

ANEXO DE LECTURAS

CURSO “DERECHO PENAL ECONOMICO”

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. 3a edición. Editorial B de f. Madrid, 2011. P. 165-188.

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales

Tercera edición ampliada

Con las recensiones de:
BERNHARD KRETSCHMER
THOMAS VORMBAUM
ÁNGEL J. SANZ MORÁN
ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ
PATRICIA LAURENZO COPELLO
GÜNTHER JAKOBS
VINCENZO MILITELLO

EDISOFER s.l.
LIBROS JURÍDICOS

2011

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

7. LA IMPOSIBILIDAD DE "VOLVER" AL VIEJO Y BUEN DERECHO PENAL LIBERAL (*GUTES, ALTES LIBERALES STRAFRECHT*)

7.1. Planteamiento

1. Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía tal propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos, sino precisamente ucrónicos. En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días.

2. Otros, sin llegar a proponer una radical reducción del Derecho penal a la protección de la vida, la salud, la libertad y el patrimonio, sí parecen sugerir que la mayor parte del fenómeno expansivo del Derecho penal habría de ser, sin más, reconducido al Derecho administrativo sancionador[360]. En realidad, todo lo expuesto a lo largo de las páginas anteriores podría interpretarse como una argumentación orientada en este sentido. Y así sería si nos mantuviéramos en un plano abstracto-teórico, sin referencias sociales, espaciales y temporales concretas. Pero resulta –y conviene no olvidarlo para interpretar lo que sigue en sus exactos términos– que, en el momento actual, el Derecho penal vigente en la mayoría de los países de nuestro entorno propicia la conminación con penas de prisión de gravedad media en supuestos de hecho "administrativizados", con reglas de imputación de rigidez decreciente y en el marco de principios político-criminales flexibilizados. Y la tendencia es a proseguir en esta línea, en términos corregidos y aumentados. En este contexto, debe admitirse que proponer la "devolución" al Derecho administrativo de todo el "nuevo" Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas. Pero que elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible. De ahí que lo que sigue se sitúe, ciertamente con alguna resignación[361], en una propuesta más realista

[360] Creo entender que es esto lo que, en la línea de la doctrina tradicional, acaba proponiendo GÓMEZ TOMILLO, "Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal", *Actualidad penal*, t. 2000-1, pp. 69 y ss., 87.

[361] Tomo la palabra del juicio que mi posición le merece a CANCIO MELIÁ, "Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito", en JAKOBS/CANCIO, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 17 y ss., 17, nota 1. Próximo, VAN WEEZEL, en su recensión a la primera edición de *La expansión del Derecho*

o, si se quiere, posibilista acerca de la medida en que, desde un Derecho penal con vocación racionalizadora, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente "penal". En lo que sigue, se exponen los rasgos esenciales.

3. El punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. En efecto, estimo posible sostener la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología*[362]. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías[363], ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene

---

penal, Revista chilena de Derecho, vol. 26, 1999, pp. 783 y ss., 787, indicando que "...el núcleo de la propuesta se halla inevitablemente condicionado por una conjetura política, la de que no será posible interponer una limitación más enérgica a la expansión 'modernizadora' mediante el fortalecimiento de otras instancias de protección, respecto de las cuales el Derecho penal no debiera perder su carácter subsidiario".

362 De modo general, a propósito del Derecho penal, Moccia, *Il Diritto penale tra essere e valore,* Napoli, 1992, p. 19: "En efecto, es precisamente porque con la pena se puede incidir en derechos fundamentales del individuo por lo que se dedica un cuidado particular a la definición de los presupuestos de su aplicación, sea en fase general y abstracta –la previsión legislativa–, sea en fase individual y concreta –el juicio individual–". Cfr. también Schulz, en Reichertz (Hrsg.), *Die Wirklichkeit,* p. 121, poniendo de relieve cómo la sustitución de las sanciones más graves por alternativas puede conllevar un abandono de la "cultura jurídico-penal de la imputación".

363 Esto se manifiesta con gran claridad en las reglas de valoración de la prueba en el Derecho norteamericano. A este respecto rige en Derecho penal la fórmula, más garantista, *beyond a reasonable doubt,* que requiere una plena convicción del Tribunal más allá de

por qué haber las mismas garantías[364], ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)[365]. En esta línea, la minuciosidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas fueron tradicional-

---

toda duda razonable. En el proceso civil, en cambio, basta con la *preponderance of the evidence*, esto es, con una mayor probabilidad de que las cosas hayan sido de un determinado modo. En el Derecho civil de los *punitive damages*, por su parte, las reglas son vacilantes, como por otro lado se corresponde con la peculiaridad de la institución.

364 El trabajo esencial en España sobre este punto es de CID MOLINÉ, "Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)", *RAP* 140, mayo-agosto 1996, pp. 131 y ss., en especial 141 y ss. Ya antes próximo a esta línea, DONINI, *Il delitto contravenzionale,* Milano, 1993, pp. 361-362, distinguiendo, sin embargo, básicamente entre delitos de lesión y peligro concreto, y delitos de peligro abstracto. Respecto de estos últimos propone el recurso a sanciones no privativas de libertad, ni siquiera pecuniarias. Sobre la idea de la necesaria "diferenciación" interna de un sistema penal moderno, cfr. también DONINI, "La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato 'constituente' per la riforma del Codice", en DONINI (ed.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di Diritto comparato,* Padova, 2000, pp. 3 y ss., 52 y ss., 56 y ss. Entre los clásicos se halla esta idea, por ejemplo, en VON BAR, *Geschichte...,* cit., pp. 350-351.

365 No entiendo el sentido de la objeción de GÓMEZ TOMILLO, "Consideraciones...", cit., pp. 84-85, relativa a que está injustificado ser "restrictivo en lo más necesitado o merecedor de pena y expansivo en lo menos". De lo que se trata, sin más, es de que cuando hay que determinar si alguien ha cometido un delito muy grave, de modo que la pena a imponer es, asimismo, muy grave, el sentido común conduce a hilar más fino en la subsunción, la imputación y la prueba que si se trata de una infracción leve conminada con una multa. Y respecto a esto, que "es" así, en absoluto resulta irrazonable sostener también que "deba ser" así.

mente las penas de muerte y corporales, y aun hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser –y no al estar o al tener– de la persona como es la privativa de libertad[366]. Sentado esto, también puede procederse a matizar otra cuestión: seguramente, el problema no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad[367]. Es esta última la que debe realmente ser contenida[368].

[366] A propósito de los alegatos en pro de la vuelta al "buen y viejo" Derecho penal liberal, lo indica con precisión LÜDERSSEN, "Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?", en BÖLLINGER/LAUTMANN (Hrsg.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger,* Frankfurt, 1993, pp. 268 y ss., pp. 271 y 272. En concreto, señala este autor que la pretensión de tal retorno constituye una utopía; pues el Derecho penal que se pretende habría de tener las propiedades positivas del Derecho penal de tiempos pretéritos (determinación, imputación individual), pero ninguna de sus características negativas (en particular, la extrema dureza de las sanciones). Concluyendo que el Derecho penal que por algunos se propone hoy no es siquiera concebible, pues la "autolimitación" del Derecho penal clásico era el contrapunto lógico de la dureza y autoritarismo de aquél. En contra del punto de vista acogido en el texto se muestra ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Pamplona, 2000, p. 204, para quien las garantías especiales no tienen que ver con la privación de libertad, sino con la voluntad de limitar el *ius puniendi* en todas sus manifestaciones; en tal sentido, entiende (p. 202) que deben asimilarse las garantías del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador.

[367] Próximo, EUSEBI, "Dibattiti sulle teorie della pena e 'mediazione'", en PICOTTI (ed.), *La mediazione nel sistema penale minorile,* Padova, 1998, pp. 61 y ss., 78 y 79: *"Fermo restando l'orientamento inteso a limitare l'area del penalmente significativo, essenziale, tuttavia, non appare tanto la questione di principio se un determinato illecito sia o meno inquadrabile nell' orbita penalistica, bensì il fatto che –lunghi dall'essere dilatata– venga circoscritta il più possibile la comminazione della pena detentiva...".* Resaltado en el original.

[368] GÓMEZ TOMILLO, "Consideraciones...", cit., p. 83, objeta que hay penas tan graves o más que la privativa de libertad (las inha-

4. En efecto, la disminución de garantías y de "rigor" dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o –más aún– de la "reparación penal" (en los casos en que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad[369]. En realidad, ello no tendría por qué preocupar pues no sería sino manifestación del mismo fenómeno que explica que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* (Derecho de las infracciones de orden; Derecho penal administrativo alemán) sea más flexible o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador español no se den los criterios de imputación y principios de garantía que reivindicamos para el núcleo del Derecho penal, o no en la misma medida. En esta línea, como es obvio, un sistema jurídico que prescindiera por completo de la sanción –incluso de la pecuniaria–, como es lo característico del sistema de la responsabilidad civil, puramente reparatorio, podría reducir al mínimo las exigencias de garantía político-jurídicas. Ahora bien, obsérvese que tan pronto como el Derecho civil asume elementos punitivos (como ocurre en el *tort law*, el Derecho de daños anglosajón, con los *punitive damages*) se admite que también éste habría de empezar a tener

---

bilitaciones, la expulsión, incluso algunas multas). Las preferencias psicológico-individuales siempre son discutibles. Pero, en términos del sistema normativo, esa consideración no se sostiene: baste con aludir a la copiosísima literatura sobre la prisión como institución total para desmentir esa idea. Por lo demás, el art. 25.3 de la Constitución sustrae a la Administración sólo la posibilidad de imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. A lo que habrá que atribuir algún significado.

369 Es, con todo, cierto que ha existido una tendencia al progresivo abandono de la pena privativa de libertad. Que tal tendencia proseguirá es el pronóstico de ROXIN, en *Dogmática penal*, cit., p. 452.

más garantías así como ser más riguroso a la hora de efectuar juicios de imputación[370].

5. La clave radica, pues, en admitir esta gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo. Una idea, ésta, que tiene muchos puntos de contacto con la propuesta, ciertamente todavía muy imprecisa[371], efectuada por Hassemer y otros, de construir un *Interventionsrecht* (Derecho de la intervención), entre el Derecho penal nuclear y el *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre el Derecho civil y el público, para ilícitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, etc. Dicho Derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas que las penales tradicionales[372]. Muy expresiva es, al respecto, la siguiente frase del propio

[370] Creo que el no haber advertido este aspecto es lo que determina que MARINUCCI/DOLCINI, *RIDPP*, 1999, p. 812, estimen preocupante la disminución de garantías con la que HASSEMER caracteriza su "Derecho de intervención" (véase *infra*).

[371] En efecto, hay que precisar exactamente cuál habría de ser el contenido y cuál la configuración de tal *Interventionsrecht*. Para LÜDERSSEN, "Zurück zum...", cit., p. 274, se trataría de un Derecho no punitivo orientado a la reparación y, de ser necesario, a la resocialización (incluida la evitación de la desocialización). Pero sigue dejando abierta la cuestión de si no sería mejor ceder espacios, con las correspondientes modificaciones procesales, al Derecho privado y al Derecho administrativo y, viceversa, si ello no representaría un incremento global del "control social".

[372] HASSEMER, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP*, 1992, pp. 378 y ss., 383 (versión española: "Crisis y características del moderno Derecho penal" –trad. Muñoz Conde–, *Actualidad Penal* 43, 1993, pp. 635 y ss.). Asimismo, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, cit., pp. 41 y ss. Sobre la graduación de las garantías constitucionales, en particular el mandato de determinación, en función de la gravedad de las consecuencias

Hassemer: "Para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales (*poenale*), pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva"[373].

6. En mi opinión, con todo, y aparentemente a diferencia de la propuesta del "Derecho de la intervención", no habría ninguna dificultad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística *dentro* del Derecho penal, siempre y cuando –eso sí– las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión[374]. La opción político-jurídica

---

jurídicas, cfr. también, con cita de reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional alemán, TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht,* Heidelberg, 1991, p. 46.

[373] HASSEMER, "Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Günter Bemman,* Baden-Baden, 1997, pp. 175 y ss., 188. Conviene subrayar que, para Hassemer, el Derecho de intervención habría de recoger preceptos que, en la actualidad, se hallan en el Derecho penal. No se trata, pues, de ampliar la intervención punitiva del Estado, sino de reducirla. Una pretensión que es común a mi propuesta. Otros autores, en cambio (creo que es el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico. PG,* Valencia, 1998, p. 29) parecen acoger la idea de Derecho de intervención pero para ilícitos que todavía ahora están fuera del Derecho penal. Lo que determina que el contenido de su posición resulte absolutamente diverso.

[374] Cfr., próximo a las ideas que subyacen a este punto de vista, FRISCH, "An den Grenzen des Strafrechts", en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag,* Heidelberg, 1993, pp. 69 y ss., 81, indicando que el ámbito de lo punible depende de qué se asocie a la idea de

por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Frente al Derecho civil compensatorio, el Derecho penal aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; algo que le atribuye una dimensión comunicativa superior, incluso de modo independiente a la conexión ético-social tradicionalmente inherente a todos sus ilícitos[375]. Frente al Derecho administrativo, y por tanto dentro del ámbito de lo sancionatorio, el Derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional. Ello hace más difícil para el infractor la utilización de las *técnicas de neutralización* del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia frente a la actividad sancionadora de las Administraciones públicas[376].

---

pena: *"Legt man in diese Sanktion viel an Gewicht, wird der Kreis des Strafbaren enger; vedünnt man sie zum bloßen Rechtseingriff wegen eines Fehlverhaltens, kann man sie auch reichlich einsetzen –die Sanktion unterscheidet sich dann nicht mehr wesentlich von einer schlichten Geldbuße. Wer Klarheit über die Grenzen der Strafbarkeit haben will, muß sich dementsprechend zunächst klar werden über das, was er mit Strafe verbindet –vielleicht auch verbinden muß"*.

[375] En este punto, el juicio podría variar si en nuestro sistema existiera un Derecho civil de *punitive damages*, pues está claro que los denominados *punies* tienen una función sancionatoria-preventiva. A la vez, parece que los mismos cumplen una función de incentivar la persecución privada de los hechos dañosos, al permitir la obtención de importantes montantes de dinero más allá de la compensación del daño, con los que, entre otras cosas, hacer frente a los importantes costes de la defensa jurídica de los propios intereses.

[376] Escéptico, como aquí, en relación con la posibilidad de que el Derecho administrativo sancionador pudiera acoger la "devolución" del nuevo Derecho penal, DONINI, en "La riforma...", cit., p. 40.

7. La conclusión de todo lo anterior –y de lo que se ha examinado en capítulos precedentes– es una constatación fundamental. Por un lado, que como se ha ido viendo, resultará difícil frenar cierta expansión del Derecho penal, dada la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales. Por otro lado, que la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a su vez de la correspondiente vocación político-criminal de garantía propias del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigencia en un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y "reglamentadora" basado, por ejemplo, en las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como para un eventual Derecho penal de la reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles.

8. El significado exacto de tal propuesta puede advertirse si se tiene en cuenta que los delitos –muy especialmente socio-económicos–, en los que se manifiesta la expansión del Derecho penal, siguen siendo delitos sancionados con penas privativas de libertad, en ocasiones de duración importante, en los que sin embargo los principios político-criminales sufren una acelerada pérdida de rigor. Si nos atenemos al modelo sugerido, sólo hay dos opciones: la primera, que tales delitos se integren en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.)[377]; y

[377] Aparentemente, se inclinaría por esta primera opción ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo...*, cit., p. 203, para quien se trata de que "los poderosos" sean sometidos a penas privativas de libertad,

la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la conminación con penas de prisión que ahora existe.

9. En definitiva, por tanto, la propuesta que se contiene en estas páginas parte de la constatación de una *realidad* respecto de la cual se estima imposible la vuelta atrás. Esta realidad es la expansión del Derecho penal y la coexistencia, por tanto, de "varios Derechos penales distintos"[378], con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas. A partir de la referida constatación, se postula una opción matizada. Estimando improbable (quizá imposible) un movimiento de despenalización, sí se propone *que las sanciones penales que se impongan allí donde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión.* Ello tiene dos consecuencias. Por un lado, ciertamente, admitir las penas no privativas de libertad, como mal menor dadas las circunstancias, respecto a infracciones en las que se han flexibilizado los presupuestos de atribución de responsabilidad. Pero sobre todo, exigir que allí donde se imponen penas de prisión, y especialmente penas de prisión de larga duración, se mantenga todo el rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad.

---

aunque con las "máximas garantías". Pero a continuación subraya que puede ser necesaria la "flexibilización" o "adaptación" de los principios a las nuevas formas de criminalidad (p. 205).

[378] Una posible caracterización del *mehrspuriges Strafrecht* en NAUCKE, *KritV* 1999-3, pp. 352-353, con la conclusión un tanto radical de que "el Derecho penal consta de ámbitos parciales que no guardan relación alguna unos con otros".

7.2. Contra la consolidación de un único "Derecho penal moderno"

1. Lo anterior pretende sentar la premisa mayor de una línea de pensamiento opuesta a la tendencia que conduce a la plena "modernización" del Derecho penal[379]. Una modernización caracterizada –no se olvide– por la expansión y por la flexibilización de los principios político-criminales y reglas de imputación *también en el Derecho penal de las penas privativas de libertad*. No se trata de volver a un Derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa, pero tampoco de aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho penal. Oponerse a la "modernización", por lo demás, en absoluto equivale a propugnar un "Derecho penal de clases"[380] en el que el ladrón convencional siga sufriendo una pena, mientras que el delincuente económico o ecológico quedaría al margen del Derecho penal. Concretamente, una oposición a la "modernización" íntegra del Derecho penal no tiene por qué ser merecedora del reproche de atavismo que dirige Schünemann a quienes sitúan los delitos contra el patrimonio en el núcleo duro del Derecho penal, mientras que pretenden remitir los hechos lesivos del medio ambiente "en un momento de constante sobreexplotación de los recursos naturales" al ámbito de las infracciones administrativas[381]. Según entiendo, no se trata de distinguir –ni me parece que nadie lo haya pretendido– según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas. Sobre el significado relativo de

[379] El término "modernización" se utiliza aquí en el sentido de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, cit., pp. 22 y ss.

[380] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 3ª ed., p. 21, nº marg. 30.

[381] SCHÜNEMANN, "Consideraciones críticas...", cit., p. 23. Cfr. también en este sentido, MARINUCCI/DOLCINI, *RIDPP*, 1999, pp. 814 y ss.

los "hechos" –previo a la distinción entre los mismos, a la imposición de consecuencias jurídicas, y a la decisión sobre el régimen aplicable– puede y debe discutirse, obviamente, como ocurre siempre que están en juego valoraciones sociales. Sin embargo, una vez traspasado el filtro anterior, resulta más que clara la necesidad de distinguir los diversos regímenes en función de cuáles sean las consecuencias jurídicas que se decida imponer, pese a su común carácter jurídico-penal.

2. En efecto, seguramente es necesario reiterar que el Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas de prisión. El segundo, el de los que se vinculan a otro género de sanciones. Sentado esto, no parece que exista razón alguna para que el Derecho penal de la pena de prisión deba alejarse del modelo liberal en cuanto a reglas de imputación y garantías político-criminales. La gran trascendencia de la sanción más bien abona la tesis contraria. Ahora bien, también es cierto, como se ha indicado, que la demanda social de protección a través del Derecho penal probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro. La ordenada respuesta a la demanda punitiva debe, pues, seguramente resolverse a través de una ampliación del Derecho penal en orden a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación. A su vez, es más que probable que tal expansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de reglas y principios clásicos. Todo ello no se cuestiona sustancialmente, siempre que tenga lugar en el marco general de lo necesario en términos de prevención de integración y de mantenimiento del máximo nivel de garantías posible en

cada caso. Sí se pretende subrayar, en cambio, que *esa ampliación del Derecho penal –de la que se parte como dato constatado– no puede basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas privativas de libertad.*

7.3. ¿Derecho penal de dos velocidades? Un punto de partida: el mantenimiento de garantías cualificadas en caso de conminación con penas privativas de libertad

1. Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad[382]. En efecto, éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la Administración (al menos en el sistema español). Ello, naturalmente, dejando al margen el significado simbólico-comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales (y que en principio mantendría incluso aunque la consecuencia jurídica impuesta fuera una muy distinta de aquélla, como por ejemplo la reparación)[383]. Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado del núcleo

[382] Ello, aunque dicha sanción se ejecute efectivamente en un número limitado de casos, por la existencia de figuras de suspensión o sustitución.

[383] Seguramente, tal fuerza expresiva-comunicativa está relacionada con el viejo Derecho penal nuclear (vinculado a penas de muerte, corporales o de cárcel) y a su referencia a un mínimo ético. Ambos aspectos faltarían en múltiples infracciones del moderno Derecho penal socio-económico. Sin embargo, habida cuenta de la ósmosis existente entre ambos grupos de infracciones en tanto que sometidas a la misma jurisdicción, podría confiarse en el mantenimiento de una relevante capacidad comunicativa, aun en el caso de que las penas que se impusieran fueran –en los delitos económicos en los que se flexibilicen las reglas de imputación o los principios de garantía– distintas de la pena privativa de libertad. Aunque ciertamente tal fuerza comunicativa no fuera de la misma intensidad que la que es propia de la prisión.

de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado "penal" de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión[384].

2. El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable *soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido –seguramente imposible– debe hallar así una solución en el "punto medio" de la configuración dualista[385]. En efecto, no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del "Derecho penal mínimo". Pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. La función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión[386]. Por contra, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización

384 Cfr. DONINI, en "La riforma", cit., pp. 39 y ss., con referencias.

385 La separación de ámbitos es, probablemente, como señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, cit., p. 44, la única forma de impedir que la "modernización" acabe por apoderarse poco a poco de todos los ámbitos del Derecho penal clásico.

386 Muy próximo, CID MOLINÉ, "Garantías...", cit., p. 144. También, según creo, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, cit., p. 44.

controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación[387] o el principio de culpabilidad). Tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y, al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas de prisión.

3. Ahora bien, sentado lo anterior, debe insistirse en que, hoy por hoy, también los nuevos delitos socio-económicos tienen asignadas en nuestros cuerpos legales penas de prisión (y no precisamente leves); asimismo, que resulta una incógnita el pronosticar la fuerza comunicativa (de definición y estigmatización) de un submodelo de Derecho penal en el que se excluyan las penas de prisión. En relación con lo primero, debe significarse que, en tanto en cuanto los delitos socio-económicos tengan asignadas penas de prisión, no cabe sino estimarlos incursos en el núcleo duro del Derecho penal y rechazar en línea de principio *cualquier* intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía. En cuanto a lo segundo, probablemente sea lo cierto que la fuerza definitoria del Derecho penal proviene de su clásica incidencia personal, y no sólo patrimonial, así como de la asociación de sus ilícitos a los hechos más reprocha-

[387] Que estos principios admiten una gradualidad lo pone de relieve la diferente taxatividad de unos y otros tipos penales, el diverso alcance de las remisiones normativas, el mayor o menor recurso a elementos valorativos, etcétera.

bles en términos ético-sociales. En este punto no cabe negar taxativamente la posibilidad de que la distancia de ilícitos y sanciones vaya produciendo también una mayor facilidad de neutralización de la imputación penal en los casos ajenos al núcleo. Pero ello es una hipótesis de futuro con la que no cabe descalificar un presente en el que la fuerza comunicativa del Derecho penal, aunque no lleve aparejada la pena de prisión, parece firme.

4. Para resumir, puede afirmarse que, en la medida en que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería –precisamente por lo dicho– mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas "corporales" permitiría flexibilizar el modelo de imputación[388]. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal.

[388] En sentido similar, EUSEBI, "Dibattiti...", cit., pp. 61 y ss., 79: *"...può essere che ragioni di garanzia del cittadino recepite in modo particolarmente intenso nelle procedure tipiche del sistema penale, nonché esigenze di speziale autonomia e imparzialità dell'organo deputato a giudicare in determinate materie o, in genere, esigenze di prevenzione generale, rendano opportuna –anche in aree estranee al suo nucleo originario– la competenza del diritto (e della magistratura) penale".*

5. En conclusión, puede afirmarse que ciertamente existe, como se indicara al principio, un espacio de expansión razonable del Derecho penal. El espacio de la *expansión razonable* del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro *real* un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real[389]. En este ámbito, además, la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantía. Al margen de lo anterior, puede admitirse *resignadamente*[390] la expansión –ya producida– del Derecho penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo rigor). Pero la admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión. En la medida en que esta exigencia no es respetada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por el momento, la expansión del Derecho penal carece, en mi opinión, de la requerida razonabilidad político-jurídica.

[389] Esto es, sin efectuar análisis alguno de acumulación o repetición.

[390] Y por las razones *supra* señaladas.

8. ¿"TERCERA VELOCIDAD" DEL DERECHO PENAL? SOBRE EL "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"

1. En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las "dos velocidades" del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal "de la cárcel", en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una "tercera velocidad" del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.*

2. Como puede fácilmente derivarse de lo expuesto en páginas anteriores, un Derecho penal de la "tercera velocidad" *existe* ya, en amplia medida, en el Derecho penal socio-económico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba, mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas. Ahora bien ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un Derecho penal de *tercera velocidad*?

Esto es ya más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que la "tercera velocidad" del Derecho penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable.

3. La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, "Derecho penal del enemigo" (*Feindstrafrecht*)[391], que se contrapone al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*)[392]. Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este

[391] Cfr. su artículo "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" –1985– (trad. Peñaranda), en *Estudios*, pp. 293 y ss., 298, donde ya caracteriza el Derecho penal de enemigos como uno que optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el de ciudadanos optimiza las esferas de libertad. Comentarios a dicho texto en KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989, pp. 177 y ss.

[392] Derecho penal de ciudadanos, al que, en el planteamiento aquí propuesto, pertenecen la primera y la segunda velocidad.

déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha, y el socavamiento de garantías procesales[393].

4. Ahora bien, si lo característico del "enemigo" es el abandono duradero del Derecho y la ausencia de la mínima seguridad cognitiva en su conducta, entonces parecería que el modo de afrontarlo sería el recurso a medios de aseguramiento cognitivo que no tendrían la naturaleza de penas. El tránsito del "ciudadano" al "enemigo" se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en este tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad[394], a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo. El Derecho del enemigo –cabría pensar– sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad

[393] Cfr. el manuscrito de JAKOBS, "Die Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart". Asimismo, la descripción y las observaciones críticas de SCHULZ, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", *ZStW*, 112 (2000), pp. 653 y ss., 659 y ss.

[394] Cfr. DENCKER, "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? –Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung–", *StV*, 1988, pp. 262 y ss., subrayando este aspecto, e identificando consiguientemente *Feindstrafrecht* y *Gefährlichkeitsstrafrecht*: *"...es geht nicht in erster Linie um die Ahndung einer vorwerfbaren Sozialschadensverursachung, sondern um vorbeugende Ausschaltung der Gefahrenquelle, die der so als gefährlich definierte Mensch darstellt"* (p. 264).

aplicables a imputables peligrosos [395]. Ello, aunque tales medidas se mostraran en ocasiones bajo la apariencia formal de penas. Expresado de otro modo, no habría un Derecho *penal*, en sentido estricto, de enemigos.

5. Sin embargo, probablemente el ámbito de los "enemigos", caracterizado hasta ahora por la ausencia de la "seguridad cognitiva mínima" de las conductas, muestra además en algunos casos una dimensión adicional, complementaria, de negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia. A la vez, en casos de esta naturaleza (criminalidad de Estado[396], terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, en todo caso, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos "de emergen-

[395] En realidad, las medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos (en concreto, para los habituales) surgen para hacer frente, en la terminología de VON LISZT, a los "enemigos fundamentales del orden social". El Derecho penal del enemigo no es, por tanto, algo nuevo, sino, por el contrario, ya muy patente en el primer tercio del siglo XX. Cfr. la clara exposición de MUÑOZ CONDE, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", *Doxa* 15-16 (1994), pp. 1025 y ss., 1031 y ss.

[396] NAUCKE, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität, Festschrift für G. Bemmann*, Baden-Baden, 1997, pp. 74 y ss., 81 y ss., defiende la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado o de Gobierno, en el que no rijan los principios de legalidad o irretroactividad.

cia"[397], siendo expresión de una especie de "Derecho de guerra"[398] en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.

6. Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características –sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna–, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia[399], en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo "Derecho" o es ya, por el contrario, un "no-Derecho", una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos "excluidos". Tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal "de la normalidad"[400], seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de

[397] Cfr. el análisis crítico de FERRAJOLI, *Derecho y razón,* cit., pp. 820 y ss., 828 y ss.

[398] A este respecto, no deja de ser gráfico que algún autor haya puesto de manifiesto que la criminalidad organizada ha pasado a desempeñar en nuestras sociedades occidentales el papel que durante las décadas de la llamada "guerra fría" representó el Pacto de Varsovia. Cfr. HANSEN, "Eine Wiederkehr des 'Leviathan'? Starker Staat und neue Sicherheitsgesellschaft", *KritJ,* 1999, pp. 231 y ss., 239.

[399] Cfr. DENCKER, "Gefährlichkeitsvermutung...", cit., p. 266.

[400] SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen,* Frankfurt, 1991, p. 240: *"Wie in aller Welt ist zu gewährleisten, daB der Einsatz der scharfen Methoden auch wirklich nur den bösen 'Feind' trifft?".*

la tercera velocidad nos hallemos ante un "mal"[401], éste pueda ser el "mal menor". Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole. Pues bien, en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los Estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza[402], de la "perenne emergencia". A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los "enemigos" tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer.

[401] Todo el Derecho penal es un mal, pero aquí, por las especiales características del fenómeno, debería resaltarse esta dimensión de "mal".

[402] Cfr. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, *passim*.

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

2. **GARCÍA CAVERO, Percy. El principio del non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre el delito y la infracción administrativa. En Libro homenaje al Dr. José Hurtado Pozo. IDEMSA, Lima, 213. P. 169-188.**

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ HURTADO POZO

El penalista de dos mundos

IDEMSA

Lima - Perú

EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* A LA LUZ DE UNA DISTINCIÓN CUALITATIVA ENTRE DELITO E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Percy García Cavero[1]

I. LA PROBLEMÁTICA

En la actualidad es cada vez más usual encontrar ámbitos sociales sujetos a un control administrativo. Esta situación de control suele deberse a que la Administración Pública entra a regular un sector social específico, estableciendo sanciones a los administrados que no se ajusten a los estándares de dicha regulación. Se trata aquí de la llamada relación de sujeción general de los administrados frente a la Administración, del que son ejemplos el tráfico rodado, el sistema tributario, el sistema financiero, el sistema concursal, la producción y comercialización de insumos químicos y productos fiscalizados, entre otros tantos. Pero puede ser también que la regulación administrativa tenga su origen en deberes específicos impuestos a funcionarios públicos o personas bajo custodia estatal, por cuya infracción pueden ser pasibles de una sanción disciplinaria. En este caso, lo que tiene lugar es una relación de sujeción especial de una persona ante ciertos organismos o instituciones del Estado[2].

---

(1) Profesor de Derecho Penal Universidad de Piura.

(2) El la doctrina se admite que el Derecho disciplinario forma parte del Derecho administrativo. De una idéntica naturaleza jurídica entre infracción administrativa e infracción disciplinaria habla Gómez Tomillo, *Derecho administrativo sancionador*, Parte General, Pamplona, 2008, p. 201. Sobre el Derecho disciplinario como una vertiente especializada del Derecho administrativo sancionador, Vacas García-Alós/Martín Martín, *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, Pamplona, 2005, p. 19. Por su parte Nieto, *Derecho*

Si una conducta delictiva se realiza en los contextos antes mencionados, es muy común que reúna también los elementos constitutivos de una infracción administrativa, por lo que, en principio, deberían concurrir por el mismo hecho una sanción penal y una sanción administrativa. Sin embargo, la opinión absolutamente dominante entiende que, en caso de relaciones de sujeción general, la acumulación de pena y sanción administrativa daría pie a una sobrerreacción sancionatoria, siendo, por tanto, necesario establecer mecanismos para conseguir evitarla. Una alternativa podría ser que, en la propia tipificación de las infracciones, se haga una clara delimitación conceptual entre la infracción penal y la infracción administrativa como dos compartimentos estancos, entre los que no cabría una superposición de casos siquiera parcial. Pese a la nitidez que tendría este mecanismo de solución, resulta en la práctica poco viable, puesto que la relevancia delictiva de una conducta no depende únicamente de la realización de los elementos típicos, sino también de aspectos referidos a la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad, que no cuentan con una referencia específica en el tipo penal. De seguirse el modelo de compartimentos estancos, un hecho concreto no sólo podría quedar sin sanción penal por la falta de algún presupuesto necesario para el castigo, sino también sin sanción administrativa por no estar abarcado conceptualmente por la tipificación de la infracción administrativa.

Lo usual es, por el contrario, que las tipificaciones en el ámbito penal y administrativo tengan cierta superposición conceptual, tal como sucede claramente en nuestro ordenamiento jurídico. Esta situación hace necesario desarrollar criterios de interpretación de los tipos que permitan determinar cuándo la incidencia del hecho concreto es sólo penal, sólo administrativa o penal-administrativa, y poder evitar, en este último caso, la doble sanción si es que se da una sobrerreacción sancionatoria. Sin embargo, durante mucho tiempo no se contó con una regulación general del *non bis in idem* en caso de concurrencia de una sanción penal y otra administrativa, a lo mucho con algunas regulaciones en ámbitos muy específicos. Es más, se puede aún encontrar disposiciones legales que siguen admitiendo expresamente la posibilidad de acumular la pena y la sanción administrativa, como lo hace, por ejemplo, el Código Tributario[3]. Por esta razón, los afectados por una sobrerreacción sancionatoria han acudido desde hace más de diez años al

administrativo sancionador, 4ª ed., 2005, p. 226 se ocupa del Derecho disciplinario en el marco del Derecho administrativo sancionador, aunque reconociendo ciertas particularidades en su configuración. Como parte de un Derecho Sancionador lo clasifica, GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, 2007, p. 206.

(3) Vid., con otras referencias legislativas, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del "ne bis in idem" en el ordenamiento jurídico-penal*, Lima, 2006, p. 82.

Tribunal Constitucional para que declare un supuesto de *bis in idem* y proceda, en atención al principio constitucional de proporcionalidad, a anular una de las sanciones o impedir el procesamiento por existir ya una sanción impuesta por el mismo hecho. Sin embargo, el panorama legislativo descrito ha sufrido un cambio sustancial, primero con el artículo 230 inciso 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y luego con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, los que regulan de manera específica el principio de *non bis in idem* en caso de concurrencia de sanción penal y administrativa por el mismo hecho. Con estos cambios legislativos ya no es necesario acudir al Tribunal Constitucional para evitar situaciones de *bis in idem*, sino que los propios tribunales penales ordinarios y los administrativos tendrán que hacer valer lo dispuesto explícitamente por el Código Procesal Penal y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Pero así como se ha hecho evidente la necesidad de impedir una doble sanción en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa en los casos de una relación de sujeción general, la opinión mayoritaria sostiene también que la duplicidad de sanciones resulta legítima cuando la sanción administrativa se funda en la vulneración de una relación de sujeción especial, especialmente cuando se trata de funcionarios públicos. Se dice que, en este caso, ambas sanciones se sustentan en criterios completamente independientes que, en principio, no pueden ser cubiertos por una sola sanción, por lo que la falta de una identidad de fundamento hace inaplicable el principio del *non bis in idem*. Es precisamente en el marco de una relación de sujeción especial, en el que la Corte Suprema expidió la sentencia vinculante R.N. 2090-2005 del 7 de junio de 2006, en la que niega que la existencia de una sanción disciplinaria pueda obstaculizar la imposición de una sanción penal. Pronunciamientos en el mismo sentido ha hecho reiteradamente el Tribunal Constitucional[4].

Si la forma de solucionar los problemas antes anotados resulta correcta o no, es algo que sólo puede ser respondido con una ordenación conceptual del panorama sucintamente descrito. Con ello no sólo se podrá determinar si la solución es correcta, sino también si el razonamiento que la sustenta también lo es. Con base en esta idea, esta contribución se va a ocupar primeramente de aclarar la premisa conceptual básica: qué es lo que diferencia un delito de una infracción administrativa. Aclarado este punto de partida se podrá desarrollar criterios de interpretación específicos para establecer cuándo un hecho se mueve en un plano exclusivamente administrativo y cuándo lo desborda para adquirir relevancia penal, así como determinar, en

(4) Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del "ne bis in idem"*, p. 87 s.

este último caso, si la imposición conjunta de pena y sanción administrativa constituye una sobrerreacción sancionatoria que el principio del *non bis in idem* busca evitar. Finalmente, se entrará en ámbitos operativos del principio del *non bis in idem* en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa, en concreto, se precisarán los presupuestos para su aplicación, la prohibición del doble procesamiento y la prohibición de una base fáctica contradictoria para decidir la imposición de las sanciones concurrentes.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITO E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Los primeros planteamientos teóricos para distinguir el delito judicial del delito administrativo tuvieron lugar en la doctrina alemana a principios del siglo XX. Estos planteamientos postularon una diferencia material no meramente procesal, sobre la base de contenidos de injusto y culpabilidad completamente diferentes. La diferencia central radicaba en que el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir, la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era tenido simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal(5). Si bien a esta posición se le criticó desconocer que detrás de los delitos administrativos hubiese también un interés jurídicamente protegido(6), se aceptó que éstos eran culturalmente indiferentes, es decir, que infringían una norma jurídica, pero no una norma de cultura(7). Algunos llegaron incluso a admitir un concepto de bien jurídico de carácter dogmático en los delitos administrativos como punto de referencia formal del juicio de antijuridicidad, pero sustancialmente distinto del bien jurídico de carácter filosófico-jurídico propio de los delitos judiciales(8).

Con el desarrollo doctrinal que se le dio al concepto de bien jurídico en los años setenta, se produjo un fenómeno que afectó la diferencia sustancial propuesta por la doctrina en la primera mitad del siglo XX. En efecto, el bien jurídico se alejó de consideraciones éticas y pasó a ser fundamentado en aspectos socio-funcionales, lo que significó, de alguna manera, un acercamiento con el fin de la regulación administrativa. Es así que terminó asentándose en la doctrina penal la opinión de que tanto el injusto penal

(5) Vid., GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, p. 539 ss. Anteriormente BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1922, p. 397 ss., catalogó el delito administrativo como simple desobediencia.

(6) Así, MAYER, M.E., *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, 2000, p148, nota 3.

(7) MAYER, M.E., *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 53 ss.

(8) Vid., WOLF, E. ,"Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", en *Festgabe für Reinhardt Frank zum* 70. Geburtstag, II, Tübingen, 1930, p. 516 ss.

como el administrativo lesionan bienes jurídicos, por lo que entre el delito y la infracción administrativa no habría más que una diferencia cuantitativa. La diferencia radicaría únicamente en la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico(9), dejándose en manos del Derecho penal las lesiones más graves. Un sector doctrinal lleva esta interpretación a un extremo tal que incluso deja de lado el criterio de la gravedad cuantitativa y lo sustituye por un criterio formal, es decir, que es el legislador el que decide qué es delito y qué es una infracción administrativa(10).

A pesar de lo extendido de la opinión doctrinal que asume la homogeneidad entre el delito y la infracción administrativa, está claro que, desde esta perspectiva, no es posible explicar satisfactoriamente por qué en el ámbito del Derecho administrativo se opera con criterios de imputación más flexibles que los utilizados en el Derecho Penal. Por mencionar sólo algunos aspectos: En el Derecho administrativo sancionador rige un principio de legalidad sustancialmente distinto en cuanto a la reserva de ley y al mandato de determinación, la lesividad siquiera potencial de la conducta no es necesaria en el caso de las infracciones de mera desobediencia, se cuenta con un concepto unitario de autor, las personas jurídicas pueden ser sujetos de sanción, el principio de culpabilidad no es un elemento indispensable de la infracción administrativa(11). Si el delito y la infracción administrativa compartiesen materialmente el mismo fundamento, las diferencias mencionadas no podrían encontrar explicación, en la medida que no se trata de cuestiones accidentales de la imputación, sino sustanciales. Esta situación hace razonable pensar que detrás de estos datos manifiestos se esconde un aspecto cualitativo que marca realmente la diferencia entre el delito y la infracción administrativa.

---

(9) Así, ROXIN, *Derecho Penal, PG*, Madrid, 1997, § 2, n.m. 41; CEREZO MIR, "Límites entre el Derecho penal y Derecho administrativo", *ADPCP* 1975, p. 159: "*Desde el núcleo del Derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer*".

(10) Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, I, 4ª ed., Lima, 2011, § 1, n.m. 122; BAJO FERNÁNDEZ, "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", *InDret* 3/2008, p. 2.

(11) Vid., la misma apreciación en SILVA SÁNCHEZ, "¿Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español", *AP* 24 (1998), p. 435 y ss. Por el contrario, intenta sortear estos cuestionamientos como meras contingencias normativas, GÓMEZ TOMILLO, "Derecho administrativo sancionador y Derecho penal. Análisis del Derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad", *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, 4, 2003, p. 37.

A nuestro entender, la respuesta a la cuestión planteada solamente se puede encontrar si es que se entra a precisar la función que cumple el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Posiblemente los que sostienen que la función del Derecho penal es proteger, en general, bienes jurídicos terminan aceptando una identidad funcional con el Derecho administrativo sancionador. Para esta perspectiva, los bienes jurídicos serían previos al Derecho Penal, por cuya integridad éste debería ocuparse al igual que el Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, como lo ha puesto de relieve claramente JAKOBS, una observación ya superficial enseña que en la mayoría de los casos los bienes jurídicos se deterioran por procesos naturales (muerte por enfermedad, corrosión de las cosas por el óxido, etc.), sin que se requiera la intervención del Derecho Penal[12]. Por lo tanto, la protección penal no está referida a los bienes jurídicos en sí mismos, sino en atención a la actuación de las personas[13]. La función del Derecho Penal no es mantener la indemnidad de los bienes jurídicos, sino asegurar las condiciones sociales para el respeto de los bienes jurídicos en los contactos interpersonales.

La precisión hecha sobre la función del Derecho penal se puede apreciar fácilmente si es que se tiene en cuenta las diversas formas de reacción ante la afectación de un bien jurídico. Si la lesión del bien jurídico se produce como consecuencia de un suceso natural, la persona afectada debe restablecerse frente a la situación de manera cognitiva, es decir, aprendiendo de la experiencia y tomando medidas correctivas para que no vuelva a suceder. En este caso, el Derecho penal no despliega función alguna, lo que confirma que no todo menoscabo de un bien jurídico pone en funcionamiento al sistema penal. Si la afectación al bien jurídico proviene, por el contrario, del comportamiento de una persona, entonces el restablecimiento sí se hará normativamente, es decir, la expectativa de que el bien jurídico no será lesionado por otro se mantendrá a través de una respuesta jurídica, planteando la conducta errónea del infractor de la norma penal como causa decisiva de la defraudación. La prestación del Derecho penal es aquí manifiesta: La pena actúa como mecanismo que restablece normativamente la norma defraudada por la conducta del infractor. El esquema es, pues, bastante simple. Si la lesión del bien jurídico proviene de la naturaleza, procede un restablecimiento cognitivo, si proviene de la actuación de una persona, el restablecimiento es normativo[14].

---

(12) Vid., JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, p. 60.

(13) JAKOBS, "¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 45.

(14) Sobre la restabilización cognitiva y la normativa, vid, con mayores referencias, JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 2007, Apdo 1, n.m. 4 ss.

