sup>75</sup>.

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

<sup>73</sup> A través de una aplicación más del “pensamiento fáctico”.

<sup>74</sup> Mediante las denominadas “cláusulas de actuar en lugar de otro”.

<sup>75</sup> Cfr. STS 606/2010, de 25 de junio.

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 *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podía imaginarse que un *extraneus* tuviera dominio social típico por vías distintas 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*<sup>76</sup>.

Creo que el primer paso en esta línea<sup>77</sup> vino dado por la distinción entre “delitos especiales de dominio” y “delitos especiales consistentes en la infracción de un deber”<sup>78</sup>. 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 consecuen-

<sup>76</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 31”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, Madrid, 1999, pp. 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, Zaragoza, 1986, y II, 1986.

<sup>77</sup> A la que subyace la influencia de la diferenciación, que debemos a Jakobs, entre “responsabilidad por organización” y “responsabilidad institucional”.

<sup>78</sup> GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, pp. 164 y ss.; “La discusión dogmática en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”, *RDPC* 9,

cias dogmáticas<sup>79</sup>. 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*<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 240 y ss.; *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, 2007.

<sup>80</sup> Naturalmente, esto no supone obviar los dos siguientes problemas: a) que para que ello sea posible es preciso acoger una interpretación básicamente fáctica de los tipos, y b) que, una vez introducida en Derecho español una cláusula limitada de actuar en lugar de otro también para las actuaciones “en nombre o representación legal o voluntaria” de otras personas físicas, tal interpretación “fáctica” podría entenderse como una analogía (*in malam partem*) de la cláusula del art. 31. La opción alternativa supondría admitir que existen dos formas por las que un sujeto que *prima facie* se considera *extraneus* puede acceder al círculo de *intranei*: o bien la interpretación fáctica del tipo; o bien el art. 31. Ello no es absurdo, pero requiere un esfuerzo de teorización adicional.

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 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 un tercero no podría acceder en absoluto o bien sólo podría acceder luego, excepcionalmente, en virtud de un mecanismo jurídico específico de transferencia de la posición de deber (por ejemplo, la representación legal o voluntaria, 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<sup>81</sup>. 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.

<sup>81</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 59 y ss., 65 y ss., 70 y ss.

### 3. ¿Regreso a la accesoriedad objetiva?

Es sobradamente conocido que la doctrina de la accesoriedad media o limitada de la participación se impuso en el marco del sistema neokantiano del delito. En él, accesoriedad media significaba accesoriedad a la anti-juridicidad 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 accesoriedad limitada pasó a significar que el autor debía realizar un hecho objetivo y subjetivamente antijurídico, para que respondiera penalmente el partícipe.

En los delitos comunes<sup>82</sup> ello generaba problemas relativamente superables. Pues en los casos de déficits subjetivos del autor –en particular, 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 de-

<sup>82</sup> Y, si se quiere, también en los delitos especiales de posición.

lito 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)<sup>83</sup>. Es más, incluso en la última de 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 accesoriedad 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

<sup>83</sup> Pero parece que debería ser de tipo, pues en ningún lugar se indica que fuera invencible, de modo que si el error se hubiera calificado como error de prohibición no habría sido posible eximir de pena al autor.

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 accesoriedad. De nuevo, una aportación de los casos de Derecho penal económico a la discusión general de la teoría del delito.

#### 4.3. Retos pendientes

##### 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 <sup>84</sup>.

<sup>84</sup> 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 determi-

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 delito <sup>85</sup> que, se quiera o no, claramente reviste ya los rasgos del Derecho penal de “segunda velocidad”.

##### 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 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.

nados sectores”. Sobre ello, valga de momento con la remisión a GÄMBLE, *Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung?*, Frankfurt a.M., 2003.

<sup>85</sup> El más reciente del que tengo noticia, BAJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid, 2012.

Es dudoso cómo puede haberse generado esta posición de garante<sup>86</sup>. 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<sup>87</sup>. 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

<sup>86</sup> Cfr. por ejemplo LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 586 y ss., partiendo de modo general de una falta de conocimiento y de voluntad que impediría hablar de una auténtica “auto-puesta en peligro” del trabajador.

<sup>87</sup> 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–”, *FS für H.-J. Rudolphi*, Neuwied, 2004, pp. 297 y ss., 299.

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 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<sup>88</sup>. 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<sup>89</sup>; por otro lado, en

<sup>88</sup> Cfr., por todos, HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 116 y ss.

<sup>89</sup> Cfr. PRENTICE, “Teaching Ethics, Heuristics, and Biases”, *Journal of Business Ethics* 1 (1), 2004, pp. 55 y ss., con una enciclopédica descripción de tales sesgos, así como subrayando (pp. 67 y ss.) la gran dificultad de su neutralización.

el plano volitivo, el anonimato, concepciones erradas de la lealtad y la solidaridad, etc.<sup>90</sup>. 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 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 debe-

<sup>90</sup> Categóricamente, ya SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, pp. 22-23, con respecto a la "kriminelle Verhaltensattitüde", pp. 30 y ss., 56 y ss.

ría contemplarse asimismo como un factor de disminución de la pena<sup>91</sup>.

*Mutatis mutandis*, sucede aquí algo próximo a lo que se aprecia en el ámbito de la macrocriminalidad<sup>92</sup>: 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<sup>93</sup>.

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<sup>94</sup>, 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 perfec-

<sup>91</sup> Sobre lo que sigue, SILVA SÁNCHEZ, "La actuación en una empresa como atenuante del delito", *InDret Penal* 2/2009 (Editorial) (www.indret.com).

<sup>92</sup> Estudiada en múltiples trabajos por JÄGER, "Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen", *MschKrim* 1980, pp. 358 y ss.; *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, Frankfurt, 1985; "Versuch über Makrokriminalität", *StV* 1988, pp. 172 y ss.; *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989.

<sup>93</sup> Cfr. la descripción de ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, Baden-Baden, 1998, pp. 23 y ss.

<sup>94</sup> SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 5.

to 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*<sup>95</sup>. 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 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<sup>96</sup>.

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<sup>97</sup>. 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.

<sup>95</sup> 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 aquel que imparte las órdenes.

<sup>96</sup> HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1995, p. 49.

<sup>97</sup> Sobre tales mecanismos, también, HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, *ibidem*.

## 5. 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.