Dado que el Derecho administrativo sancionador se ocupa también de conductas humanas, podría concluirse que su función no debería ser cualitativamente distinta a la del Derecho Penal. La sanción administrativa restablecería la confianza en la norma infringida por el administrado con su actuación divergente del estándar administrativamente establecido. Esta deducción no es, sin embargo, necesariamente correcta. Desde KANT se ha diferenciado en el hombre dos mundos: el *homo phaenomenon* y el *homo noumenon*[15]. El primero es el aspecto sensible de la persona que reacciona ante los estímulos externos del entorno, mientras que el segundo es su caracterización como ser racional dotado de voluntad que actúa bajo la idea de libertad. Sobre la base de esta distinción puede encontrarse, a nuestro entender, la distinción cualitativa entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador: La pena se dirige a la persona en cuanto ser inteligible al que trata como ser racional al darle a su comportamiento delictivo una pretensión de validez y frente al cual la pena cumple la función de negarle tal validez; la sanción administrativa se dirige a las personas como seres sensibles a los que debe orientar por medio de estímulos externos negativos, como las multas, a actuar correctamente en determinado sector social.

La idea precedente puede explicar fácilmente por qué en el Derecho Penal no es posible prescindir del principio de culpabilidad, pues el imputado es tratado como un ser trascendente al que se le imputa personalmente un hecho. Distinta es la situación en el Derecho administrativo sancionador, en donde el infractor es considerado como un ser sensible al que hay que estimular para que no vuelva a hacer lo que hizo y para que los demás tampoco lo hagan, de forma tal que el sector administrativamente regulado funcione en términos globales. Esta impronta cognitiva del Derecho administrativo sancionador se deja ver en otros mecanismos administrativos de reacción, tales como el decomiso de objetos peligrosos o el cierre de establecimientos, en donde no se reacciona frente a conductas, sino frente a situaciones peligrosas[16]. La importancia primordial del funcionamiento global del sistema administrativamente regulado se aprecia con claridad en el hecho de que el Derecho administrativo sancionador recurre en ciertos casos a criterios objetivos de imputación de responsabilidad como mecanismo de distribución de riesgos para un funcionamiento más eficiente del sector regulado.

---

(15) KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, IV, Berlin, 1968, p. 448.

(16) Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, Parte General, I, 2ª ed., Lima, 2007, p. 69.

Sobre la base de lo acabado de decir, queda claro que las infracciones administrativas no sustentan su desvalor en el sentido comunicativo del hecho concretamente realizado por el autor. Si bien una infracción administrativa puede lesionar o poner en peligro ciertos derechos o intereses, la razón de la prohibición administrativa no está en la perturbación social del hecho concreto, sino en el mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado. Las normas administrativas de sanción aseguran el funcionamiento global de un sector del tráfico social sometido a control o fiscalización, por lo que sus sanciones tienen como finalidad únicamente que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto(17). El Derecho penal, por el contrario, protege la vigencia de la norma defraudada por la afectación culpable de un bien jurídico.

Con base en la diferencia funcional entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador acabada de esbozar resulta comprensible por qué los ilícitos penales se someten a un juez y, por otro lado, se impide a la Administración imponer penas privativas de libertad(18). Sólo el Poder Judicial tiene la legitimidad, por emanar del pueblo, para negar la pretensión de validez que el delincuente expresa como sujeto racional, del mismo modo que la ordenación de un sector social no se puede hacer privando de aspectos existenciales al infractor. Por más que exista un acercamiento de los criterios de imputación penal a los manejados en el Derecho administrativo, o viceversa, de ninguna manera esto puede significar una absoluta homogeneidad entre ambos ordenamientos. El Derecho penal sigue criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan flexibilizarse en aras de mayor eficacia (delitos de peligro abstracto), mientras que el Derecho administrativo sancionador sigue criterios de afectación general, estadística en todo caso, por lo que no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución que se rige por criterios de oportunidad y no de legalidad(19). Con esto no se quiere decir que una determinada conducta siempre será un delito o una infracción administrativa, ya que las condiciones sociales influyen en la significación social de una conducta y en la necesidad de negar su validez penalmente, o también cambian su significación para dejarla en un ámbito meramente administrativo. De

(17) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 126; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico, PG,* I, p. 68 s.

(18) TIEDEMANN, "Einführung in das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, KREKELER/TIEDEMANN/ULSENHEIDER/WEINMANN (Hrsg.), estado: mayo de 1990, Heidelberg, p. 2.

(19) Vid., SILVA SÁNCHEZ, *AP* 24 (1998), p. 442 ss.

cualquier forma, parece claro que aun cuando cambien las condiciones sociales o haya cierto margen de decisión política, existen conductas, como el homicidio, que nunca podrán aparecer como una infracción administrativa, pues constituyen en todo momento una lesión a la vigencia de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona.

Lo hasta ahora expuesto desarrolla una posición doctrinal que se opone a la actualmente dominante, al negar que la distinción entre delito e infracción administrativa sea puramente cuantitativa o solamente formal. La jurisprudencia nacional asume, por su parte, una posición contradictoria. La sentencia vinculante R.N. 2090-2005 del 7 de junio de 2006 parece decantarse en su Considerando Cuarto por una distinción cualitativa al señalar textualmente que "*el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación*". Sin embargo, a reglón seguido, parece abandonar la distinción cualitativa y asumir un criterio cuantitativo al decir que "*el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa*". Como puede verse, la sentencia vinculante dice, en un primer momento, que el Derecho administrativo sancionador no se rige por la lesividad de un bien jurídico, sino por criterios de afectación general, lo que hace que no requiera la afectación a un bien jurídico, sino la mera desobediencia a reglas de ordenación, pero inmediatamente afirma que el menoscabo al bien jurídico es siempre de mayor entidad en el delito que en la infracción administrativa, lo que significa que en ambos casos hay un mismo criterio (la lesión del bien jurídico), aunque con distinto grado de afectación.

III. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LO PENAL Y LO ADMINISTRATIVO

La distinción cualitativa entre el delito y la infracción administrativa que se ha postulado y sustentado brevemente en el apartado precedente, permite contar con criterios más asibles para poder calificar una conducta concreta como sólo penal, administrativa o de doble naturaleza. Sin embargo, la legislación no cuenta con parámetros legales uniformes para hacer la distinción antes referida en los casos concretos. En algunos supuestos establece expresamente un criterio de distinción, pero en otros no dice absolutamente

nada. Esta situación precisa de una labor de homogenización a partir del criterio general propuesto, lo que vamos a procurar realizar en este apartado.

1. El elemento cuantitativo de distinción

En ciertos casos, la propia normativa positiva establece claramente un elemento cuantitativo de distinción entre el delito y la infracción administrativa, en cuyo caso no habrá mayor discusión, *de lege lata*, para hacer la delimitación. La solución sigue una lógica binaria: el hecho concreto o es un delito, o es una infracción administrativa. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del contrabando, en donde se establece una frontera legal clara entre lo penal y lo administrativo en función del valor de las mercancías. Si el valor es superior a 2 UITs el contrabando es un delito, mientras que si no supera dicho valor se queda en una infracción administrativa (artículos 1 y 33 de la Ley 28008, Ley de delitos aduaneros)[20]. La claridad de la solución podría, sin embargo, llevar a pensar que, en tanto se recurre a un criterio de cantidad, la distinción entre delito e infracción administrativa será de carácter cuantitativo al menos en estos casos.

Al respecto hay que indicar que el recurso que hace la ley a un criterio cuantitativo no se explica por una indiferencia cualitativa, sino por la necesidad de ofrecer, en determinados ámbitos, un mínimo de seguridad jurídica con criterios cuantitativos precisos. Para explicar esta situación podría trazarse un paralelo con la categoría de la imputabilidad penal: Si bien la imputabilidad penal se hace con base en el criterio cuantitativo de la mayoría de edad, a nadie se le ocurriría decir que entre el imputable y el inimputable no hay más que una diferencia cronológica. El aumento cuantitativo da lugar, en determinado momento, a un cambio cualitativo. Y esto es fácilmente comprobable, por ejemplo, en el propio uso del lenguaje: Cuándo un temblor pasa a ser terremoto o cuándo una lluvia a ser una tormenta, depende, sin duda, de cambios cualitativos que se sustentan en cantidades. Por lo tanto, la diferencia cualitativa entre delito e infracción administrativa puede expresarse en ciertos casos a través de referentes cuantitativos.

2. El elemento cualitativo de distinción

En otros casos, puede ser que la legislación no establezca una delimitación entre delito e infracción administrativa, pero del tenor de las disposiciones legales correspondientes se puede apreciar con claridad cuál es el aspecto que hace que la conducta alcance el estatus de delito. La infracción

[20] Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, *PE*, II, Lima, 2007, p. 737.

administrativa abarca aquí a la conducta delictiva, pudiéndose distinguir lo que es una simple infracción administrativa de aquello que es además un delito por un elemento estructural legalmente establecido. Un ejemplo de esta forma de regulación se presenta en el marco de los procedimientos concursales que se llevan ante el Indecopi. El artículo 125.2 de la Ley General del Sistema Concursal establece que la Comisión de Procedimientos Concursales sancionará con multas de hasta 100 UITs al deudor, a la persona que actúa en su nombre, al administrador o al liquidador que realice alguna de las siguientes conductas: a) Ocultamiento de bienes; b) Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y c) Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad. Exactamente la misma conducta se sanciona como delito concursal en el artículo 209 del Código Penal, con la única diferencia que el tipo penal exige "*el perjuicio de los acreedores*". El elemento que cualifica la infracción como delito en este caso es la afectación a los intereses patrimoniales de los acreedores, por lo que si un acto de ocultamiento de bienes no afecta a los acreedores, el hecho quedará en una simple infracción, mientras que si se genera un perjuicio, entonces el caso adquirirá además relevancia penal[21].

Como puede verse, en el ejemplo antes indicado la conducta adquiere significación penal por el desconocimiento responsable de los derechos patrimoniales de los acreedores. En efecto, el fraude concursal deja de ser un simple comportamiento irregular en el ámbito de los procedimientos concursales para convertirse en un acto de desconocimiento de los acreedores como personas, lo que hace necesario una respuesta penal de carácter normativo. La significación social del hecho determina el recurso a mecanismos de reacción cualitativamente distintos.

3. La ausencia de criterio legal de distinción

Por otra parte, existen supuestos en los que la legislación tipifica la regulación penal y administrativa sin establecer expresamente ningún criterio de distinción o elemento de cualificación de la infracción como delito. Esto sucede, por ejemplo, en el ámbito de los delitos tributarios y la potestad sancionatoria de la Sunat. La Ley Penal Tributaria (D. Leg. 813) reprime, como defraudación tributaria básica, al que mediante cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, lo que también se encuadra administra-

(21) Vid., con mayores referencias, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico, PE*, II, p. 301.

tivamente en el Código Tributario como infracción tributaria[22]. Para poder determinar en qué caso la infracción tributaria alcanza el carácter de delito, es necesario tener en claro lo que identifica al hecho punible. En el caso de los delitos tributarios, el injusto penal está constituido por haberse organizado el obligado tributario de una manera tal que se ha frustrado el cobro total o parcial de la deuda tributaria a través de un mecanismo fraudulento[23]. No se trata, por tanto, de una conducta que simplemente entorpece la labor de fiscalización del órgano administrador del tributo, sino de una frustración fraudulenta de la recaudación tributaria, esto es, de una organización responsable dirigida a impedir el cumplimiento de la obligación tributaria[24]. Pero además de este aspecto objetivo respecto de la incidencia de la conducta, debe tenerse presente que la defraudación penalmente relevante de la norma solamente se alcanza con un comportamiento doloso, por lo que únicamente los actos que dolosamente frustran la recaudación tributaria adquirirán naturaleza penal.

La claridad de la distinción precedente se oscurece, sin embargo, en el caso de delitos de peligro abstracto, pues el aspecto objetivo se reduce a una conducta no conforme con el estándar centralizadamente establecido por el legislador, lo que influye también sustancialmente en el objeto del dolo. Por poner un ejemplo: El artículo 296 tercer párrafo del CP reprime al que trafica materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas, lo que también se sanciona administrativamente por la ley de control de insumos químicos y productos fiscalizados (Ley 28305, modificada por la ley 29037) y su reglamento (DS N° 053-2005-PCM, modificado por el DS N° 092-2007-PCM). La delimitación entre el delito de tráfico de precursores controlados y las infracciones a la ley de control de IQPF se muestra especialmente difícil, pues el tipo penal de tráfico de precursores controlados asume la configuración de un delito de peligro abstracto que adelanta las barreras de protección penal, criminalizando una conducta preparatoria sin estar en referencia directa con el interés penalmente protegido. En efecto, el delito de tráfico de precursores no espera la afectación a la salud pública que se daría propiamente con la comercialización de la droga, sino que criminaliza los actos preparatorios dirigidos a conseguir los insumos químicos o productos

(22) En el cuadro de infracciones y administrativas previstas en el Código Tributario se contempla en el punto 6 referido a infracciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias: "*No incluir en las declaraciones ingresos, rentas, patrimonio, actos gravados o tributos retenidos o percibidos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias que influyan en la determinación de la obligación tributaria*".

(23) Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, *PE*, II, p. 604.

(24) Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, *PE*, II, p. 633.

que van a ser utilizados para la elaboración de las drogas que posteriormente se comercializarán[25]. Así las cosas, la diferenciación entre el delito y la falta administrativa resulta difícil en el plano objetivo, siendo la cuestión a responder si solamente un aspecto subjetivo (usualmente un elemento subjetivo de tendencia trascendente de finalidad subjetiva de utilizar los insumos en la elaboración ilícita de drogas) permite dotar al injusto penal del desvalor propio del delito. En nuestra opinión, la distinción no puede radicar solamente en dicho elemento subjetivo de tendencia trascendente, sino que hay que exigir en el hecho delictivo cierta idoneidad objetiva de la conducta en relación a dar lugar al proceso de elaboración ilícita de droga. En este orden de ideas, el delito de tráfico de precursores controlados debe presentar un elemento circunstancial, adicional a la intencionalidad, que permita marcar una diferencia objetiva con las infracciones administrativas. Por lo tanto, los actos de tráfico de precursores sólo adquirirán relevancia penal si se enmarcan en un proceso objetivamente definido de elaboración de drogas[26].

Lo anterior es aplicable también a la conducción bajo el estado de ebriedad. Esta conducta es considerada una infracción M8 en el Reglamento Nacional de Tránsito[27], así como también un delito conforme al artículo 274 del CP[28]. Para poder distinguir ambas infracciones resulta necesario utilizar un criterio objetivo que marque la necesidad de acudir a un criterio normativo o cognitivo de restabilización. Algunos autores recurren al criterio de la incontrolabilidad de los riesgos, lo que pone en evidencia que la nota distintiva estaría en la afectación al bien jurídico[29]. Pero si el Derecho administrativo

---

(25) Incluso, en la doctrina penal, se ha cuestionado que sean actos preparatorios del tráfico, sino actos preparatorios de los actos preparatorios (elaboración) del tráfico de drogas. Por ello, DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989, p. 18 ss., considera que el tráfico de precursores se ha constituido en un delito independiente que no merece el calificativo de acto preparatorio, lo que implica un desmesurado adelantamiento de las barreras de punibilidad.

(26) Vid., más extensamente, GARCÍA CAVERO, "La distinción entre delito e infracción administrativa: El caso de los insumos químicos y productos fiscalizados", *Actualidad jurídica*, Tomo 175, junio 2008, p. 123 ss.

(27) "Conducir en estado de ebriedad comprobado con el examen respectivo o por negarse al mismo superior a 0,50 grs./lt a 0,80 grs./lt." (muy grave).

(28) "*El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7*".

(29) Así, VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. La determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, 2007, p. 393 ss. De una efectiva influencia

sancionador protege igualmente bienes jurídicos, entonces el criterio de distinción se vuelve impreciso. A nuestro entender, habría que recurrir al criterio esbozado por FEIJOO SÁNCHEZ de una organización insegura del propio ámbito de organización, entendida en un sentido objetivo y normativo(30). Se trata concretamente de imputar al autor una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida. Mientras la infracción administrativa constituye simplemente un indicio de una organización objetivamente insegura con base en la peligrosidad estadística de la conducta, el delito de peligro abstracto se muestra ya como una organización normativamente insegura del autor(31). Para dar mayor contenido a esta distinción debe tenerse clara la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico(32). Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. Sobre la base de esta última probabilidad se sustenta el delito de peligro abstracto.

IV. LA APLICACIÓN CONJUNTA DE UNA SANCIÓN PENAL Y UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA: HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DEL *NON BIS IDEM*

Con base en lo hasta ahora explicado sobre la distinción entre delito e infracción administrativa y los criterios de interpretación para hacer operativa esta distinción, puede ahora responderse a la pregunta de si la aplicación conjunta de una sanción penal y una sanción administrativa constituye una sobrerreacción o no. Si se entiende que la distinción es de carácter cuantitativo, es decir, que el fundamento del castigo es el mismo, radicando la distinción en una mayor o menor gravedad de la lesión, entonces la aplicación conjunta de ambas sanciones será siempre una sobrerreacción, pues

alcohólica en la conducción habla, MÁRQUEZ CISNEROS, *El delito de conducción en estado de ebriedad*, Lima, 2012, p. 122 ss.

(30) Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro", en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 330 ss.

(31) Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 332 s. En la misma línea, VILCHEZ CHINCHAYÁN, "Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo", en *Estudios críticos de Derecho Penal Peruano*, Lima, 2011, p. 23.

(32) Vid., FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, p. 94 s.

la sanción por el hecho cuantitativamente más grave abarcaría la gravedad de la infracción menos grave[33]. Por lo tanto, en todos los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa habría una sobrerreacción, lo que obligaría a limitar la sanción a la más grave, es decir, a la sanción penal. Si se entiende, por el contrario, que entre delito e infracción administrativa hay una distinción cualitativa, entonces el fundamento de la sanción en cada caso será distinto, por lo que la aplicación conjunta de las sanciones no se presentará como ilegítimo, ya que no habría una doble sanción por lo mismo (*bis in idem*). Es evidente que las consecuencias que se derivan de asumir una y otra posición resultan insatisfactorias. El hecho es que la práctica fundamentalmente intuitiva de los tribunales se inclina por afirmar la existencia de un *bis in idem* solamente en el caso de las relaciones de sujeción general de los administrados a la Administración Pública, mientras que se niega en el caso de las relaciones de sujeción especial (derecho disciplinario). En consecuencia, ninguna de las dos posiciones antes mencionadas podría dar sustento a esta solución diferenciada.

La insatisfacción de la solución a la que se llega, ha llevado a que los que sostienen que la distinción entre delito e infracción administrativa es puramente cuantitativa, terminen por aceptar que el Derecho disciplinario, a diferencia del Derecho administrativo sancionador, es sustancialmente distinto al Derecho Penal, por lo que la diferencia entre un delito y una inconducta funcional será de carácter cualitativo[34]. Este intento de rectificación genera, sin embargo, una distorsión insalvable, pues si se parte de que el Derecho disciplinario es abarcado por el Derecho administrativo sancionador, no es coherente decir luego que dicho ámbito cuenta con un fundamento cualitativamente distinto al Derecho penal. Por esta razón, algunos autores han optado por sustentar la posibilidad de una doble sanción no en la simple existencia de una relación de sujeción especial, pues el fundamento de la pena y la sanción disciplinar sigue siendo el mismo, sino en que la sanción penal no presuponga la infracción de deberes funcionariales. En consecuencia, en el caso de delitos de funcionario público no podrá imponerse una sanción penal y disciplinar, mientras que si se trata de un delito común cometido por un funcionario público, no habrá identidad de fundamento entre las sanciones concurrentes[35].

---

(33) Vid., así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del "ne bis in idem"*, p. 89 ss.

(34) Vid., así, QUINTERO OLIVARES, "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 608-610, 1991, p. 25.

(35) Vid., ampliamente, la exposición que hace HUERTA TOCILDO, "Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios", en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 66 ss.

El dilema anterior se puede resolver satisfactoriamente, asumiendo, por el contrario, la tesis de la distinción cualitativa y un correcto entendimiento de los presupuestos para afirmar una situación de *bis in idem*. En caso de concurrencia de infracciones de carácter penal y administrativo no habrá mayor problema para aplicar en el plano normativo ambas sanciones. Sin embargo, debe tenerse presente que la imposición de la sanción penal, si bien se legitima sobre la faceta inteligible del infractor, en la realidad recae también sobre una persona que es un ser sensible, lo que es también conocido por otros como seres sensibles. Por lo tanto, la imposición de la pena sobre el *homo noumenon* no excluye que despliegue efectos empíricos sobre el *homo phaenomenon*, lo que cubriría la necesidad de imponer la sanción administrativa correspondiente. Desde esta perspectiva, la imposición de la sanción administrativa se torna en innecesaria y, por lo tanto, desproporcionada, si la imposición de la sanción penal cubre de hecho los requerimientos que legitiman la imposición de la sanción administrativa. Esta comprensión lleva evidentemente a una necesaria reformulación de los presupuestos del *non bis idem*, en el sentido no de modificarlos, sino, más bien, de redefinirlos en caso de concurrencia de una sanción penal y administrativa.

Siguiendo la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Español al respecto (STS de 30 de enero de 1981)[36], nuestra legislación positiva señala que existe una situación de *bis in idem* cuando se presenta una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal)[37], lo que ha sido reiterado por diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano[38]. En cuanto a la identidad de fundamento, la posición asumida lleva a entender que lo más adecuado no es exigir, en estricto, una identidad de fundamento entre los órdenes sancionatorios concurrentes, pues, como se ha dicho, el fundamento del delito no es el mismo que el fundamento de la infracción administrativa. Lo que tiene que exigirse es, más bien, una identidad de efectos, es decir, que la imposición de la sanción más grave (la penal), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción administrativa. La identidad de fundamento debe ser pues reformulada y pasar a entenderse, más bien, como identidad de efectos, en el sentido de que la sanción penal cumple la función atribuida al Derecho penal y satisface además empíricamente los requerimientos del Derecho administrativo sancionador.

---

(36) Vid., sobre esta sentencia con mayores referencias, GARCÍA ALBERÓ, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, p. 53 ss.

(37) Vid., igualmente, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, I, p. 62.

(38) Vid., los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ÁVALOS RODRÍGUEZ/ ROBLES BRICEÑO, *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*, p. 297 ss.

En el caso de sanciones administrativas a los administrados en una relación de sujeción general, la pena despliega, por lo general, los efectos empíricos que satisfacen las exigencias de la sanción administrativa aplicable. Sin embargo, en el caso de las relaciones de sujeción especial, la situación es distinta. Se trata de relaciones jurídico-administrativas de inserción duradera y efectiva de un administrado en la Administración que se traduce en un tratamiento especial de la libertad y los derechos fundamentales, adecuado a los fines típicos de cada institución[39]. No son expresión de la potestad sancionatoria, sino de la capacidad propia de autorregulación de la Administración Pública[40]. En este sentido, la sanción penal y la disciplinaria no sólo carecen de identidad de fundamento, sino que, por lo general, los efectos que despliega la pena no alcanzarán a los fines de las sanciones por la violación a los deberes de sujeción especial. Por ejemplo, la destitución no es una sanción disciplinaria que las penas puedan satisfacer, pues hasta la inhabilitación penal es temporal. Solamente en casos muy específicos en los que la sanción disciplinaria no alcanza a la destitución y, más bien, a otro tipo de sanción (multa, suspensión o amonestación), puede ser que la sanción penal satisfaga empíricamente el fin procurado por la sanción disciplinaria. Pero la regla general es que la sanción penal no cubre el fundamento de la sanción disciplinaria, por lo que no podrá sustentarse, desde el principio del *non bis in idem*, la imposición únicamente de la sanción penal.

IV. LA CONCURRENCIA DE PROCESOS (PENAL Y ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR)

1. La prohibición del doble procesamiento (*non bis in idem* procesal)

En los casos en los que debe regir la prohibición de doble castigo, no basta con impedir la imposición de las dos sanciones concurrentes, sino que, dado que el procesamiento en sí constituye una carga sobre el ciudadano, debe establecerse mecanismos para impedir el doble procesamiento (*non bis in idem procesal*). En consecuencia, si un hecho tiene una incidencia tanto penal, como administrativa, solamente deberá hacerse un procesamiento a la misma persona.

Lo primero que debe definirse es quién decide si un caso concreto tiene incidencia administrativa y penal. Dado que el delito es el que tiene la mayor especificidad frente a la infracción administrativa, debe ser el sistema pe-

(39) Vid., la exposición que hace HUERTA TOCILDO, *LH-Cerezo Mir*, p, 45, con apreciaciones críticas.

(40) Vid., NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 226 ss.

nal el que decida si el hecho tiene, además de su posible naturaleza administrativa, una aparente relevancia delictiva que amerite un procesamiento penal. En este orden de ideas, le corresponderá al Ministerio Público tomar la decisión sobre si un hecho tiene relevancia penal o si solamente cabe que el hecho se investigue en sede administrativa. Esta regla general tiene, sin embargo, sus excepciones en ámbitos especializados como sucede, por ejemplo, con el artículo 131 de la Ley General del Procedimiento Concursal, que le otorga la facultad a la Comisión de Procedimientos Concursales de decidir si una irregularidad en el procedimiento concursal tiene incidencia penal o no[41]. Si esta regulación especial se sustenta en un manejo estratégico de la amenaza penal por parte del órgano administrativo, esta justificación implicaría abandonar el principio de legalidad para sustituirlo por criterios de oportunidad manejados discrecionalmente por la Comisión, lo que evidentemente resultaría contrario a los parámetros de oportunidad que se manejan en sede penal.

Una vez que se ha determinado que el hecho concreto tiene relevancia penal y administrativa, debe establecerse si la aplicación conjunta de pena y sanción administrativa conlleva una sobrerreacción sancionatoria, lo cual tiene lugar, como ya se vio, si la sanción administrativa se debe a una infracción a la relación de sujeción general. Para evitar la sobrerreacción sancionatoria resulta necesario limitar el castigo a una sola sanción, por lo que debe decidirse cuál de las sanciones debe prevalecer. La regla asumida en nuestra legislación es la preeminencia del castigo penal, tal como lo establece claramente el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Por lo tanto, si se inicia un proceso penal, el procedimiento administrativo sancionador no tiene que iniciarse o, si es que ya se inició, no deberá continuar. Si el proceso penal concluye con una condena penal, esta situación cerrará definitivamente la posibilidad de un procesamiento administrativo. En caso de absolución, por el contrario, se podrá (re)abrir el proceso administrativo sancionador, aunque manteniendo los hechos judicialmente determinados.

La afirmación de que una sentencia condenatoria en sede penal cierra la posibilidad de abrir un procedimiento administrativo sancionador debe relativizarse en el caso de condenas que no imponen sanciones, o éstas no se ejecutan. Esto sucede en el caso de la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena. Dado que el fundamento del *non bis in idem* radica en que el cumplimiento de la pena cubre empíricamente la necesidad de sanción administrativa, es lógico pensar que si es que la pena no se impone o no se ejecuta, no se dan los efectos empíricos que justifiquen el *non*

(41) Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PE, II, p. 340.

bis in idem. La solución coherente debe ir en la línea de admitir la posibilidad de abrir el procedimiento administrativo sancionador si luego del periodo de prueba la condena se entiende como no impuesta o la pena como cumplida. En la medida que no se ha cumplido efectivamente ninguna sanción penal, no se ha cubierto el fin de protección que legitima la sanción administrativa. Por lo tanto, si bien el condenado gozó del beneficio de la reserva del fallo o de la suspensión de la ejecución de la pena, este beneficio tiene un radio de acción limitada a la sanción penal y no debe alcanzar a la sanción administrativa.

Habiéndose indicado que la prevalencia la tiene el proceso penal, surge la cuestión de qué sucede si se impone una sanción administrativa antes de que termine el proceso penal. La solución que preserva la prohibición de exceso tendría que ser que la sanción penal ya no podría imponerse. Dado que esta solución produciría una infrarreacción, se ha propuesto como alternativa compensar la multa administrativa con una atenuación de la pena[42]. Sin embargo, esta alternativa de solución resulta claramente inaplicable en razón de la distinta naturaleza de la sanción penal y la administrativa. Lo que sí parece razonable es la propuesta de una solución diferenciada en el sentido de aplicar la sanción penal si la imposición de la sanción administrativa se debe a una actuación del sancionado con la finalidad de evadir la sanción penal. En efecto, si es la Administración la que se equivoca y, pese a contar con la información pertinente, decide imponer una sanción administrativa, entonces no se podrá cargar el error sobre el sancionado, por lo que la sanción penal no podrá imponerse además de la sanción administrativa ya impuesta. Pero si la sanción administrativa se ha impuesto por una actuación fraudulenta del sancionado que ocultó o hizo creer a la Administración que el hecho tenía una incidencia sólo administrativa, entonces éste tendrá que cargar con la imposición de dos sanciones por el mismo hecho[43].

2. La prohibición de un hecho con bases fácticas contradictorias

Se ha dicho que, a diferencia de la relación de sujeción general, en las infracciones a la relación de sujeción especial no hay una sobrerreacción si por el mismo hecho se le impone al funcionario público una sanción penal y disciplinaria. El cumplimiento de la sanción penal no cubre lo que fundamenta la sanción administrativa disciplinaria. Sin embargo, pese a la legitimidad del doble castigo en el caso de relaciones de sujeción especial, el procedi-

(42) Vid., la referencia a pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español en ese sentido, BOIX REIG, "La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in ídem", en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 133 ss.

(43) Vid., BOIX REIG, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 138.

miento disciplinario debe igualmente suspenderse en caso de existir por el mismo hecho un proceso penal contra el funcionario público. No se trata ya de un mecanismo que apunte a evitar una excesiva doble sanción, sino de evitar respuestas estatales contradictorias. En efecto, razones de seguridad jurídica obligan a que la base fáctica sobre la que se decide el tema penal y el tema disciplinario sea la misma(44). Dado el carácter definitivo de la determinación judicial de los hechos, es el proceso penal el que debe determinar la base fáctica sobre la que los órganos administrativos deben decidir la sanción disciplinar. En consecuencia, el procedimiento disciplinar debe suspenderse hasta que en el proceso penal se determine la base fáctica sobre la que decidir la responsabilidad disciplinar.

A la solución propuesta podría objetársele que, dado los tiempos que se manejan en el ámbito penal, un funcionario inidóneo podría mantenerse en la Administración durante mucho tiempo, lo que afectaría sustancialmente el sentido de la regulación disciplinaria. No obstante, la solución no puede ir en la línea de darle prioridad al sistema administrativo disciplinario o admitir bases fácticas contradictorias, sino, más bien, estableciendo en el proceso penal la posibilidad de una medida cautelar de suspensión en el cargo para los funcionarios públicos. La cuestión de la celeridad debe ser resuelta en el proceso penal.

V. PALABRAS FINALES

Con la presente contribución he querido dar un enfoque distinto a la forma como tradicionalmente se entienden los presupuestos del principio del *non bis in idem* en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. La premisa conceptual básica es una comprensión cualitativa de la distinción entre delito e infracción administrativa. Nuestro homenajeado, el ilustre Profesor José Hurtado Pozo, no comparte este punto de partida, pues entiende que "*en realidad el legislador es quien simplemente decide con gran libertad de incluir una norma jurídica en el derecho penal administrativo o en derecho penal ordinario*"(45). Sin embargo, una de las mayores enseñanzas que he recibido del maestro ayabaquino es incentivar el pensamiento crítico (warum?). Por esta razón, creo que el mejor homenaje que le podría rendir en la celebración de sus 70 años es desarrollar una posición que discrepe de la sostenida por él, con el ánimo de generar una discusión constructiva que no se quede en planteamientos estáticos y perennes.

(44) Como expresión también del *non bis in idem*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del "ne bis in idem"*, p. 81, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional Español de enero de 1981.

(45) Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal, PG*, I, § 1, n.m. 122.

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

3. Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2090-2005 - Lambayeque

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL PERMANENTE

R.N 2090-2005 LAMBAYEQUE

ASUNTO: El contenido y los elementos del ne bis in idem material. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador.

PRECEDENTE VINCULANTE: Fundamentos Jurídicos 4º y 5º

Lima, siete de junio de dos mil seis.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles contra el auto superior de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que el recurrente al formalizar su recurso de nulidad de fojas setecientos setenta y siete afirma que la Sala Penal Superior vulneró el principio ne bis in idem, establecido en el inciso diez del artículo doscientos treinta de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, pues mediante la resolución recurrida dispuso la continuación de su procesamiento a nivel judicial pese a que por los mismos hechos había sido previamente sancionado administrativamente por doce meses con cese temporal y sin goce de remuneraciones. Segundo: Que se imputa al encausado Víctor Manuel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve haber adicionado a la suma de seiscientos setenta y siete nuevos soles la palabra dólares americanos, con la finalidad que la Municipalidad agraviada pague una suma mayor a la que realmente debía hacerlo y él apropiarse de la diferencia, que ascendía a mil seiscientos veinticinco nuevos soles; que, además se le atribuye que coadyuvó a que sus coencausados Alejandro Jacinto Muro -Alcalde de la Municipalidad de Pítipo- y Juan Armando Chirinos Tello –tesorero- entreguen al imputado Genaro Segura Azaña cheques por un valor de ciento ocho mil sesenta nuevos soles, y que los encausados Alejandro Jacinto Muro Távara y Armando Chirinos Tello proporcionen a José Carbonel Acosta la suma de cuatro mil nuevos soles sin que exista motivo alguno. **Tercero:** Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho Penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social. **Cuarto:** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante

conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. **Quinto:** Que el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. Sexto: Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos –AA/TC, veintiocho sesenta y ocho – dos mil cuatro -AA/TC, veintitrés veintidós – dos mil cuatro –AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro – dos mil cuatro – HC/TC, respectivamente. Séptimo: Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal -conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce-; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal –véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco-, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de ne bis in idem. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles en el proceso que se le sigue por delito contra la administración pública - peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, con lo demás que contiene; y los devolvieron. **S.S. SIVINA HURTADO SAN MARTÍN CASTRO VALDEZ ROCA LECAROS CORNEJO CALDERÓN CASTILLO**

UNIDAD II: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas y ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Derecho penal parte general, temas claves. Gaceta Jurídica. Lima, 2016. P. 103- 134.

LUIS REYNA ALFARO

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

TEMAS CLAVES

APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

RELEVANCIA DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

CAPÍTULO V

PANORAMA ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

SUMARIO: I. La problemática de la responsabilidad penal de las empresas. II. Sobre la conveniencia político criminal de la responsabilidad penal empresarial. III. La responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal peruano. 1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal peruano. 2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. IV. La insuficiencia del sistema de imputación individual y la necesidad de construir un sistema de imputación para las personas jurídicas. 1. La propuesta de Klaus Tiedemann: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual. 2. La tesis de Günther Heine: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa / Responsabilidad penal empresarial independiente. V. Conclusión.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

Societas delinquere non potest; *la sociedad, la empresa no puede delinquir.* Hasta hace pocas décadas, el aforismo latino *societas delinquere non potest* era enunciado de modo categórico, desconociéndose la posibilidad de sancionar penalmente a las propias personas jurídicas y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. Hoy en día, sin embargo, la enunciación cambia de tono y se formula ya no en tono afirmativo sino como interrogante *¿Societas delinquere non potest?*, *¿La persona jurídica puede delinquir?*

Y es que la relevancia actual de la criminalidad producida en el contexto empresarial provoca exigencias político criminales que han motivado que el antes excepcional discurso de responsabilidad penal de la propia persona

jurídica se transforme en una tendencia dominante que trasciende los límites del *common law.*

En efecto, las legislaciones penales en Derecho Comparado mostraban un panorama bastante claro: En los países del *common law* predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico europeo continental la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual. Hoy en día ese esquema se ha visto alterado.

Se observa una tendencia creciente en el Derecho europeo continental a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica; en esa línea, además de la implementación en el Código Penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la posible futura introducción en el Código Penal español de una reforma (Exp. N° 121/000119) a favor de responsabilizar directamente a la persona jurídica, observamos cómo el *corpus juris* europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra en su artículo 13 (antes el art. 14) una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.

Esta situación provoca la necesidad de revisar, en primer lugar, la conveniencia político-criminal de responsabilizar directamente a los entes empresariales y, en un segundo término, determinar si es posible sostener, ya sea a nivel de *lege lata* o de *lege ferenda,* la responsabilidad penal de las personas jurídicas o si, por el contrario, la criminalidad de empresa debe enfrentarse a través de fórmulas destinadas al castigo del sujeto individualmente responsable del hecho punible.

II. SOBRE LA CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Desde una perspectiva político-criminal orientada a la función del Derecho Penal, puede sostenerse que el propósito de proteger bienes jurídicos a través del Derecho Penal se vería mejor logrado de establecerse un sistema legal de imputación directa a la persona jurídica. Esto, por consideraciones de orden cuantitativo y cualitativo provocando la generación –siguiendo la

terminología de Bajo Fernández/ Bacigalupo Saggese– de daños materiales y daños inmateriales[1].

Cuantitativamente, la conveniencia político criminal de responsabilizar penalmente a la persona jurídica puede sostenerse a partir de los datos estadísticos que proporciona la criminología que parecen revelar la necesidad de afrontar la criminalidad empresarial de un modo directo. Puede mencionar un reconocido estudio realizado por el Instituto Max Planck de Alemania ha determinado que el 80 % de los delitos producidos en Alemania tienen lugar a partir de una actuación a favor de una empresa[2], lo que parece evidenciar que esta parece proporcionar cierto ambiente favorable a la infracción de la ley penal.

Cualitativamente, los efectos desestabilizadores de la criminalidad de empresa sobre la economía pueden reconocerse en casos de actualidad como los casos Madoff y Enron.

En el caso Madoff podemos observar como la actividad de Bernard Madoff –Director de Madoff Investment Securities, una empresa sumamente reconocida en el sistema financiero norteamericano– le permitió obtener, mediante el conocido método de fraude piramidal, ganancias cercanas a los 50 millones de dólares americanos[3].

Mayores repercusiones pueden observarse en el caso Enron que constituye un verdadero paradigma de los efectos de la criminalidad económica. *Enron Corporation,* una empresa perteneciente al rubro de la energía, con aproximadamente 21,000 trabajadores y considera una de las diez más sólidas en los Estados Unidos, reveló la existencia de mecanismos fraudulentos en el manejo de la información financiera con intervención directa de, hasta ese momento, una de las más prestigiosas empresas auditoras Arthur Andersen. Con daños

(1) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho Penal económico.* Ceura, Madrid, 2001, pp. 30-33.

(2) GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos (dir.). *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal económico.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, p. 45; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal económico. Parte general y Parte especial.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 105; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales.* N° 7/8. Lima, 1999, p. 965.

(3) "El caso Madoff". Blog Ahorro: <http://www.blogahorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/> (consulta 20 de agosto de 2009), p. s/n.

cuantificados en 70 billones de dólares[4] y con una victimización masiva sin precedentes, el caso Enron es un ejemplo de los alcances de la criminalidad económica y su estrecha vinculación con el poder político y la corrupción en dicho entorno.

Nuestros países no han sido ajenos a este tipo de fenómenos delictivos. Los escándalos financieros producidos en Ecuador (casos "Filanbanco" y "El Progreso") y los fraudes de subvenciones tan comunes en nuestra economía intervencionista (fraude con los dólares M.U.C. en Perú).

Pero la dañosidad de la criminalidad empresarial no se limita a daños materiales de orden patrimonial, sino que comprende, en casos cada vez más habituales, daños materiales relacionados a la vida, integridad física y la salud; piénsese, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el producto ocurridos en Alemania (casos "Contergan" y "Lederspray") y España (caso del aceite de colza)[5] y los cada vez más comunes en nuestro país supuestos de siniestralidad laboral; así como daños inmateriales vinculados a la pérdida de confianza en el sistema económico y la generación simultánea de efectos de espiral, de contagio y de reacción en cadena[6].

No son solo los efectos y la dañosidad asociada a la criminalidad empresarial los que abonan a favor de la opción de responsabilizar penalmente a la persona jurídica sino las características fenomenológicas de las estructuras empresariales que hacen sumamente dificultosa la labor de protección de bienes jurídicos a partir de un sistema de imputación penal exclusivamente individual[7]. Piénsese, por ejemplo, en la influencia de la actitud criminal colectiva en los individuos que se desenvuelven en el entorno empresarial o en la complejidad de la organización empresarial y los efectos de la división del trabajo en la determinación de la responsabilidad individual debido

(4) IBARRA PALAFOX, Francisco. "Enron o erase una vez en los Estados Unidos". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/4.pdf> (consulta 20 de agosto de 2009). p. 07.

(5) Véase, al respecto: HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, passim.

(6) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 31-33.

(7) HEINE, Günther. "La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales". En: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 51.

a la separación existente entre los centros de decisión empresarial y los de ejecución[8].

Es evidente que la propuesta de responsabilidad penal de las corporaciones no solo resulta útil sino necesaria en un sistema de la imputación penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Queda por determinar, sin embargo, si la intervención penal directa sobre las empresas es sostenible recurriendo a las fórmulas de imputación penal contenidas en el Código Penal o si constituye más bien una propuesta defendible de *lege ferenda*.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal peruano

El Código Penal peruano descarta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto porque las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. En efecto, el artículo 11 del Código Penal peruano (son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley)[9] reconoce como presupuesto del hecho punible la existencia de una **acción jurídico penalmente relevante**.

Este concepto, tal cual ha sido construido por la dogmática jurídico penal, permite disgregar las acciones en sentido estricto (ontológico material), esto es, aquellas que modifican la conformación exterior del mundo, de aquellas que al Derecho Penal le interesa abarcar, esto es, de aquellas que son penalmente relevantes.

Y al Derecho Penal le interesa castigar, en primer lugar, las acciones que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en tanto esta –la

(8) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 116-117; HURTADO POZO, José & MEINI MÉNDEZ, Iván. "Las personas jurídicas frente al Derecho Penal peruano". En: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77; TIEDEMANN, Klaus. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: El mismo. *Temas de Derecho Penal económico y ambiental*. Idemsa, Lima, 1999, p. 204.

(9) Similar el artículo 10 del Código Penal del Ecuador: "Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar".

protección de bienes jurídicos– es la misión misma del Derecho Penal. En segundo lugar, al Derecho Penal le interesa castigar las acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos en tanto y en cuanto ellas se encuentren orientadas por la **voluntad humana**. Dicho de otro modo, las acciones –en sentido material– podrán calificarse de **acciones penalmente relevantes** si lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y se encuentran además guiadas por la voluntad humana. Desde esta perspectiva, puede decirse que la persona jurídica no puede ser penalmente responsable ya que carece de capacidad de acción en sentido jurídico penal y por ello se encuentra, de momento, fuera del alcance del Derecho Penal(10).

Por otra parte, el reconocimiento de la culpabilidad como un elemento fundamental del hecho punible conforme a la clasificación tripartita propuesta por la teoría del delito –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– impide aditivamente descartar, de *lege lata,* la existencia de una responsabilidad directa de la persona jurídica.

En efecto, dentro de los elementos de la culpabilidad –categoría que implica un juicio de reproche sobre el autor del injusto penal por resultarle exigibilidad una conducta distinta– se haya la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la capacidad de motivación. Estas categorías resultan, como trataré de demostrar, difícilmente aplicables en relación a las personas jurídicas.

La imputabilidad, reconocida expresamente por el artículo 10 del Código Penal ecuatoriano al formular el concepto de infracción penal como **acto imputable sancionado por la ley penal**, y de modo tácito por el artículo 20 del Código Penal peruano que reconoce capacidad exculpante, es decir, de eliminación de culpabilidad, de ciertos supuestos de inimputabilidad, alude al halo de condiciones estructurales de tipo cognitivo y volitivo que debe reunir la persona para reconocer el contenido de la prohibición penal: Imputabilidad es, en otras palabras, capacidad de culpabilidad. Es evidente, sin la existencia de las condiciones estructurales propias de la imputabilidad, no sería posible que el Derecho Penal pueda reprochar al autor la realización del injusto penal.

Del mismo modo, tampoco resultaría posible emitir juicio de reproche sobre el autor del hecho típico y antijurídico si aquel desconoce que el

(10) De este modo, reitero lo expuesto en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 120-121.

comportamiento realizado es prohibido por el ordenamiento jurídico. El conocimiento de la antijuricidad implica el reconocimiento por parte del autor que su actuación se encuentra dentro de los ámbitos de lo prohibido por el ordenamiento jurídico. Esto supone, por otra parte, que el injusto penal no debe haberse realizado bajo influencia de error (error de prohibición).

La exigibilidad de otra conducta o motivabilidad exige identificar si en las circunstancias concretas del caso el autor del injusto penal se hallaba o no en condiciones de seguir los parámetros de actuación fijados por el ordenamiento jurídico. En efecto, no resultaría razonable que el Derecho Penal emita el juicio de reproche propio de la culpabilidad si al autor, en las circunstancias concretas del caso, no puede exigírsele un comportamiento distinto (inexigibilidad de otra conducta).

Conforme se desprende del contenido de las categorías que integran la culpabilidad, aquellas terminan reconduciéndose a la voluntad y la capacidad de motivación, por lo que no pueden ser atribuidas a la persona jurídica y, por lo tanto, impiden la concurrencia de los presupuestos del hecho punible. Desde la perspectiva de los desarrollos de la teoría del delito, conforme esta ha sido desarrollada por el dogmático jurídico penal, queda en evidencia que la persona jurídica no puede ser considerada sujeto de imputación penal. Se revela de este modo el denunciado contraste entre las necesidades político criminales y las posibilidades de la dogmática penal tradicional[11].

2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica

Pese a lo sostenido, la introducción en el Código Penal peruano de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas contenidas en el artículo 105 pueden generar ciertas dudas respecto a si suponen auténticas penas o medidas de seguridad para las personas jurídicas, lo que supondría el reconocimiento implícito de que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad o al menos de acción, o si tienen una naturaleza distinta.

En efecto, el artículo 105 del Código Penal reconoce la posibilidad de aplicar a la persona jurídica una serie de medidas, (disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, etc.), cuando el hecho punible sea cometido en ejercicio de la actividad de la

(11) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., pp. 216-217.

empresa o cuando se utiliza su organización para favorecerlo o encubrirlo. Sin embargo, la vaguedad del legislador al denominarlas consecuencias accesorias[12] ha propiciado un intenso debate dogmático que, por cuestiones de pertinencia, solo podrá ser reseñado en sus términos más elementales.

El carácter punitivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas es postulado fundamentalmente por Zugaldía Espinar quien sostiene que las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal español por exclusión deben ser consideradas auténticas penas[13]: Si las consecuencias accesorias –refiere Zugaldía Espinar– no tienen naturaleza reparatoria civil ni son medidas preventivas-reafirmativas, son entonces penas. Este argumento es completando por otros autores con la noción de mayor garantismo asociado a la imposición de las penas: Si se considera a las consecuencias accesorias auténticas penas se podría garantizar un mejor respeto de los derechos de las personas jurídicas dentro del proceso penal[14].

Desde nuestro punto de vista, la solución de considerar las consecuencias jurídicas del delito verdaderas penas para las personas jurídicas tiene un escollo legal insuperable que impide recurrir al argumento de la exclusión postulado por Zugaldía Espinar.

En efecto, el artículo 28 del Código Penal establece una cláusula cerrada de penas dentro de las cuáles no se encuentran las contenidas en el artículo 105 del Código Penal. Esta cuestión, sumada a la exigencia de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena y la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos impiden afirmar que las medidas del artículo 105 del Código Penal peruano constituyan auténticas penas para las personas jurídicas. Es de reconocer, además, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, conforme al contenido del artículo 105 del

(12) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español". En: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 31.

(13) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho Penal". En: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 253.

(14) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 179.

Código Penal, exige no solo la realización de un hecho punible sino un estado de cosas específico: actitud criminal de la persona jurídica[15].

Por consideraciones similares a las antes desarrolladas en relación a la pena es que debe negarse que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica constituyan una especie medidas de seguridad[16]. Primero, porque contradicen el sentido del artículo 71 del Código Penal que determina como únicas medidas de seguridad previstas por el Estatuto penal el tratamiento ambulatorio y la internación; segundo, porque la calificación como medidas de seguridad exigiría una reformulación total del concepto de peligrosidad criminal[17].

Sin perjuicio de los argumentos dogmáticos expuestos precedentemente, la propia opción legislativa de abordar las medidas aplicables a la persona jurídica en un título independiente del Código Penal[18], permiten sostener que su naturaleza jurídica es distinta a la de las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, sostener que las medidas descritas en el artículo 105 del Código Penal no son penas ni medidas de seguridad no permite aún reconocer cuál es, en efecto, la naturaleza jurídica de dichas medidas.

En nuestra opinión, las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas constituyen sanciones *sui generis* ubicadas a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales[19]. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver su estructura ontológica en tanto son medidas previstas comúnmente en el Derecho administrativo sancionador, en tanto que con las sanciones penales les une el fin perseguido –el preventivo– y la jurisdiccionalidad de su imposición.

(15) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p. 38.

(16) Como proponen, por ejemplo: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal económico*. Ceura, Madrid, 2001, p. 152.

(17) MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 231-232; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 254.

(18) En esa línea: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico. Parte general*, p. 231.

(19) URTECHO BENITES, Santos. *Criminalidad de la empresa*. Forum, Trujillo, 2006, p. 184. Cercana la posición de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista, Lima, 2009, p. 165; quienes, pese a sostener que se tratan de medidas administrativas reconocen que su imposición se encuentra condicionada a la intervención del juez penal dentro de un proceso penal respetuoso de los derechos procesales.

Habiendo establecido que las personas jurídicas no son penalmente responsables conforme a nuestro ordenamiento penal y tras determinar que las medidas previstas en el artículo 105 del Código Penal poseen carácter *sui generis* (administrativo-penal), corresponde establecer cuál es el fundamento jurídico para la imposición de dichas medidas a la persona moral.

En ese contexto, conviene reconocer que es la **peligrosidad objetiva** de la persona jurídica y su estructura organizativa[20] la que fundamenta materialmente la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Esto supone que las consecuencias descritas en el artículo 105 del Código Penal se imponen cuando aquella constituye una suerte de **instrumento peligroso** al facilitar y encubrir, de **modo continuo y prolongado**, la realización de comportamientos delictivos. Esta exigencia se deduce del propio tenor del artículo 105 del Código Penal, al referir en su parte inicial que las CAPJ se imponen: "Si el hecho punible fuere cometido **en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica** o **utilizando su organización** para favorecerlo o encubrirlo (...)".

En conclusión, puede sostenerse que la aplicación de CAPJ solo es posible si aquella tiene como **propósito general o dominante** contribuir y encubrir delitos. Hechos delictivos aislados o infrecuentes no justifican legalmente la imposición a una empresa de las consecuencias jurídicas accesorias descritas en el artículo 105 del Código Penal.

A partir de este fundamento, el artículo 105 del Código Penal propone una serie de condiciones para la imposición de las CAPJ, las cuáles desarrollaremos sucintamente en líneas posteriores.

En primer lugar, el artículo 105 del Código Penal reconoce el carácter **accesorio** de su aplicación, en virtud de lo cual las CAPJ solo podrán ser impuestas en tanto se determine, más allá de toda duda razonable, la realización de un **hecho punible** por parte de una persona natural[21]. En tal virtud, no podrá imponerse una CAPJ si no existe declaración judicial de responsabilidad penal de una persona natural.

(20) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p. 36.

(21) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Idemsa, Lima, 1997, p. 206.

En segundo lugar, dado que el artículo 105 del Código Penal requiere que el hecho punible sea consecuencia del **ejercicio de la actividad** de la persona jurídica o de la **utilización de su organización** se entiende que su aplicación está condicionada a que la persona natural involucrada en la realización del hecho delictivo posea algún tipo de relación con la persona jurídica.

En tercer lugar, aunque el artículo 105 del Código Penal establece que las CAPJ deben aplicarse de modo obligatorio si se cumplen con los presupuestos antes indicados (peligrosidad objetiva de la persona jurídica, declaración de responsabilidad penal de una persona natural y vinculación de la persona natural con la actividad y la organización de la persona jurídica), la determinación de qué medidas se aplican en cada caso concreto es facultativa para el juez.

Finalmente, aunque esto responde más bien a consideraciones de índole procesal, la imposición de las CAPJ exige que la persona jurídica haya sido oportunamente emplazada en el proceso penal, lo cual supone que aquella debe ser previamente comprendida como **parte pasiva imputada** mediante resolución judicial de imputación (auto apertorio de instrucción o auto ampliatorio o complementario de instrucción) a través del cual se delimiten los cargos que sustentarían su responsabilidad *sui generis*. Esta exigencia se encuentra reconocida expresamente por el §20 del Acuerdo Plenario N° 7-2009 y, por lo tanto, posee fuerza vinculante, resultando de observancia obligatoria por los tribunales de Justicia.

Ahora bien, el emplazamiento de la persona jurídica como **parte pasiva imputada** debe formularse oportunamente, a fin de evitar que la incorporación tardía de la persona jurídica en el proceso penal genere en aquella un estado de indefensión procesal. En ese contexto, conviene recordar que el nuevo Código procesal penal establece límites temporales para la incorporación en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización.

Desde esa perspectiva, no quedan dudas que el Derecho Penal peruano enfrenta la criminalidad del ente empresarial recurriendo a las fórmulas de imputación individual desarrolladas por los artículos 23 a 27 del Código Penal. Esto significa que la represión de un hecho punible cometido en el contexto de una entidad colectiva se logrará, no mediante la sanción a la propia persona jurídica, sino identificando a las personas naturales responsables del mismo, conforme a las reglas de intervención delictiva antes precisadas.

IV. LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

La cuestión por resolver ahora es si dicha opción, no podría ir aparejada de un sistema de imputación dirigido a la propia persona jurídica, es decir, si junto con el sistema de imputación individual puede construirse un sistema de imputación dirigido directamente a las propias personas jurídicas.

Los autores que han desarrollado la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reconocen que aunque el sistema de teoría del delito plasmado en las codificaciones vigentes no es aplicable a las personas morales, es posible adoptar un sistema de doble imputación que permita la imputación individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo. La adopción de un sistema de doble imputación, por cierto, no resulta cuestión novedosa en el plano legislativo comparado conforme se observa, por ejemplo, en el Código Penal francés, en el proyecto de Código Penal de Guatemala y en el Código Penal tipo para Iberoamérica[22].

La posibilidad de crear un sistema de imputación paralelo, conforme destaca acertadamente Miguel Bajo Fernández, no es cuestión nueva para el Derecho Penal. El Derecho Penal de menores se encuentra estructurado a partir de un sistema de imputación sin culpabilidad que se desarrolla de modo paralelo con el sistema penal de adultos[23]. Como se observa, no se pretende el reemplazo del sistema de imputación individual por un sistema de imputación de la persona jurídica sino la creación de un sistema alterno que funcione aditivamente. Esta lógica se manifiesta con claridad en la norteamericana Ley Sarbanes Oxley.

Efectivamente, la Ley Sarbanes Oxley, promulgada justamente tras el caso "Enron", reconoce la incapacidad del sistema de responsabilidad criminal norteamericano de corte claramente colectivo. En su reemplazo, justamente a través de la mencionada ley, se propone un sistema de imputación individual más riguroso en relación a la persona natural que actúa en nombre de la persona jurídica: No basta con sancionar a la empresa, sino que

(22) GUZMÁN ZANETTI, Dora. "Propuesta normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *Revista Canaria de Ciencias penales*. N° 1, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal comparado, Canarias, 1999. p. 218 y ss.

(23) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 135-139.

debe individualizarse y sancionarse a quien actúa por ella. En ese contexto se incrementan los ámbitos de responsabilidad de los directores, gestores y los auditores. La Ley Sarbanes Oaxley ha tenido a nivel del Derecho comparado una influencia que no puede soslayarse: La modificación del artículo 198 del Código Penal peruano es un ejemplo de aquello.

Ahora, la opción de castigar directamente a la persona jurídica exige desarrollar una labor dogmática que viene evidenciando una progresión digna de ser puesta en relieve y que vaticina un futuro poco promisor para el aforismo *societas delinquere non potest*(24). Esta labor, por cierto, ha incidido en el desarrollo de propuestas de reformulación de las categorías dogmáticas que han obstaculizado la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, esto es, la acción jurídica penalmente relevante y la culpabilidad. Este desarrollo dogmático permitirá la concreción, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las garantías constitucionales que imponen límites al poder punitivo del Estado, como el principio de legalidad y el de culpabilidad(25).

En esta ocasión, abordaremos los planteamientos más relevantes de la dogmática penal alemana, correspondientes a Klaus Tiedemann y Günther Heine.

1. La propuesta de Klaus Tiedemann: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual

Klaus Tiedemann, uno de los más representativos defensores de la responsabilidad penal empresarial, propone la creación de un sistema de imputación penal de la persona jurídica mediante la reformulación del concepto de acción jurídico penal y la culpabilidad.

a) El concepto de acción jurídico penal en la propuesta de Tiedemann

En opinión de Tiedemann, sobre la base que proporciona la doctrina proveniente de Inglaterra, Holanda y Norteamérica, las empresas no

(24) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p.23; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 259.

(25) DE LA GÁNGARA VALLEJO, Beatriz. "El sujeto del Derecho Penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de lege ferenda". En: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de Derecho Penal económico*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 62; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 250.

solo tienen la capacidad de comprometerse legalmente (por ejemplo, a través de un contrato), sino que pueden también incumplir dichos compromisos (incumplir un contrato). Esta lógica elemental, permite a Tiedemann sostener que las personas jurídicas tienen también capacidad de infringir la ley penal[26].

Como puede deducirse, Tiedemann fundamenta la capacidad de acción básicamente sobre la base de su condición de destinataria de los mandatos normativos, los cuales, en ciertas materias como la económica y societaria, pueden ser dirigidos exclusivamente hacia la persona jurídica[27].

Tiedemann reconoce, no obstante, que la persona jurídica es materialmente incapaz de actuar, debiéndose atribuir a ella los actos realizados por las personas naturales que actúan a nombre suyo. Este es justamente uno de los puntos débiles de la tesis de Tiedemann, al generar riesgos de posible vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio debido a que a la persona jurídica se le estaría atribuyendo el hecho materialmente realizado por una persona distinta, la persona natural. Frente a estos cuestionamientos, sumamente recurrentes en doctrina, Tiedemann responde identificando una serie de mecanismos legales que permiten la imputación por hecho materialmente efectuados por terceros, como ocurre, por ejemplo, en la autoría mediata o en la coautoría[28].

Los críticos a la propuesta de Tiedemann han sostenido que si bien las normas jurídica se encuentran dirigidas también a las personas morales, ello no supone que aquella deba responder por los delitos cometidos por sus representantes. Frente a este cuestionamiento, Tiedemann responde que el reconocimiento de capacidad de acción de las personas jurídicas por parte del Derecho Penal no sería más que la consecuencia lógica del reconocimiento de la persona jurídica como destinataria de las normas de orden extrapenal (administrativas, tributarias, etc.), tal cual ocurre, por ejemplo, en la figura del actuar por otro[29].

(26) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., p. 218.
(27) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., p. 218.
(28) Ibídem, p. 219.
(29) Ibídem, p. 221.

b) La culpabilidad por defecto de organización

Las personas jurídicas, como es propio también de las personas naturales, tienen el deber de organizarse correctamente. El fundamento de la culpabilidad de la empresa se encuentra en la infracción de dicho deber, es decir, en la organización defectuosa que permite la realización de delitos en el ejercicio de su actividad(30).

Los defectos de la organización empresarial se encuentran asociados a la omisión de las medidas de precaución indispensables para el funcionamiento regular y, por ende, no delictivo de la persona jurídica. Las medidas de precaución exigibles a la organización empresarial son de vigilancia, control y de organización de la persona jurídica con lo cual, nuevamente, se toma como referente los comportamientos de las personas naturales que actúan a favor de la empresa.

Ahora bien, no se trata tampoco de la culpabilidad por el actuar errado individual de los gestores de la persona jurídica, esto es, un evento aislado atribuible exclusivamente a quienes representan a la persona jurídica, sino de una verdadera culpabilidad de la empresa sustentada en una incorrecta evaluación de los riesgos empresariales(31).

c) Presupuestos para la imputación a la persona jurídica

Debido a que el planteamiento de Tiedemann tiene como presupuesto la actuación individual, de la cual depende la responsabilidad penal de la empresa, se plantea la cuestión respecto a qué sujetos pueden provocar la responsabilidad penal de la propia empresa.

Esta interrogante puede ser respondida recurriendo a dos criterios; uno de carácter formal, en virtud del cual solo se afirmará la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho punible sea ejecutado por sus órganos o representantes legales; el otro de carácter material, que condiciona la responsabilidad penal empresarial a los supuestos de actuación individual en beneficio de la persona jurídica, siendo irrelevante la existencia de un título de representación formal(32).

(30) Ibídem, p. 225.
(31) HEINE, Günther. Ob. cit., p. 59.
(32) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., p. 230.

Tiedemann entiende que resulta conveniente recurrir a un modelo intermedio, similar al reconocido en la legislación inglesa, holandesa, finlandesa o australiana, que permita comprender dentro del halo de individuos cuya actuación determine la responsabilidad penal de la empresa no solo a quienes poseen la condición de órganos de representación legal, sino a quienes posean *middle management*(33).

2. La tesis de Günther Heine: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa/ Responsabilidad penal empresarial independiente

Cercano al planteamiento de Tiedemann se encuentra la formulación de Günther Heine de construir una culpabilidad de las organizaciones empresariales que, aunque fundada en la organización deficiente de la empresa, se origina en la propia empresa, de modo independiente a la culpabilidad individual de quienes actúan a favor de la empresa(34).

El sistema de responsabilidad penal empresarial debe ser construido, conforme al planteamiento de Heine, de modo paralelo al sistema individual de responsabilidad penal. La propuesta de Heine, a diferencia del propuesto por Tiedemann, no toma como centro de referencia la responsabilidad penal del órgano de la persona jurídica sino que se enfoca directamente en la persona jurídica. De este modo se lograría estatuir una culpabilidad empresarial plenamente independiente de la correspondiente a las personas naturales que actúan a favor de la persona jurídica.

Justamente por este motivo (la menor trascendencia del acto individual) es que resulta conveniente el reconocimiento de la **dimensión temporal** de la organización empresarial. Conforme al planteamiento de Heine, la culpabilidad por organización deficiente no se sustenta en deficientes decisiones individuales sino en **una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación**, con lo cual esta sería una especie de **estado de hecho culpable** (35). De este modo, la culpabilidad penal de la empresa tendría carácter integral relacionado a la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización empresarial(36).

(33) Ibídem, pp. 232-233.
(34) HEINE, Günther. Ob. cit., p. 66.
(35) Ibídem, p. 68.
(36) Ibídem, p. 68.

La culpabilidad penal de la empresa se encontraría asociada a la condición de garante que aquella posee respecto a los riesgos técnicos que produce. La empresa posee deberes de evitación y control de peligros sustentados en la mayor eficacia de la administración empresarial de los riesgos respecto al control estatal de los mismos(37).

En el modelo de culpabilidad penal empresarial de Heine existirían dos presupuestos para afirmar la punibilidad de la persona jurídica: La administración incorrecta del riesgo y la materialización del peligro típico de la empresa. Estos elementos no operan en un mismo nivel: La culpabilidad de la empresa se sustentaría en la incorrecta gestión del riesgo, en tanto que la materialización del peligro típico operaría como una condición objetiva de punibilidad(38). Entre ambos elementos debe existir una relación de riesgo.

Heine sostiene que los diversos elementos del delito, como el dolo, la culpa o el conocimiento de la antijuricidad, deben ser valorados desde una perspectiva funcional-colectiva; así, por ejemplo, la imputación subjetiva del hecho a la empresa se sustentaría en el conocimiento que pudieran poseer las áreas legal y de seguridad de la persona jurídica(39).

V. CONCLUSIÓN

Al principio *societas delinquere non potest*, sin duda, le queda poco futuro. Pese a la subsistencia de voces en la doctrina que persisten en postular que las personas jurídicas no pueden delinquir, la realidad criminógena subyacente a la criminalidad de empresa obliga a un examen sobre la capacidad de rendimiento de la dogmática penal tradicional y las posibilidades que ofrece la creación de un sistema de imputación penal para los propias personas jurídicas.

Conforme se ha podido constatar en líneas precedentes, las estructuras en las que se asienta la teoría del delito resultan de escasa utilidad para las personas morales debido a su marcada orientación personalista que si no obstruyen al menos dificulta en gran medida su aplicación en el contexto de las

(37) Ibídem, p. 69.
(38) HEINE, Günther. Ob. cit., p. 70.
(39) Ibídem, pp. 70-71.

estructuras empresariales[40]. Resulta preferible la construcción de una teoría del delito orientado directamente hacia las personas jurídicas y que resulte plenamente independiente del constructo correspondiente a las personas naturales.

(40) Ibídem, p. 64.

CAPÍTULO VI

¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Observaciones en torno a las propuestas legislativas de incorporación de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Perú

SUMARIO: I. La situación de la persona jurídica en el Derecho Penal peruano. II. Sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las propuestas legislativas. 1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica. 2. Exclusión de las personas jurídicas de Derecho Público. III. Elementos que fundamentan la RPPJ. IV. Elementos que excluyen o atenúan la RPPJ. El *compliance* penal. V. Autonomía de la responsabilidad penal individual y la corporativa. VI. El Registro de personas jurídicas penalmente responsables. VII. A modo de conclusión: Sobre los retos de la introducción de la RPPJ.

I. LA SITUACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

En el Perú rige el aforismo latino *societas delinquere non potest*. El Código Penal peruano (en adelante, CP) aunque no es indiferente respecto a la realización de delitos a partir de una persona jurídica introdujo las denominadas consecuencias accesorias del delito (art.105 del CP)[1], mantuvo las estructuras propias de un sistema de imputación basado en la persona física[2].

(1) REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal económico. Parte general y Parte especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 203 y ss.

(2) Sosteniendo también que la legislación penal peruana recusa la responsabilidad penal de las personas jurídicas: TIEDEMANN, Klaus. *"Corporate criminal liability as a third track"*. En: Dominik Brodowski; Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra; Klaus Tiedemann; Joachim Vogel (edits.). *Regulating corporate criminal liability*. Springer, 2014, p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 268; BRAMONT ARIAS, Luis.

No obstante, una serie de circunstancias[3] permiten vaticinar la proximidad de un cambio de orientación político criminal en favor de la introducción de un sistema de imputación a la propia persona jurídica. De hecho, existen una serie de propuestas legislativas destinadas a introducir fórmulas de responsabilidad penal directa de la persona jurídica (de aquí en adelante RPPJ). Nuestro objetivo es proponer una mirada inicial a dichas iniciativas, de cara a reconocer su conveniencia y posible capacidad de rendimiento a partir del análisis de algunas de sus cuestiones principales[4].

Para la elaboración del presente trabajo se han tomado en consideración, además de los textos de los Proyectos de Ley N° 4054-2014/ PE (Proyecto de Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción, propuesto por iniciativa del Poder Ejecutivo, de aquí en adelante, Proyecto PE); N° 3194-2013/CR (Proyecto de Ley del nuevo CP, propuesto por el congresista Juan Carlos Eguren, de aquí en adelante, Proyecto NCP) y N° 2225-2012/ CR (Proyecto de ley de modificación del CP, propuesto por el congresista José Antonio Urquizo Maggia, de aquí en adelante, Proyecto Urquizo), el Anteproyecto de ley que regula la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en los delitos de corrupción (en adelante, Anteproyecto CAN, propuesto por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros), el Anteproyecto de Ley de Reforma del CP de 2009 (en adelante, APCP 2009), el Anteproyecto de CP de 2004 (en adelante, APCP 2004) así como los textos legales de nuestro entorno jurídico que han regulado la RPPJ (España, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela).

Derecho Penal peruano (Visión histórica), Ediciones UNIFE, Lima, 2004, p. 539; Peña Cabrera, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Grijley, Lima, 1999, p. 698; GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, Lima, 1972, p. 9.

(3) Se reconocen, en nuestra opinión, al menos cuatro circunstancias que van en dicho sentido: La tendencia a la importación de las leyes penales, el especial interés político-criminal existente en torno a las figuras delictivas en las que la incorporación de fórmulas de responsabilidad penal de la persona jurídica es una herramienta habitual (blanqueo de capitales, delitos de corrupción), la existencia de compromisos internacionales que tienen como presupuesto la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y EE.UU., la incorporación al Comité de Inversión y al Centro de Desarrollo del OCDE).

(4) No es por tanto mi intención examinar las cuestiones asociadas a la capacidad de las estructuras del Derecho Penal de soportar una pretendida punición de la persona jurídica. Nuestros objetivos, en esta oportunidad, resultan meramente descriptivos.

II. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Es común observar, tanto en la legislación comparada como en las propuestas legislativas nacionales, que existe un cierto predominio de las opciones que limitan la RPPJ a cierta clase de delitos seleccionados en función a intereses de orden político criminal. Veremos ahora como es que dicha tendencia se ha expresado en los proyectos legislativos nacionales.

a) El enfoque de la RPPJ en los delitos de corrupción de funcionarios

Tanto el Proyecto PE como el Anteproyecto CAN señalan que en sus respectivos artículos que la RPPJ estaría prevista para los delitos de corrupción de funcionarios públicos. No obstante, conviene reconocer ciertas diferencias en torno a los tipos penales que gatillan la RPPJ.

El Anteproyecto CAN establece que la RRPJ es aplicable a los delitos descritos en las Secciones II a IV del Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal. Esto supone, en buena cuenta, que el marco inicial de aplicación de la RPPJ propuesta por el Anteproyecto CAN serían los delitos comprendidos entre los artículos 382 al 401-B del CP[5].

Por su parte, el Proyecto PE, en términos más reducidos, establece que la RPPJ será de aplicación respecto a los delitos descritos en los artículos 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400 del CP. De este modo, el

(5) Concusión (art. 382 del CP), cobro indebido (art. 383 del CP), Colusión desleal (art. 384 del CP), patrocinio ilegal (art. 385 del CP), cláusula de extensión de responsabilidad penal hacia los peritos, árbitros y contadores (art. 386 del CP), peculado (art. 387 del CP), peculado de uso (art. 388 del CPP), malversación de fondos (art. 389 del CP), retardo injustificado de fondos (art. 390 del CP), rehusamiento de entrega de bienes (art. 391 del CP), cláusula de extensión del tipo penal (art. 392 del CP), cohecho –en sus diversas modalidades– (arts. 393 a 398-B del CP), aprovechamiento indebido de cargo (art. 399 del CP), tráfico de influencias (art. 400 del CP), enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP), cláusula de decomiso e incautación de bienes ilícitos (art. 401-A y 401-B del CP). Nótese aquí la deficiencia técnica legislativa en la propuesta de establecer RPPJ respecto a dispositivos que no describen tipos penales sino que desarrollan cláusulas de equivalencia o formulan cuestiones de orden procesal.

Proyecto PE comprende los delitos de colusión desleal (art. 384 del CP), peculado (art. 387 del CP), cohecho activo genérico (art. 397 del CP), cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), cohecho activo específico (art. 398 del CP) y tráfico de influencias (art. 400 del CP)[6].

Ahora, es de destacar, en este punto, la conveniencia de introducir la RPPJ en un contexto de especial interés para la Política Criminal del Estado como es la corrupción estatal. Esta conveniencia reposa en sus posibles efectos preventivos sustentados, a su vez, en un par de datos de evidente trascendencia criminógena: (i) Los actos de corrupción de mayor significación y lesividad social benefician a las personas jurídicas; y, (ii) el patrimonio utilizado para la realización de actos de corrupción proviene de las personas jurídicas.

Ahora, además de los efectos preventivos que podrían alcanzarse a través de la incorporación de una RPPJ cabe agregar los efectos simbólicos que podrían derivarse del Proyecto PE y el Anteproyecto CAN. Es innegable que las sanciones penales tienen efectos simbólicos trascendentes que, en este caso, pueden servir para reforzar la percepción social que abone a favor de la legitimación de las políticas públicas destinadas a enfrentar la corrupción pública.

Por estas razones no es de extrañar que ciertos referentes de la legislación comparada que han optado por una aplicación restrictiva de la RPPJ hayan comprendido la corrupción pública como uno de los sectores a ser comprendidos en la misma. En ese sentido, puede citarse la Ley N° 20.393 (Chile) que "establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado, financiamiento del terrorismo y **delitos de cohecho**" y la Ley N° 1474 (Colombia) que autoriza la RPPJ en el caso de delitos contra la Administración Pública.

(6) El Proyecto PE no explica las razones por las cuales se opta por incorporar la RPPJ solo cuando la iniciativa corruptora proviene del particular y no cuando aquella surge por iniciativa del funcionario público. La lógica –carente de sustentación criminológica– que subyace al Proyecto PE parece ser aquella que reconoce que, en los casos en los que la persona jurídica es receptora de la propuesta corrupta, la persona jurídica sería una auténtica víctima.

b) La insuficiencia de una RPPJ limitada a los delitos de corrupción

Ahora, aunque es cierto que la legislación comparada en nuestro entorno jurídico ha optado por abordar la RPPJ de modo parcial, esto es, solo para ciertos delitos, es de reconocer que los ámbitos de aplicación de dicha responsabilidad penal suele ser más extensa que la propuesta en el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN.

Así, la Ley chilena N° 20.393, como se acotó anteriormente, comprende además los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. De modo similar, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) establece la sanción penal directa de la persona jurídica en los casos de "hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo". Finalmente, podemos mencionar la Ley N° 9,605 (Brasil) que regula la RPPJ exclusivamente para los supuestos de criminalidad medioambiental.

Ante este escenario, puede plantearse la interrogante respecto a la conveniencia de ampliar la RPPJ que proponen el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN a otras tipologías delictivas (delitos ambientales, blanqueo de capitales, delitos tributarios, etc.).

La respuesta a esta interrogante debe tener presente que, como el Acuerdo Plenario N° 7-2009 sobre Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas ha reconocido, las deficiencias aplicativas en torno a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica previstas en el CP (art. 105 del CP) las que estarían relacionadas, entre otros factores, a **la carencia de normas procesales en el ACPP (antiguo Código de procedimientos penales).**

Cualquier pretensión de introducir la RPPJ en el ordenamiento penal material debe reconocer este dato procesal que reconoce la incapacidad del viejo ordenamiento procesal para instrumentalizar la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas[7].

(7) Es precisamente por esa razón que el mencionado Acuerdo Plenario N° 7-2009 propone recurrentemente la aplicación del CPP de 2004.

Precisamente esta circunstancia –escasa capacidad de rendimiento del ACPP en torno a la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas– es la que abona a favor de la opción propuesta en el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN de introducir la RPPJ solo en relación a la única tipología delictiva en la que se aplica, de modo general, el Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

En efecto, por imperio de la Ley N° 29574, modificada por la Ley N° 29648, se dispuso la vigencia anticipada generalizada del CPP para los delitos de corrupción de funcionarios previstos entre los artículos 382 al 401 del CP. Esta restricción del ámbito de aplicación de la RPPJ propuesta por el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN, permite así la utilización de una herramienta legislativa procesal más acorde con los estándares de respeto a los derechos procesales de las personas.

Todo esto lleva, en el caso concreto de las personas jurídicas, no solo a que se reduzcan los riesgos de prosecuciones penales indebidas que afecten la reputación empresarial y la funcionalidad de las personas jurídicas, sino a que se pueda recurrir a mecanismos probatorios que hagan más viables las pretensiones preventivas que el Anteproyecto CAN busca alcanzar.

c) Opciones de incorporación general de la RPPJ

Distinta es la opción planteada por el Proyecto NCP (arts. 35 a 37) que, al no establecer limitaciones, reconoce la posibilidad de aplicar la RPPJ para la generalidad de delitos. Similar planteo se observa en el Proyecto Urquizo que, aunque en su exposición de motivos hace expresa mención a la incidencia de la actividad de empresa en la comisión de ciertas conductas delictivas –delitos ambientales, delitos contra los consumidores, delitos contra el mercado de valores, delitos contra el orden financiero y bancario, delitos de corrupción, crimen organizado-, no formula distinciones en torno a los delitos que habilitan la punibilidad de la empresa.

2. Exclusión de las personas jurídicas de Derecho público

La mayoría de legislaciones penales han introducido una norma de exclusión de la RPPJ respecto del Estado y sus entes. En esa línea, puede citarse el artículo 31 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y

Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) que señala que la RPPJ alcanza a las personas jurídicas con exclusión del Estado y sus empresas. En la misma línea se ubica el artículo 31 bis del CP español que señala en su apartado 5: "Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas empresariales (...)".

De allí es que el Proyecto NCP haya incluido –artículo 37– una norma expresa de inaplicabilidad de la RPPJ en el caso del Estado, sus dependencias o sus organismos reguladores. En la misma línea –aunque con una redacción más lacónica y confusa– el Proyecto Urquizo señala que la RPPJ aplica "a excepción del Estado" lo que no comprende a las personas jurídicas "que con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación u otra forma similar"(8).

El Proyecto PE señala en su artículo 1 que la RPPJ aplica a "las empresas del Estado o las sociedades de economía mixta". Con ello sigue la regulación de la Ley chilena N° 20.393 que precisa que la RPPJ regulada por dicha Ley "serán aplicables a las personas jurídica de derecho privado y a las empresas del Estado", sin embargo, dicha fórmula regulatoria, como hemos indicado, es escasamente aceptada.

III. ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA RPPJ

Por las consideraciones antes indicadas –riesgo de efectos nocivos sobre las personas jurídicas como consecuencia de prosecuciones penales indebidas- resulta conveniente que toda propuesta de RPPJ articule un sistema de atribución de responsabilidad penal definido y preciso.

En ese contexto, tanto el Proyecto PE, como el Proyecto NCP y el Anteproyecto CAN identifican dos criterios de fundamentación de la RPPJ: (i) la derivada del acto del representante; y, (ii) la derivada del defecto de organización empresarial. El Proyecto Urquizo, por su parte, solo reconoce la RPPJ derivada del acto del representante.

(8) Redacción del artículo 27 del CP propuesta por el Proyecto Urquizo.

La RPPJ derivada del acto del representante se encuentra contenida en el artículo 2, numerales 1 y 2, del Proyecto PE[9], en el literal a) del primer párrafo del artículo 35 del Proyecto NCP[10], en el primer párrafo del artículo 1 del Anteproyecto CAN[11] y en la propuesta de nueva redacción del artículo 27 del CP contenida en el Proyecto Urquizo[12].

La RPPJ derivada del defecto de organización empresarial se encuentra reconocida en el artículo 2, numerales 3 y 4, del Proyecto PE[13], en el literal b) del primer párrafo del artículo 35 del Proyecto NCP[14] y en el párrafo

(9) "Artículo 2.- Atribución de responsabilidad.

Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por:

1. Sus administradores de hecho y de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

2. Las personas naturales que prestan servicio a la entidad y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden y autorización de estos últimos. (...)".

(10) "Artículo 35.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.

1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:

a) De los delitos que, en su nombre, o por cuenta de ellas, y en su provecho, cometan sus administradores de hecho y de derecho".

(11) Que establece la RPPJ en caso de delitos "cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho o interés, por sus representantes legales, contractuales, órganos colegiados y sus administradores de hecho o derecho, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de la persona jurídica".

(12) "Artículo 27 del CP (Proyecto Urquizo): Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de estos (...)".

(13) "Artículo 2.- Atribución de responsabilidad.

Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por: (...)

3. Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso.

4. Las personas naturales que prestan servicios a la entidad, distintas a las mencionadas en los numerales 2 y 3 del presente artículo, cuando el hecho es ordenado o solicitado por los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o cuando estos no ejerzan el debido control y vigilancia para el cumplimiento del encargo que cabe exigir según el modelo de prevención y en atención a la situación concreta del caso".

(14) "Artículo 35.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.

1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:

b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de ellas, por quienes estando sometidos a la autoridad y control de las personas mencionadas en el

segundo del artículo 1 del Anteproyecto CAN[15]. En este último caso –RPPJ derivada del defecto de organización empresarial– se aprecia que ni el Proyecto NCP ni el Anteproyecto CAN proponen criterios que permitan reconocer la infracción de los deberes de debido control que fundan la RPPJ. Con mejor técnica, pero manteniendo el grado de indeterminación, introduce las variables propias de la **situación concreta del caso**. En ese propósito, resultan referenciales las pautas previstas en el artículo 4 de la Ley chilena N° 20.393.

IV. ELEMENTOS QUE EXCLUYEN O ATENÚAN LA RPPJ. EL *COMPLIANCE* PENAL

Un aspecto trascendente en el análisis de las propuestas de *lege ferenda* está relacionado a la inclusión de cláusulas que –a modo de causas de exclusión o atenuación– impacten en la determinación de la RPPJ. En ese contexto, conviene recordar el impacto que la implementación de **programas de cumplimiento** o **compliance programs** viene teniendo en aquellas legislaciones que han introducido la RPPJ[16].

El **Proyecto PE** es la única propuesta legislativa que reconoce valor eximente a la implementación de programas de prevención de criminalidad. En ese sentido, la parte final del artículo 2 del mencionado proyecto señala que "Las entidades no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión

párrafo anterior, han actuado por no haberse ejercido sobre ellos el debido control considerando las concretas circunstancias del caso (...)".

(15) Que establece que las "personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso".

(16) Este tipo de cláusulas se observan en el CP suizo (art. 102.2 introducido por Ley de 13 de diciembre de 2002) en la que se hace referencia a la omisión de "medidas organizativas", la legislación penal italiana (D.Leg. N° 231) que alude a los "criterios de organización del ente", e incluso en la japonesa; al respecto: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 102; SIEBER, Ulrich. "Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". Traducción de Manuel Abanto, en: ARROYO ZAPATERO, Luis & NIETO MARTÍN, Adán (directores). *El Derecho Penal en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 64. Examina dicha exigencia en relación al caso chileno: MATUS ACUÑA, Jean. "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados". En: *El mismo. Derecho Penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 308 y ss.

del delito, hubieran adoptado e implementado un modelo de prevención, conforme a lo establecido en el artículo 11". Esta cláusula se repite en el artículo 11.1 del Proyecto PE: "Una entidad no es responsable si hubiere adoptado e implementado voluntariamente en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características".

Nótese que este proyecto no solo alude a los efectos eximentes de los programas de cumplimiento normativo[17], sino que hace referencia a los elementos de debe reunir un programa de cumplimiento **efectivo**. En ese contexto, se exige que el modelo de cumplimiento normativo cuente con (i) Un responsable a cargo de la prevención de la criminalidad en la empresa (*compliance officer*) que debe (a) ser designado por el órgano de **dirección de la empresa**, (b) que cuente con personal, medios y facultades para cumplir su **función**, (c) que sea autónomo respecto a los accionistas, órganos de dirección y de administración (con excepción de las pequeñas o medianas empresas en los que dicha función puede ser ejercida por los órganos de dirección); (ii) medidas preventivas de la criminalidad que tengan por objeto (a) identifique los riesgos de criminalidad, (b) reconocer los procesos que permitirán a los empleados de la empresa prevenir dichos riesgos, (c) introduzca mecanismos de supervisión de los recursos económicos que podrían ser utilizados en la comisión de delitos, e (d) introducción de mecanismos de favorecimiento de la sanción de los comportamientos que supongan la infracción de las normas de prevención a través de la denuncia, la protección del denunciante y la sanción efectiva del infractor (*whistleblowind);* y, (iii) medidas de supervisión de difusión del modelo de prevención de criminalidad intraempresarial.

Estas condiciones de calificación de un **programa de cumplimiento efectivo** son aún tan difusas que el propio Proyecto PE deriva a un **Reglamento** el desarrollo y precisión de "los elementos y requisitos necesarios para la implementación de un modelo de prevención" y propone (no como condición para la invocación de la eximente) la certificación de la implementación del sistema de prevención de la criminalidad a través de terceros acreditados en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi). Estas circunstancias –reenvío normativo y certificación a través de terceros acreditados por Indecopi– dan cuenta, por un lado, del

(17) Que según el propio Proyecto PE pueden ser eficacia parcial en caso de acreditación parcial de la implementación del sistema de prevención de criminalidad intraempresarial.

desconocimiento del legislador penal del modo en que funcionan los sistemas de prevención de la criminalidad[18] y, por otro lado, del carácter casuístico del cumplimiento normativo.

La fórmula planteada por el Proyecto PE –introducción expresa de la implementación efectiva de programas de cumplimiento como circunstancia eximente– permite superar las discusiones planteadas en aquellas legislaciones –como la española, antes de la reforma del CP operada mediante Ley Orgánica 01/2015 del 30 de marzo a entrar en rigor el 1 de julio de 2015[19]– en las que se no hacía una declaración expresa de los efectos del *compliance* en la RPPJ.

En el Proyecto NCP se aprecia la incorporación de una cláusula similar a la comprendida en el artículo 31 bis del CP español en virtud de la cual se incorpora como circunstancia atenuante la implementación espontánea de "medidas espontáneas de control que le permitan evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos en el ejercicio de su actividad" (art. 75). El texto del Proyecto NCP deja sin explicación qué tipo de medidas de control habilitan la atenuación de responsabilidad en la persona jurídica y si la imposición de dichas medidas de forma previa a la realización del hecho delictivo determina la exclusión de responsabilidad.

V. AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y LA CORPORATIVA

La RPPJ no excluye la responsabilidad penal de las personas naturales que han intervenido en el hecho punible. Esta regla, común en la legislación comparada, se encuentra reconocida en las diversas propuestas legislativas peruanas de RPPJ.

(18) El hecho de atribuir competencia en la acreditación de las empresas certificadoras al Indecopi, cuya función natural está asociada a la protección del consumidor y de la propiedad intelectual.

(19) En efecto, en la medida que el texto legal español establece efectos de atenuación de RPPJ a los casos de implementación de *compliance programs* con posterioridad a la comisión del delito, se discutía si era posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comisión del delito. Las modificaciones más significativas al CP español de 1995 pueden observarse en: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Código Penal. Edición actualizada al 1 de julio de 2015,* Editorial Técnica Avicam, Granada, 2015.

El Proyecto PE señala (art. 3) que "La responsabilidad de las entidades reguladas por la presente ley es autónoma respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales".

Con mejor redacción, el Proyecto NCP señala que: "La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la individualización, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)". Es notoria en este aspecto la influencia de la legislación penal española[20] que tiene el mérito de introducir mayores variables que facilitarán la labor de aplicación forense de la norma.

VI. EL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES

Tanto el Proyecto PE como el Anteproyecto CAN proponen la creación de un registro de personas jurídicas responsables. En este registro, de carácter público, se deben inscribir las medidas impuestas a las personas jurídicas encontradas penalmente responsables.

El Proyecto PE dispone que cumplida la medida, corresponde la exclusión de la persona jurídica del registro. Con esto se superan las objeciones que se formulaban al Anteproyecto CAN que no preveía límites temporales a la permanencia de una persona jurídica penalmente responsable en el registro.

(20) Artículo 31-B del CP español:

"2. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible** siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, **aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.** Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. **La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas,** sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente".

Ahora, es de observar que aunque la inscripción en el registro no constituye strictu sensu una de las penas previstas para la persona jurídica, tiene innegables efectos de prevención intimidatoria asociados a los efectos reputacionales –y su impacto financiero– generados sobre la persona jurídica.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LOS RETOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA RPPJ

Aunque los planteos formulados en este breve trabajo constituyen tan solo una visión inicial respecto a los devaneos por introducir la RPPJ en la legislación penal peruana, han servido para reconocer lo que considero el reto principal de cualquier legislación que pretenda introducir cláusulas de RPPJ.

Los criterios fundamentadores de la RPPJ en los proyectos nacionales más recientes (el Proyecto PE y el Proyecto NCP) tienen, como sostiene Caro Coria, más de *management* que de dogmática jurídico penal[21]. Si los programas de cumplimiento –cuya implementación efectiva tiene reconocidos efectos eximentes– constituyen una especie de escudos protectores de la RPPJ[22] y, debido a ello, resultará que la defensa legal por antonomasia de una empresa imputada será la de sostener que implementó un programa de cumplimiento y que este además fue eficaz, surge la interrogante natural ¿Están preparados los jueces y fiscales nacionales, que se dedican mayoritariamente a resolver casos propios del Derecho Penal convencional, para enfrentar este tipo de casos? ¿Están preparados los jueces o fiscales para hacer frente a categorías que guardan relación con la organización y gestión de los negocios?

Aunque puede sostener que este cuestionamiento se supera a través de la creación de una jurisdicción especializada, la realidad forense –que permite reconocer una serie de subsistemas especializados (fiscalías y juzgados anticorrupción, fiscalías especializadas en lavado de activos y pérdida de dominio, fiscalías contra el crimen organizado, etc.)– no permite ser demasiado

(21) Conferencias pronunciadas por el profesor Dino Carlos Caro Coria el 26 y 27 de mayo de 2015 en las Universidades de Granada y Sevilla (España), respectivamente.

(22) En tono crítico: SCHÜNEMANN, Bernd. "La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea", traducción de Mariana Sacher, en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.). *Constitución Europea y Derecho Penal económico*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 154.

optimista sobre su capacidad de rendimiento. Basta con recordar cómo el Acuerdo Plenario N° 7-2009 sobre "Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas" reconoce como causa de la inaplicación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica a la incapacidad de los órganos de administración de justicia penal de imponerlas a falta de un mecanismo procesal expresamente previsto para la persona jurídica. Esos mismos Tribunales y Fiscalías que no fueron eficientes en la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas difícilmente podrán ser capaces de enfrentarse a la RPPJ.

UNIDAD II: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2. **CARRIÓN CENTENO, Andy. Criminal Compliance. Thomas Reuters. Lima, 2014. P. 81-112**

CRIMINAL COMPLIANCE

De la Ley de EE. UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento

Andy Carrión Zenteno

ECB EDICIONES

Capítulo IV
COMPLIANCE PROGRAM

A. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El anglicismo *compliance* es un término que se ha venido utilizando desde hace mucho en diversos ámbitos de la salud. En la medicina, por ejemplo, denota el correcto seguimiento del paciente de las recomendaciones y prescripciones de un médico[245]. De forma análoga, en la farmacología indica la observancia en la ingestión y dosificación de determinados medicamentos, mientras que en el entorno sanitario señala la producción de medicamentos a través de la instauración de adecuadas medidas de organización y también de vigilancia aun posteriores a su introducción en el mercado. Incluso en las ciencias empresariales se entiende por *compliance* a la observancia de reglas, estándares o directrices dentro de la propia empresa. Esto explica que el significado de este término no esté circunscrito exclusivamente a la dimensión jurídica, sino que constituye un concepto de comportamiento directriz[246], traspolable a sectores donde se exigen normas y costumbres determinadas.

Jurídicamente, el *compliance* se origina en el derecho estadounidense como resultado de una larga evolución a partir de la instauración de la responsabilidad penal de las empresas y la consiguiente autorregulación[247]. Primigeniamente, este concepto fue adoptado en la banca angloamericana[248] para asegurar un comportamiento respetuoso de las normas por parte de los empleados en los ámbitos riesgosos clásicos de esas instituciones crediticias[249] como la información privilegiada, corrupción, manejo de conflictos de intereses y lavado de dinero. Pero la moderna concepción jurídica de

(245) Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, p. 40 y 41.
(246) Eufinger, CCZ (2012), p. 21.
(247) Véase Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990) pp. 1576 y s.; Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), pp. 650 y ss. Latamente sobre la evolución y, en general, el *criminal compliance* en Estados Unidos, Rotsch, en *Criminal Compliance. Handbuch*, pp. 31 y ss.; Tween/Momsen, en *Criminal Compliance. Handbuch*, pp. 1027 y ss.
(248) Buff, *Compliance*, p. 10 y 23; Eufinger, CCZ (2012), p. 21.
(249) Fleischer, NZG (2004), p. 1132.

compliance se gesta recién en los años sesenta en el marco de los famosos *electrical cases*, donde las empresas estadounidenses de la industria eléctrica recurrieron a la concertación de precios obligados por la ruinosa situación económica en la que se encontraban[250]. Como reacción a las transgresiones advertidas, y ante el menoscabo de su imagen y reputación, los entes vinculados implementaron voluntariamente programas de cumplimento a fin de prevenir nuevos delitos e investigar los ya acontecidos[251]. Los programas de cumplimiento antimonopolio incorporados incluyeron una explícita declaración de la política empresarial, la formación y capacitación del personal de la empresa, el establecimiento de procedimientos internos para viabilizar la política preventiva, la formulación de directrices de comportamiento y, finalmente, el manejo efectivo de documentación interna[252].

A pesar de las nuevas medidas adoptadas, los programas de cumplimiento no tuvieron el efecto esperado, pues se reducían en muchos de los casos a la mera existencia de preceptos escritos socializados entre empleados y directivos sin resultados concretos en su ejecución[253]. Posteriormente, con los sucesos de Watergate en los años setenta, y que originaron la emisión de la Foreign Corrupt Practices Act, se afianzó la importancia de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo. Una década después, a raíz del develamiento de los escándalos de *insider trading* en la bolsa estadounidense, el Congreso de ese país comprobó la inexistencia de incentivos eficaces para la instauración de programas preventivos en las empresas, diagnóstico que se trató de revertir ofreciendo disuasorios adicionales para el mejoramiento de métodos de detección a través de la Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act [254] de 1988[255].

(250) Copeland, 5 Drake J. Agric. L. (2000), pp. 311 y s.; Eufinger, CCZ (2012), p. 22.
(251) La empresa General Electric, también ligada a estos hechos, ya disponía excepcionalmente de un programa de cumplimiento desde 1946, pero que en la práctica no había sido implementado de forma efectiva, razón por la cual no pudo hacer uso de este instituto preventivo como medio de defensa ante los tribunales. Aquel entonces su directriz empresarial señalaba: «It is the policy of the company to comply strictly in all respects with the antitrust laws. There shall be no exception to this policy nor shall it be compromised or qualified by anyone acting for or on behalf of the company. No employee shall enter into any understanding, agreement, plan or scheme, expressed or implied, formal or informal, with any competitor, in regard to prices, terms or conditions of sale, production, distribution, territories or customers; nor exchange or discuss with a competitor prices, terms or conditions of sale or any other competitive information; nor engage in any other conduct which in the opinion of the company's counsel violates any of the antitrust laws». Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990), pp. 1580 y s.; Stucke, 2006 Colum. Bus. L. Rev. (2006), p. 551; Whiting, 47 Va. L. Rev. (1961), p. 929.
(252) Gabel/Mansfield/Houghton, 46 Am. Bus. L. J. (2009), p. 458; Anderson, 18 Bus. Law. (1963), p. 742.
(253) Pitt/Groskaufmanis, 78 Geo. L. J. (1989-1990), pp. 1605 y ss.
(254) Pub. L. N.º 100-704, 102 Stat. 4677.
(255) «Where a firm failed to comply with the statutory requirement to establish, maintain, or enforce reasonable written policies and procedures, it would be subject to a [Securities Exchange] Commission or SRO

Pese a los avances sustanciales en materia de cumplimiento, no es sino a raíz del destape de casos de soborno y estafa en la industria de armamento que se da un impulso decisivo a la consolidación del *compliance*. En efecto, luego de revelados estos delitos, las empresas de defensa más grandes firmaron la Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct a instancias del Departamento de Defensa estadounidense, comprometiéndose a adoptar y a poner en práctica un conjunto de principios y valores éticos que rijan sus negocios. El pacto firmado modificó el alcance y estilo de los programas de cumplimiento al incluirse el concepto de divulgación voluntaria de hechos ilícitos (*whistleblowers*)[256], así como otras medidas específicas destinadas a prevenir potenciales infracciones de relevancia jurídica[257].

Luego de la expansión y el notable desarrollo de los programas de cumplimiento, muchas de las empresas de diversos rubros comenzaron a asumir que no estarían sujetas a responsabilidades penales o civiles de haber tomado las precauciones necesarias para su prevención y detección. Sin embargo, la falta de una normativa específica[258] que regule los eventuales beneficios jurídicos de la incorporación de controles internos y la casi nula recepción jurisprudencial[259] de esa institución preventiva defraudaron las expectativas de empresarios y otros vinculados a sectores financieros. La propia fiscalía antimonopolio de ese entonces

---

action for violation of Sections 15 (f) or 204 A, and potentially subject to a fine under the new Section 21 A of the Exchange Act», H. R. Rep. N.º 910, 100th Cong., 2d Sess. 7-14 (1988).

(256) Head, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. (1998), p. 537.

(257) En total acordaron asumir los siguientes compromisos: 1) implementar y adherirse a un código de ética de negocios escrito para los contratos de defensa; 2) que el contenido del código refleje el alto nivel de conducta ética requerida de la compañía y sus empleados; 3) implementar un «ambiente libre y abierto» que aliente a los empleados a reportar conductas desviadas de la administración; 4) vigilar el cumplimiento de las leyes de adquisiciones federales, así como adoptar procedimientos para la divulgación voluntaria y la remediación de la conducta ilegal; 5) respetar las normas de conducta con el fin de mantener la integridad de la industria de defensa, y 6) rendir cuentas públicas de la implementación y ejecución de estos principios. Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1994-1995), p. 656 y 657.

(258) Hasta entonces las virtudes del programa de cumplimiento solo estaban reguladas en normas aisladas y para sectores específicos fuera del derecho penal y civil.

(259) Los tribunales se abstuvieron en gran medida de pronunciarse al respecto. Los códigos de conducta, por ejemplo, solo fueron mencionados en algunas sentencias sin atribuirles alguna función de liberación o disminución de responsabilidad, *Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir., 1946); *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 28 (1987): «The [Wall Street] Journal's business information that it intended to keep confidential was its property; the declaration to that effect in the employee manual merely removed any doubts on that score...»; *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir., 1972), *cert. denied*, 409 U.S. 1125 (1973); *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660-61 (2nd Cir., 1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1021 (1990); *Winston v. Federal Express Corp.*, 853 F.2d 455, 457 (6th Cir., 1988); *Elkind v. Liggett & Myers, Inc.*, 635 F.2d 156, 163 (2nd Cir., 1980).

estuvo particularmente en contra de otorgar relevancia jurídica a los programas de cumplimiento[260].

B. Marco normativo

I. Federal Sentencing Guidelines

La primera y más completa directriz normativa en superar el déficit regulatorio de los programas preventivos se materializó en 1991 con la emisión de la Federal Sentencing Guidelines (FSG)[261], elaborada por la United States Sentencing Commission[262] a petición expresa del Congreso estadounidense. Fundada en la filosofía del *carrot and stick*[263], los preceptos de la FSG instalaron un sistema de graduación proporcional de la pena basado en la disposición de un programa de cumplimiento[264]. Con ello se otorgó al juez la posibilidad de reducir sustancialmente la pena cuando al momento de cometido el ilícito se demuestre la disposición de un programa de cumplimiento dentro de la empresa y, contrariamente, el endurecimiento de la pena cuando se haya omitido su implementación.

Pese a que en el 2004 la Supreme Court en *United States v. Booker*[265] declarara inconstitucional en parte la FSG por incompatibilizar su naturaleza vinculante con la

(260) «The attempt to carve out an exception from the general rules concerning proof of intent in a criminal antitrust case and the doctrine of vicarious liability for corporate defendants with compliance programs not only confuses both subjects, but distorts their underlying legal premises». Bloch, 57 Antitrust L. J. (1988), p. 226.

(261) Para un estudio detallado del origen y antecedentes de la Federal Sentencing Guidelines, véase Bowman, 1 Ohio St. J. Crim. L. (2003-2004), pp. 377 y ss.; Nagel/Swenson, 71 Wash. U. L. Q. (1993), pp. 205 y ss.; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), pp. 566 y ss.; Murphy, 87 Iowa L. Rev. (2002), pp. 699 y ss.; Hess/Macwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), pp. 727 y ss.

(262) USSG § 1A1.1 (2011): «The United States Sentencing Commission ('Commission') is an independent agency in the judicial branch composed of seven voting and two non-voting ex-officio members. Its principal purpose is to establish sentencing policies and practices for the federal criminal justice system that will assure the ends of justice by promulgating detailed guidelines prescribing the appropriate sentences for offenders convicted of federal crimes. The Guidelines and policy statements promulgated by the Commission are issued pursuant to Section 994(a) of Title 28, United States Code».

(263) Hess/Macwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 729; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 565.

(264) El octavo capítulo de la FSG está dedicado enteramente a las organizaciones empresariales: «This chapter is designed so that the sanctions imposed upon organizations and their agents, taken together, will provide just punishment, adequate deterrence, and incentives for organizations to maintain internal mechanisms for preventing, detecting, and reporting criminal conduct». USSG § 8, p. 489.

(265) *United States v. Booker*, 125 S. Ct. 738 (2005).

Sexta Enmienda (*right to a jury trial*)[266], su importancia trascendió a esta decisión jurisprudencial debido fundamentalmente, por un lado, a la ausencia en el sistema jurídico estadounidense de un marco legal alternativo de medición general de penas y, por otro lado, a la falta de una clara línea jurisprudencial que la sustituya. Por dichos motivos, su importancia jurídica fue reconocida incluso en la segunda parte (*remedy*) de la propia sentencia *Booker*, donde el tribunal otorgó la cualidad de *advisory* a la FSG a fin de seguir manteniendo su aplicabilidad. La misma United States Sentencing Commission, como parte de su función encomendada, ha venido reformulando y complementado las directrices contenidas en la FSG[267].

La versión primigenia de esta directriz consideró como un programa de cumplimiento efectivo a aquel que haya sido razonablemente diseñado, implementado y aplicado de tal manera que sea capaz de prevenir y detectar oportunamente una violación jurídica[268]. Para cumplir ese fin se establecieron siete requerimientos mínimos: 1) determinación de estándares de conducta y procedimientos; 2) supervisión de alto nivel; 3) debida diligencia en la delegación de competencias; 4) capacitación; 5) monitoreo y auditoría; 6) ejecución y disciplina; y 7) prevención y reacción[269]. Las organizaciones que incorporasen estos puntos, incluyendo además la colaboración voluntaria, y aceptaran su responsabilidad por las violaciones, podían ver reducida su sanción hasta en un 95 por ciento[270] y, contrariamente, elevada hasta en un 400 por ciento[271] de no haber implementado las demandas normativas.

---

(266) En la sentencia se cuestionan específicamente los dispositivos 18 U.S.C. § 3553 (b)(1) y 18 U.S.C. § 3742 (e). Previo al caso Booker, el Tribunal Supremo ya se había encargado de emitir otras sentencias analizando el marco constitucional de la Federal Sentencing Guidelines, *Jones v. United States*, 526 U.S. 227 (1999); *Apprendi v. New Jersey*, 120 S. Ct. 2348 (2000); *Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002); *Blakely v. Washington*, 124 S. Ct. 2531 (2004).

(267) 28 U.S.C. § 991 (b): «The purposes of the United States Sentencing Commission are to—

(1) establish sentencing policies and practices for the Federal criminal justice system that—

(A) assure the meeting of the purposes of sentencing as set forth in section 3553 (a)(2) of title 18, United States Code;

(B) provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing, avoiding unwarranted sentencing disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar criminal conduct while maintaining sufficient flexibility to permit individualized sentences when warranted by mitigating or aggravating factors not taken into account in the establishment of general sentencing practices; and

(C) reflect, to the extent practicable, advancement in knowledge of human behavior as it relates to the criminal justice process; and

(2) develop means of measuring the degree to which the sentencing, penal, and correctional practices are effective in meeting the purposes of sentencing as set forth in section 3553 (a)(2) of title 18, United States Code».

(268) USSG § 8A1.2 cmt. n.3(K)(1991).

(269) USSG § 8A1.2 cmt. n.3(K)(1)-(7)(1991).

(270) Fiorelli, 56 Alb. L. Rev. (1992), p. 407.

(271) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 567.

No obstante la positiva generalización de la instauración de los programas de cumplimiento provocado por la emisión de la FSG, su eficacia preventiva fue puesta en cuestión por diversas razones. La crítica principal estuvo dirigida contra la sobrevaloración legislativa de la sola «disposición» de un programa de cumplimento, la que fue calificada como una mera *cosmetic compliance*(272), incorporada en las empresas con la única finalidad de evadir la persecución estatal(273). No menos cuestionado fue el comportamiento empresarial frente al ilícito, pues la información brindada a las autoridades persecutoras generalmente comprometían solo a ejecutivos del más bajo nivel y no a quienes se ubicaban en las más altas esferas decisionales de la empresa. De esta manera, los programas de cumplimiento no se instauraban con la finalidad de prevenir y detectar el delito, sino únicamente con la intención de salvaguardar de responsabilidad a los altos ejecutivos(274).

Todas estas deficiencias fueron advertidas en casos concretos. Cuando el año 2001, por ejemplo, se hizo público el estado de insolvencia de Enron(275), la empresa contaba con un programa de cumplimiento según los siete puntos requeridos por la FSG para la prevención y detección de infracciones. Su código de conducta las agrupaba bajo la fórmula *Respect, Integrity, Communication and Excellence*(276) (R. I. C. E.), enfatizando su seguimiento empresarial en todos los niveles. El fracaso de este(277) y otros sistemas preventivos, aunado a la suma de críticas vertidas contra la viabilidad de la FSG, afianzaron la idea que la simple adopción de un programa de cumplimiento no determina el comportamiento según «derecho» de la empresa

(272) Krawiec, 81 Wash. U. L.Q. (2003), pp. 487 y ss.
(273) Con esta especie de «seguro» jurídico las empresas descuidaron materializar la real función de los programas preventivos, Laufer, 54 Vand. L. Rev. (1999), pp. 1405 y ss.
(274) Laufer, 87 Iowa L. Rev. (2002), pp. 648 y ss.; Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 732.
(275) Para un estudio detallado del caso Enron véase Brickey, 8 Buff. Crim. L. Rev. (2004-2005) pp. 225 y ss. del mismo, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 357 y ss.; Moohr, 55 Fla. L. Rev. (2003), pp. 938 y ss.
(276) Enron Corp., Code of Ethics 4 (2000):
«1) Respect: We treat others as we would like to be treated ourselves. We do not tolerate abusive or disrespectful treatment. Ruthlessness, callousness and arrogance don't belong here.
2) Integrity: We work with customers and prospects openly, honestly and sincerely. When we say we will do something, we will do it; when we say we cannot or will not do something, then we won't do it.
3) Communication: We have an obligation to communicate. Here, we take the time to talk with one another (...) and to listen. We believe that information is meant to move and that information moves people.
4) Excellence: We are satisfied with nothing less than the very best in everything we do. We will continue to raise the bar for everyone. The great fun here will be for all of us to discover just how good we can really be».
(277) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 565, describe la problemática formulando la siguiente pregunta: «Assume that Enron successfully emerges from bankruptcy. Should it qualify for reductions from federal criminal fines because it had an "ethics" program?».

y sus empleados, en tanto no se instale una verdadera «cultura» organizativa de seguimiento normativo.

1. Reforma de 2004

Precisamente, este y otros temas controvertidos fueron sometidos a revisión por un *ad hoc advisory group* encargado de evaluar las directrices de la FSG y, al mismo tiempo, de proponer las reformas necesarias para su mejoramiento[278]. Entre sus conclusiones, el grupo de expertos señaló que la «eficacia de los programas de cumplimiento podría mejorar si, además de la debida diligencia en el mantenimiento de los programas de cumplimiento, las organizaciones adoptaran también medidas para construir una cultura que aliente el compromiso de los empleados con el *compliance*»[279]. Este diagnóstico fue recogido finalmente por la FSG en la reforma del año, demandando explícitamente, además de la disposición de un programa de cumplimiento, la orientación ética en la dirección empresarial a través del establecimiento de una cultura organizacional *to compliance with the law*[280].

El ostensible cambio de perspectiva en la concepción de los sistemas preventivos y de procedimientos, definidos ahora como estándares de conducta y de control interno que estén en la capacidad razonable de reducir la probabilidad de una conducta delictiva[281], llevó a reformular gran parte de las directrices planteadas originalmente. La principal de ellas obligaba a las empresas a reorganizar constantemente el programa de cumplimiento en atención a los cambios de circunstancias y nuevos riesgos[282], condicionamiento que en la versión primigenia se exigía únicamente luego de ocurrida la transgresión (*ex post*).

Otro de los aportes fundamentales se concentró en la clarificación de las competencias y responsabilidades de los directivos, a quienes se vinculó de forma

(278) Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), pp. 737 y ss.; Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), pp. 568 y ss.
(279) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), p. 51. Este mismo grupo definió la cultura organizacional «as tha shared set of norms and beliefs that guide individual and organizational behavior. These norms and beliefs are shaped by leaderships of the organization, are often expressed as shared values or guiding principles, and are reinforced by various systems and procedures throughout the organization». *Ibidem*, p. 52.
(280) USSG, § 8B2.1, (2004), p. 503.
(281) USSG § 8B2.1 cmt. n.1 (2004).
(282) USSG § 8B2.1(b)(7) (2004).

amplia y directa en el seguimiento del programa preventivo. En ese sentido, la FSG exige, en primer lugar, que el directivo se encuentre informado sobre el programa de ética y cumplimiento, incluidos los riesgos particulares de la empresa y las medidas incorporadas para combatir dichos riesgos, debiéndose encargar proactivamente de evaluar, monitorear y gerenciar el programa(283). En segundo lugar, la directriz determina que el personal del más alto nivel(284) se asegure de que la organización empresarial disponga de un efectivo programa de ética y cumplimiento, cuya responsabilidad operacional diaria recaerá sobre un *chief ethics officer*, quien a su vez deberá contar con recursos suficientes, la autoridad apropiada y acceso directo a los órganos de gobierno corporativo(285).

Asimismo, la reforma de 2004 se hizo cargo de extender la capacitación en ética y cumplimiento a todos los empleados, incluyendo a los de más alto nivel. Su aplicación ya no se reducirá a la mera traslación o difusión de información relativa al cumplimiento corporativo, sino que ahora debe desplegar un efecto motivacional para su real y efectiva puesta en práctica(286). Finalmente, y como consecuencia del silencio a informar potenciales conductas ilegales por parte de los empleados, ya sea debido a la ausencia de algún tipo de retribución o al temor de perder el empleo, se propuso promover y no penalizar a los empleados que reporten violaciones jurídicas(287).

2. Reforma de 2010

Siguiendo su política de reformas, el año 2010 la United States Sentencing Commission sometió a otra significativa revisión las directrices del programa de cumplimiento de la FSG, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción. Respecto al primer punto, la concretización de los requisitos de un programa de cumplimiento efectivo incluía

(283) USSG § 8B2.1(b)(2) (2004); detalladamente Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 741.
(284) Bajo esta denominación se debe entender «a director; an executive officer; an individual in charge of a major business or functional unit of the organization, such as law, sales, administration, or finance; and an individual with a substantial ownership interest». Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 742.
(285) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), p. 60 y s.
(286) United States Sentencing Commission, Report of the Ad Hoc Advisory Group on Organizational Sentencing Guidelines (07/10/2003), pp. 71 y ss.
(287) Hess/Mcwhorter/Fort, 11 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2005-2006), p. 743.

hasta ahora la reacción razonable frente a la violación detectada y la consecución de los pasos necesarios para evitar futuras infracciones similares. En la reciente complementación normativa[288] la United States Sentencing Commission va un paso más allá al exigir, además de lo previamente señalado, la adecuada y oportuna reparación del daño ocasionado[289]. Las medidas deben incluir igualmente la asesoría de expertos externos e independientes a fin de adaptar el sistema de cumplimiento a las nuevas exigencias preventivas derivadas de la infracción. En este mismo sentido jugarán roles preponderantes el *self-reporting* y la intensa cooperación con las autoridades.

Previo a la reciente reforma, el involucramiento de los directivos en el delito excluía de cualquier tipo de atenuación sancionatoria a la empresa al presumirse de ese modo la ineficacia del programa de cumplimiento[290], independientemente de su calidad o de su apropiada implementación. La enmienda del año 2010 deja sin efecto ese parámetro y asume la aplicación de la atenuación de la pena incluso cuando sean los propios directivos quienes participen en el ilícito, siempre y cuando[291] i) el encargado del área de cumplimiento haya podido informar directamente a la dirección empresarial; ii) sea el programa de cumplimiento de la empresa, antes que un externo, el que haya posibilitado el descubrimiento de la conducta ilícita; iii) la propia empresa haya reportado el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y; iv) ningún empleado del área de cumplimiento esté vinculado de alguna manera al hecho delictivo.

Finalmente, esta última gran reforma se ocupó de abrogar la aplicación restringida de los programas de cumplimiento como formas especiales de sanción a prueba para sustituirlas por su utilización generalizada. La caracterización de tal sanción apunta a superar las deficiencias estructurales que permitieron o posibilitaron la realización del delito desde la empresa. Este paso concreto encuentra su explicación en el reconocimiento utilitario de que la obligatoria implementación o mejoramiento del sistema preventivo tiene consecuencias mucho más eficaces en la reorganización empresarial que la mera imposición de una sanción civil o penal tradicionales[292].

(288) USSG § 8B2.1 (b) 7.
(289) Detalladamente, Withus, CCZ (2011), p. 65.
(290) USSG § 8C2.5 (f)(3)(A). Solo se exceptuaba su aplicación a pequeñas empresas con menos de 200 empleados con base en el reconocimiento organizacional que en tales casos los directivos también se ocupaban de otras labores que determinaban su participación en el ilícito, Engelhart, NZG (2011), p. 128.
(291) USSG § 8C2.5(f)(3)(A)-(C); Engelhart, NZG (2011), p. 128.
(292) Engelhart, NZG (2011), p. 128.

II. Sarbanes-Oxley Act

El 30 de julio de 2002 el entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush, promulgó la Sarbanes-Oxley Act[293] (SOA) como reacción directa a los más grandes escándalos financieros de los últimos años que incluyeron a empresas como Enron[294] y WorldCom[295]. Con su rúbrica, esta ley, pensada para otorgar mayor protección a los inversores, se constituyó en uno de los más ambiciosos cuerpos normativos de lucha contra la criminalidad económica[296]. Estructuralmente, además de penalizar nuevos comportamientos e incrementar las sanciones de algunos de los delitos ya existentes[297], la SOA fortaleció y amplió los principios del gobierno corporativo de las empresas endureciendo y creando obligaciones vinculadas al *financial reporting, corporate compliance, internal control* y *enterprise risk management*[298].

En específico, la SOA obliga a las empresas anotadas en las bolsas estadounidenses a adoptar un código de ética[299] y a ejecutar diversas medidas de control interno y de prevención[300], especialmente la obligación de emitir informes financieros[301], determinar la violación normativa, nombrar e incorporar un *compliance officer* en el área jurídica, así como fomentar la participación activa de los empleados en el reporte de conductas ilícitas[302]. Por otro lado, la SOA actualiza y mejora la función y la independencia de los auditores e introduce un nivel de responsabilidad

(293) The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. 107-204.
(294) *SEC v. Andrew S. Fastow*, Civil Action N.º H-02-3127.
(295) *SEC v. WorldCom*, Civil Action N.º 02-cv-4963.
(296) Es illustrativa la declaración vertida por el propio Presidente Bush al promulgar la norma: «*no more easy money for corporate criminals; just hard times*"; The New York Times, 31 de julio de 2002.
(297) Fiorelli, 39 Wake Forest L. Rev. (2004), p. 572 y s.; Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 357 y ss.; Moohr, 55 Fla. L. Rev. (2003), pp. 938 y ss.; Henning, 3 J. Bus. & Tech. L. 243 (2008), pp. 243 y ss.
(298) Menzies, *Sarbanes Oxley und Corporate Compliance*, p. 16.
(299) De acuerdo con el dispositivo § 406(a) de la SOA las empresas que no cuenten con un código de ética se obligan a explicar públicamente su ausencia. Este mismo cuerpo normativo, apartado § 406 (c)(1), define el código de ética como: «such standards as are reasonably necessary to promote [...] honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships».
(300) Latamente, Brickey, 8 Buff. Crim. L. Rev. 221 (2004-2005), pp. 239 y s.
(301) La sección 302 SOA establece que el órgano de dirección empresarial deberá revelar los controles y procedimientos internos instalados. Además, concurre la obligación civil y penal para los responsables de la dirección de depositar en la SEC los estados contables y financieros debidamente firmados, ratificando de esta manera haber revisado y evaluado pormenorizadamente los documentos que corresponden al estado real de la empresa. Según la sección 906 SOA, infringir este deber manipulando o maquillando las cifras puede conllevar a una multa de hasta 5 millones de dólares y una pena privativa de libertad de hasta veinte años.
(302) Véase Moverly, 64 S. C. L. Rev. (2012-2013), pp. 1 y ss.

inédito[303] vinculando a los altos directivos en las tareas de vigilancia del correcto funcionamiento del programa de cumplimiento[304], medidas desarrolladas y complementadas posteriormente por la Federal Sentencing Guidelines.

III. Dodd-Frank Act

La emisión de la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)[305] el 21 de julio de 2010 supuso la revisión de la regulación del sistema financiero de Estados Unidos[306]. Con relación a la FCPA, la sección 922 de la Dodd-Frank Act eleva la efectividad aplicativa de las normas anticorrupción al proteger e incentivar a las personas naturales —mediante retribuciones monetarias— a reportar casos de sobornos de funcionarios extranjeros. El derecho estadounidense encierra este importante instituto preventivo bajo el término *whistleblowing*, incorporado primigeniamente al sistema legal en 1863 a través de la False Claims Act y desarrollado más recientemente en la Federal Sentencing Guidelines.

En cuanto a su evolución normativa, la primera comprensión sistemática del *whistleblowing* se concretiza el año 2002 con la Sarbanes-Oxley Act, cuyo precepto más importante, contenido en la sección 301, exige del comité auditor la instalación de una estructura de reportes con capacidad de acoger denuncias tanto de empleados de la propia empresa como de terceros. Pese a este notable avance en materia de cumplimiento, la nueva crisis financiera desencadenada el año 2008 puso en duda su eficacia práctica[307] motivando la elaboración de la Dodd-Frank Act, que incorporó un conjunto de reglas para la implementación y promoción del sistema de denuncias[308].

(303) Gabel/Mansfield/Houghton, 46 Am. Bus. L. J. (2009), p. 467.
(304) La sección 404 SOA ordena que el informe anual posea un apartado referido específicamente al control interno en el cual se constate la responsabilidad de los órganos directivos en la instauración y mantenimiento de una estructura interna de control razonable, así como las medidas concretas para su vigilancia.
(305) Pub. L. N.º 111-203, 124 Stat. 1376 (2010); véase también, Chaffee, 60 Am. U. L. Rev. (2010-2011), pp. 1431 y ss.; Blunt/Markel, 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. (2012), pp. 1023 y ss.; Vlasic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), pp. 79 y ss.
(306) El Senado estadounidense promulgó la norma «*[t]o promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end 'too big to fail', to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes*". Dodd-Frank Act 2010, p. 1.
(307) Para una estudio detallado de los casos donde se manifestaron las deficiencias del *whistleblowing*, véase Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 360 y ss.
(308) El Dodd-Frank Act encargó expresamente a la SEC la elaboración de reglas para la determinación de este sistema a efectos de compatibilizarla con lo estipulado en su sección 922, tarea culminada el 3 de noviembre de 2010 con la publicación de sus conclusiones. Véase Vlasic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), p. 84.

Algunas de las medidas más trascendentales consignadas en la Dodd-Frank Act relativas al rol de los *whistleblowers* en el sistema de cumplimiento fueron las siguientes: i) introdujo requisitos mucho más rigurosos para el mantenimiento de la confidencialidad de los reportes[309]; ii) promovió la protección efectiva a los denunciantes frente a eventuales represalias de los empleadores[310], ya sea por despido, amenazas, degradación, suspensión, vejación, acoso o discriminación directa o indirecta[311]; iii) abolió la obligación de informar en primer lugar a la empresa, abriendo la posibilidad de elevar la denuncia directamente a la SEC[312], y la medida más relevante de todas; iv) creó el así llamado *bounty program*, a través del cual la SEC se obliga al pago de una recompensa al denunciante interno o externo.

En específico, la aplicación del novedoso *bounty program* está sujeta a la satisfacción de ciertas condiciones legales. Así, solo beneficia a la persona natural que proporcione voluntariamente información encaminada a descubrir la conducta ilícita, siempre y cuando la sanción pecuniaria impuesta supere el millón de dólares. Dependiendo del caso, el monto de la recompensa variará entre el 10 y el 30 por ciento de la sanción[313]. Estarán exceptuados de estos beneficios los abogados, miembros del área de cumplimiento o de revisión interna, auditores, funcionarios extranjeros y todos aquellos que por su condición legal o contractual se encuentren obligados a reportar infracciones a la SEC. Finalmente, la información transmitida por el denunciante deberá ser i) original[314], esto es, no deberá ser de dominio público ni de conocimiento previo de la SEC; así como, ii) útil, en tanto sea detallada, actual y suficientemente creíble como para permitir abrir o ampliar una determinada investigación.

(309) 15 U.S.C. § 78u-6(h). Las denuncias de terceros no se encuentran abarcadas bajo la exigencia legal de la anonimidad.

(310) Dodd-Frank Act, pp. 1841 y ss.

(311) Estas directrices desarrollan las previamente incorporadas en la Sarbanes-Oxley Act, donde se regulaba, además, la posiblidad de recurrir al Departamento de Trabajo en casos de represalias, véase Moverly, 64 S. C. L. Rev. (2012-2013), pp. 1 y ss.

(312) Este fue sin duda el punto más controvertido de la presente ley. Se arguyó en contra que tal medida únicamente debilitaría la conformación y eficacia del programa de cumplimiento de la empresa, ya que la motivación económica incentivaría a los empleados a elevar las denuncias directamente a la SEC, no teniendo ya sentido implementar dicho sistema de forma interna. La SEC se hizo cargo de las críticas incorporando estímulos para promover preferentemente la denuncia interna. Vlasic/Atlee, 36 Fletcher F. World Aff. (2012), p. 84.

(313) 15 U.S.C. § 78u-6(b)(1).

(314) Detalladamente, de acuerdo a la sección 15 U.S.C. § 78u-6(a)(3) es información original aquella que «*(A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; (B) is not known to the Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and (C) is not exclusively derived from an allegation made in a judicial or administrative hearing, in a governmental report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, unless the whistleblower is a source of the information*".

IV. United States Attorneys' Manual

Las directrices internas y de procedimientos de la actividad persecutora del Departamento de Justicia de Estados Unidos, recogidas en el United States Attorneys' Manual, dedica el apartado 9-28.800 a señalar los criterios fiscales para evaluar la efectividad del programa de cumplimiento(315), Como punto de partida se señala que la mera instauración y funcionamiento adecuado de un programa preventivo interno no es suficiente para excluir de responsabilidad a los directores, empleados o agentes de la empresa. Asimismo, se admite explícitamente que ningún programa de cumplimiento, por más efectivo que sea, se encuentra en la capacidad de evitar cualquier comportamiento delictivo de los empleados. Del reconocimiento de la falibilidad de los controles internos se desprende la posibilidad de beneficiarse mínimamente de la atenuación de la pena, así se haya cometido el ilícito desde la empresa, pero sujeto a la disposición de un programa de ética y cumplimiento efectivo al momento de la infracción.

Contrariamente a las directivas analizadas precedentemente, el United States Attorney's Manual no enumera los requisitos necesarios de constitución del sistema preventivo, sino que los agrupa en criterios generales formulados a modo de preguntas: «*Is the corporation's compliance program well designed? Is the program being applied earnestly and in good faith? Does the corporation's compliance program work?*»(316). Para dar respuesta a estas interrogantes los fiscales valorarán una serie de factores como la amplitud del programa preventivo; la extensión y la permisividad empresarial en la comisión del delito; el número y nivel de empleados comprometidos; la gravedad, frecuencia y duración de la infracción; y todas las acciones de remedio adoptadas por la empresa, como la instauración de investigaciones internas, las sanciones impuestas, la adaptación del programa de cumplimiento a las nuevas exigencias, entre otras(317).

C. *Corporate Compliance Program*

El programa de cumplimiento es el componente más importante del sistema de control interno(318). Al menos desde el caso *In Re Caremark*(319), la jurisprudencia

(315) Para el Departamento de Justicia un programa de cumplimiento está constituido «*to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules*". United States Departament of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (A).
(316) United States Departament of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (B).
(317) United States Departament of Justice, United States Attorneys' Manual § 9-28.800 (B).
(318) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).
(319) *In Re Caremark International Inc.* Derivate Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch., 1996).

estadounidense ha reconocido la responsabilidad de los directivos por la omisión de la incorporación de un sistema preventivo dentro de la empresa, por lo cual su establecimiento y el fomento de su fiabilidad en la disminución de los riesgos derivados de la actividad empresarial ya no serán meramente potestativos, sino que se constituirán en deberes jurisprudencialmente asegurados(320).

En el marco de la graduación de la pena, el elemento valorativo determinante para su atenuación o exclusión se circunscribirá a la efectividad del programa de ética y cumplimiento. De acuerdo con la Federal Sentencing Guidelines(321), para que un programa de cumplimiento posea tal cualidad, la organización debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; ii) y la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva una cultura de comportamiento ético, el cual debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales. Por cuestiones prácticas, se ha evitado detallar de forma minuciosa los elementos a satisfacer por cada empresa para adscribir la efectividad al sistema de cumplimiento. Antes bien, tal como ya se ha podido apreciar, ha ofrecido estándares mínimos —parcialmente abstractos— para su valoración, los cuales se han venido concretizando y perfeccionando a través de la actividad persecutoria y jurisprudencial.

En cuanto al ámbito organizacional, la adopción de dicha técnica legislativa permite enfocar la incorporación del programa de prevención y detección de infracciones de acuerdo con las diversas variables y necesidades que envuelven a cada actividad empresarial(322), y en función del tipo de transgresiones legales que se pretenden evitar. Por ello, en relación con el segundo punto, el sistema de cumplimiento requerido por la Foreign Corrupt Practices Act deberá concebirse

(320) Recientemente en Alemania un tribunal civil - LG München I, *Urt. v. 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10* - determinó que el directivo de una empresa internacional asentada en dicho país tiene el deber de organizar y vigilar la empresa de tal modo que no se contravengan normas como, en este caso en concreto, el pago de sobornos a funcionarios y personas privadas en el extranjero. Dicho deber será satisfecho cuando el directivo instaure una organización de cumplimiento orientada a la prevención de daños y al control de riesgos, cuyo alcance dependerá del tipo, tamaño y organización particular de cada empresa. El tribunal agrega además que el seguimiento del principio de legalidad y, en consecuencia, la implementación de un sistema de cumplimiento es responsabildad de la dirección general de la empresa. Distinto es el caso del Perú, donde la decisión de implementar un sistema de cumplimiento le corresponde a cada empresa, véase García Cavero, *Criminal Compliance*, p. 28.
(321) USSG § 8B2.1(a).
(322) USSG § 8B2.1 Cmt. 2. (C).

de acuerdo con los particulares elementos típicos del delito de corrupción. Antes de pasar a desarrollar precisamente esos criterios, resulta conveniente exponer en primer lugar tres casos representativos a fin de graficar los diversos matices prácticos de la problemática ante la cual nos encontramos.

I. Casos

1. Siemens AG

Las investigaciones emprendidas por la fiscalía alemana contra la empresa Siemens AG por diversos actos de corrupción(323), dadas a conocer públicamente el 15 de noviembre de 2006 con la captura de algunos de sus ejecutivos y el registro de sus principales sedes de negocios, provocaron que el regulador bursátil estadounidense (SEC) iniciara sus propias indagaciones a fin de determinar si dicha empresa, al hallarse inscrita desde el 2001 en la bolsa de valores de Nueva York (NYSE)(324), había transgredido la ley de prácticas corruptas en el extranjero(325). El resultado arrojó que la práctica de sobornos para acceder a contratos privados y estatales en el extranjero se había expandido sistemática y exponencialmente en la empresa desde mediados de los años noventa hasta aproximadamente el año 2007(326), contando con la aquiescencia de los directivos y valiéndose de métodos refinados y de diversa complejidad para facilitar y ocultar los pagos ilícitos, como la instauración de una contabilidad paralela, envíos en efectivo, transferencias bancarias, extensión de variados tipos de cheques, utilización de intermediarios(327), depósitos en cuentas de terceros, falsificación de cuentas y registros, desembolsos bajo denominación inexacta, entre otros mecanismos(328).

---

(323) Solo en Alemania las investigaciones culminaron con las sentencias LG Darmdstadt, Urt. v. 14/05/2007, 712 Js 5213/04-9 KLs; BGH, Urt. v. 29/08/2008, 2StR 587/07. Ampliamente Rönnau, JZ 2007, pp. 1084 y ss.; del mismo, en Festschrift für Klaus Tiedemann, pp. 713 y ss.

(324) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 3.

(325) La magnitud que alcanzaron estos hechos provocaron que las investigaciones se extiendan a otros países, *United States v. Siemens S.A.* (Argentina) N.º 08-cr-368-RJL; *United States v. Siemens Bangladesh Limited*, N.º 08-cr-369-RJL; *United States v. Siemens S.A.* (Venezuela) N.º 08-cr-370-RJL. Latamente, sobre el caso *Siemens*, Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, pp. 3 y ss.

(326) El pago de sobornos a funcionarios extranjeros se llegó a calcular en aproximadamente 800 millones de dólares. *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 5.

(327) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 24: «*(...) various SIEMENS regional companies made payments directly to purported business consultants, knowing that at least some or all of those funds would be passed along to foreign government officials*".

(328) Respecto a la violación de las disposiciones contables de la FCPA, la totalidad de imputaciones se concentraron en los siguientes puntos: «*(a) used off-books accounts as a way to conceal corrupt payments;*

Paradójicamente, al momento de descubrirse los hechos, Siemens era una de las pocas empresas alemanas de alcance internacional en poseer un programa de cumplimiento anticorrupción. Así lo manifestaban sus propias Business Conduct Guidelines. Sus esfuerzos más importantes en esa dirección se iniciaron el año 2001 con la instalación de un área de cumplimiento y la creación del puesto de *corporate officer for compliance*. Posteriormente, la necesidad de descentralizar y enfocar los ámbitos riesgosos de la empresa obligó a incrementar el número de oficiales de cumplimiento, lo que produjo el nombramiento de un *chief compliance officer* que asuma la responsabilidad del cada vez más complejo sistema preventivo.

Pese a todos los esfuerzos descritos, las investigaciones posteriores demostraron que el sistema de cumplimiento instaurado en Siemens existía solo en el papel(329). Para llegar a esa conclusión, paralelamente a las indagaciones de la SEC y el DOJ, la empresa Siemens emprendió su propia investigación interna contratando al despacho jurídico estadounidense Debevoise & Plimpton LLP y a la empresa auditora Deloitte & Touche bajo el encargo de identificar las potenciales conductas corruptas y otros pagos ilegales, así como las deficiencias del sistema de control interno(330). Entre otras medidas, los especialistas contratados se encargaron de asegurar los datos y documentación a disposición de la empresa y sus filiales; instauraron procedimientos de interrogación a aquellos empleados sospechosos de estar comprometidos de alguna manera con algún acto corrupto; a fin de facilitar la activa cooperación de los miembros de la empresa se ofreció una amnistía general, asesoramiento legal gratuito, protección laboral, entre otros.

La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más crítico advertido en las conclusiones de las investigaciones

---

(b) entered into purported business consulting agreements with no basis, sometimes after SIEMENS had won the relevant project; (c) justified payments to purported business consultants based on false invoices; (d) mischaracterized bribes in the corporate books and records as consulting fees and other seemingly legitimate expenses; (e) accumulated profit reserves as liabilities in internal balance sheet accounts and then used them to make corrupt payments through business consultants as needed; (f) used removable Post-It notes to affix signatures to approval forms authorizing payments to conceal the identity of the signors and obscure the audit trail; and (g) drafted and backdated sham business consulting agreements to justify third party payments; and (h) falsely described kickbacks paid to the Iraqi government in connection with the Oil for Food Program in its corporate books and records as commission payments to agents when SIEMENS and Siemens France, Siemens Turkey, Osram Middle East and GTT were aware that a substantial portion of these payments was being passed on to the Iraqi government in exchange for being awarded contracts with the Iraqi government." United States v. Siemens Aktiengesellschaft, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 39.

(329) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 33.

(330) Sobre la problemática procesal de la investigación privada llevada a cabo en territorio alemán, véase Jahn, StV 2009, pp. 41 y ss.

estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con medidas específicas para garantizar el seguimiento de sus reglas y principios. El propio órgano de gobierno empresarial hizo caso omiso a las diversas alertas informativas sobre los procedimientos ilícitos para acceder a contratos en el extranjero. De hecho, no accionaron ningún mecanismo para revertir el diagnóstico vertido por la fiscalía de Frankfurt cuando el 2005 se informó directamente al *chief compliance officer* de las deficiencias de su programa de cumplimiento(331). En el ámbito laboral y organizacional, el *corporate compliance officer*, paralelamente a otras actividades, dedicaba solo medio tiempo a desempeñar las funciones para las que había sido designado, apoyado únicamente por dos empleados que posteriormente, el año 2007, ascendieron a seis. Por su parte, el *chief compliance officer* no repartía sus actividades exclusivamente en asegurar el cumplimiento normativo interno, sino que, en un evidente conflicto funcional, ejercía además la defensa de la empresa en investigaciones ante instancias persecutoras(332).

Los esfuerzos por dilucidar los hechos y la intensa cooperación con las autoridades posibilitaron concluir las investigaciones en el plazo récord de dos años. Penalmente, Siemens llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia al pago de 450 millones de dólares y a declararse culpable de transgredir las disposiciones de libros y registros y de control interno de la Foreign Corrupt Practices Act. En el ámbito civil, Siemens sufragó adicionalmente al supervisor bursátil la suma de 350 millones de dólares por supuestos actos de corrupción y violación de las disposiciones contables, pero sin reconocer su participación infractora(333). Como parte del

(331) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 18 y 19: «*The most important thing in each Compliance programme is the absolute commitment of management: Adherence to the laws is for us the most important commandment. Offences are not tolerated and are punished consistently and without exception. In the Enel case, the investigating Frankfurt chief prosecutor said to a counsel for the defence of the former Siemens employees that he considered the Siemens Compliance programme to exist only on paper*".

(332) *United States v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cr-367-RJL (D.D.C., 12/12/2008), p. 22: «*From in or about 2004 to in or about 2006, the Corporate Compliance Office continued to lack resources, and there was an inherent conflict in its mandate, which included both defending the company against prosecutorial investigations and preventing and punishing compliance breaches. In addition, there were extremely limited internal audit resources to support compliance efforts. All of these factors undermined the improved policies because violations were difficult to detect and remedy, and resources were insufficient to train business people in anti-corruption compliance*". Latamente, Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts ind Deutschland und den USA*, pp. 5 y ss.

(333) *SEC v. Siemens Aktiengesellschaft*, N.º 08-cv-02167-RJL (D.D.C., 15/12/2008), p. 3. Siemens también se enfrentó a sanciones en Alemania donde desembolsó la suma de 395 millones de euros a la fiscalía de ese país luego de los inicialmente 201 millones. Los costos de Siemens se incrementaron en 150 millones de dólares con la inversión en implementación y mejoramiento del programa de cumplimiento.

acuerdo, se comprometió asimismo a implementar un extenso y efectivo programa de ética y cumplimiento(334), y adoptar un *compliance monitor* por el plazo mínimo de cuatro años con la tarea de evaluar la efectividad de los controles internos, las disposiciones contables y los fundamentos de la emisión de informes financieros en consonancia con las medidas de cumplimiento instauradas.

2. Kellogg Brown & Root LLC

Otra constelación de casos representativos en la aplicación de la ley anticorrupción es aquella donde los ilícitos son cometidos en el marco de una alianza estratégica comercial, por ejemplo, a través de una *joint venture*. Aquí, al menos desde la perspectiva teórica, existen problemas para justificar la obligación de alguna de las empresas parte de mantener la vigilancia y control sobre otras que no están bajo su supuesto dominio organizacional. En cuanto a la legitimidad de la sanción, el supuesto graficado alcanza un mayor grado de complejidad cuando al menos una de las empresas del grupo no tiene la cualidad de *issuer* ni posee una relación subsidiaria con alguna que sí lo sea, reduciendo su participación a una de mera asociación estratégica. En la práctica, en el caso *Kelloog Brown & Root LLC/ Halliburton*(335) los órganos persecutores estadounidense consideraron, respecto al primer punto, que el deber de llevar un adecuado control de la alianza comercial se extiende a cada una de las empresas implicadas y, respecto al segundo punto, que el solo establecimiento de algún tipo de negocio con un *issuers* o *domestic concerns* es una condición suficiente para ubicarse dentro del círculo de destinatario de la FCPA, independientemente del lugar donde desarrolle su actividad empresarial(336).

(334) Siemens emprendió una reestructuración a gran escala de su programa preventivo. El 2008, por ejemplo, el área de cumplimiento ya contaba con 600 empleados. Como medidas correctivas se contrató a auditores internos y externos de la empresa KPMG para ayudar con las labores de control ya asumidas por los propios empleados. Se intensificó la capacitación preventiva de los oficiales de cumplimiento, extendiéndose a todos los niveles, comenzando por quienes conforman los órganos de gobierno empresarial. Internamente, se instituyó el así llamado *Help Desk*, programa que viabiliza y administra las denuncias de corrupción formuladas por los trabajadores y terceros. También se adoptó la institución del *Ombudsman*, puesto ocupado por un abogado externo encargado de mantener la objetividad y promover la confianza de los trabajadores frente a sus denuncias. Véase Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts ind Deutschland und den USA*, p. 5 y 6.

(335) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009); *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, N.º 09-cr-00071 (S. D. Tex., 06/02/2009); *United States v. Technip S.A.*, N.º 10-cr-439 (S. D. Tex., 06/28/2010); *United States v. Snamprogetti Netherlands B. V.*, N.º 10-cr-460 (S. D. Tex., 07/07/2010); *United States v. JGC Corporation*, N.º 11-cr-260 (S. D. Tex., 04/06/2011).

(336) Este razonamiento forma parte de la tácita prescindencia de la conexión física como fundamentadora de la jurisdicción de la FCPA. Senate Report N.º 105-277 (1998), p. 6: «*the territorial basis for jurisdiction should be broadly interpreted so that an extensive physical connection to the bribery act is not required*".

En cuanto al caso en concreto[337], Kellogg Brown & Root LLC (KBR LLC) y sus dos empresas matrices (KBR Inc. y Halliburton) llegaron a un acuerdo con la SEC y el DOJ luego de reconocer haber desembolsado pagos ilícitos a funcionarios nigerianos en aproximadamente 6 millones de dólares con el fin de acceder a contratos lucrativos de construcción en ese país. Dada la complejidad del proyecto, KBR LLC formó una alianza comercial con tres empresas extranjeras, las que posteriormente también fueron imputadas por los mismos hechos. Según las autoridades persecutoras, la *joint venture* viabilizó los pagos ilícitos a través de dos intermediarios. El primero de ellos, una firma de asesores financieros registrada en Gibraltar, encargada de sobornar a los altos funcionarios nigerianos con cerca de 150 millones de dólares; y, el segundo, una sociedad japonesa que dispuso de aproximadamente 50 millones de dólares para los funcionarios de mando medio[338]. Pese a la activación previa a la comisión de los ilícitos de los controles internos instalados en las empresas, estas no fueron capaces de evitar ni advertir de las circunstancias irregulares.

En efecto, los sistemas de cumplimiento de los departamentos legales de las empresas matrices KBR Inc. y Halliburton accionaron un proceso de *due diligence* al primero de los intermediarios antes de la adjudicación de contratos en Nigeria. Para llevar adelante dicha investigación tomaron en cuenta los criterios de la «razonabilidad de honorarios» y del «entorno empresarial y cultural donde labora el agente». Para la SEC esto fue insuficiente puesto que, desde su perspectiva, la *due diligence* también debió haber requerido, en este caso concreto, una descripción detallada de las funciones del agente, el control y auditoría de los honorarios percibidos, y las medidas específicas para la mejor consecución de la investigación. Además, el regulador bursátil advirtió que los competentes de la *due diligence* no sometieron a un escrutinio exhaustivo la verdadera titularidad de la empresa fantasma inscrita en Gibraltar, a pesar de haber tomado conocimiento de la existencia de un único titular en Reino Unido, situación que debió levantar la suficiente sospecha de alguna irregularidad. Tampoco se ocuparon de determinar las labores precisas del agente, ni de corroborar la información proporcionada por este, parte de la cual era en realidad falsa[339].

Por otro lado, el deficiente manejo de la estructura de control interno también comprometió a los altos funcionarios de las empresas en cuestión. De acuerdo con

(337) Para un estudio detallado Yannet/Schürrle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, pp. 1152 y ss.
(338) *United States v. Kellogg Brown & Root LLC*, N.º 09-cr-00071 (S. D. Tex., 06/02/2009), pp. 6 y ss.
(339) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009), pp. 10 y ss.

sus propias reglas internas, la vinculación contractual de un tercero requiere de la aprobación previa de los ejecutivos mediante la firma de los documentos que comprenden la información de los agentes seleccionados. Como advirtieron las autoridades, dichos documentos incluían declaraciones falsas relativas al lugar de asiento de la empresa —se estableció Mónaco en lugar de Reino Unido— y al número de empleados —incluyeron cuatro—, entre otros errores que no obstaculizaron la conformidad para la contratación del agente externo. En este contexto, ¿debieron confiar los ejecutivos en la información elaborada por el área de control interno? De acuerdo con el criterio de los órganos persecutores estadounidenses, concurrieron suficientes elementos para rechazar esta posibilidad. Ninguno de los altos funcionarios de KBR Inc. y Halliburton asumió la tarea de corroborar independientemente las referencias advertidas en los legajos, ya sea solicitando información adicional o encargando una nueva revisión. A ello se suma la ausencia del proceso de *due diligence* al segundo agente japonés, empresa con la que se ocultó su verdadera naturaleza contractual bajo la denominación de *prestación de servicios*(340).

Como resultado de las investigaciones, en el acuerdo de conformidad pactado con el DOJ y la SEC, las empresas KBR LLC, KBR Inc. y Halliburton se declararon culpables de violar las disposiciones de contabilidad y de control interno y las disposiciones anticorrupción, transgresiones por las cuales desembolsaron conjuntamente la suma de 402 millones de dólares. Adicionalmente, por el lado civil, se les impuso una multa de 177 millones de dólares. Igual suerte corrieron las otras tres sociedades de la *joint venture*, incluida la empresa japonesa de construcción JGC Corporation, que no detentaba la condición de *issuer*, *domestic concern* o subsidiaria de estas, situación que no impidió que sea penalizada con el pago de 218,8 millones de dólares por la sola circunstancia de haber entablado un vínculo comercial con empresas listadas en la bolsa estadounidense(341).

3. Morgan & Stanley

De acuerdo con la doctrina de la responsabilidad vicarial estadounidense, se imputará a la persona jurídica las conductas ilícitas de sus empleados o representantes

(340) *SEC v. Halliburton Company & KBR, Inc.*, N.º 09-ca-399 (S. D. Tex., 11/02/2009), pp. 12 y ss.
(341) Véase Yannet/Schürrle, en *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, pp. 1153 y 1154. El caso en cuestión ilustra la flexibilidad de los criterios de imputación para responsabilizar a las empresas madres por conductas ilícitas de sus subsidiarias valiéndose de las disposiciones de control interno.

en tanto se hayan cometido en el marco laboral y con la finalidad de beneficiar a la empresa. El problema aparente que presenta tal enfoque de responsabilidad corporativa con relación a la estructura de control interno de la FCPA es la cuestión de si la empresa debe asumir la competencia por actos que no autorizó o que sus directivos no pudieron prever, aun cuando disponga en el caso concreto de un efectivo programa de cumplimiento. Es decir, si la adecuada organización en derecho puede calificar como una *defense* que permita la exclusión de la sanción al ente colectivo(342). En este sentido, la práctica persecutoria de la FCPA, amparada en la Federal Sentencing Guidelines(343), ha demostrado que la idoneidad del sistema preventivo no solo puede conducir a la atenuación de la pena, sino que igualmente es susceptible de producir la exclusión de la empresa de todo tipo de sanción. Así lo certifica el caso *Morgan & Stanley*(344), en el cual las autoridades declinaron formalizar acusación contra la compañía, dirigiendo la imputación únicamente contra el directivo infractor.

Garth Peterson, un alto ejecutivo encargado del área de inversión inmobiliaria de la filial china de Morgan & Stanley, entabló una estrecha relación amical y financiera con un exdirectivo de la empresa estatal Yongye Enterprise a raíz del trabajo realizado en la colocación de inversiones en Shanghái. El exdirectivo chino, conjuntamente con un abogado canadiense, recibieron aproximadamente 1,8 millones de dólares en sobornos a cambio de viabilizar negocios altamente lucrativos entre Morgan & Stanley y Yongye Enterprise. Dichos desembolsos fueron activados por Peterson y realizados a través de denominaciones dudosas —por ejemplo, «comisiones a terceros»— para intentar de esta forma ocultar su verdadera naturaleza corrupta. Fue la propia empresa que detectó tales hechos y los comunicó voluntariamente a las autoridades, cooperando con sus indagaciones y llevando a cabo una exhaustiva investigación interna para determinar el alcance de los pagos indebidos y si estos implicaban la comisión de otros ilícitos. Concluidas las investigaciones, y una vez reconocida su culpabilidad, Peterson llegó a un acuerdo con las autoridades al pago de 3,5 millones de dólares y la prohibición de ejercer de por vida su profesión en el campo de las finanzas.

---

(342) Para un amplio estudio del *compliance* como *defense* en el derecho estadounidense, Henning, 73 Ohio St. J. Crim. L. (2012), pp. 900 y ss.; Pogdor, 44 Am. Crim. L. Rev. (2007), pp. 1537 y ss.; Walsh/Pyrich, 47 Rutgers L. Rev. (1995), pp. 676 y ss.; Koehler, Wis. L. Rev. (2012), pp. 609 y ss.

(343) USSG § 8B2.1 (a): «*(...) The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*".

(344) *SEC v. Peterson*, N.º 12-cv-2033 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Peterson*, N.º 12-cr-224 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Stanley*, N.º 08-cr-597 (S. D. Tex., 2008). Para un análisis pormenorizado de este caso, véase Grützner/Behr, CCZ (2013), pp. 71 y ss.

Contrariamente, los órganos persecutores se abstuvieron de formular cargos contra Morgan & Stanley al comprobar la disposición de un programa de ética y cumplimiento basado, en este caso en concreto, en los siguientes elementos: i) la empresa poseía un sistema de control interno al momento de cometida la infracción que veló por prevenir el ofrecimiento o promesa de algún tipo de ventaja a funcionarios extranjeros; ii) desarrolló directrices internas preventivas prohibiendo las conductas corruptas relacionadas con regalos, invitaciones de negocios, viajes, alojamiento, comida, donaciones y otros similares; iii) actualizó constantemente sus directrices y capacitó permanentemente a los empleados sobre los alcances de la FCPA y otras leyes anticorrupción; el mismo Peterson fue informado en múltiples ocasiones del contenido de los códigos de conducta y de las políticas empresariales anticorrupción; iv) los empleados del área de cumplimiento se ocuparon de vigilar y evaluar regularmente la legalidad de las transacciones y otras actividades financieras riesgosas; v) el año 2004 el oficial de cumplimiento de la empresa advirtió por escrito a Peterson de la calidad estatal de la empresa china y de la condición de funcionarios extranjeros de sus empleados; vi) Morgan & Stanley requirió a Peterson en múltiples ocasiones a dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas de la FCPA, incorporándose dichos documentos a su legajo personal; vii) la empresa exigía anualmente a sus empleados, incluyendo Peterson, a revelar sus intereses comerciales externos; viii) se llevó a cabo la *due diligence* al agente chino y a la empresa Yongye Enterprise antes de iniciar la relación contractual; ix) impuso mecanismos de aprobación de pagos para garantizar que las transacciones cuenten con la autorización de la administración y reducir así el riesgo de pagos irregulares.

II. Componentes del programa de ética y cumplimiento

1. Determinación de estándares y procedimientos de cumplimiento

De acuerdo con la normativa estadounidense, la organización en derecho de toda empresa se inicia con el establecimiento de estándares de conducta y procedimientos para prevenir y detectar comportamientos ilícitos[345], materializados en los respectivos códigos de conducta o, también llamados, códigos de ética. La Sarbanes-Oxley Act se hizo cargo de otorgarle un marco conceptual definiéndolo

(345) USSG §8B2.1 (b) (1).

como las normas razonablemente necesarias para promover conductas honestas y éticas, incluyendo el manejo ético de conflictos de interés reales o aparentes entre las relaciones personales y profesionales(346). De cara a la Foreign Corrupt Practices Act, resulta por demás trascendental la segunda parte de la definición que ofrece la Sarbanes-Oxley Act, pues refiere que los códigos de conducta de los emisores deben ofrecer adicionalmente criterios razonables para fomentar la divulgación detallada, clara, precisa, oportuna y comprensible de los informes periódicos a ser presentados(347) ante las autoridades competentes(348).

En cuanto a los destinatarios del código de conducta, el alcance internacional de los negocios y las complejas formas de manifestación de la corrupción obligan a que estos no sean únicamente los trabajadores directos de la empresa, sino que se extienda, en la medida de lo posible, a los así llamados *agents and business partners*, esto es, a los apoderados, asesores, representantes, intermediarios, socios de la *joint venture*, entre otros agentes similares. De lo que se trata es de vincular el carácter preventivo del código con la realidad criminógena. Esta misma premisa debe servir, por otro lado, como criterio orientador en la determinación de las conductas prohibidas. Dicha tarea comienza por el señalamiento de políticas empresariales claras e inequívocas del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales contra la corrupción. Seguidamente, y dependiendo de los riesgos y la naturaleza de los negocios de cada empresa, el código de conducta debe abordar la forma de actuación de los vinculados respecto al manejo eficiente del libro contable, las transacciones y facilitamiento de pagos, regalos, financiamiento de viajes y entretenimiento, uso de intermediarios, agasajos, donaciones partidarias y caritativas, patrocinios estatales, entre otros(349).

---

(346) SOA Sección 406 (c) (1).

(347) SOA Sección 406 (c) (2).

(348) La *Securities and Exchange Commission* - 17 C.F.R. §229.406 (c) - impone deberes adicionales a los emisores en la formulación de sus códigos de ética, vinculados fundamentalmente al aseguramiento de la publicidad, socialización de la información, identificación detallada de ámbitos de competencia laboral, entre otros.

(349) En la determinación de las conductas prohibidas resulta jurídicamente obligatorio tomar en consideración los derechos fundamentales, laborales y de protección de datos de los trabajadores de acuerdo a los estándares que la jurisdicción en cuestión lo requiera. Dicha tarea va en contra de la exportación de un código de conducta «tipo" a todos los países comprometidos. En una decisión del Tribunal Laboral alemán de Düsseldorf –LAG Düsseldorf, 14/11/2005, AZ.: 10 TaBVArbG–, por ejemplo, se determinó que los apartados de código de ética de la empresa Wal-Mart con sede en ese país referidos a las llamadas anónimas, aceptación de regalos y acoso sexual deben estar sujetos a la previa aprobación del comité ejecutivo de la empresa, lo que no se requiere contrariamente respecto a reglas sobre las notas de prensa o el derecho de acceso a los legajos de los trabajadores. Adicionalmente, se resolvió que la incorporación de normas que regulen las relaciones privadas o sentimentales no son aplicables pues lesionan los derechos

En el ámbito procedimental, el código de ética debe señalar las medidas de debida diligencia a adoptar frente a circunstancias de alerta (*compliance red flags*) o de especial relevancia riesgosa, por ejemplo: la negativa a suscribir declaraciones o garantías del cumplimiento de normas anticorrupción; comisiones o desembolsos inusualmente elevados; pagos fuera del país en el que el representante o tercero reside o se prestan los servicios; desembolsos en efectivo; evasión de controles de cambio o de impuestos; nombres de directores, representantes o intermediarios no revelados; pagos no abarcados por las normas del país que se trate; depósitos en paraísos fiscales; incorporación a la empresa o mantenimiento de una relación laboral o de negocios con familiares de funcionarios, por mencionar algunos ejemplos(350). Solo cuando se formulan los procedimientos y las conductas prohibidas de manera clara y, por tanto, accesible a los trabajadores, se pueden tener expectativas de su correcta aplicación y adecuado seguimiento. Por esta razón se recomienda un código de ética de lenguaje sencillo, orientado a la práctica diaria antes que a formulaciones abstractas únicamente comprensibles a ojos de expertos.

2. Supervisión de alto nivel

La adopción de un código de conducta por sí solo, sin la participación de los responsables de la empresa en su aplicación y seguimiento, ha demostrado ser insuficiente para el establecimiento de una cultura ética. La Federal Sentencing Guidelines se hizo cargo de esa deficiencia imponiendo al consejo directivo los deberes, por un lado, de conocer el contenido y la ejecución del programa de ética y cumplimiento; y, por otro, de vigilar razonablemente su implementación y eficacia(351). Las mismas obligaciones son trasladadas a los ejecutivos encargados del manejo y administración del ente colectivo(352). Que la directriz explicite ese tipo de obligaciones demuestra la importancia de que la organización en *compliance* deba comenzar por las altas esferas decisionales de la empresa para garantizar su efectividad.

Por otro lado, y con relación a la FCPA, las normas de *compliance* asumen la solución al problema de la imputación de los directivos por conductas ilícitas

---

a la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad contenidos en la Constitución alemana. Véase Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 208.

(350) Pormenorizadamente, Brown, 12 Int'l Tax & Bus. L. (1994), pp. 287 y ss.

(351) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

(352) USSG § 8B2.1. (b)(2)(A).

de sus trabajadores y terceros. En efecto, tal como se encuentra estructurada la normativa de la FCPA, la implementación de un programa de cumplimiento idóneo es el componente fundamental de las disposiciones de control interno(353). Así, en caso de configurarse un comportamiento corrupto de algún empleado, el directivo no se hará responsable por dicho acto en tanto haya satisfecho sus obligaciones de *compliance*, es decir, haya cumplido con procurarse el conocimiento suficiente sobre el funcionamiento del sistema preventivo, además de vigilar su adecuada instauración y efectividad. En caso contrario, responderá por transgredir las disposiciones contables, así no haya tenido la posibilidad de conocer la conducta corrupta de su empleado(354).

La consecuencia sancionatoria derivada del aseguramiento de los deberes de organización empresarial en el personal de alto nivel no significa, sin embargo, que las múltiples y complejas labores que implican su ejecución deban de ser asumidas por sus destinatarios de forma personalísima. Todo lo contrario, la delegación parcial de esas obligaciones garantizan su mejor consecución. La norma prevé, dependiendo de la magnitud de la empresa, el nombramiento de una o varias personas que se hagan cargo del funcionamiento diario del programa de cumplimiento —oficial de cumplimiento—, adscribiendo su papel fundamental a velar por su eficacia e informar periódica y directamente de su desenvolvimiento a sus superiores(355), objetivos que se materializarán si se le proporcionan los recursos suficientes, la autoridad apropiada y el acceso directo a la directiva o al órgano de gobierno empresarial(356).

3. Identificación de riesgos

Un factor determinante para el diseño, implementación y desarrollo del programa de cumplimiento es la identificación y valoración de los riesgos potenciales de infracción jurídica que supone la actividad empresarial(357). La efectividad de

(353) 15 U.S.C §§ 78m(b)(B).
(354) Véase Nieto Martín, Revista Penal 11 (2003), p. 11 y 12.
(355) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).
(356) USSG § 8B2.1.(b)(2)(C).
(357) Si bien referidos a otros ámbitos distintos a la corrupción, la Federal Sentencing Guidelines § 8B2.1, application note 7(A)(ii), ofrece patrones generales de actuación empresarial en la identificación de los riesgos: «(...) Por ejemplo, si una organización, debido a la naturaleza de sus negocios, emplea personal de ventas que tiene flexibilidad para fijar precios, debe tener estándares y procedimientos establecidos diseñados para prevenir y detectar la fijación incorrecta de precios. Si una organización, debido a la naturaleza de sus negocios, emplea personal de ventas que tiene flexibilidad para representar las características materiales de un producto, debe tener estándares y procedimientos establecidos diseñados para prevenir el fraude".

este programa depende precisamente del adecuado emprendimiento de dicha tarea, la cual deberá abordarse de forma permanente y en atención al grado de probabilidad de configuración de ciertas conductas corruptas(358). Así, cuando en ciertos ámbitos el riesgo de violación de las normas anticorrupción resulte elevado, las medidas de prevención y detección de infracciones deberán ser más exigentes, incluidas las referidas a la debida diligencia y a la periodicidad de las auditorías internas(359).

La identificación de las fuentes riesgosas debe comenzar por el conocimiento detallado de las distintas realidades normativas donde la empresa desenvuelve sus negocios, lo que permitirá someter a un primer filtro de selección indiciaria las prácticas empresariales más expuestas a la corrupción de aquellas que no lo son. Con relación al silencio normativo y a la costumbre —corrupción endémica—, se debe tener en cuenta que estos no son criterios válidos a la hora de delimitar las conductas permitidas. Es más, en el caso *US v. Kozeny*(360) la jurisprudencia estadounidense rechazó de forma expresa considerar como defensa afirmativa aquellos sobornos supuestamente tolerados por la normativa local cuando son efectuados como consecuencia de una extorsión.

Más allá de esta particularidad, otros factores a considerar en la identificación de los riesgos son: el sector del negocio, los socios de la empresa, el nivel de involucramiento con un determinado gobierno, agentes o terceros, antecedentes delictivos de la organización, donaciones gubernamentales, financiación de viajes y entretenimiento de funcionarios extranjeros, pagos de facilitación, lobby, entre otros.

4. Comunicación y capacitación permanente

Sin el conocimiento y la adecuada interiorización por parte de los miembros de la empresa de las conductas prohibidas consignadas en el código de conducta no se pueden albergar expectativas de su fidelidad. Para lograr tal fin se exige de la organización empresarial la adopción de medidas razonables para comunicar efectiva y periódicamente sus directrices de cumplimiento normativo, ya sea

(358) USSG § 8B2.1, *application note* 7(A)(ii).
(359) DOJ/SEC, *Resource Guide*, p. 59.
(360) *United States v. Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535 (S. D. N. Y., 2008).

ofreciéndose programas de capacitación o, de lo contrario, difundiendo la información pertinente sobre las funciones y responsabilidades individuales[361]. De lo que se trata es de hacer accesible las líneas de comportamiento tomando en cuenta las competencias particulares que se adscribe a cada empleado, por un lado, y ofreciendo herramientas prácticas para la identificación de las conductas prohibidas, por otro. Por ello no está considerado dentro de las *best practices* la mera traslación automática, general e indiferenciada de información relativa al programa de cumplimiento empresarial.

El nivel focalizado de capacitación debe alcanzar a los altos ejecutivo, directivos, trabajadores y, en tanto el caso lo amerite, también a los así llamados *agents and business partners*[362]. Al efecto motivacional de seguimiento normativo deben acompañarse requerimientos materiales y formales de su puesta en práctica a todos los vinculados. En el caso Morgan & Stanley[363], por ejemplo, además de la capacitación permanente, se requirió en múltiples ocasiones al ejecutivo incriminado a dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas anticorrupción, medida, entre otras, que coadyuvó a liberar de responsabilidad a la empresa en cuestión.

5. Incentivos y medidas disciplinarias

Basado en la filosofía del *carrot and stick*, la Federal Sentencing Guidelines dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones dentro de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento en toda la organización[364]. La forma de implementación del dispositivo y la determinación del tipo de incentivos y sanciones está delegada a cada una de las empresas. Lo fundamental es transmitir el mensaje, tanto a los miembros del ente colectivo como a las propias autoridades, de la seriedad de los esfuerzos por actuar conforme a derecho. Se estará lejos de cumplir con ese objetivo si dado el caso no se adopta ninguna medida sancionatoria contra la persona transgresora de las políticas empresariales anticorrupción, pues de esta manera se pondrá en duda la credibilidad del programa de cumplimiento, por una parte, y se daría a entender la implícita tolerancia de la corrupción, por otra. Se desencadenarán consecuencias similares contra la efectividad del programa de cumplimiento si no se extienden

(361) USSG § 8B2.1 (b)(4)(A).
(362) USSG § 8B2.1 (b)(4)(B).
(363) *SEC v. Peterson*, N.º 12-cv-2033 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Peterson*, N.º 12-cr-224 (E. D. N. Y., 2012); *United States v. Stanley*, N.º 08-cr-597 (S. D. Tex., 2008).
(364) USSG §8B2.1 (b)(6).

las medidas disciplinarias a quienes, siendo competentes para ello, hayan omitido o bien cumplir su función de prevenir y detectar infracciones, o la de imponer las sanciones correspondientes(365).

6. Debida diligencia a terceros e intermediarios

Como ya se ha precisado, la debida diligencia no es un criterio independiente adscrito al sistema preventivo, sino más bien un principio fundamental que se despliega sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima, desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción. No obstante, a raíz del protagonismo preventivo que adquiere este principio con relación a la utilización de terceros e intermediarios —y como veremos en el siguiente apartado, asociados a los procesos de fusiones y adquisiciones— como fuentes especialmente riesgosas de configuración de la corrupción, resulta necesario poner particular énfasis en su tratamiento diferenciado de cara a la Foreign Corrupt Practices Act. Previamente, se debe destacar que el alcance y la intensidad de la debida diligencia también se determinará con base al nivel de riesgo específico al que se enfrenta cada organización en particular, por lo que a continuación solo se desarrollarán algunos criterios rectores para la mejor consecución de tal fin.

En general, las empresas deberán emprender un escrutinio exhaustivo de selección y evaluación permanente de terceros —por ejemplo, proveedores y contratistas— y sus intermediarios —por ejemplo, representantes, consultores, abogados y contadores— considerando su historial, cualificación, socios, reputación, relación con funcionarios extranjeros, entre otros criterios. Asimismo, la empresa debe definir claramente el papel asignado al intermediario, asegurándose del cumplimiento de los términos pactados en el contrato y de la correspondencia entre el pago realizado y el servicio prestado efectivamente. Algunas circunstancias de alerta especial que precisen elevar la intensidad de la debida diligencia y eventualmente, como consecuencia de su ejercicio, renunciar a la relación laboral se configurarán cuando, por ejemplo, el intermediario se rehúse a firmar un contrato formal de servicios con la empresa, haya sido recomendado por funcionarios extranjeros, demande sumas adicionales y fuera del registro contable, se niegue a suscribir por escrito las políticas anticorrupción de la organización, posea la cualidad de

(365) Véase Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 212 y 213.

exfuncionario, etcétera. La misma lógica preventiva se trasladará a la relación de la organización frente a terceros, incluyendo adicionalmente la evaluación de las políticas anticorrupción que estos posean y todas aquellas medidas que aporten al mejor ejercicio de la debida diligencia.

7. Fusión y adquisición

Al igual que la utilización de terceros e intermediarios, las fusiones y adquisiciones son operaciones que, una vez concluidas, pueden generar potenciales riesgos civiles y penales a las partes involucradas, ya que a través de tales procedimientos, además de absorberse los activos y pasivos financieros, se asumen igualmente las eventuales responsabilidades jurídicas de los socios, de no tomarse las medidas preventivas y correctivas necesarias. En el caso *Tyco International Ltd.*(366), por ejemplo, se imputó a esta empresa violaciones a la Foreign Corrupt Practices Act por conductas corruptas cometidas por empleados de sus subsidiarias asentadas en Brasil y Corea, aun cuando gran parte de los ilícitos fueron cometidos antes de sus adquisiciones por Tyco. La SEC le reprochó en su denuncia haber omitido implementar los controles adecuados a pesar de que el proceso de debida diligencia emprendido previo a la anexión de las filiales revelara que los pagos ilícitos a funcionarios de ambos gobiernos eran una práctica común para acceder a contratos estatales. Igual de ilustrativo es el caso de la empresa Alliance One International AG(367), imputada por ilícitos cometidos por sus subsidiarias extranjeras mucho antes de efectuarse la fusión.

El ejercicio de la debida diligencia es una herramienta clave para la disminución de riesgos asociados a las fusiones y adquisiciones. Es más, la práctica persecutoria estadounidense ha convertido el carácter «potestativo» de este instrumento preventivo en uno «obligatorio», incluyéndolo dentro del abanico de criterios rectores en la verificación de la efectividad del programa preventivo. De ello se sigue, consecuentemente, la abstención de las autoridades en la formulación de cargos contra las empresas que establezcan rigurosos procesos de debida diligencia antes y después de la fusión o adquisición, tal como ha sucedido, por ejemplo, con los casos York International Corporation(368) y Syncor International Corporation(369).

(366) *SEC v. Tyco Int'l Ltd.*, N.º 06-cv-2942 (S. D. N. Y., 17/04/2006).
(367) *United States v. Alliance One International AG*, N.º 10-cr-00017 (06/08/2010).
(368) *United States v. York International Corporation*, N.º 07-cr-00253-RJL (10/01/2007).
(369) *SEC v. Syncor Int'l Corp.*, N.º 02-cv-2421 (D. D. C., 10/12/2002); *SEC v. Syncor International Corp.*, Litigation Release 17997 (10/12/2002).

Este mismo proceder ha sido respaldado por los Comunicados de Opinión 08/01 y 08/02 del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en los cuales se han desarrollado lineamientos adicionales asociados al adecuado ejercicio de la debida diligencia.

Otro aspecto esencial a resaltar es que la instauración del procedimiento de control a las empresas socias no culmina con su absorción; todo lo contrario, se exige de los adquirientes la rápida traslación y aplicación integral de su programa de cumplimiento y de los procedimientos anticorrupción. Si a raíz de la ejecución de estas últimas medidas, y tras haber fracasado los controles previos, se detecta alguna conducta corrupta, el DOJ y la SEC se abstendrán de tomar medidas contra la empresa absorbente si esta se asegura de revelar voluntariamente del hecho infractor y coopera activamente con las autoridades en la investigación. De otro modo, la aplicación fragmentada, retardada y negligente del programa de cumplimiento a los entes asociados traerá como consecuencia la traslación de la imputación de las infracciones a los adquirientes. La SEC, por ejemplo, formuló cargos administrativos de corrupción contra la empresa Baker Hughes(370) por conductas ilícitas perpetradas por trabajadores de una subsidiaria australiana adquirida apenas dos meses antes de la imputación.

8. Evaluación y revisión

El carácter dinámico de los negocios y las múltiples y cambiantes realidades a las que se ven enfrentadas las empresas de acción internacional obligan a la constante actualización de sus sistemas preventivos. Ello implica que las organizaciones adopten las medidas razonables para evaluar periódicamente la efectividad de los programas de ética y cumplimiento(371). De manera general, se atiende a dicho objetivo verificando i) si la concepción y estructura del programa es apropiado para evitar comportamientos ilícitos; y ii) si sus fundamentos y principios fueron implementados eficazmente(372). En la práctica persecutoria, el DOJ y la SEC han determinado que la actualización del programa supone su constante desarrollo, mejoramiento y adaptación a las nuevas circunstancias, sobre todo si viene precedida de la detección de alguna conducta infractora. Ante a este último supuesto, la Federal Sentencing Guidelines obliga a las empresas a responder apropiadamente y prevenir comportamientos similares, debiéndose incluir la realización de los

(370) *SEC v. Baker Hughes Incorporated*, Rel. 447784 (12/09/2001).
(371) USSG § 8B2.1 (b)(5)(B).
(372) Hopson/Graham Koehler, CCZ (2008), p. 211.

cambios considerados necesarios[373]. A estas mismas exigencias deberán ser sometidos los procedimientos de elaboración de la contabilidad interna, en la medida que son determinantes para un programa sostenible anticorrupción.

9. Reportes confidenciales e investigación interna

A más tardar desde el fracaso de los programas de cumplimiento de grandes corporaciones como Enron y WorldCom, provocado, entre otros motivos, por la negativa de los directivos y responsables a atender las reiteradas denuncias y advertencias de los trabajadores de la comisión de conductas ilícitas dentro de esas organizaciones[374], se impuso a las empresas la obligación de instalar un sistema de denuncias internas —*whistleblowing*— apropiado para recibir denuncias tanto de los propios empleados como de terceros, debiendo velar por su anonimidad y confidencialidad como mecanismos protectores ante eventuales represalias por parte de los empleadores[375].

Independientemente de la forma en que la empresa obtenga información relacionada a eventuales irregularidades o a conductas potencialmente infractoras, se deben tomar las medidas necesarias para su esclarecimiento, en tanto concurran los indicios suficientes que la justifiquen. Pese a que no existe la obligación legal de incorporar este procedimiento, conocido en el derecho estadounidense como *internal investigation*, la doctrina de la graduación de la pena establece una reducción considerable de la sanción si la empresa demuestra una amplia cooperación con las autoridades persecutoras y adopta, al mismo tiempo, las medidas necesarias para superar los defectos de organización *ex post*.

(373) USSG § 8B2.1 (b)(7).
(374) Véase Brickey, 81 Wash. U. L. Q. (2003), pp. 360 y ss.
(375) USSG § 8B2.1 (b)(5)(C).

UNIDAD II: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3. **Ley 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional**

LEY Nº 30424

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

SECCIÓN I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

SECCIÓN II
ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Artículo 4. Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia.
La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal.

SECCIÓN III
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 5. Medidas administrativas aplicables

El juez aplica, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resultaren administrativamente responsables de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, tipificado en el artículo 397-A del Código Penal:

a. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.
b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
1. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.
2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.
c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.
e. Disolución.

Artículo 6. Medidas administrativas complementarias

El juez puede ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica que resultare administrativamente responsable de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.
La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez debe fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida.

La intervención se puede modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y disposición del Ministerio Público. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.

Artículo 7. Multa

Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el valor de la multa se establece conforme a los siguientes criterios:

a. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta ciento cincuenta unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de diez ni mayor de cincuenta unidades impositivas tributarias.

b. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta mil setecientas unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de cincuenta ni mayor de doscientas cincuenta unidades impositivas tributarias.
c. Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende a un monto mayor a las mil setecientas unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de doscientas cincuenta ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.
La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses.
En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva, prevista en el numeral 2 del literal b del artículo 5.

Artículo 8. Inhabilitación

La medida de suspensión para contratar con el Estado, prevista en el numeral 3 del literal b del artículo 5, se impone de forma obligatoria en los casos en que el delito es cometido en el marco de un proceso de contratación pública.

El juez puede imponer cualquier modalidad de inhabilitación en supuestos distintos al señalado en el primer párrafo, en atención a las particularidades del caso concreto y considerando los criterios establecidos en el artículo 14.

Artículo 9. Cancelación de licencias u otras autorizaciones y clausura

La medida prevista en el literal c del artículo 5 se aplica de forma obligatoria cuando el delito de cohecho activo transnacional estuvo destinado o vinculado a la obtención de licencias u otras autorizaciones administrativas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, el juez puede imponer las medidas previstas en los literales c y d del artículo 5, en otros supuestos cuando lo estime pertinente en atención a los criterios establecidos en el artículo 14.

Artículo 10. Disolución

La disolución se aplica solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias.

Esta medida no es aplicable cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado o sociedades de economía mixta que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad.

Artículo 11. Decomiso

El juez, cuando corresponda, dispone el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohecho activo transnacional por el que se declare responsable administrativamente a la persona jurídica, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal, conjuntamente con las medidas administrativas del artículo 5 que resulten aplicables.

SECCIÓN IV

DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

Artículo 12. Circunstancias atenuantes

Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

a. Haber procedido a través de sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados a confesar la comisión del delito de cohecho activo transnacional, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria.
b. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, en cualquier momento del proceso.
c. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
d. La reparación total o parcial del daño.
e. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito de cohecho activo transnacional y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.
f. La acreditación parcial de los elementos del modelo de prevención, previstos en el párrafo 17.2 del artículo 17.

Artículo 13. Circunstancias agravantes

Son circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas:

a. La comisión del delito de cohecho activo transnacional en virtud de cualquiera de los supuestos del artículo 3, dentro de los cinco años posteriores a la imposición, mediante sentencia firme, de una o más medidas del artículo 5 a la misma persona jurídica. En tal caso, el juez puede aumentar las medidas establecidas en los literales a, b y d del artículo 5, hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido.
b. La utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Se entiende que se está ante este supuesto cuando la actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal.

Artículo 14. Criterios para la aplicación de las medidas administrativas

Las medidas administrativas previstas en los literales b, c y d del artículo 5 son determinadas por el juez en atención a los siguientes criterios, según corresponda:

a. La gravedad del hecho punible.
b. El tamaño y naturaleza de la persona jurídica.
c. La capacidad económica de la persona jurídica.
d. La extensión del daño o peligro causado.
e. El beneficio económico obtenido por el delito de cohecho activo transnacional.
f. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el delito.
g. El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.

Artículo 15. Individualización de las medidas administrativas

En caso de que el juez imponga la medida de multa o las medidas administrativas previstas en los literales b y d del artículo 5 con carácter temporal, debe desarrollar los siguientes pasos:

a. Identifica la extensión de la medida que corresponda, según los límites establecidos en el artículo 5, y la divide en tres partes.
b. Determina la medida concreta, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, conforme a las siguiente reglas:
1. Cuando concurran únicamente circunstancias atenuantes o no existan atenuantes ni agravantes, se aplica la medida dentro del tercio inferior.
2. Cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes, se aplica la medida dentro del tercio intermedio.
3. Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, se aplica la medida dentro del tercio superior.
4. Cuando se trate de circunstancias atenuantes previstas por la ley como privilegiadas, se aplica la medida por debajo del tercio inferior.
5. Cuando se trate de circunstancias agravantes previstas por la ley como cualificadas, se aplica la medida por encima del tercio superior.

6. En caso de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas, se aplica la medida dentro de los límites del rango legal.
Para efectos del presente artículo, son circunstancias atenuantes privilegiadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prevean la reducción de la pena por debajo del mínimo legal. Del mismo modo, son circunstancias agravantes cualificadas aquellas previstas en la ley penal o procesal penal que prescriban el incremento de la pena por encima del máximo legal.

Artículo 16. Suspensión de la ejecución de las medidas administrativas

16.1. El juez puede, mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la persona jurídica, suspender la ejecución de las medidas administrativas impuestas y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. La suspensión procede siempre que la persona jurídica no esté incursa en el supuesto de reincidencia previsto en el literal a del artículo 13.
16.2. En el caso de empresas del Estado, sociedades de economía mixta o de personas jurídicas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez puede ordenar la suspensión, cualquiera fuese la medida administrativa impuesta en la sentencia.
16.3. Si durante el periodo de suspensión no se dispone la incorporación formal de la persona jurídica al proceso penal de conformidad con lo previsto en los artículos 90 y 91 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957, el juez deja sin efecto la medida administrativa impuesta y resuelve el sobreseimiento de la causa.
16.4. Esta suspensión no afecta el decomiso dispuesto judicialmente, según lo previsto en el artículo 11.

SECCIÓN V
MODELO DE PREVENCIÓN

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.
17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:
a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.
b. Medidas preventivas referidas a:
1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional.
3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional.
4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.
c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

17.3. El reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención.
17.4. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.
17.5. Se excluye también la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado atendiendo a los elementos previstos en el párrafo 17.2.

Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración

El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Si en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que la investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento de conformidad con la normatividad procesal vigente.

Artículo 19. Certificación del modelo de prevención

El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Vigencia

La presente norma entra en vigencia el 1 de julio de 2017.

SEGUNDA. Reglamento

El Poder Ejecutivo, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la publicación de la presente Ley, aprueba el reglamento a que hace referencia el párrafo 17.3 del artículo 17.

TERCERA. Vía procesal

La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957.

CUARTA. Normas aplicables

Durante la investigación y proceso penal, la persona jurídica goza de todos los derechos y garantías que la Constitución Política del Perú y la normatividad vigente reconoce a favor del imputado.

La persona jurídica puede ser asistida por la defensa pública, en caso lo requiera, bajo los alcances de la Ley 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, del Decreto Supremo 007-2012-JUS y demás normas conexas, en lo que resulte pertinente.

Asimismo, son aplicables los artículos 372 y 468 al 471 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957, que regulan la conclusión anticipada del juicio y el proceso de terminación anticipada respectivamente, con plena intervención del apoderado judicial de la persona jurídica, y demás normas del citado código que resulten pertinentes.

QUINTA. Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente

El Poder Judicial implementa un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas administrativas impuestas a las personas jurídicas, con expresa mención del nombre, clase de sanción y duración de la misma, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente, de ser el caso.

En caso de que las personas jurídicas cumplan con la medida administrativa impuesta, el juez, de oficio o a pedido de parte, ordena su retiro del registro, salvo que la medida tenga carácter definitivo.

El Poder Judicial puede suscribir convenios con otras instituciones para compartir la información que conste en el registro.

El Poder Judicial, en el plazo de noventa días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Ley, emite las disposiciones reglamentarias pertinentes que regulen los procedimientos, acceso, restricciones, funcionamiento del registro y demás aspectos necesarios para su efectiva implementación.

SEXTA. Campañas de difusión
La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a través de su Coordinación General, realiza campañas de difusión sobre los alcances de la norma, dirigida a las empresas, a la policía, a los fiscales, a los procuradores, a los jueces y a los ciudadanos.

SÉTIMA. Financiamiento
La implementación de lo establecido en la presente Ley se financia con cargo a los presupuestos institucionales de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.

OCTAVA. Informe técnico de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción
Cualquier propuesta normativa que modifique la presente Ley o que implique la reducción o ampliación de su objeto y alcances, cuenta para su aprobación con un informe técnico no vinculante de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

En el supuesto de facultades delegadas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, el sector responsable solicita el referido informe técnico a la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

NOVENA. Responsabilidad por denuncias maliciosas
La presentación de denuncias maliciosas en el marco de la presente Ley da lugar a responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria, conforme a ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. Incorporación del artículo 401-C al Código Penal
Incorpórase el artículo 401-C al Código Penal con el texto siguiente:

"**Artículo 401-C. Multa aplicable a las personas jurídicas**
Cuando las personas jurídicas señaladas en el artículo 2 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional resulten responsables por el delito previsto en el artículo 397-A, el juez impone la medida de multa, conforme al literal a del artículo 5 de la citada norma, sin perjuicio de las demás medidas administrativas allí previstas que resulten aplicables".

SEGUNDA. Incorporación del artículo 313-A al Código Procesal Penal
Incorpórase el artículo 313-A al Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, con el texto siguiente:

"**Artículo 313-A. Medidas cautelares en casos de responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas**
En los supuestos previstos en la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, el juez, a pedido de parte legitimada, puede ordenar, además de las medidas establecidas en el numeral 1 del artículo 313, las siguientes:
a. Prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas con cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito.
b. Suspensión para contratar con el Estado.
La imposición de las medidas señaladas en el primer párrafo procede siempre que existan suficientes elementos probatorios sobre la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho

activo transnacional y que fuese indispensable para prevenir los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.
Estas medidas cautelares no duran más de la mitad del tiempo fijado para las medidas de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional".
Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, al primer día del mes de abril de dos mil dieciséis.

LUIS IBERICO NÚÑEZ

UNIDAD III: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS MIEMBROS DE LAS EMPRESAS FUNCIONALMENTE ESTRUCTURADAS

1. CARO JHON; José Antonio. Manual teórico práctico de teoría del delito. Ara Editores. Lima, 2014. P. 43- 86.

José Antonio Caro John
Doctor en Derecho por la Universidad Bonn
Profesor de Derecho penal

Manual teórico-práctico de teoría del delito

Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública

ARA Editores

«Nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación»[1].

Günther JAKOBS

I. El adiós del dogma causal

La causalidad es irrelevante para determinar el carácter *típico* de una conducta. Sin embargo, durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación de un *nexo causal* entre la acción y el resultado[2]. De este modo la fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación, de tal manera que el resultado causal era considerado idénticamente como un resultado típico. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior.

---

1 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general,* trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, pp. 842-845. La cita es tomada de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2270-2004-La Libertad, de 16 de septiembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO). Considerando segundo, publicada en el libro de SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutoria de la Corte Suprema,* Palestra, Lima 2006, p. 316.

2 Cfr. VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 21ª/22ª ed., Berlin/Leipzig 1919, § 28; BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts,* 2ª ed., Tübingen 1902, p. 38; RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutungfür das Strafrechtssystem,* Berlin 1904 (aquí citado según la recopilación de su obra completa por Arthur KAUFMANN, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el título *Gesamtausgabe,* tomo 7, *Strafrecht* I, volumen coordinado por Monika Frommel, Heidelberg 1995) pp. 118 ss. Una magnífica exposición de la teoría del *nexo causal* que muestra su contenido y «desarrollo tan impetuoso como sujeto a cambios» puede verse en MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal,* t. I, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, pp. 220-228.

Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se aprecia en el denominado «caso del burdel»[3]:

> El regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo. Pero junto a él también fue hallado responsable un vendedor de vino, como cómplice del mismo ilícito penal, bajo la consideración que el vino había incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar. Según la valoración judicial «la actividad de reparto del vendedor de vino se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel», teniéndose en cuenta además que el funcionamiento clandestino del burdel era una actividad «conocida» por el vendedor de vino.

El fundamento del castigo de la complicidad se basó en la comprobación del nexo causal entre la conducta y el resultado. En el trasfondo de la valoración estuvo el esquema mental de la fórmula *conditio sine qua non*, esto es, si él no hubiese repartido vino al burdel, no se habría incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar, por lo que el ingreso de vino al burdel favoreció el funcionamiento exitoso del negocio clandestino. La imputación al tipo objetivo dependió únicamente de la pura fenomenología naturalista de los hechos. A ello se añadió el conocimiento por parte del vendedor: su obrar fue doloso porque sabía que el burdel era clandestino.

Una imputación típica basada en la comprobación de la fenomenología externa de la acción y en el conocimiento psíquico del fenómeno responde al pensamiento del *dogma causal* arraigado en la dogmática jurídico-penal en el último tercio del S. XIX desde la incursión de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el Derecho penal, notándose su presencia posteriormente con diferentes matices en los distintos sistemas de la teoría del delito; desde el sistema *clásico*, luego en el sistema *neoclásico*, inclusive hasta en el sistema *finalista*. Bajo este esquema de interpretación no caben las consideraciones normativas dentro del juicio de valoración. No cabe preguntar, por ejemplo, en el presente caso cuál es el ámbito de competencia del vendedor de vino. Puede darse el caso desde otra

---

[3] Este caso fue resuelto por el Tribunal del Imperio–Corte Suprema– alemán el 14 de junio de 1906, véase *RGSt* 39, pp. 44 ss.

perspectiva -con independencia de la causalidad desplegada por él y el conocimiento de la misma- que la conducta reúna el significado normativo de un obrar conforme a un rol socialmente estereotipado. Pero esta es una cuestión solamente comprensible dentro de un modelo *normativista* del Derecho penal, cuyas particularidades serán desarrolladas en los siguientes apartados del presente capítulo.

En síntesis, el *dogma causal* sintetiza la imputación típica de una conducta a partir de la fórmula general «causalidad + dolo = responsabilidad»[4].

No obstante que el modelo de imputación basado en el *dogma causal* parece estar superado, no es infrecuente encontrar en la praxis judicial de nuestros días todavía resoluciones que sorprendentemente plasman este esquema de interpretación. Probablemente con una terminología diferente, pero reproduciendo en esencia el contenido y estructura del concepto, el pensamiento del *dogma causal* no ha sido abandonado del todo. Esto se puede ver en el «caso de la cocinera»[5], donde una mujer, por haber preparado la comida para su esposo (un narcotraficante) y los trabajadores de éste, fue condenada como coautora de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado mediante actos de fabricación (arts. 296 y 297.6 CP) a trece años de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, en vía de recurso de nulidad, la Corte Suprema de Justicia absolvió a la cocinera de los cargos imputados en su contra con la siguiente fundamentación:

> «(...) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta

---

4 LESCH, Heiko Harmut, «Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland», en *JR*, 2001, p. 384.

5 Cfr. la sentencia dictada por la Sala Penal Liquidadora de Puno en el Exp. 01039-2009, de fecha 22 de julio de 2011 en cuyo Considerando Sexto (Hechos imputados) concreta la imputación contra la sentenciada del modo siguiente: «los procesados V.M.Ll. [esposo de la cocinera] y R.M.C [empleado del primero] dirigían el proceso de elaboración de la droga ilícita y la procesada J.C.C. [cocinera] proveía de alimentación para los demás procesados».

atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra (véase CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, ARA Editores, Lima 2010, páginas noventa y uno a ciento catorce)»[6].

Como la imputación se basó únicamente en «haber proveído alimentación a sus co-procesados» y las pruebas obrantes en el expediente no desvirtuaron la práctica social adecuada al estereotipo de lo que atañe desempeñar cotidianamente a una cocinera, el pronunciamiento judicial resaltó que no había razón para condenar a una persona cuando en el contexto social determinado su obrar no desborda los límites del estándar de conducta de dicho segmento social. Pero esta es una solución *normativa*, completamente opuesta a la del *dogma causal* que envió directamente a la cárcel a la cocinera por la causación fenomenológica que originó al alimentar a unos narcotraficantes sin tomar en consideración que reúne el mismo significado (atípico) para el Derecho penal el dar de comer a unos narcotraficantes como a cualquier otra persona porque el estereotipo social de «cocinar» no forma parte del alcance del tipo penal de promoción o favorecimiento al narcotráfico de drogas.

El adiós del dogma causal se produce cuando la relevancia típica de la conducta no es buscada en la fenomenología del proceso causal externo, ni en el contenido psico-biológico de la acción, sino en el *significado de antinormatividad* que la misma comunica en un contexto

---

[6] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno (ponente VILLA STEIN), de fecha 14 de septiembre de 2012, fundamento 3.6.

social determinado como el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal[7].

Con una elegante precisión esta línea de pensamiento se plasma en una ejecutoria suprema de la siguiente manera:

> «Un simple acto causal no constituye un factor determinante para imputar un delito a una persona, sino, debe buscarse el significado de esa conducta y observar si actuó dentro de una normatividad expresa o tácita, a efectos de atribuir objetivamente el tipo a una conducta determinada a través de criterios que se hayan desarrollado en la denominada imputación objetiva, que, viene ejecutándose como fundamento de la teoría del tipo penal»[8].

El Código penal ya contempla esta situación en el art. 20, inc. 8 al liberar de responsabilidad a quien «obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Con ello, el propio Derecho penal envía el mensaje a la sociedad que la responsabilidad penal sólo se fundamenta en la comprobación que la conducta en un contexto social concreto se aparta de lo dispuesto por la ley, quebranta un deber determinado, extralimita los contornos del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. No estamos ante una causa de justificación, sino ante una causa de exclusión de la tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva[9]. La conducta practicada nunca alcanzará un significado *típico* cuando reúna el sentido de un obrar conforme a la ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo.

En consecuencia, no es imputable al tipo objetivo la conducta que en un determinado contexto social no se aparta del ámbito de competencia personal delineado por un rol estereotipado. Quien obra conforme a un rol no realiza una conducta penalmente relevante, no cruza la frontera del riesgo permitido. Mientras el obrar no exceda los

---

7 Cfr. JAKOBS, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 12, 29 ss.

8 Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3855-2007-Lima (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de fecha 15 de mayo de 2009. Considerando Cuarto.

9 En este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 336: «En la ciencia penal peruana es mayoritaria la opinión que esta es una causa de justificación [el cumplimiento de deberes de función o profesión]. Sin embargo, consideramos que es un supuesto de *ausencia de imputación objetiva (atipicidad)*» (subrayado en el original).

límites marcados por el rol, rige la garantía de no responder por la causalidad generada por dicho obrar. Aplicado a los casos del vendedor de vinos y de la cocinera: ambos no realizan conducta típica alguna porque su obrar es acorde a un oficio socialmente estereotipado. Es irrelevante que el vino haya causado el incremento de parroquianos al burdel, es indiferente que la comida les haya dado más fuerza a los narcotraficantes para hacer un mejor negocio de tráfico ilícito de droga, tampoco importa que el vendedor haya sabido que el burdel era clandestino y que la cocinera supiera que alimentaba a unos narcotraficantes. Sencillamente ni por vender vino, ni por cocinar, ambas personas quebrantan deber alguno, ni exceden los límites de un oficio y del ejercicio legítimo de un derecho, según lo contemplado por el art. 20, inc. 8 CP.

En virtud de lo expuesto, sólo queda darle un fuerte ¡adiós! al dogma causal.

II. El sentido normativo de la imputación

A diferencia del dogma causal, en virtud de la imputación objetiva toda conducta puede ser declarada típicamente relevante sólo por su *significado antinormativo*, y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta, ni por la representación psíquica que pudiera tener el actuante sobre el hecho.

La imputación jurídico-penal presenta un carácter poliédrico[10] que engloba varias perspectivas que resultan, todas ellas, imprescindibles para perfilar la figura a cabalidad:

- La imputación es *normativa*, por cuanto presupone la infracción de un deber.
- La imputación es *personal*, porque llena su contenido con el quebrantamiento de un rol o extralimitación de una esfera de competencia personal del sujeto.
- La imputación es *social*, pues exige la defraudación de una expectativa normativa vigente en la sociedad.

---

[10] Sobre ello, POLAINO-ORTS, Miguel, «Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcionalista», en MIRÓ LLINARES, Fernando / POLAINO-ORTS, Miguel, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, ARA Editores, Lima 2010, p. 73.

- La imputación es *valorativa*, en tanto atribuye a la conducta un significado socio-normativo comunicativamente estabilizador.

Únicamente si concurren todas las perspectivas mencionadas al mismo tiempo puede hablarse propiamente de imputación desde una perspectiva jurídico-penal. Imputación es siempre sinónimo de sentido socio-normativo, de manera que mientras el delito niega o contrarresta ese sentido, la imputación restaura o reafirma el sentido socio-normativo válido de una determinada conducta.

Desde el punto de vista normativo, en el ámbito de la tipicidad no es posible separar el hecho en su pureza fáctica de un hecho dotado de sentido jurídico, concebido como *hecho típico*. No se trata de conceptos que puedan existir por separado, ya que para el tipo penal el *hecho meramente fáctico* no comunica absolutamente nada frente a la vigencia de una norma. Como señala JAKOBS: «así como del sentido no se deriva naturaleza, de la naturaleza tampoco se deriva sentido»[11]. Esta cuestión es graficada por TARUFFO al referirse a los hechos empíricos como *hechos brutos* (*Tatsachen*) que en sí mismos sólo son pura naturaleza; estos hechos sólo adquieren significado jurídico cuando se ordenan como *hechos típicos* (*Sachverhalt*) acogidos por la norma[12]. Es por esta razón que el único hecho con relevancia jurídico-penal es el hecho típico o «hecho objeto de imputación»[13] sintetizado en el obrar que excede los límites de un rol determinado.

En síntesis: un hecho delictivo es, precisamente, delictivo en la medida que reúne el significado del quebrantamiento de un rol.

III. Institutos dogmáticos de la imputación objetiva

Lo acabado de explicar es canalizado por la dogmática en institutos que establecen un sistema de conceptos útiles para la cabal

---

11 JAKOBS, Günther, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», en *GA*, 1996, p. 258.

12 Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, 3ª ed., Trotta, Madrid 2009, pp. 100 s.

13 Aporta una interesante conceptualización del «hecho objeto de imputación» desde una perspectiva a la que el autor denomina «concepto funcional de hecho», SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Grijley, Lima 2005, pp. 338 ss.

comprensión y aplicación práctica de la imputación objetiva. Estos institutos dogmáticos son tres, a saber: *a)* el riesgo permitido, *b)* la prohibición de regreso, y *c)* la imputación a la víctima.

El *riesgo permitido* delimita normativamente los contornos de la libertad de actuación de la persona en la sociedad. Constituye en este sentido un pilar fundamental del rol de toda persona el deber de eliminar aquello que represente un riesgo de lesión para el otro[14]. Este deber está plasmado en normas que, según el ámbito o segmento social al que pertenece la persona, fijan el haz de derechos y deberes (el rol) que le es permitido y prohibido realizar. Es indiferente si la persona quebranta su rol mediante acción u omisión, si aumenta o disminuye el riesgo, toda vez que si cabe diferenciar acción y omisión, así como aumento o disminución de riesgos, todo ello es posible únicamente en el mundo de la fenomenología causal-naturalista. Lo relevante es el significado normativo que comunica la conducta en un contexto social determinado; el significado será de un riesgo permitido cuando exprese el sentido adaptación al rol socialmente estereotipado de la persona en el sector parcial de la sociedad donde ejercita su acción.

La *prohibición de regreso* es la aplicación concreta del riesgo permitido al ámbito de una intervención plural de personas en un hecho con el efecto de excluir la participación delictiva de quien obra conforme a su rol. Así, por más que la aportación brindada por una persona a un tercero es utilizada por éste de modo delictivo, la aportación no alcanzará el sentido de una participación (ni a título de complicidad ni de instigación) cuando sea practicada como parte del ejercicio de un rol. Por ejemplo, rige la prohibición de regreso a favor del chofer de un autobús (se excluye su complicidad) por haberse limitado únicamente a conducir el vehículo, no obstante que en la maletera se halló droga camuflada.

La *imputación a la víctima* pone de relieve que el hecho susceptible de imputación no atañe únicamente al autor, sino también puede ser imputado al ámbito de competencia de la propia víctima, sobre

[14] JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p. 26.

todo cuando ella configura una situación de riesgo propio. Allí donde se encuentran el autor y la víctima, actuando ambos de manera riesgosa, y vulnerando la víctima especialmente sus deberes de autoprotección, el resultado no puede ser imputado al autor por constituir el hecho un claro ejemplo de una autolesión y no de una heterolesión. Por lo mismo, la imputación recae de modo preferente sobre la esfera de competencia de la propia víctima[15].

Los institutos dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva tienen una aplicación creciente en la jurisprudencia penal nacional. Sólo a título de ejemplo puede verse en este lugar el «caso Botito-Hot Box»[16] con el siguiente desarrollo conceptual:

«La moderna doctrina viene desarrollando la denominada teoría de la imputación objetiva como el fundamento de la nueva teoría del tipo penal. En la sociedad se producen a cada instante contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad. El segundo es el riesgo no permitido, entendido como aquella trasgresión del rol normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal (v.gr. ley de protección al consumidor, reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado, *lex artis*, en la construcción, en la actividad médica, etc.). De ello se concluye que la creación de

---

15 A profundidad sobre estas cuestiones, la magnífica obra pionera de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 282 ss., y *passim*; Cfr. también el trabajo de MEDINA FRISANCHO, José Luis, *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal. Una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 353 ss., con un riguroso estudio de este instituto dogmático aplicado a una problemática concreta de la eutanasia en el Derecho penal nacional.

16 Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006. Considerando Quinto. Véase el texto completo de la sentencia en el interesante comentario de la misma por VINELLI VERAU, Renzo Antonio, «La determinación del engaño típico en el delito de estafa. El caso Botito-Hot Box», en *JuS Jurisprudencia*, 2/2007, pp. 127-136.

un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. La imputación objetiva es aquella teoría que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que ésta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1.- el riesgo no permitido (ya desarrollado); 2.- el principio de confianza, 3.- la prohibición de regreso y 4.- competencia de la víctima. Para comprender la resolución del presente caso debo de manifestar que para determinar la competencia de la víctima se necesita que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima (...)».

1. El riesgo permitido

a. Ámbito de aplicación

En la interacción social se generan determinadas formas de comportamiento que, por el significado de intromisión lesiva en la esfera de libertad de otros, alcanzan el nivel de los tipos penales. Éstas son las *conductas típicas* que engloban una determinada forma de actuación desaprobada por la sociedad. Por ejemplo, está desaprobado que un funcionario público reciba donativo de un particular para realizar un acto propio de su cargo aun cuando no falte a sus obligaciones (cohecho pasivo impropio, art. 394 CP), o que en las contrataciones públicas concierte con los particulares interesados para defraudar al Estado (colusión, art. 384 CP), etc.

Pero también existe otro grupo conductas que intrínsecamente se muestran como arriesgadas, que, a pesar de significar un peligro para los demás, no son alcanzados por los tipos penales, toda vez que su incriminación significaría una limitación intolerable de la libertad de actuación de las personas[17]. Por ejemplo: las negociaciones previas a

[17] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana», en *Revista de la Facultad de Derecho* (PUCP), N° 60, Lima 2007, p. 257.

la celebración de un contrato entre los representantes del Estado y las empresas de cara a una inversión millonaria en la extracción de petróleo; lo mismo en obras de alumbramiento público, etc.; el transporte de insumos químicos como mercurio, cianuro de potasio y cianuro de sodio para las minas con el riesgo de ocasionar un accidente y contaminar el medio ambiente; la conducción de vehículos por la ciudad con el riesgo de ocasionar atropellos; etc. Como quiera que cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso actuando las personas de buena fe[18], es posible contagiar alguna enfermedad mediante un apretón de manos, transmitir alguna enfermedad venérea mediante una relación sexual, intoxicar a alguien sirviéndole la comida o bebida, dejar a alguien con un daño cerebral grave en el boxeo, igualmente no es improbable acabar golpeado por un ladrillo al pasar por debajo de un edificio en construcción, etc.

Lo importante a resaltar es que no está prohibido jurídicamente *per se* practicar las conductas antes descritas. Por ello las conductas realizadas en este marco están comprendidas de manera general dentro de lo socialmente adecuado, y, concretamente, bajo la formulación dogmática del *riesgo permitido*[19]. Sería absurdo -además de imposible- que el ordenamiento jurídico prohibiera toda situación riesgosa para librar a las personas de todos los peligros posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a «una configuración vital que está tolerada de modo general»[20], está cubierta por el riesgo permitido.

En la cuestión metodológica se debe precisar que la ubicación sistemática del riesgo permitido es en la tipicidad. La terminología de un riesgo «permitido» puede generar el malentendido de referirse a un ámbito de *permisiones* en el sentido de una causa de justificación. Sin embargo, esto no es así, porque toda causa de justificación requiere de un contexto excepcional o de una «situación de necesidad», mientras que el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal

---

18 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 41 ss.

19 Fundamental al respecto, LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln *et al.* 1999, pp. 263 ss.; FRISCH , Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, pp. 72 ss.

20 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza 2004, p. 72.

o habitual de interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno[21]. Como se anotó al comienzo de este apartado, el ámbito de lo denominado como riesgo permitido está cubierto por el estado normal de vigencia de normas en la sociedad, mejor dicho, por situaciones que la sociedad tolera por considerarlas adecuadas a su configuración de manera consustancial.

En la línea de lo expuesto, la jurisprudencia aporta lo siguiente:

> «(...) En la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el *riesgo permitido*, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el *riesgo no permitido*, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol»[22].

b. Superación del riesgo permitido

La superación del riesgo permitido se establece mediante las normas que concretan los ámbitos de competencia en un contexto social determinado. Estas normas pueden tener un contenido penal y extrapenal, debiéndose destacar en el último caso que las normas extrapenales cumplen la función precisión del sentido comunicativo de los tipos penales, pero nunca la función de creación de los mismos. Esto es evidente, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, sólo mediante una ley penal pueden ser creados los tipos y las sanciones penales respectivas.

---

21 Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 46.

22 Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006. Considerando Quinto.

Encontrándose configurado mediante normas, el riesgo permitido no es un concepto unitario ni rige por igual para toda la sociedad; todo lo contrario, el riesgo permitido adquiere sentido y rige en función de segmentos o subsistemas parciales de la sociedad (en el contexto social concreto). Las normas delineadoras del riesgo permitido pueden están reunidas en cuatro grupos:

a) En primer lugar está la *norma general,* del propio Código penal.

b) En segundo lugar se encuentran las *normas especiales,* a las que se llega mediante una remisión extrapenal, por ejemplo: la ley medioambiental, la ley tributaria, la ley de tránsito. Aquí se ubica también el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), que delinean los ámbitos de competencia funcionarial de las personas que ostentan un estatus especial con la obligación de administrar el segmento que les concierne de función pública, como es el caso de los funcionarios y servidores públicos.

c) En tercer lugar se ubican las normas de la *lex artis,* que concretan los límites de la libertad de actuación de los profesionales, plasmándose por lo general en protocolos y normas deontológicas de los colegios profesionales.

d) En último lugar están las *normas del estándar de conducta,* que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios en cuyo estereotipo social delinean ámbitos de competencia, como sucede con el oficio de taxista, albañil, panadero, entre otros.

Un ejemplo que ilustra la forma de cómo llevar a cabo el juicio de superación del riesgo permitido puede verse en la modalidad básica del homicidio culposo (art. 111 CP), cuyo tenor legal establece «el que, por *culpa,* ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)». El tipo penal en este caso sintetiza en su configuración como pauta de conducta la expectativa social que nadie prive el derecho a vivir de los demás de una manera imprudente, bajo la conminación de una sanción penal. No obstante, estando diseñada la expectativa de este modo, ella alude únicamente al esperar genérico de una forma de conducta necesitado de concreción vinculado a un contexto social concreto para no quedar reducido a una mera descripción in abstracto de una conducta típica. Precisamente, como ejemplo de concreción pueden darse tres

situaciones que ilustran cómo la expectativa de conducta del art. 111 CP puede ser quebrantada -ergo, superada o desaprobada- de manera distinta según el contexto social donde es practicada la acción:

a) Si la muerte por *culpa* ocurre en una carretera como consecuencia de un atropello vehicular, la *ley de tránsito* servirá de referente normativo al cual acudir para determinar los contornos del ámbito de competencia que en dicho contexto social el chofer rebasó con su acción riesgosa.

b) Pero, si la muerte por *culpa* acontece en el quirófano de una clínica, los protocolos de la *lex artis* aportarán los criterios determinantes para esclarecer si la operación quirúrgica se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido o si lo transgredió.

c) Si, en cambio, la muerte se produce en el sector de la construcción como consecuencia de la caída de un albañil del quinto piso de un edificio sometido a obras, serán las *normas de seguridad* de la construcción y de *seguridad en el trabajo* las que aportarán las pautas de valoración para establecer si el resultado se produjo dentro del riesgo permitido o si lo superó.

El ejemplo anterior muestra cómo el riesgo permitido personifica los límites concretos de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial -contexto social- de la sociedad donde ejercite su acción. Entonces es necesario identificar en el caso concreto cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia -el rol- de la persona para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo *típico* o no.

A esto se refiere la jurisprudencia penal de la Corte Suprema cuando precisa el concepto enfatizando lo siguiente:

> «(...) el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido»[23].

---

[23] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Cuarto.

En el campo de los delitos contra la función pública la determinación de los contornos del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del funcionario público. Con independencia de las particularidades del tipo penal, siempre que se trate de una conducta imputable a un funcionario público, la determinación de los límites del riesgo permitido tomará en cuenta necesariamente el estatus y competencias del funcionario delimitadas por la normatividad del sector. Si la posición que ocupa en la estructura jerárquica de la empresa estatal -p. ej. SEDAPAL- es la de Gerente General, para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidades de este segmento en la estructura empresarial, sirviendo a este respecto el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los Memorandos, Informes Técnicos, etc. La normatividad especial -extrapenal- permitirá diferenciar al mismo tiempo los diversos niveles de competencias de las demás gerencias, de los jefes de equipos, jefes de proyectos, etc.

Existen asimismo dos pronunciamientos judiciales donde se puede ver de manera clara la aplicación de estos fundamentos:

> «(...) la intervención de los encausados en los hechos se infiere -además de las imputaciones que se realizan entre sí- del estatus y las funciones específicas que desempeñaban en la organización municipal, y su trascendencia deriva de la lógica necesidad de la contribución (infractora de sus deberes especiales) de cada uno, en su respectivo ámbito de actuación, para la viabilizar la perpetración del delito incriminado (...) peculado de uso»[24].

«La condición de funcionario público no acompaña a la persona en todos los ámbitos de su interacción social, pues, las garantías normativas que el derecho establece se adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción -y no a todas las personas-, determinados cometidos, es

---

[24] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 349-2007-Lambayeque, de 13 de junio de 1998. Considerando Sexto. Véase el texto completo en URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima 2011, pp. 14-17.

decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Éstos roles son llevados a cabo en determinado contexto, mas no todo el tiempo; en consecuencia, se colige que los encausados se desempeñaron como funcionarios públicos en los distintos ministerios; sin embargo, ese rol especial (por contener deberes positivos) es distinto al rol que desempeñaron en la entidad agraviada (los mismos que instauran deberes negativos), lo que implica que los encausados estarían imposibilitados de configurar (como autores) los delitos contra la administración pública –al desempeñarse como integrantes del Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador– pues, los delitos referidos no sólo exigen la calidad de funcionario público, sino, también la trasgresión de deberes positivos originados por una competencia institucional»[25].

En esencia, los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. El funcionario público superará el límite del riesgo permitido cuando exceda los límites del rol que desempeña dentro de la estructura funcionarial. Como hemos visto, esos límites están contenidos en normas especiales de naturaleza extrapenal, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se circunscriba al ámbito de competencia transgredido concretamente en el ejercicio de la función.

c. El rol como factor de imputación

Si el hecho típico reúne el sentido de quebrantamiento de un rol quiere decir que la imputación es el reverso del cumplimiento del rol. El ejercicio del rol personal determina que el sujeto debe cumplir la expectativa social, y, por tanto, ser respetuoso con la norma. El reverso, esto es, la infracción de la norma o lesión de un deber, determina el apartamiento del rol por parte del sujeto, y por ello la defraudación de la expectativa social. La imputación penal representa así la desviación antinormativa de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada rol.

---

[25] CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal. Definiciones y conceptos de Derecho penal y Derecho procesal penal extraídos de la jurisprudencia*, Grijley, Lima 2007, pp. 309 s., con referencias al Exp. N° 1050-06, resolución de 13 de marzo de 2007, 3ª Sala Penal de Lima para Procesos con Reos Libres.

Esta cuestión es reconocida en la práctica judicial del modo siguiente:

«(...) el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables» (Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador»[26]

«(...) Los tipos penales prohíben (ya sea por comisión o por omisión) la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, por lo que castiga todo comportamiento que tiene un sentido lesivo o que favorezca la producción de ese resultado; que, sin embargo, en una sociedad altamente complejizada cada uno de sus miembros portan roles, tales como rol de policía, profesor, juez, constructor, chofer, etcétera, y en la medida en que los portadores de dichos roles se mantengan en ella sus conductas no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos; que, en estos supuestos, nos encontramos ante conductas neutrales o cotidianas, las cuales mientras se mantengan dentro de su rol no tendrán relevancia penal»[27].

«(...) El acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia

---

[26] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ). Considerando Único. Véase asimismo el Exp. N° 142-06, de fecha 2 de abril de 2007, 3ra. Sala Penal Superior con Reos Libres: «El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido». La cita ha sido tomada de CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 309.

[27] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009-Amazonas (ponente SANTA MARÍA MORILLO), de fecha 22 de octubre de 2010. Considerando tercero.

de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple»[28].

El rol sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad[29]. En términos jurídico-penales, el rol fija una posición jurídica, una posición de deber, un estatus jurídico, una titularidad de derechos y deberes, un ámbito de competencia personal del que todo interactores portador dentro de la sociedad, y de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad.

Entre los roles pueden diferenciarse dos clases:

En primer lugar está el *rol general* de persona, que aporta el fundamento de la responsabilidad por la lesión de los límites generales de la libertad. Ningún actor social puede sustraerse a este rol porque constituye la posición de deber más general por cumplir, para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. Este rol está configurado sobre la base de una relación jurídica «negativa», del *neminen laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: «no dañes a los demás», y que el filósofo HEGEL lo resume magistralmente en su sentencia «sé persona y respeta a los demás como personas»[30].

---

28 Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima, de 22 de diciembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO). Considerando séptimo -declarado precedente vinculante en la parte in fine de misma ejecutoria-, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 134.

29 Cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15ª ed., Opladen, 1977, pp. 32 ss.; LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987, pp. 86 ss.

30 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes HOFFMEISTER que incluye las anotaciones del propio HEGEL en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlin 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.

El ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales, por lo que para Sánchez-Vera el mandato jurídico «'sé una persona' obliga a superar toda individualidad. Los otros no son 'respetados' en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata, pues, del concepto 'persona' como concepto fundamental del 'Derecho abstracto' o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos (...). El in-dividuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia»[31]. Por esta razón, el cumplimiento de este rol general garantiza la vigencia de una relación social entre personas, donde los interactuantes sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

En segundo lugar se encuentra el *rol especial*, que concretiza el rol general en el segmento parcial de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un *status* especial. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público, de los padres respecto a sus hijos, de los cónyuges entre sí. El titular de este rol, en virtud del status especial, tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un «ámbito común»[32].

La jurisprudencia nacional entiende a este respecto que el quebrantamiento del rol especial no da lugar a «un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminen laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un *delito de*

---

31 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, pp. 413 s.

32 Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 67.

infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional»[33].

De otra parte, el rol reúne tres características inherentes a su configuración, a saber:

a) El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social –por ejemplo, un juez penal–, a él se le identifica por el papel que representa y no por su individualidad. Que en su mundo privado él sea mal esposo, cristiano, apostador, etc., es irrelevante, puesto que lo único válido y de interés para la sociedad es que él cumpla su deber a cabalidad, resolviendo las causas con objetividad e imparcialidad, que la duda razonable es de la culpabilidad y no de la inocencia del inculpado, etc.

b) El rol delimita los ámbitos de competencia personales que caracterizan la posición del actuante en los contactos sociales; así es posible distinguir fácilmente los deberes y derechos. Por ejemplo: las funciones que conciernen a las gerencias de una municipalidad son diferentes. No es asunto del gerente financiero lo que compete al gerente legal, ni al gerente de servicios a la ciudad, ni a las distintas subgerencias. Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones, de manera que no todos los funcionarios ediles son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social.

c) El rol establece una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su ámbito de competencia personal. Significa que los

[33] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de junio de 2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Tercero. En idéntico sentido, véase también el R.N. N° 1335-2009, de 10 de agosto de 2010 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Tercero.

> conocimientos psíquicos o conocimientos excedentes al rol son irrelevantes para el Derecho penal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce que «el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno»[34].

El rol se configura de esta manera como un concepto sustraído a la individualidad del ser humano porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a personas que actúen en algún status, sea general o especial. Si las expectativas tuvieran que referirse a la individualidad, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones individuales, con los que no se puede entablar una comunicación estandarizada en la sociedad.

La individualidad es para el Derecho penal mera subjetividad, es decir, irrelevante por completo para sustentar una imputación. La práctica jurisprudencial lo reconoce así:

> «(...) la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada (...) se encuentra acorde a Ley»[35].

Frente a la individualidad los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano, en sí mismas inabarcables. El rol es la tarjeta de presentación, la «etiqueta en la solapa»[36] del sujeto dentro de la sociedad que lo habilita como actor social y posibilita su identificación

---

34 Este es el conocido «caso hoja de coca», R.N. N° 552-2004-Puno, de fecha 25 de noviembre de 2004. Considerando Tercero. Véase el texto de la ejecutoria en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006, p. 501.

35 Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO). Considerando Cuarto.

36 Este es el símil al que recurre POLAINO-ORTS para explicar que el rol social define los contornos de lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en una actividad determinada. El rol se muestra como una «etiqueta en la solapa» con la función de comunicar a los demás -y, desde luego, a uno mismo-

como persona en una determinada posición de deber, con una clara delimitación de su esfera de libertad de actuación jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera del titular del rol en su posición de deber, llámese funcionario público, empresario, médico, etc. Imaginemos nomás qué pasaría si el administrador de una Municipalidad al desempeñar sus funciones involucra las funciones propias del cargo con su vida privada. No es difícil imaginar que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura edil porque sencillamente la función pública no opera de esa manera.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables y exigibles de cumplir únicamente en el sector social donde ejerce su fuerza comunicativa. Por ejemplo: el juez penal es lo que es en ese papel únicamente mientras desarrolla su actividad en el horario de despacho judicial, debiendo cumplir expectativas normativas atribuidas al ejercicio de ese cargo. Sin duda no deja de ser juez (en un plano formal) en la noche cuando va al cine acompañado a disfrutar de una película romántica, pero está privado (en un plano funcional) de ejercitar el cargo porque en dicho contexto su rol no desempeña fuerza comunicativa alguna. Si casualmente se encuentra con un procesado a quien en la mañana de ese mismo día debió leerle la sentencia, acto al que éste no concurrió maliciosamente, y, por muy empeñado que el juez se encuentre de leérsela allí mismo por tener todavía la sentencia en su maletín, con la lectura y el sonar de la campana sólo haría el ridículo puesto que la función judicial tiene validez propiamente circunscrito a un horario de despacho judicial. La condición de titular de un rol obliga a la persona que la ostenta a comportarse de acuerdo a los deberes y derechos inherentes a esa posición de deber en la sociedad. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

---

qué es lo que se debe hacer o no hacer en una determinada posición dentro del contexto de interacción social. Los roles se encargan de fijar el estatus de la persona en el mundo social, y permite proyectar socialmente qué es lo propio y qué es lo ajeno en la delimitación de las esferas de competencia. Véase al respecto, POLAINO-ORTS, Miguel, «Imputación objetiva: esencia y significado», en KINDHÄUSER / POLAINO-ORTS / CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2009, pp. 20 ss.

En suma, sólo la infracción de los deberes pertenecientes a la posición jurídica o posición de deber que fija un rol fundamenta una responsabilidad penal. Por el contrario, el obrar correctamente en el marco de un rol, equivale a estar protegido por un paraguas frente a la lluvia de las imputaciones. El espacio en seco procurado por el paraguas garantiza al portador del rol una zona de libertad con la absoluta seguridad de nunca responder por las consecuencias que pudieran surgir de la administración correcta de esa libertad. El comportamiento que reúna semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido con el significado normativo de estar cubierto por una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal[37].

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia penal donde se plasma lo acabado de decir se encuentra en el «caso del transportista»:

> «(...) el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado R.A.Q. radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido»[38].

d. El principio de confianza

El principio de confianza contribuye a una mejor demarcación de las fronteras del riesgo permitido en virtud de lo cual se le considera

---

[37] Cfr. LESCH, Heiko, «Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten?», en *JA*, 2001, p. 988.

[38] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Cuarto.

como un criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Quien actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol puede confiar razonablemente en que los demás intervinientes harán lo mismo: comportarse como personas en Derecho. El principio de confianza libera así de responsabilidad a quien obra confiando en el comportamiento socialmente adecuado de los demás sujetos autorresponsables con los que interactúa[39]. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero-desde luego- lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su conducta al ordenamiento jurídico[40].

El ordenamiento jurídico parte de la noción ideal que las personas que conviven en sociedad respetarán la norma como modelo rector de los contactos sociales, aun cuando fácticamente o en un plano meramente cognitivo algunas personas se rijan por una desconfianza. Esta consideración tiene una clara explicación en las actividades cotidianas: sin un principio de confianza no sería posible para los gobiernos regionales ni autoridades municipales decidir una inversión millonaria en obras sociales, máxime cuando para la aprobación se cuenta con informes técnicos que sustentan claramente la razón de la inversión; tampoco ningún cirujano podría practicar operaciones quirúrgicas si luego de una intervención se comprueba que el material utilizado estaba infectado, a él sencillamente le es permitido confiar válidamente que todo instrumental que use esté debidamente esterilizado.

Huelgue decir que no se trata de una confianza psicológica en el esperar de la conducta de un tercero, sino en la «confianza en el sistema»[41], o confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en Derecho. Sólo así es válido confiar de modo incontrovertible en una expectativa de conducta reconocida por el Derecho, ante cuyo incumplimiento sólo responderá el destinatario que quebrante dicha expectativa normativa. Por ejemplo: no sería posible el tráfico automotor si en cada esquina, no obstante el semáforo autoriza el paso a un conductor, debería éste detenerse a pensar en la

---

39 JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 253 ss.

40 Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 104; también, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 280 ss.

41 FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 287.

posibilidad de que los demás conductores no respetarán la luz roja del semáforo. Sencillamente, el tener el semáforo en luz verde autoriza a confiar en cruzar la avenida sin temor alguno. Pero si el conductor de al lado –a quien la luz en rojo no lo detuvo– es quien ocasiona el accidente, sólo él responderá por su propio hecho.

El principio de confianza también ha sido materia de algunos fallos judiciales:

> «Para el presente caso es oportuno y aplicable el principio de confianza, que a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la auto responsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando»[42].
>
> «(...) en autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta Gl.V.J. hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, puesto que el ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado P.L.S., quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga (fojas sesenta y ocho) a que hace referencia el Señor Fiscal Adjunto Superior al fundamentar su recurso, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando ésta dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria»[43].

---

[42] Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3855-2007-Lima (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de fecha 15 de mayo de 2009. Considerando Quinto.

[43] Es el «caso de los inquilinos narcotraficantes», cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 608-2004-Ucayali (ponente VILLA STEIN), de fecha 24 de noviembre de 2004. Considerando Primero, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 7 (2006), p. 488.

«El principio de confianza, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de auto responsabilidad; es decir, tenemos la expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas (este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando). La inaplicación -principal- de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, de los actos ilícitos de terceros»[44].

«Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados [...] y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados»[45].

«De la compulsa de las pruebas no se ha acreditado que el encausado haya actuado no acorde a derecho; es decir, si bien ya se ha determinado la responsabilidad del sentenciado M.A.A, ella no es extensible al encausado, pues, el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no

---

44 Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 310.

45 R.N. N° 552-2004-Puno, Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 2004, en VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 329.

tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuarán correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad. El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido»[46].

e. Las compensaciones

Se entiende por *compensación* a la prestación que realiza el actuante que ha superado el riesgo permitido con el objetivo de descargar –o liberarse de– la imputación generada por su comportamiento. En la medida que la prestación es realizada después que la conducta cruzó las fronteras de lo permitido, las compensaciones son irrelevantes en el Derecho penal, no surten efecto alguno para descargar la imputación. Esto es así porque lo que el Derecho ha establecido como estándar a través de una norma excluye toda compensación que pudiera darse mediante prácticas individuales y sociales[47].

Con un ejemplo hipotético: el siete veces campeón de la Fórmula 1, Michael Schumacher llega a Lima. Justo cuando es trasladado del aeropuerto a su hotel observa sorprendido con qué facilidad los conductores quebrantan las señales de tránsito sin respetar los límites

---

[46] Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal para Reos Libres, resolución de 02 de abril de 2007, en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 311.

[47] En este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 51: «En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standars, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí haya que evitar puestas en peligro abstractas».

de velocidad. Atraído por esta mala práctica, Schumacher decide alquilar un automóvil, con el que pronto hace de las suyas en las calles limeñas. Cierto día, encontrándose conduciendo por la Panamericana Sur a 180 Km/h., donde la regulación existente y los letreros de tránsito señalizan que la velocidad máxima para la zona es de 100/km/h, es detenido por la policía. Como es evidente, Schumacher ha superado los límites del riesgo permitido en 80 Km/h. Sin embargo, argumenta en su defensa que la velocidad excedida nunca dejó de estar controlada por el conductor más laureado de la historia de la Fórmula 1, acostumbrado a enseñorearse de velocidades promedio de 250 Km/h., de manera que, ninguna persona, ni bien material alguno, corrió el peligro de sufrir una lesión o daño, pues el riesgo estuvo en todo momento sometido a control. En esto radica precisamente el fundamento de las compensaciones: si bien el riesgo creado no es el permitido, se encuentra no obstante bajo la esfera de control de quien, con seguridad, posee los mejores reflejos y capacidades especiales, en este caso para controlar la velocidad. Schumacher invoca por tanto se le reconozca una *compensación* excluyente de la tipicidad de su comportamiento.

Una argumentación orientada a dotar de sentido y validez a las compensaciones en el Derecho penal se desenvuelve únicamente en el campo de lo fenomenológico y no en el de lo normativo. Visto el comportamiento de la persona desde el alcance de la norma penal, sólo tiene como alternativa poder ser declarado susceptible o no susceptible de imputación jurídico-penal, y la imputación aquí no depende de las variaciones causales ni psicológicas que el actuante imprima a su conducta, sino de lo que la norma mediante la prohibición señale los contornos de la libertad de actuación de la persona en el contexto de la interacción social. Por ello, quien en una situación concreta quebranta la prohibición, supera de ese modo los límites del riesgo permitido, su conducta en adelante pasa a ser administrada por el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

Toda norma penal fija un *estándar de conducta* en base al cual se determina la relevancia o irrelevancia penal de un hecho. Existiendo un estándar de conducta, no le es permitido al ciudadano decidir por cuenta propia cuándo su conducta reviste interés o no para el Derecho penal, toda vez que no le es permitido disponer de aquello que es competencia exclusiva del Ordenamiento Jurídico. Esta idea representa

a su vez una garantía para el ciudadano, de que sólo le es exigible cumplir jurídicamente aquello que forma parte del estándar de conducta. Lo que no pertenece al estándar de conducta es la fenomenología, que sólo brinda elementos de información de cómo se configura una situación en su aspecto causal o psicológico. Hacer depender la solución de un problema sólo de la fenomenología conduce a planteamientos descontextualizados, como se aprecia en el caso de las compensaciones, donde, en el hilo de la explicación del presente caso, se extrae de un contexto ajeno –la Fórmula 1– los elementos de argumentativos para aplicarlos al contexto actual de realización del hecho donde solamente debe contar la norma de tránsito reguladora de las expectativas de conducta del sector concreto.

En consecuencia, las normas fijan pautas de conductas estandarizadas y rigen para la generalidad independientemente de las compensaciones individuales que aporte el infractor. El comportamiento declarado prohibido jurídicamente engloba la valoración normativa de rebasar el ámbito del riesgo permitido, por lo que no es válido el argumento en contrario, en el sentido de que no rebasa el riesgo permitido la conducta riesgosa prohibida, pero controlada, en virtud de las capacidades físicas o prácticas experimentadas. Ninguna compensación es atendible porque la regulación creada por el Derecho no pierde su vigencia institucionalizad por desuso, ni por habilidades ni capacidades especiales de corte individual, ni por prácticas sociales.

2. La prohibición de regreso

a. Contenido

La prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personasen un hecho susceptible de imputación. En los supuestos donde existe una pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que sólo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio rol. Rige una prohibición de regreso en virtud del cual el carácter típico de la conducta de los intervinientes delictivos únicamente es imputable a la comunidad delictiva sin posibilidad alguna de regresar y alcanzar a quien está fuera de dicha comunidad por haber obrado conforme a su rol estereotipado.

La doctrina jurisprudencial contribuye a perfilar con mayor claridad el sentido de la aplicación práctica de la prohibición de regreso:

Tenemos el «caso del taxista», donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció lo siguiente:

> «(...) tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; que, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que V.Ch. se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; (...) que si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la *prohibición de regreso*, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad»[48].

También está el «caso del transportista», visto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, con las consideraciones siguientes:

> «(...) quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es «neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna del alcanzar el nivel de una participación punible» (CARO JOHN, José Antonio, «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales», en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, 2004, p. 105), de manera que si dicha conducta es empleada por terceras personas con finalidades delictivas, la neutralidad de la conducta adecuada al rol prevalece, no siéndole imputable objetivamente al portador

[48] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ). Considerando Único.

del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, en aplicación del principio de *prohibición de regreso*»[49].

En el mismo sentido, se encuentra el «caso de la cocinera», resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

> «(...) la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a su coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la *prohibición de regreso*, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol»[50].

No deja de ser importante la aportación jurisprudencial de una Sala Penal Superior de Lima, donde se plasmó lo siguiente:

> «Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario; es decir, quien asume con otro un vínculo de modo estereotipado, es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aprovecha dicho vínculo en una organización no permitida (lo reconduce a un hecho ilícito) (y a pesar de conocer la futura conducta ilícita del tercero), este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento [...] pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol»[51].

---

[49] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de fecha 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO). Considerando Cuarto.

[50] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 3078-2011-Puno, de fecha 14 de septiembre de 2012 (ponente VILLA STEIN), fundamento 3.6.

[51] Cfr. Exp. N° 142-06, 3ª Sala Penal Superior con Reos Libres, de fecha 2 de abril de 2007. Véase la referencia en CARO JOHN, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit., pp. 312 s.

b. Teorías acerca de la prohibición de regreso

b.1) Teoría subjetiva

En una perspectiva subjetiva, ROXIN[52] sitúa el juicio de valoración en el grado de conocimiento del actuante al momento de brindar su aportación. En síntesis, la teoría señala:

i) Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo –con un *conocimiento seguro*– que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutral para alcanzar el nivel de una participación punible. Se da una participación porque la aportación en este supuesto muestra una *relación delictiva de sentido*[53]. Como ejemplo ROXIN pone el caso del vendedor de artículos para el hogar, que vende un martillo, sabiendo –bien porque el mismo comprador así se lo ha dicho, o por informaciones de terceros– que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. El vendedor responde penalmente como partícipe en el delito de homicidio. Asimismo, responden por una participación punible en los delitos que cometan sus clientes: el taxista que no se detiene en el trayecto conociendo con certeza que el pasajero matará a alguien en el lugar de destino, o que de allí recogerá el botín producto de un delito, también el panadero, que vende panes a una mujer, a pesar de conocer los planes de ésta, de matar a su marido infiel. Es decir, basta que el actuante de un oficio cotidiano al desempeñar su actividad habitual realice una aportación que fácticamente coincida con el favorecimiento a un delito, sabiendo de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer un delito, para hacerse responsable penalmente como partícipe.

ii) Pero, si el interviniente cuenta únicamente con la probabilidad de que el autor cometerá un delito, es decir, sin tener un

---

[52] Sus aportaciones más importantes se recogen en ROXIN, Claus, «Bemerkungen zum Regressverbot», en *FS Tröndle*, 1989, pp. 177 ss.; ID., *Leipziger Kommentar-Roxin*, 11ª ed., Berlin/New York 1993, 27/16 ss.; ID., «WasistBeihilfe?», en *FS Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.; ID., «Zum Strafgrunde der Teilnahme», en *FS Stree/Wessels*, 1993, pp. 365 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 26/22 ss., aquí se consolida, en definitiva, la evolución del formidable pensamiento de este autor.

[53] Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/224.

conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino un *conocimiento probable*, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza, en virtud del cual todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una «inclinación reconocible al hecho» del otro no debilite esa suposición[54]. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Igualmente, si el copiador de llaves se entera que el cliente planea cometer un robo en una casa con la copia que le facilita, porque éste se lo cuenta en son de broma, no se convierte en partícipe del robo, porque no es probable que las bromas evidencien una inclinación reconocible a cometer un delito. Aquí rige el principio de confianza, en virtud del cual, todo copiador de llaves puede confiar en que sus llaves no serán incluidas dentro de los planes delictivos de otras personas.

A pesar de lo sugerente que puede resultar la teoría subjetiva, hemos de precisar que el intento de una delimitación de la punibilidad de la participación en el plano subjetivo del hecho, de un modo general y en especial según el grado de conocimiento del actuante, no es convincente, sobre todo porque el mundo individual de la representación se convierte en el principal factor de imputación jurídico-penal[55]. Cabe la siguiente pregunta ¿existe en realidad una regla concreta según la cual se pueda determinar la relación de sentido subjetiva de una determinada forma de comportamiento? Y ¿por qué la relevancia penal de una aportación tiene que depender del conocimiento sobre los planes delictivos del autor en la forma de dolo directo o de dolo eventual? La regla de la participación del Código penal no dice nada acerca de si la valoración del aporte del partícipe se tenga que conectar con alguna forma de dolo. Esta propuesta nos recuerda de alguna manera el planteamiento sobre culpabilidad y complicidad de VON BAR que, como fundamento de la punibilidad de la complicidad, exigía que el favorecedor debía saber que su aportación

---

[54] Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT II*, cit., 26/241.

[55] Radical contra una imputación basada en lo subjetivo LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 257 ss.; ID., «Unrecht und Schuld im Strafrecht», en *JA*, 2002, pp. 603-604; ID., «Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums», en *JA*, 1996, pp. 348 ss.

era realizada a un delito, subrayando que «una complicidad con dolo eventual está excluida»[56]. Si en la regulación del dolo contenida en el Código penal, el dolo directo y el dolo eventual tienen la misma penalidad, es decir, se castigan igualmente como delitos dolosos, ¿por qué entonces la diferencia entre una complicidad punible y una conducta no punible tendría que ser calculada de una diferenciación meramente semántica del dolo, cuando penalmente vienen a significar lo mismo al recibir el mismo castigo?

Es indiscutible que la propuesta subjetiva viene a coincidir en sus bases con el finalismo, cuando hace depender la imputación jurídico-penal de la «resolución de voluntad»[57] del autor, de manera que, como razonaba Armin KAUFMANN, «el sentido que el autor le conceda a su hecho es el substrato de valoración del juicio sobre el injusto»[58]. Pero esta fundamentación de la imputación penal en lo subjetivo es incorrecta porque la relevancia de una acción para el Derecho penal no depende en lo absoluto del sentido que dé un autor a su propio hecho, porque la representación personal de un suceso puede ser arbitrario, y de hecho lo es, por eso no puede constituir una medida para la imputación de un hecho.

Lo más problemático de la concepción subjetiva se aprecia en las actividades cotidianas de reparto de productos, donde cada repartidor estaría obligado a conocer las verdaderas intenciones de sus compradores respecto del uso de los productos. Con esto, en toda actividad de reparto los actores sociales tendrían la obligación de convertirse en expertos o adivinos sobre las genuinas intenciones de sus compradores. Pero ¿tiene sentido que en las sociedades modernas, caracterizadas por un sin fin de actividades comerciales anónimas, hacer depender el fundamento de la participación punible del grado de conocimiento del comerciante sobre los usos delictivos que puede recibir los productos que vende? JAKOBS con razón afirma al respecto que «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las

---

[56] VON BAR, Carl Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, t. II, *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin 1907, § 693.

[57] Cfr. WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin 1969, pp. 33 ss.; KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, pp. 83 ss.

[58] KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *FS Welzel*, 1974, pp. 393 ss., p. 403.

consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares»[59].

En la medida que esta teoría basa el criterio fundamentador o excluyente de la participación en la relación psicológica entre los intervinientes, la propuesta se expone a que determinados caracteres anímicos resulten penalizados, dando lugar a la intromisión de un Derecho penal del ánimo en la teoría de la intervención delictiva. Hay que subrayar, por el contrario, que la punición de la contribución a un delito no radica en penalizar determinados elementos del ánimo, porque así cualquier oficio cotidiano podría ser considerado rápidamente típico, sólo por aparecer vinculado a las intenciones de un autor, que son difíciles de interpretar «porque el penalista no es muy instruido en ellas, y, porque, además, con frecuencia no está suficientemente disponible el material necesario para tales consideraciones»[60].

En consecuencia, la relación de sentido delictiva de una acción no debe ser deducida del lado subjetivo del hecho. Es problemático reconocer que la conducta adquiera una relación de sentido delictiva por el sólo hecho de que su actuante sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna forma a posibilitar o favorecer un delito ajeno. La imputación jurídico-penal no tiene por qué estar sujeta a datos psíquicos[61]. Por contra, el conocimiento que se imputa no es aquél de la consciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción, porque «un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa»[62].

---

59 JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 19.

60 NAUCKE, Wolfgang, «Über das Regressverbot im Strafrecht», en *ZStW*, N° 76, 1964, p. 426.

61 Fundamental en esta parte LESCH, *DerVerbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

62 JAKOBS, Günther, «Dolus malus», en *FS Rudolphi*, 2004, p. 119.

En síntesis, es arbitrario que una conducta deba adquirir relevancia penal sólo porque el actuante al momento de prestar una aportación en el marco de una actividad cotidiana tenga conocimiento que otro utilizará su aportación para cometer un delito. ¿Tendría que imputarse el título de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito al Jefe de la Banca personal de un Banco por autorizar el pago de cuatro cheques a favor del Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad? La respuesta es trece veces ¡no! La imputación jurídico-penal no se basa en datos psíquicos[63] y el conocimiento susceptible de imputación no es aquél de la consciencia humana del actuante, sino el conocimiento estandarizado que éste debe tener en el ejercicio de su rol u oficio cotidiano en un contexto social concreto, porque «un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa»[64].

Por ello, con mucha razón, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ejecutorió en el «caso del Jefe de Banca Personal»[65] lo siguiente:

> «(...) a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico-penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica JAKOBS uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando «(...) nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación» (Derecho penal. Parte general, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 1997, páginas ochocientos cuarenta y dos - ochocientos cuarenta y cinco); (...) en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo

---

63 LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 8 ss., 261 ss.

64 JAKOBS, «Dolus malus», cit., p. 119.

65 Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2270-2004-La Libertad (ponente SAN MARTÍN CASTRO), de 16 de septiembre de 2004. Considerandos Tercero y Cuarto, en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., pp. 315-316.

que respecta a la intervención del encausado V.P., se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación de fojas doscientos cuarenta y uno; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aun cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta -la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado- en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien impuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado Vílchez Pella. [...] Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito».

Esta cuestión conduce necesariamente a fundamentar el significado de relevancia penal de la conducta más allá de la relación psíquica entre el actuante cotidiano y el autor o el tercero que se sirve de la aportación brindada justamente en el ejercicio de una actividad cotidiana. Por ello, el lugar correcto donde ha de anclarse dicha fundamentación se ubica en el lado objetivo del hecho, como se verá a continuación.

b.2.) Teoría objetiva

Desde una perspectiva objetiva, JAKOBS sostiene que la imputación recae en la persona «portadora de un rol»[66], en virtud del cual ella es

---

[66] Cfr. JAKOBS, Günther, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», en NEUMANN/SCHULZ (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000, pp. 57 ss.

titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados. Los roles fijan un estatus de la persona en la sociedad, de modo tal que en la comunicación cada persona, en virtud del rol, puede distinguir los límites entre el rol propio y el rol ajeno. Los roles fijan los contornos de las expectativas de los intervinientes en la comunicación personal. En base a esto se puede distinguir claramente, p. ej., el rol de médico, el rol de policía, o el rol de taxista, etc., por eso la joven paciente que acude a un hospital no espera del médico que se comporte como un masajista cuando la ausculte, del mismo modo el ciudadano de a pie no espera de un taxista que se comporte como policía mientras lo conduce a su destino. En virtud del rol la persona tiene claramente definidos sus derechos y deberes como un sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias.

El contenido del rol es necesariamente objetivo porque se sustrae a las peculiaridades individuales de la persona, a la consciencia del individuo, a sus conocimientos especiales, porque va más allá de los contactos íntimos entre individuos, refiriéndose más bien a expectativas normativas que rigen en una interacción de contactos anónimos. En el «teatro del mundo»[67] las personas desempeñan un sin fin de roles diferentes, la mayoría de ellos sin relevancia para el Derecho penal; pero, los que sí importan, de cara a la imputación jurídico-penal, son aquellos que en su ejercicio expresan una desviación de expectativas plasmadas en normas que fijan una pauta de conducta en la sociedad. La característica esencial de los roles es que al estar sustraídos al individuo, se constituyen sin tomar en cuenta los criterios individuales de los hombres.

En el ámbito jurídico-penal el deber de la persona de respetar a los demás como personas tiene un sentido negativo y otro positivo. Se habla de un deber negativo cuando la persona tiene el deber (rol) general de «no lesionar» a los demás en sus derechos: no mates, no robes, no injuries, etc., es decir, el deber de mantener la propia organización dentro del marco de la juridicidad general[68] que vincula

---

[67] Así HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737, trad. bajo el título *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* por Peter Mortzfeld, ed. por Chistoph BERGFELD, Frankfurt am Main-Leipzig 1994, parágrafo 63, citado por SÁNCHEZ-VERA, «Algunas referencias de historia de las ideas», cit., p. 412.

[68] Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 69; LESCH, Heiko Harmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1992, p. 241.

a todas las personas sin excepciones. Por contra, se habla de un deber (rol) especial positivo, cuando, en determinado campo, en vez de prohibir una determinada acción, el deber obliga a su portador a realizar una prestación para el favorecimiento o fomento del mundo en común que tiene con la esfera jurídica ajena mediante una relación institucional[69]. Así, por ejemplo, los padres tienen el deber positivo de velar por los derechos de sus hijos, el policía tiene el deber positivo de brindar seguridad a las personas, el juez tiene el deber de emitir sentencias justas, etc. Quiere decir con esto que cada quien es competente para administrar su propio ámbito de organización en el marco de su deber, con independencia de que su configuración sea negativa o positiva. La persona porta el deber de no lesionar el ámbito libertades ajenas. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos, de manera que el portador del rol tiene el deber de mantener su organización dentro del riesgo jurídico-penalmente permitido, pudiendo cumplirlo, o infringirlo, mediante una acción o una omisión.

Aplicado al ámbito de la intervención delictiva, la prohibición de regreso trae como consecuencia la afirmación del carácter neutro de la conducta practicada en el marco de profesiones u oficios estereotipados socialmente, y, como tal, gozan de «independencia»[70] en relación a los planes delictivos de un autor que se aprovecha de ella. Es en el contexto social donde se debe verificar si el actuante obró conforme a los deberes que tiene que cumplir, con independencia de si su obrar es mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente. Esto último, sobre todo, porque la garantía de una coexistencia de libertades que brinda el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino con la captación del significado jurídico de la conducta en su interrelación en el mundo exterior[71]. La conclusión es la siguiente: si el actuante al prestar sus servicios se entera de los planes delictivos de un autor determinado o

---

69 Cfr. al respecto, SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999, *passim*.

70 WOHLLEBEN, Marcus, *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, München 1996, p. 3.

71 Cfr. JAKOBS, Günther, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en *ZStW*, 97 (1985), p. 762.

advierte que al brindar su aportación se está involucrando en un hecho delictivo, no se convierte en garante de lo que el autor haga con el servicio que presta. El único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente al rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Los conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer como parte del rol que ejercita. No es lo que la persona conoce, sino lo que *debe* conocer en su posición (en su rol) el único dato exigible válido para la imputación jurídico-penal[72].

En la praxis judicial existen pronunciamientos en sentido acabado de exponer:

> «(...) el acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye –como afirma un sector de la doctrina penalista nacional– una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que *conozca* por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso –justificación– sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple»[73].

c. Excepción a la prohibición de regreso

Si bien la conducta practicada de acuerdo a un rol estereotipado da lugar una prohibición de regreso en virtud del cual se excluye la

---

[72] Contundente, Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 99 ss., 257 ss.; Frisch, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Köln *et al.* 1983, pp. 128 ss.; Jakobs, Günther, «Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?», en *ZStW*, 107 (1995), pp. 849 ss.

[73] Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima (ponente San Martín Castro), de fecha 22 de diciembre de 2004. Considerando Sexto [Precedente vinculante], en San Martín Castro, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, cit., p. 134.

relevancia penal de esa conducta como intervención punible, no significa en lo absoluto que siempre y en todo contexto el actuante queda librado por completo de responsabilidad penal. En determinados casos el titular del rol tiene un deber subsidiario que cumplir, como el de socorrer a la víctima, o denunciar el hecho a la autoridad competente, especialmente cuando el ejercicio de su aportación adecuado al rol coincide con exponer a un tercero a una situación de peligro. Por ejemplo: Un taxista al transportar a su cliente observa por el espejo retrovisor cómo éste prepara un revólver cargándolo de balas. Al ser preguntado por el taxista, el cliente comenta que al llegar a su lugar de destino dará muerte a una persona acusándola de traidora ¿Complicidad del taxista en el delito de homicidio? Naturalmente, sólo si le es posible, el taxista debe avisar a la policía para que neutralice la situación de necesidad generada, dando cumplimiento a lo preceptuado en el art. 127 del Código penal, que reprime el delito de omisión de socorro o de dar aviso a la autoridad.

Que el Derecho penal reconozca expectativas de conductas acordes con deberes de solidaridad no está ausente de polémica. La solución basada en el deber de solidaridad es relativamente joven, precisamente, por encontrarse todavía en plena juventud, corre la suerte de tener que abrirse camino contra el peso de la tradición que siempre ha contemplado la resolución de los casos de otra manera, situándola sólo en el marco de la infracción de deberes negativos. Pero esta doctrina tampoco tiene la culpa de resolver los conflictos de ese modo, ella es heredera de la enorme influencia ejercida por la tradición filosófica del idealismo alemán sobre el sistema del Derecho penal de los últimos dos siglos, la misma que negó validez jurídica a los deberes de solidaridad, reconociéndoles a lo sumo la condición de deberes morales. Aquél pensamiento filosófico respondió a una forma de ver el Estado y las relaciones sociales de una manera estrictamente liberal. Sólo por citar a KANT en este lugar, al negar la posibilidad de crear deberes jurídicos a partir de situaciones de necesidad: «la necesidad carece de ley (*necessitas non habetlegem*), y, con todo, no puede haber necesidad alguna que haga legal lo que es injusto»[74]. Lo contrario conduciría a una «contradicción de la doctrina del derecho consigo

[74] KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1 ª ed., 1797 (A), 2 ª ed., 1798 (B), Obras completas editada por Wilhelm WEISCHEDEL in 12 tomos, tomo VIII, Frankfurt am Main 1977, p. 343.

misma». De allí que el ilustre pensador de Könisberg concluya que lo único que fundamentaría el deber de auxilio para con quien se encuentre en una situación de necesidad, sería un «deber moral». La solidaridad entonces es para este pensamiento sólo un deber moral, por lo tanto, no vinculante jurídicamente.

El deber de socorrer o de auxiliar fomenta las expectativas de conducta de una solidaridad mínima en la sociedad. El ciudadano es tomado como un *colaborador de la administración*[75], el ciudadano se integra al servicio estatal de protección y contribuye a asegurar la autonomía de la persona y por esa vía asegura la estabilización del sistema jurídico mismo. Se trata de una lucha contra las situaciones de necesidad. En este contexto el deber de solidaridad muestra con fuerza su función subsidiaria en relación a los deberes negativos puros, que se ven respetados mediante la conducta neutral.

La solidaridad es entonces una tarea del ciudadano en ejercicio un deber delegado -de parte del Estado- para la protección y máximo aseguramiento de la autonomía de la persona. La defensa de la autonomía de la persona prevalece ante cualquier situación de necesidad sobre la que el Estado no puede intervenir directamente ya que su poder de despliegue normativo se agotó en la exigencia de cumplimiento del deber negativo, que en este caso, queda satisfecha mediante la conducta adecuada al rol estereotipado. El Estado tiene el monopolio de protección sobre los derechos de la persona, por lo tanto no puede dejar la solución sencillamente en manos de la persona privada, a su arbitrariedad, porque, si lo hace, el deber de solidaridad perdería su fuerza normativa vinculante, es decir, su calidad de deber jurídico, exponiéndolo a regresar a su original constitución de un deber moral basado en los buenos sentimientos o asunción voluntaria de una acción de aseguramiento o auxilio dependiente sencillamente de la subjetividad del actuante. El Estado al monopolizar la solución jurídica de los conflictos sociales se convierte en el garante por excelencia de la vigencia del deber negativo *neminem laede*, esto es, del deber más general que establece los límites de la libertad de actuación de la persona. Sin embargo, como una sociedad no funciona solamente con deberes negativos, sino que conforme a su evolución ha ido

---

[75] Cfr. por todos PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin *et al.* 2002, pp. 186 ss.

contemplando cómo en determinados contextos sociales han desarrollado determinados deberes positivos de actuación, si bien restringidos inicialmente al propio ámbito social (como por ejemplo: comunidades especiales como la familia, círculo íntimo de amigos, grupos religiosos, etc.), el Estado con la finalidad de impedir el surgimiento de deberes paralelos al deber negativo, a causa de la creciente fuerza institucionalizadora de estos deberes positivos, les reconoce un estatus jurídico, pero sólo mediante una ficción de delegación de la potestad estatal a la persona privada para intervenir en situaciones de necesidad a fin de concederle un reconocimiento de juridicidad a la solución de conflicto.

Por esta razón, la persona que subyace al rol estereotipado tiene un deber de socorrer ante una situación de peligro generada con la prestación de su aporte neutral, porque las expectativas de conducta en esta situación concreta le fijan el deber de hacer efectivo su deber estatal delegado de función de protección: el Estado se hace presente en la situación de necesidad por medio del ciudadano. El ciudadano aporta de este modo una cuota en favor del aseguramiento de la completa autonomía de la persona y, por ende, del sistema jurídico.

Imaginemos ahora el siguiente supuesto: un contador ingresa a una tienda para comprar un bolígrafo. Justo cuando el vendedor le hace entrega del bolígrafo, el contador le comenta que finalmente podrá concluir sus planes delictivos de consignar datos fraudulentos sobre la contabilidad de su cliente en unos formularios de declaración de impuestos. El vendedor pone interés en el asunto, y, de una forma sorprendente, felicita al contador por dejar de pagar los impuestos que establecen las leyes, ya que él también suele hacer lo mismo. ¿Complicidad del vendedor de bolígrafo en el delito tributario? La aportación del vendedor se enmarca dentro del ejercicio de su rol inocuo, o dentro del riesgo permitido, por tanto, no se adapta al colectivo típico llevado a cabo por el autor del delito de defraudación tributaria. En este último caso rige plenamente una prohibición de regreso, con la consecuencia inmediata de afirmar la neutralidad de la conducta y fundamentar la exclusión de responsabilidad a título de interviniente delictivo.

La cuestión es que no todos los Códigos penales establecen típicamente el delito de omisión de socorro o, el delito de omisión de denuncia de hechos punibles. Por ejemplo, el Código penal alemán lo

establece expresamente en los §§ 323c y § 138 respectivamente. En el caso peruano, el Código Penal sólo castiga el delito de omisión de socorro en el art. 127 a todo aquél que, encontrando a un herido o a cualquier otro en estado de grave e inminente peligro, omite prestarle auxilio inmediato, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero, o se abstiene de dar aviso a la autoridad. El delito de omisión de denunciar hechos delictivos está contemplado en art. 407 de una forma restringida sólo para las personas que, por razón de su «profesión o empleo» tienen el deber especial de comunicar a la autoridad las noticias acerca de la comisión de algún delito. Esta regulación debe ser modificada sin lugar a dudas porque el deber de solidaridad corresponde a todas las personas, y no sólo selectivamente a un grupo especial de personas, lo cual puede crear serios problemas de vacíos y excesos de punibilidad desde el lado que se mire.

3. La imputación a la víctima

a. Contenido

La imputación a la víctima es un instituto dogmático de la imputación objetiva que excluye la tipicidad de la conducta del autor en las situaciones donde la propia víctima participa en la interacción generadora del riesgo que se concreta en su autolesión[76]. No obstante que el autor en un contexto determinado alcanza a superar los límites del riesgo permitido, su conducta experimenta una descarga de imputación merced a la aportación de la víctima, porque allí donde una persona decide autónomamente sacrificar sus propios bienes deja de ser víctima de un hecho típico por desaparecer la heterolesión que constituye la base de toda persecución penal. En realidad «resulta que no hay ni 'víctima' (sujeto pasivo de una conducta típica) ni 'autor'»[77].

Un supuesto que ejemplifica esta definición puede verse en el «caso de la motocicleta»[78], resuelto de acuerdo a las siguientes consideraciones:

---

[76] Fundamental en este tema es el descollante libro de Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 281 ss.

[77] Cancio Meliá, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004, p. 85, nota al pie N° 241.

[78] Cfr. la Disposición Fiscal de la 3ra. Fiscalía Superior de Apelación de Piura (Fiscal Superior Rosas Yataco), de 09 de enero de 2012, que declara Infundada la Queja de Derecho deducida en el Caso N° 575-2011, fundamento 5.5.

UNIDAD III: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS MIEMBROS DE LAS EMPRESAS FUNCIONALMENTE ESTRUCTURADAS

2. Ejecutoria Suprema R.N.N° 2270-2004-La Libertad, de fecha 16 de septiembre de 2014.

Imputación Objetiva en Delitos Económicos

Riesgo Permitido

- Caso Jefe de Banca Personal

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2270 - 2004
LA LIBERTAD

Lima, dieciséis de septiembre
de dos mil cuatro.-

V I S T O S; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el imputado Carlos Miguel Vílchez Pella contra el auto superior de fojas cuatrocientos veintinueve en el extremo que declara infundada la excepción de naturaleza de acción; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo penal; y **CONSIDERANDO: Primero**: Que, conforme aparece de la denuncia formalizada del Fiscal Provincial de fojas sesenta y uno y del auto de apertura de instrucción de fojas sesenta y tres, se imputa al encausado Vílchez Pella que, en su condición de Jefe de Banca Personal I del Banco de Crédito en Trujillo, facilitó el curso y destino de varias operaciones bancarias -cuatro en total- realizadas por el encausado Inafuku Higa, Presidente en ese entonces del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad, con dinero del Consejo Regional de La Libertad, el cual tendría origen delictivo y sustenta, conjuntamente con otros hechos, el cargo por delito de enriquecimiento ilícito. **Segundo**: Que el tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal *-psíquico, o por medio de consejos, y/o*

material, mediante la ejecución de los hechos concretos-, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible; que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica Günther Jakobs, uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando "…nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación" *(Derecho Penal-Parte General, Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid , 1997, páginas ochocientos cuarenta y dos - ochocientos cuarenta y cinco)*. **Tercero**: Que, en el caso de autos, las cuatro operaciones

cuestionadas, en lo que respecta a la intervención del encausado Vílchez Pella, se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación de fojas doscientos cuarenta y uno; que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aún cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en si mismas, no pueden considerase como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta -la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado- en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien dispuso su depósito a una

determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado Vilchez Pella. **Cuarto:** Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito; que precisamente el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, al incluir la excepción de naturaleza de acción, hace viable su amparo, en uno de sus supuestos, cuando el hecho denunciado no constituye delito, esto es, no es típicamente antijurídico, el cual precisamente es aplicable cuando, como en el presente caso, la conducta que se describe importa la realización de obligaciones funcionales, ajenas a conciertos previos con el autor para materializar el delito cometido. **Quinto**: Que, la resolución de vista también se pronuncia acerca de la impugnación de la resolución de primera instancia que dejo sin efecto lo ordenado en la resolución de fecha doce de mayo de dos mil tres; empero, tal extremo no constituye el ámbito del recurso de nulidad, dado que se trata de una materia ajena al control recursal previsto en el articulo doscientos noventa y dos del Código de

Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos veintinueve, su fecha quince de diciembre de dos mil tres, en cuanto confirma el auto de primera instancia de fojas trescientos ochenta y dos, fechado el dieciséis de mayo de dos mil tres, declara infundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el encausado Carlos Miguel Vilchez Pella; revocando el primero y reformado el segundo: declararon **FUNDADA** dicha excepción; en consecuencia: **DIERON** por fenecido el proceso, y **MANDARON** archivar definitivamente la causa, anulándose los antecedentes policiales y judiciales del imputado, y levantándose todas las medidas de aseguramiento y cautelares que se han podido dictar en su contra; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

BARRIENTOS PEÑA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

SE PUBLICO CONFORME A LEY

ROSA F. FLORES BARRIGA
Secretaria (p) Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

UNIDAD IV: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

1. **FAKHOURI GÓMEZ, Camila y FELIP I SABORIT, David. Tratamiento del error en el Derecho penal. Especial referencia a los delitos ambientales en el contexto minero. En Reglas de Imputación penal en la actividad minera y petrolera. Colección de Ciencias Penales Nº 6. CARO CORIA, Carlos y REYNA ALFARO, Luis (coordinadores) CARO & ASOCIADOS – CEDPE. Lima, 2013. P. 183 – 217**

COLECCIÓN DE CIENCIAS PENALES Nº 6

REGLAS DE IMPUTACIÓN PENAL EN LA ACTIVIDAD MINERA Y PETROLERA

COORDINADORES

DINO CARLOS CARO CORIA

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

CARO & ASOCIADOS
Especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa

JURISTA editores

cedpe
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL.

ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS AMBIENTALES EN EL CONTEXTO MINERO

YAMILA FAKHOURI GÓMEZ[*]

DAVID FELIP I SABORIT[**]

[*] Profesora de Derecho Penal. Universidad los Andes. Colombia.
[**] Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra. España.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal que se encuentra relacionado con la actividad minera es especialmente fértil en materia de error dada su complejidad y la profusión de remisiones extrapenales que se existen en los delitos de esta naturaleza. Ello hace que la problemática práctica más relevante que se plantea en este campo sea la necesidad de delimitación entre las distintas clases de error (de tipo y de prohibición). También cabe destacar el problema de la posible relevancia del error sobre el carácter penal de la prohibición, la prueba y vencibilidad del error y el problema de la obtención del conocimiento del Derecho a través del asesoramiento jurídico.

Como es sabido, la regulación del error en el Perú distingue entre los supuestos de "error sobre un elemento del tipo penal" (CP art. 14.1), que se identifica con lo que se ha dado en llamar **error de tipo** y el "error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal", conocido como **error de prohibición** (CP art. 14.2)[1]. Conforme a la definición habitual, el primero sería aquél que recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto. El error de prohibición incide sobre el significado antijurídico de la conducta una vez que se conocen los elementos típicos. El error (vencible) sobre una circunstancia perteneciente al tipo penal lleva aparejada la pena del **delito imprudente** o la impunidad, si tal modalidad comisiva no está prevista de manera expresa en el CP. Respecto de aquellos delitos en los que el CP castiga únicamente la imprudencia grave, los supuestos de imprudencia leve serían igualmente impunes. El

[1] Salvo indicación expresa en contrario, la normativa citada se corresponde con preceptos contenidos en el CP peruano.

error (vencible) sobre la prohibición deja intacta la pena del delito doloso, que se atenúa de manera preceptiva en el marco de la regulación del art. CP 14.2. Los errores invencibles, tanto sobre los elementos del tipo como sobre la prohibición son, en todo caso, impunes.

La delimitación entre los supuestos de error que tienen la virtualidad de excluir el dolo y aquellos que no tienen este efecto constituye una cuestión controvertida, con carácter general, en todas las ramas del Derecho penal, pero es en el ámbito del Derecho penal accesorio –esto es, no nuclear-, en el que se enmarca la regulación de la actividad minera, donde se hace especialmente patente. Se trata de una cuestión ampliamente abordada, de enorme trascendencia práctica y que presenta un alto nivel de abstracción. La vinculación de un determinado error como de tipo o de prohibición, lejos de tener una significación puramente teórica en el plano dogmático, acarrea importantes consecuencias prácticas: cada clase de error lleva aparejado un tratamiento penal diferente en tanto sólo el error de tipo excluye el dolo; el error sobre la prohibición únicamente atenuaría la pena del delito doloso en atención al error (vencible) del autor. En ordenamientos como es el caso del peruano, con un sistema de *numerus clausus* de la imprudencia, las repercusiones son especialmente llamativas en aquellos tipos penales en los que la modalidad de comisión imprudente no se encuentra contemplada. Ello resulta habitual en los tipos penales que se integran en el Derecho penal accesorio, por lo que la calificación como error de tipo, vencible o no, en este caso daría lugar a la impunidad, mientras que los errores de prohibición vencibles son punibles en todo caso. En cambio, cuando es posible castigar tanto el error de tipo vencible como el error de prohibición, las diferencias penológicas no son tan importantes.

La distinción también tiene repercusiones en otros ámbitos como: a) la participación, ya que, en virtud del principio de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación, la impunidad es mucho más amplia en caso de error de tipo que de prohibición; b) la tentativa en caso de error vencible, cuya punibilidad dependería de si se trata o no de un hecho doloso; c) la responsabilidad civil *ex delicto*, existente en todo caso de error de prohibición, vencible o no, mientras que es cuestionable que se produzca en caso de error de tipo objetivamente invencible; d) el comiso (art. 102 CP); e) la normativa extrapenal en la que se vinculen otras consecuencias jurídicas a la comisión de delitos según sean dolosos o imprudentes (así, por ejemplo, en los distintos

regímenes de responsabilidad disciplinaria de la función pública, en la contratación del sector público, etc.).

La doctrina del error no es sino la teoría sobre el dolo planteada negativamente, en la que el problema fundamental consiste en determinar qué clases de errores excluyen el dolo y cuáles no surten tal efecto, para, a continuación, ponerlos con relación a la concreta regulación legal, en nuestro caso el art. 14 CP. En este sentido, cabe distinguir la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. La **teoría del dolo** entiende que el conocimiento de todos los elementos del hecho delictivo, así como el carácter antijurídico de la conducta, convergen en un mismo elemento, el dolo, de manera que cualquier clase de error o desconocimiento respecto de estos elementos implica la exclusión del dolo, dejando tan sólo abierta la posible responsabilidad por imprudencia. El error acerca de cualquiera de estos extremos tendría el mismo tratamiento jurídico-penal: la exclusión de la pena del delito doloso y la aplicación de la pena correspondiente al delito imprudente (en su vertiente de imprudencia grave o leve), en el caso de que tal modalidad comisiva se encontrara expresamente contemplada, o la impunidad. Por el contrario, la **teoría de la culpabilidad** opera con un concepto de dolo más restringido, ubicado en el injusto, del que se le ha escindido la conciencia de la prohibición del hecho, que se constituye en un elemento independiente de la culpabilidad y cuya ausencia no cuestiona el carácter doloso del hecho. Consustancial a este planteamiento es la distinción entre aquellos errores que excluyen el dolo (error de tipo) y los que sólo excluyen la conciencia de la antijuricidad (error de prohibición).

Más polémica es la adaptación de los distintos planteamientos al panorama legislativo vigente en el Perú. Ciertamente, existen importantes aportes doctrinales tanto en España como en Alemania -que tienen regulaciones en materia de error similares a la del Perú- que persiguen armonizar la regulación con la teoría del dolo, básicamente entendiendo que el art. 14.2 del CP peruano (o 14.3 CP español o § 17 CP alemán) es sencillamente una cláusula que permite la punición generalizada de las imprudencias sobre el Derecho, pero que no cuestiona la ausencia de dolo como factor común de todo error[2]. Sin embargo, es **opinión mayo-**

[2] Así, entre otros, en Alemania OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª edición, Berlín, Nueva York, 2004, § 15/11 SCHMIDHÄUSER, Eberhard,

ritaria en la doctrina que el art. 14 CP peruano y el español así como la regulación alemana (§§ 16 y 17) consagran la adopción de la teoría de la culpabilidad en el ordenamiento peruano a partir de la delimitación entre error de tipo y error de prohibición[3], visión que ha sido ampliamente compartida por la jurisprudencia de los países mencionados[4]. Y, en todo caso, para lo que aquí interesa, a pesar de las posibles discrepancias, se hace imprescindible determinar el distinto ámbito de aplicación de las dos modalidades de error establecidas por el legislador (arts. 14.1 y 14.2 CP), dado que, como se ha visto, presentan un régimen de punibilidad absolutamente diferente.

II. ERROR DE TIPO (14.1 CP)

1. *Técnica legislativa en Derecho penal accesorio e influencia en el error*

La principal dificultad en este ámbito del Derecho penal accesorio, en el que se enmarca el Derecho penal de la minería, se desprende de la técnica legislativa empleada. Así, resulta habitual que el legislador no formule íntegramente el tipo dentro de la norma penal, omitiendo algún aspecto concreto de la misma, y remitiendo a disposiciones jurídicas

---

Strafrecht. Allgemeiner Teil. tudienbuch, 2ª edición, Tubinga, 1984, 7/90. En España, en este sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Valencia, 1999, p. 619; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8ª edición, Barcelona, 2008, 21/24 y s., 40 y ss.; VIVES ANTÓN, Comentario al art. 14 CP español, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al CP 1995*, Valencia, 1996, p. 96.

[3] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Madrid, 1998, p. 310; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III*, Madrid, 2001, pp. 119, 131 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, pp. 173, 189, 215 (un libro conteniendo las principales tesis de este trabajo acaba aparecer publicado en 2012 por la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia); LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 465 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Valencia, 2007, pp. 383, 386. En Alemania *vid.*, por todos, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en *Schöcke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª edición, Múnich, 2006, §§ 15/104, 17/3.

[4] El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 1 de febrero de 1986 (RJ 1986\552), adopta los postulados de esta teoría de manera expresa. Más allá de ello, el Tribunal Constitucional alemán ha confirmado la adopción de la teoría de la culpabilidad en su sentencia de 17 de diciembre de 1975 (BVerfGE 41, 121, 124 y ss.).

recogidas en otros sectores del ordenamiento, cuyo contenido resultaría necesario para conocer el supuesto de hecho típico. La **remisión normativa** constituye el instrumento de la técnica legislativa más relevante y el mayormente empleado en Derecho penal accesorio. El motivo fundamental que anima al legislador al empleo de esta técnica legislativa sería, fundamentalmente, **evitar la definición casuística** de las modalidades de comisión de una determinada figura delictiva. Más allá de ello, esta técnica legislativa resulta especialmente adecuada para aquellas materias que, por su especial naturaleza –como es el caso destacado de la actividad minera y los bienes jurídicos afectados por la misma–, precisen de un **marco flexible** para su regulación. La existencia de estos bienes jurídicos obliga a que otras normas establezcan sus contenidos y configuren las condiciones de su existencia y asimismo impone que los injustos típicos se correspondan con ataques a estas condiciones.

La redacción de los tipos penales cuando el legislador introduce remisiones normativas puede producirse, bien a partir de la introducción de fórmulas generales y abstractas, que habitualmente adquieren sentido en conjunción con otra norma que ayude a su interpretación, quedando inalterada la estructura del tipo; o bien realizando una formulación parcial de la norma penal, de manera que tal norma constituya un marco que no agota la materia regulada y que ha de ser complementado. La conducta prohibida se determinaría, por tanto, a partir de la toma en consideración de otras normas[5].

a) La primera variante se conoce mayoritariamente como **elemento normativo del tipo**. Un ejemplo de esta clase de remisión en el campo que nos ocupa sería la mención a los "residuos" en el marco de los delitos contra el medio ambiente que pueden producirse a raíz del incorrecto ejercicio de la actividad minera.

b) La segunda variante se corresponde con la definición generalmente aceptada de **norma penal en blanco**. Existe acuerdo general en incluir, dentro de esta categoría, aquellos supuestos en los que el legislador introduce una remisión expresa a otra norma: el hecho de que las normas de complemento estén sujetas a su vez

[5] En relación con esta distinción *vid.*, por todos, DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación en las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, 1999, pp. 47 y ss.

a posibles cambios legislativos obliga a adoptar formulaciones que hacen referencia a la "legislación", a lo dispuesto en las "leyes" y/o "reglamentos" o "disposiciones" sin especificar una ley, reglamento o norma en concreto. En el ámbito que nos ocupa resultan un buen ejemplo de ello la referencia a la contravención de "disposiciones de la autoridad competente" (a la hora de alterar un paisaje o ambiente, como sería el caso cuando se talan árboles para excavar o cuando se construyen casetas donde alojar a los mineros o desde donde dirigir la actividad, o incluso las instalaciones pertinentes para realizar la actividad propiamente minera -art. 313-), a la infracción de "normas sobre protección del medio ambiente" o a la superación de los "límites establecidos" en relación con los residuos que pueden verterse en una explotación minera (art. 304).

El empleo de esta técnica legislativa **afecta a la parte subjetiva del hecho**: tanto en los tipos penales en blanco, como en aquellos supuestos en los que el legislador introduce elementos normativos en los tipos penales, el conocimiento del tipo necesario para la apreciación del dolo iría unido, en cierta medida, al conocimiento de la norma de complemento.

2. Error sobre elementos normativos y error de tipo

La solución de los problemas para discernir la clase de error que se plantea en materia de elementos normativos y otras remisiones dependerá en última instancia del **grado de conocimiento que se exija para satisfacer la concurrencia del dolo típico**, lo que implica decidir cuándo se ha producido una comprensión suficiente de todos los elementos, de manera que pueda afirmarse que el sujeto se ha representado efectivamente el supuesto de hecho de la infracción penal.

En principio podría **integrar el dolo** el conocimiento de la **base fáctica del elemento normativo** (siendo un error en esta materia un error de tipo), mientras que un **error sobre la valoración o calificación jurídica de ese hecho** correctamente comprendido dejaría intacto el dolo y, a lo sumo, tendría relevancia si implicara la creencia de estar obrando lícitamente (error de prohibición, CP art. 14.2). Sin embargo, la distinción, aunque relativamente clara, no es suficiente. Así, por ejemplo, para saber qué es un "residuo" de la actividad minera en un contexto dado no basta con percibir su base fáctica (escombros, ácidos), sino que es

necesario comprender su función jurídico-social, es decir, entender que cierto objeto tiene un potencial contaminante –también a nivel estético en el caso de los escombros– y lesivo para bienes jurídicos protegidos. Por tanto, mayoritariamente se entiende que la apreciación del dolo del autor se supedita a la **comprensión del significado social del hecho**. La imputación dolosa del conocimiento de los elementos normativos al autor exige que este haya comprendido el significado del elemento típico en su contenido material en sentido amplio. No se exige que el autor lleve a cabo una evaluación jurídica formal, sino que se considera suficiente que su apreciación de las circunstancias del hecho se corresponda en sus **puntos esenciales con la valoración que llevaría a cabo el juez**: bastaría con que se haya producido, siguiendo la fórmula alemana, una "**valoración paralela en la esfera del profano**"[6].

En cambio, cuando el sujeto conoce las circunstancias típicas –al menos a la manera del profano– pero cree erróneamente que las mismas no tienen cabida en un concepto que, sin embargo, es empleado por el legislador para definir un elemento típico, incurriría en lo que se ha dado en llamar un **error de subsunción**. Error que deja intacto el dolo, si bien podría llevar al autor a pensar que su conducta se encuentra permitida, incurriendo, de este modo, en un **error de prohibición**. Así, por ejemplo: a) un sujeto interpreta cree equivocadamente que un determinado proceso sobre el mineral, una vez ya extraído del subsuelo, queda al margen del delito de minería ilegal por interpretar, erróneamente, que éste se limita a las actividades extractoras en sentido estricto (error de subsunción irrelevante); b) un sujeto cree erróneamente que una instalación minera de pequeñas dimensiones pero que utiliza métodos altamente contaminantes no está prohibida por ser una forma de explotación tradicional (posibilidad de error de prohibición).

---

[6] La formulación fue acuñada por WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª edición, Berlín, 1969, § 13. I. 4. La doctrina absolutamente mayoritaria opera con este criterio. Así, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Madrid, 1998, pp. 150, 229, 232 y s.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II*, 6ª edición, Madrid, 1998, pp. 132 y s.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en *Schöncke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª edición, Munich, 2006, § 15/40, 43 y s., haciendo referencia al "conocimiento del significado"; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Barcelona, 2008, 10/76 y ss., MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Valencia, 2007, p. 275; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I , 4ª edición, Munich, 2006, § 12/101.

Sin embargo no deben ocultarse las dificultades que entraña la distinción, que ha generado niveles de complejidad analítica extremos, inabordables en este trabajo[7]. Simplemente se puede señalar que la doctrina especializada en España, profundizado en la línea antes apuntada, entiende que es necesario que el sujeto capte el sentido materialmente auténtico del elemento normativo en el caso concreto, esto es, los aspectos del elemento que hacen socialmente lesivo al hecho que determinan su prohibición[8]. No obstante, pese a la existencia de estos criterios para establecer el objeto del dolo, en la práctica resulta extraordinariamente complicado ubicar un determinado supuesto de falsa representación o de desconocimiento en el ámbito del error de tipo o del error de prohibición. Entre otras razones, porque en cada caso deberá fijarse el sentido material lesivo mínimo al que se reduce un elemento típico a efectos de ser objeto del dolo, lo que implica una reelaboración teleológica de toda la Parte Especial para establecer ese sentido auténtico de cada uno de los elementos de las distintas figuras delictivas. Pero, principalmente, porque en muchos delitos, singularmente en el campo socio-económico, no parece que sea posible captar ese sentido material del delito concreto sin conocer además la valoración social y, sobre todo, jurídica que merece un elemento. Todo ello enriquece el dolo hasta tal punto que apenas puede distinguirse en la mayoría de los casos del conocimiento de la prohibición.

3. Tipos penales en blanco y error de tipo

En lo que respecta a los tipos penales en blanco, la idea imperante en la actualidad es que con la lectura conjunta del tipo penal en blanco y de la norma de complemento se llega al mismo resultado que si el legislador hubiera establecido un tipo penal completo. Los elementos del tipo penal podrían ser sustituidos por el contenido de las normas de remisión –generalmente extrapenales–, que resultarían, en este sentido,

[7] Sobre esta temática en detalle FAKHOURI, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Ediciones de la Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

[8] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, pp. 319 y s., 378. Emplea asimismo esta fórmula MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª edición, Valencia, 2007, pp. 410, 413.

equivalentes: se habla aquí de la "tesis de la sustituibilidad" o "de la capacidad de sustitución"[9].

De conformidad con esta idea sería, por tanto, indiferente, si la norma penal castiga desde el primer momento el vertido de determinados residuos –señalando cuáles son– o si, siguiendo el esquema característico de la norma penal en blanco, castiga con una pena la contravención de las normas específicas dictadas por el organismo encargado de la protección del medio ambiente (cfr. art. 304 CP). Este último caso, y una vez que el tipo penal en blanco ha sido complementado por la norma de remisión, la prohibición que se desprendería del tipo sería la misma.

Así las cosas, **no existiría de una diferencia material** entre las normas penales completas e incompletas que justifique un tratamiento diferente de los supuestos de error. Al tipo penal en blanco complementado a partir de esta operación mental adicional de la lectura conjunta le resultarían de aplicación los criterios generales. El dolo del autor debería abarcar, por tanto, las circunstancias del hecho del tipo penal en blanco, así como las de la norma de complemento (CP art. 14.1). De esta manera, ni el conocimiento de la norma en blanco en sí ni el conocimiento de la existencia de la norma de complemento constituiría el objeto del dolo del autor, recibiendo ambos el tratamiento de error de prohibición (CP art. 14.2)[10].

De este modo, por ejemplo, con relación al elemento "infringiendo normas sobre protección del medio ambiente" del delito ecológico del art. 304 CP, concretamente en un supuesto de superación de un determinado **valor límite de toxicidad** de los vertidos legalmente establecido, pueden presentarse errores de ambas modalidades. Un mal funcionamiento de los sensores de la mina puede producir un desconocimiento del grado de toxicidad real de los vertidos que se están efectuando, lo que implica un **error sobre el presupuesto de hecho de la norma complementaria**, (error de tipo); en cambio una mala gestión de la información puede generar confusiones sobre cuál es el valor límite establecido en la norma-

[9] Esta tesis de la capacidad de sustitución es traída a colación por primera vez por BURKHARDT, Björn, "Rechtsirrtum und Wahndelikt -Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 15. 10. 1980, JZ 1981, 715-", en *Juristenzeitung (JZ)*, 1981, p. 687.

[10] Esta propuesta proviene de WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlín, 1955, pp. 27 y s., 31, 36, 38 y ss., que introduce numerosos ejemplos.

tiva medioambiental aplicable a la actividad, lo que constituiría un error sobre la existencia o alcance regulativo de la norma complementaria (en principio, error de de prohibición).

Pero si se pone la cuestión en relación a cuál es el grado de conocimiento del dolo típico que implica la comprensión del significado social del hecho descrito en el delito ecológico que se produce al hilo de la actividad minera, se observará que éste difícilmente se puede producir sin conocer la infracción de la normativa extrapenal ya que la desobediencia de la acción regulativa extrapenal del legislador en la fijación de un riesgo permitido constituye la esencia del injusto de tales delitos. Ello ha llevado a que buena parte de la doctrina, con buen criterio, mantenga que en aquellos delitos en los que para el sentido social negativo del hecho es esencial la infracción de la normativa extrapenal, todo error sobre la prohibición extrapenal es un error de tipo penal, de manera que casi no queda margen de maniobra para el error de prohibición. Fenómeno que es apreciable en gran parte del Derecho penal accesorio de nuevo cuño. Se reproducen, pues, también en materia de leyes penales en blanco exactamente los problemas de distinción ya aducidos en materia de error.

4. Jurisprudencia y nuevas propuestas

Las señaladas dificultades de delimitación se advierten igualmente en el hecho de que, si bien la valoración paralela en la esfera del profano se considera por la doctrina un requisito indispensable para la determinación del dolo, lo cierto es que en las decisiones jurisprudenciales se pone de manifiesto una tendencia a declarar irrelevantes, a efectos de dolo, todos los errores que se producen en el ámbito valorativo, sobre todo cuando tienen su origen en apreciaciones jurídicas equivocadas. A lo sumo, son definidos y tratados como errores de prohibición. Como ejemplo de ello en la jurisprudencia española puede señalarse un supuesto en el que se condena por un delito de intrusismo a una licenciada en Medicina que, pensando que se encontraba habilitada para ello, realiza actos propios de la profesión de estomatólogo. El tribunal aprecia un error de prohibición señalando que "el error de tipo habría existido en este supuesto si hubiera creído tener el título de estomatólogo sin poseerlo en realidad" (TS 19-3-90)[11].

[11] En detalle sobre estas cuestiones y con numerosos casos ilustrativos de la jurisprudencia española y alemana FAKHOURI, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 182 y s.

Ciertamente, esta tendencia es fruto principalmente de las evidentes dificultades que entraña la distinción. Asimismo, especialmente en la jurisprudencia menor en España, en alguna ocasión simplemente no se ha advertido la existencia de un error de tipo al haberse detectado en primer lugar una creencia de estar obrando lícitamente (fenómeno que suele ser inherente a la mayoría de situaciones de error de tipo, incluso vencible) y concentrarse la atención del juez únicamente en esa creencia pese a ser secundaria en relación al error de tipo que la ha originado (por ejemplo. TS 11-2-97 y 17-11-2003 núm. 1544/2003). En otros casos la explicación bien pudiera ser que bajo la nueva terminología "error de prohibición" pervivieran los rescoldos del viejo error de Derecho que, por lo demás, también está experimentando un cierto renacimiento doctrinal.

Por otra parte, la *vis* expansiva del error de prohibición en la praxis jurisprudencial en detrimento del error de tipo puede no responder tanto a condicionantes dogmáticos cuanto a consideraciones político-criminales o, incluso, probatorias. En efecto, en caso de dudas acerca de la existencia un error, en todo caso vencible, no es lo mismo afrontarlas en un esquema de error de prohibición, en el que sólo está en juego una posible atenuación, que en un esquema de error de tipo, en el que la apreciación del error, incluso cuasi burdo, puede implica la impunidad. Por tanto, el CP art. 14.2 plantea un escenario gradual en el que resulta más cómoda la adopción de decisiones judiciales que ha acabado colonizando el error sobre elementos normativos en aquellos delitos en los que no está tipificada la imprudencia, como es la mayoría de los delitos relevantes desde una perspectiva de este trabajo (es decir, el Derecho penal accesorio).

Así las cosas, algunas voces autorizadas están cuestionando la propia practicabilidad de la distinción entre error de tipo y error de prohibición y abogan por el regreso a un solución unitaria de los errores penalmente relevantes compatible con el marco del CP art. 14[12].

[12] FAKHOURI, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 327 y ss.; JAKOBS, Günther, "Dolus malus", en: *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 122; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 478 y ss., 481 y ss., 676 y ss., 842; WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, p. 410.

La regulación del error podría interpretarse de la siguiente forma: en el tenor literal del art. CP 14.1, cabría incluir, por una parte, los elementos normativos del tipo que se caracterizarían porque el conocimiento de los mismos llevaría aparejado, por regla general, el **conocimiento de la antijuridicidad de la conducta**. En relación con el resto de delitos, en los que la perturbación social no se pone de manifiesto a partir del conocimiento del elemento en cuestión, resultaría exigible además, el conocimiento del "hecho de la prohibición" para la afirmación del dolo. La regulación del CP art. 14.2 podría interpretarse como una regla de determinación de la pena del delito doloso en aquellos supuestos en los que el autor, si bien conoce que su conducta se encuentra prohibida, **no es consciente de que lleva aparejada una sanción de carácter penal**[13].

III. CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Antes de entrar en los problemas que suscita el error de prohibición del segundo párrafo del art. 14 CP[14] propiamente dicho, es necesario determinar el concepto de **conocimiento de la antijuricidad** del hecho[15], ya que dicho elemento es **condición necesaria** de la imputación personal o culpabilidad plena. Y, por otra parte, es el punto de referencia para elaborar tanto la propia noción de error de prohibición (**ausencia de conocimiento**) como su vencibilidad o evitabilidad (**posibilidad de dicho conocimiento**).

El primer problema en la delimitación del concepto de conocimiento de la antijuricidad consiste en determinar qué es lo que debe saberse, es

---

[13] FAKHOURI, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 345 y ss.

[14] El error de prohibición está regulado en el párrafo 14.2 del CP peruano, que es casi idéntico al art. 14.3 del CP español, por cuanto ambos beben de una misma fuente, el Anteproyecto de nuevo Código Penal español de 1983, tal y como se reconoce en la exposición de Motivos del Código Penal Peruano de 1991. Dichos preceptos se inspiran en la regulación alemana, no son plenamente coincidentes con ésta. Sobre las diferencias entre ambos modelos, cfr. FELIP i SABORIT, David, "El objeto del conocimiento de la antijuricidad" en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2001, pp. 145 y ss.

[15] En general, sobre la evolución de las doctrinas del error y el concepto de conocimiento de la antijuricidad *vid.* FELIP i SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, 2000.

decir, cuál es el **objeto** o referencia de dicho conocimiento. Para excluir el error, ¿basta con pensar simplemente que lo que se hace "no está bien" o –yendo al otro extremo– es imprescindible saber que se está cometiendo un delito? Evidentemente, la concreción del conocimiento de la antijuricidad no se agota en este punto. Una vez determinado qué se debe conocer, se presenta la cuestión de cómo debe conocerse, es decir, el grado de certeza necesario para afirmar que existe conocimiento. Se plantea, pues, el tema del denominado **conocimiento eventual de la antijuricidad.**

1. Objeto del conocimiento de la antijuricidad

Normalmente los ciudadanos no conocen la conminación penal abstracta de la clase de conductas que llevan a cabo o, cuando menos, el juicio de antijuricidad que le corresponde al hecho cometido. Exigir un conocimiento técnico-jurídico completo de la norma no es practicable ni, posiblemente, deseable. Por tanto, es necesario precisar qué elementos deben ser conocidos *como mínimo* para afirmar que el sujeto ha recibido suficiente motivación y no se encuentra en error. Se trata, pues, de establecer el armazón básico del mensaje prescriptivo que debe servir de orientación y con cuyo conocimiento se hace plenamente exigible el cumplimiento de la norma. Pues bien, **mayoritariamente** se entiende que para poder imputar el hecho al sujeto basta con que el mismo tenga conocimiento de la –eventual– **antijuricidad genérica de esa clase específica de hechos.** Por el contrario, otros sectores consideran que es necesario cualificar este conocimiento, llegándose a exigir incluso el conocimiento del carácter delictivo de la conducta.

Ejemplo: Un sujeto, desconociendo los recientes cambios legales en la materia, piensa que la venta de una bomba de succión a una pequeña explotación minera no autorizada y contaminante puede ser, a lo sumo, alguna clase de ilegalidad, pero no le pasa por la cabeza que pueda estar cometiendo un delito del art. 307-E CP- Actos preparatorios de minería ilegal.

La **opinión mayoritaria**[16] entiende que el sujeto ha de ser consciente de la concreta afectación de ciertos valores o intereses y de que éstos go-

[16] *Vid.* una extensa relación de defensores de esta visión en FAKHOURI, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, 2012, p. 123 y s.

zan de protección a través del Derecho. Se trata de una mezcla en la que van unidos la conciencia de la vulneración de una prohibición o mandato jurídico, esto es, de la antijuricidad formal general, y el conocimiento de la antijuricidad material del hecho. Según esta tesis, no es suficiente con el simple conocimiento de la dañosidad social o la sensación de que lo que se hace no es correcto o es inmoral, si ello no va acompañado de la idea de prohibido. Ahora bien, no es necesario el conocimiento del precepto concreto que haya podido ser vulnerado ni la punibilidad del hecho cometido. Una vez captada la contrariedad a Derecho y su fundamento material, es indiferente saber la clase de norma que se infringe con la conducta o la clase de consecuencias que acarreará. En definitiva, según la posición mayoritaria, para afirmar la existencia de conciencia del injusto es suficiente con la creencia de estar vulnerando una norma jurídica de cualquier clase. Con lo que, desde una perspectiva psicológica, lo único que se añadiría al dolo típico sería una vaga idea de contrariedad al Derecho siempre que, eso sí, se haya captado el contenido específico de injusto del hecho cometido.

En general, la jurisprudencia rechaza también que el desconocimiento de la prohibición penal excluya o atenúe la culpabilidad. Por tanto, siempre que el sujeto haya identificado correctamente la norma de conducta contenida en los preceptos penales y la contrariedad de su comportamiento a la misma, queda agotada toda la significación antijurídica del hecho. Desde esta perspectiva ya no restan elementos identificadores del desvalor de la conducta que no hayan sido representados y, por tanto, el error sobre el carácter penal de la prohibición es únicamente un -irrelevante- error sobre las consecuencias jurídicas del hecho[17].

Este planteamiento ha sido criticado por quienes entienden que para ser plenamente culpable es necesario que el sujeto haga una valoración más específica del hecho. Así, se ha indicado que conocer que se está infringiendo una norma del ordenamiento jurídico se traduce en que el autor sepa que el hecho que va a realizar puede provocar la intervención del poder coactivo del Estado (una decisión judicial, una intervención policial u otras medidas adoptadas por la autoridad) o bien que el suje-

[17] Cfr., por ejemplo, en el caso español, STS 28-10-98, núm. 1301/1998, STS 24-1-00 núm. 26/2000 y STS 15-2-07, núm. 95/2007.

to sepa que la respuesta estatal a la infracción será una sanción[18]. En sentido parecido, un importante sector se muestra partidario de identificar el objeto del conocimiento de la antijuricidad con el conocimiento de que el hecho es un ilícito penal, basándose en que sólo entonces se habrá conocido plenamente el significado antijurídico del hecho, ya que las normas penales no son meramente sancionadoras, sino que expresan una cualidad material de la conducta, el merecimiento abstracto de pena, que debe ser conocido por el autor[19]. Ello permitiría tener en cuenta la diferente motivación del autor para comportarse conforme a la norma una vez que es consciente de la prohibición: las especiales características del Derecho penal y, en particular, su efecto estigmatizador, harían que la motivación fuera menor cuando el sujeto no conociera la amenaza penal, lo que disminuiría su culpabilidad (vid. también *supra* II.4).

Ciertamente, la exigencia de percibir el carácter penal de la prohibición no suele tener trascendencia, puesto que el ciudadano no suele discernir con claridad la diferencia entre una infracción penal y un ilícito administrativo, o incluso civil, y se limita a considerar que el hecho es más o menos grave. Esta sensación de gravedad unida a la exigencia de un simple conocimiento eventual será normalmente suficiente para descartar el error, máxime si se tiene en cuenta la tendencia de la mayoría de los ciudadanos a ampliar el círculo de lo penalmente prohibido. Sin embargo, la postura mayoritaria se enfrenta a algunos problemas cuando el ciudadano sí se ha planteado seriamente las diferentes opciones. Ello sucede, por ejemplo, cuando se ha excluido expresamente la posibilidad de

---

[18] Con distintos matices, autores como NEUMANN, Ulfrid, en *Nomos Kommentar*, § 17, 3ª ed. 2011, Nm. 21-23 o NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho*, Barcelona, 2000, pp. 101 y s.

[19] En este sentido, FELIP i SABORIT, David, *Error iuris*, pp. 116 y ss. y FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *El objeto del dolo en Derecho penal*, p. 126 y 351, con exhaustivas referencias. En España la posición cuenta cada vez más partidarios (así por ejemplo, con distintos matices, autores como Mir Puig, Silva Sánchez, Díez Ripollés o Arias Eibe). Asimismo, deben tenerse en cuenta los diversos planteamientos que se inclinan por la conciencia de la punibilidad en sentido estricto (singularmente Bacigalupo Zapater) y a autores como Luzón Peña, Díaz y García Conlledo o Olaizola Nogales, que aceptan la aplicación de una atenuante analógica al error de prohibición para los errores invencibles sobre la conminación penal del hecho. En cambio en Alemania, la relevancia del error sobre la prohibición penal del hecho es muy minoritaria. Sostenida por F.C. SCHROEDER (cfr. *Leipziger Kommentar*, § 17, 11. ed. 1992, Nm. 7-8) últimamente ha aparecido algún nuevo apoyo (así, por ejemplo, ZABEL, Benno, "Aktuelle Begründungs- und Andwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB", *GA*, 2008, p. 45).

estar cometiendo un delito, sin descartar (o, incluso, conociendo perfectamente) la posibilidad de estar cometiendo una infracción administrativa o incumpliendo obligaciones de naturaleza civil. Se trata de casos en los que el conocimiento de la antijuricidad genérica del hecho puede coincidir con el **desconocimiento invencible del carácter específicamente penal de la prohibición**. Ello es perfectamente imaginable en el Derecho penal económico y de la empresa cuando la conducta antijurídica no es directa y evidentemente lesiva para intereses individuales o cuando el Estado actúa con cierta desidia o ambigüedad calculada.

En todo caso, todas las partes están de acuerdo en exigir un **conocimiento del injusto específico** del hecho[20]. En efecto, para evitar que el conocimiento de la antijuricidad quede reducido a una conciencia abstracta de la prohibición, como relación meramente formal, dicha conciencia ha de fundamentarse en aquellos elementos del hecho sobre los que se asienta la norma concreta y cuya vulneración se atribuye al autor. No basta, pues, con la simple representación de estar haciendo algo prohibido (o creer que lo está en relación con el injusto de otro tipo), sino que debe captarse el específico contenido de injusto de la infracción que se comete. En definitiva, es preciso el conocimiento de los aspectos **socialmente lesivos singulares** por los que el hecho está prohibido y **relacionarlos con la prohibición concreta**.

Así, por ejemplo, en relación al delito de minería ilegal del art. 307-A CP, la mera conciencia de la ilegalidad de la actividad por carecer de autorización no puede sustituir la conciencia del injusto específico del delito, es decir, el conocimiento de su potencial lesivo para el medio ambiente.

Sobre este requisito de especificidad del conocimiento se sustenta la llamada **divisibilidad de la conciencia del injusto**, que permite solucionar algunas situaciones especiales de error, evitándose de esta forma incurrir en el *versari in re illicita*. Así, en caso de **concurso ideal** es necesario determinar el conocimiento de la antijuricidad con relación a cada uno de los delitos concurrentes, de tal manera que puede existir error de prohibición respecto a uno y plena conciencia de la antijuricidad respecto a otros. También por esta vía se concede relevancia al **error de prohibición doble**: la falta de conciencia de la antijuricidad del hecho cometido (error

[20] FELIP i SABORIT, David, *Error iuris*, p. 120.

de prohibición) no puede ser sustituida por la conciencia de un injusto imaginario (delito putativo).

Más problemática es la cuestión en caso de **tipos cualificados o de delitos especiales impropios**, donde se discute si basta la conciencia del injusto del tipo básico o bien es preciso un conocimiento del injusto específico del tipo cualificado o especial. La cuestión crucial estriba en determinar si entre los diferentes tipos en juego existen diferencias puramente cuantitativas en relación con el contenido de injusto o si las mismas son cualitativas; es decir, si se presenta una situación de **pluriofensividad**, en cuyo caso el conocimiento de la antijuricidad es divisible y puede entrar en juego un error de prohibición, o si únicamente se trata de un problema de mayor intensidad de la lesión sin cambios cualitativos, en cuyo caso se trata simplemente de un error irrelevante sobre la magnitud de la pena.

Este último sería el caso de quien, siendo plenamente consciente de que está llevando una actividad contaminante muy grave (conciencia del injusto del delito medioambiental), ignora que, por tratarse de una actividad minera, la conducta está más severamente castigada por el nuevo art. 307-A CP.

2. *Conocimiento eventual de la antijuricidad*[21]

A menudo se actúa sin estar seguro de estar cometiendo una acción ilícita, es decir, **dudando acerca de la antijuricidad** de su conducta. Se plantea pues el problema del **grado de certeza** necesario para afirmar cuándo existe conocimiento de la antijuricidad y poder diferenciarlo así de un error de prohibición. Se trata de un fenómeno similar al problema del *dolo* **eventual**, hasta el punto de que se denomina **conocimiento eventual de la antijuricidad** a la situación en la que, a pesar de la falta de certeza, el sujeto alcanza un grado de conocimiento de la significación antijurídica del hecho *suficiente* para fundamentar una responsabilidad penal plena.

---

[21] Sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª, "Sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad", *ADPCP*, 1987, pp. 647 y ss., FELIP i SABORIT, David, *Error iuris*, pp. 129 y ss. y OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición*, Madrid, 2007, p. 68 y ss.

Así las cosas, las situaciones en las que el autor no está del todo seguro del carácter prohibido de su hecho forman parte, junto con la certeza, del concepto de conciencia del injusto como situación psicológicamente opuesta al error. Por lo general se entiende que para afirmar la existencia de conciencia del injusto es suficiente con que **el sujeto considere seriamente la antijuricidad de su comportamiento y no descarte dicha posibilidad.** Aunque a veces la jurisprudencia maneja baremos nominales bastante exigentes ("alta probabilidad" o "fundada sospecha"), en la práctica siempre que existan dudas la situación se decanta en favor de la eventual prohibición del hecho y debe afirmarse que existe conciencia del injusto. Las situaciones de falta de conocimiento se definen por vía negativa: sólo puede hablarse de error cuando se **está seguro de que el hecho no está prohibido o cuando se confía fundadamente en la licitud del comportamiento.** En ocasiones se llega a afirmar que la duda es incompatible con el concepto de creencia errónea de obrar conforme a Derecho[22]. El estado de cosas podría condensarse en la siguiente regla: **ante la duda, abstención.**

Esta visión es **objetable.** Entre certeza y error, psicológicamente hablando, se presenta **una zona de transición,** la representación del ilícito como posible, que sólo puede acabar siendo englobada en uno u otro campo a través de una decisión o ponderación del juez. No puede decidirse cuándo un sujeto ha tenido suficiente contacto con la norma hasta que no se haya producido una **valoración** de tal estado psíquico en atención a los principios que fundamentan el conocimiento de la antijuricidad y que definen la actividad que se espera del sujeto para obtener el conocimiento del Derecho. Quien, en caso de duda y pudiendo hacerlo, no aclara la situación, debe asumir el riesgo de la posibilidad de la prohibición: existe conocimiento. Quien, habiéndose informado suficientemente, no consigue la absoluta certeza de la licitud de su proceder, se halla en un estado de duda que no puede ser considerado –normativamente– como conocimiento: existe conocimiento. Solo la duda como estado normativo y no como puro estado psicológico, debe ser equiparada al conocimiento seguro de la prohibición del hecho.

[22] Así, por ejemplo en España, STS 14-11-97 núm. 1147/1997 o STS 24-7-05 núm. 865/2005.

Así las cosas, siempre que exista conocimiento eventual de la antijuricidad, sin que el autor haya hecho nada para mejorar su estado de conocimiento y disipar sus dudas, el sujeto ha de ser castigado como en cualquier caso de conciencia plena del injusto. Sin embargo, esta solución no es satisfactoria cuando el sujeto no está en condiciones de aclarar sus dudas (las cuales, sin embargo, serían suficientes para afirmar el conocimiento eventual de la antijuricidad) por ser éstas irresolubles[23]. Ello sucede cuando es imposible disipar las dudas a pesar del asesoramiento, bien porque la calificación jurídica de los hechos no está suficientemente asentada o bien porque existe la necesidad de adoptar una decisión de forma perentoria sin que sea posible posponerla hasta su pertinente aclaración.

Ejemplos: a) una empresa minera se encuentra con que, tras una modificación legislativa, no está claro si su actividad extractora sigue estando permitida o si la misma pasa a ser punible; no existen todavía decisiones judiciales al respecto y se recibe información contradictoria por parte de las distintas fuentes que se consultan, de tal manera que no se está en condiciones, caso de continuar con la actividad, de descartar la posibilidad de una infracción penal, pero tampoco de asegurar lo contrario; si, finalmente, los jueces consideran que la actividad es ilegal, se habría actuado con conocimiento eventual de la antijuricidad; b) ante la sospecha fundada de que, de inmediato se van a revelar secretos de empresa, el jefe de personal se apodera del teléfono móvil particular del empleado presuntamente involucrado para examinar sus SMS y abortar la operación.

Muchos de estos supuestos implican someter al posible infractor a una limitación importante de su libertad, acompañada de graves perjuicios, sin poder alcanzar, a cambio, la seguridad plena de que el ordenamiento le exige efectivamente este sacrificio. Por todo ello, se plantea la aplicación de algún tipo de atenuación o, incluso, la impunidad, aunque no concurra exactamente un error de prohibición, principalmente a través de la inexigibilidad como causa de exculpación. Ello no significa que todas estas situaciones se resuelvan excluyendo la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, sino que en caso

[23] Sobre la dudas irresolubles *vid.* ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4ª ed., 2006, § 21/31-33 y FELIP i SABORIT, David, *Error iuris*, pp. 135 y ss.

de dudas indisipables, cuando la omisión de la conducta posiblemente prohibida suponga una afectación importante de los intereses del autor, el conflicto debe plantearse en el ámbito de la no exigibilidad de otra conducta como posible causa de exculpación o de atenuación de la culpabilidad. Obviamente, la existencia de dudas irresolubles es condición necesaria pero no suficiente para la exculpación, de manera que el núcleo del problema reside en la presión motivacional de las **circunstancias concretas** del hecho.

Lo específico de estos casos es que, si existiera certeza total acerca de la antijuricidad de la conducta, su evitación sería exigible a pesar de los costes que ello comportara al autor. Ahora bien, aquí se combina el debilitamiento motivacional que comporta la duda (de la que el sujeto no es responsable y, en cambio, muy a menudo, sí lo es el Estado) con la presión en sentido contrario que ejercen las consecuencias negativas de la renuncia a una acción, renuncia que, por lo demás, posiblemente sea un sacrificio inútil, ya que el comportamiento podría ser lícito. En todo caso, el tratamiento en el ámbito de la culpabilidad de todos estos problemas está, lógicamente, condicionado por el hecho de que no se haya encontrado una solución en un escalón sistemático anterior. Así, en algunos supuestos, las dudas indisipables pueden ser fruto de la **vulneración del principio de legalidad**, especialmente por infracción del mandato de determinación por parte del legislador. Otros casos pueden tratarse a través de las **eximentes incompletas de estado de necesidad**. Y, en última instancia, se apunta también el recurso a una **construcción analógica** (una atenuante analógica a la eximente incompleta de error de prohibición) o supralegal del error de prohibición vencible o invencible, según los casos.

3. Prueba

Los elementos o indicios que son tenidos en cuenta para establecer la existencia de la conciencia de la antijuricidad (o, en la lógica de la jurisprudencia mayoritaria, para rechazar una alegación de error) pueden agruparse en torno a tres aspectos[24]:

[24] Cfr., al respecto, FELIP i SABORIT, David, *Error iuris*, pp. 192 y ss. y OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición*, pp. 127 y ss.

a) **La naturaleza del delito.** Según la clase de delito existe mayor propensión a admitir la posibilidad de un error. La **ilicitud notoria** y evidente de un delito, en el sentido de su conocimiento generalizado, se convierte en decisiva a la hora de aceptar la posibilidad de un error. Sin embargo, si bien su uso se encuentra muy extendido, opera casi como una mera cláusula de estilo para rechazar el error.

b) **Las circunstancias objetivas del hecho en concreto**, es decir, si la forma de presentarse los hechos hace concebible una realización de los mismos sin conocimiento de su antijuricidad. Así, por ejemplo, se ha tenido especialmente en cuenta el comportamiento del sujeto, su forma de operar, en particular la clandestinidad o la ocultación de la actuación o si se muestra dubitativo[25]. También resulta determinante si se alega un error en relación con un único hecho delictivo aislado o si se presenta una pluralidad de delitos y el error se invoca en relación con uno solo de ellos. Igualmente, tampoco se admite la falta de conocimiento de la antijuricidad cuando una cuestión ha sido sometida al órgano jurisdiccional competente y éste ha adoptado alguna resolución terminante al respecto. c) Los **condicionantes personales del autor.** Las cualidades específicas del sujeto, muy especialmente las de naturaleza cultural y profesional, determinan la verosimilitud del error. Por lo general, la condición de profesional constituye una cortapisa casi insuperable para la admisión de un error. Así, por ejemplo, mientras que la minería ilegal practicada empresarialmente casi no dejará margen al error por parte de quienes administran tales estructuras, en el ámbito de la pequeña minería y de la minería artesanal, existirá un campo de maniobra mucho más amplio para el error de prohibición.

Así las cosas, en el contexto del proceso penal se hace muy difícil diferenciar los criterios para **determinar la existencia o no de un error** de prohibición y los utilizados para establecer la **vencibilidad** del mismo. Como se verá, la determinación de la vencibilidad de un error se basa,

[25] En este sentido, la presencia de un notario, solicitada por el autor, en un delito de realización arbitraria de un derecho del art. 455 CP español, es indicio de la existencia de error (AP. Pontevedra Sec. 3ª 30-1-2001 núm. 7/2001).

en primer lugar, en el análisis de si existían motivos para continuar indagando sobre la licitud de la conducta que se iba a llevar a término. Pues bien, todos estos indicios objetivos de antijuricidad (por ejemplo, perjuicio evidente para terceros, la existencia de resoluciones administrativas o judiciales al respecto, la actuación en campos profesionales regulados por normativas específicas, la existencia de alguna duda, etc.) son elementos que ya se habrán utilizado para inferir probatoriamente la propia conciencia de la antijuricidad. Así, llama especialmente la atención la cuestión de las posibilidades de asesoramiento o instrucción, elemento que se asocia doctrinalmente al análisis de la vencibilidad del error y que en la práctica judicial desempeña un papel importante para determinar que concurre conocimiento de la antijuricidad, tanto cuando se hace caso omiso de la información recibida de una fuente solvente como a partir del hecho de no recabar información y asesoramiento cuando estaba a disposición del sujeto[26].

Ciertamente, en circunstancias normales, con la prueba de los elementos que integran el injusto, prácticamente queda también acreditado de forma implícita el conocimiento de la antijuricidad. Habitualmente, el propio acusado debe ser quien aporte elementos acreditativos de la duda y que resquebrajen la apariencia de conocimiento de la antijuricidad propia de una persona socializada y sin problemas de inimputabilidad que realiza una conducta típica. Sin embargo, desde algunos planteamientos se ha dado un paso más en algunas sentencias y ha llegado a considerar que **el conocimiento de la antijuricidad queda fuera del ámbito de la presunción de inocencia**, lo que comporta que corresponda siempre al acusado probar todo error alegado.

El TS español en su sentencia de 9-2-95 compendia perfectamente esta idea de que todo ciudadano es consciente de la antijuricidad de su obrar mientras no se demuestre lo contrario: "Es doctrina consolidada que el ámbito de la presunción de inocencia son los hechos presuntamente delictivos que se imputan al acusado y la ejecución del mismo por dicho acusado. Por el contrario, caen fuera de ese ámbito y pertenecen

[26] En algunas sentencias del TS español (TS 25-6-05 núm. 865/2005, TS 31-03-10 núm. 319/2010 y TS 29-3-11 núm. 254/2011) se niega que la existencia del consejo de un abogado, que sugiere la licitud de una determinada conducta, sea siempre determinante de la concurrencia del error de prohibición.

al de legalidad ordinaria el juicio jurídico-penal sobre el elemento de la culpabilidad del delito (...) Está igualmente establecido que una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega (...)".

No obstante, la doctrina científica e, incluso, algunos planteamientos jurisprudenciales[27] se oponen a esta visión y entienden que si el conocimiento de la antijuricidad es un elemento esencial de la culpabilidad, la existencia de dicho conocimiento debe ser probada por la acusación como todo elemento que fundamente la punibilidad de acuerdo con el principio constitucional de presunción de inocencia. Tratar al error como una excepción cuya prueba corre a cargo de la defensa supone el empleo de elementos propios del proceso civil ajenos a la finalidad del proceso penal. Según esta opinión, debe bastar con que el acusado alegue el error para que los jueces estén obligados a fundamentar el motivo de su rechazo. Por tanto, el error no debe quedar claramente acreditado, sino que es suficiente con que se cuestione la existencia de conocimiento.

4. Error de prohibición. Vencibilidad.

Una vez se admite como probada la existencia de un error, se plantea el problema de su vencibilidad, es decir, se debe dar respuesta a la cuestión de si el acusado pudo haber evitado incurrir en dicho desconocimiento[28]. Sintéticamente[29], la evitabilidad del error dependerá de una serie de factores que pueden agruparse en torno a dos preguntas:

---

[27] Cfr. SSTS 26-12-96 o 13-7-06, núm. 752/2006.

[28] Sobre la evitabilidad del error de prohibición, cfr., con abundantes referencias, MANSO PORTO, Teresa, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid, 1999, pp. 37 y ss, NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho*, p. 159 y ss., OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición*, p. 127 y ss. y CÓRDOBA, Fernando Jorge, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, 2012, pp. 167 y ss.

[29] Planteamiento seguido en la Alemania y acogido también en buen parte de los países iberoamericanos. Cfr, simplemente, ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I , 4ª ed., 2006, § 21/65 y ss. y BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (XVIII-XX, El consentimiento y el error), 1993, pp. 217 y ss. *Mutatis mutandi*, este esquema de

a) ¿existían **motivos para cuestionarse la licitud** del comportamiento llevado a cabo?

b) en tal caso ¿tuvo el sujeto **la posibilidad de despejar el error?**

Si, en un supuesto en el que existen razones para sospechar la ilicitud de un hecho, un sujeto actúa sin examinar más detalladamente la situación y sin recabar información o asesoramiento, obrará en **error de prohibición vencible**, de manera que aunque se le atenúe la pena, se le considerará culpable. En efecto, a pesar de que el sujeto se encuentra en error y no actúa en condiciones de motivabilidad óptima (ello exigiría no desconocer la antijuricidad del hecho), ha sido conocedor de suficientes elementos motivacionales indirectos como para omitir el hecho, de manera que podemos considerarlo responsable del mismo, si bien en un grado menor al que le correspondería de haber actuado con plena conciencia. Por el contrario, si excepcionalmente en un caso no existen motivos de duda o bien el sujeto los tiene en cuenta pero actúa igualmente pues ha llegado a una conclusión equivocada sobre la ilicitud generada por una fuente fiable, el error de prohibición será **invencible** y se excluirá la culpabilidad o imputación personal del hecho.

a. Motivos para cuestionar la licitud

La principal razón en el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa que determina la vencibilidad el error de prohibición es de **tipo normativo**, el haber actuado a pesar de la existencia de **indicios objetivos de antijuricidad** que, en un ciudadano atento al Derecho, le provocan dudas y le impulsan a efectuar ulteriores averiguaciones.

Uno de estos indicios objetivos de antijuricidad generalmente admitidos es que se esté operando en **sectores regulados jurídicamente de forma especial** (actividades industriales peligrosas o contaminantes, urbanismo, alimentación y medicamentos, fiscalidad en operaciones de cierta magnitud, etc.). La minería, al menos en relación a sus explotadores industriales, sería uno de estos sectores en los que existe deber de información por definición. En efecto, quienes normalmente actúan en

solución es trasladable a los supuestos en los que se produzca un desconocimiento sobre aspectos jurídicos relativos a un elemento normativo del tipo, ley penal en blanco o alguna otra remisión que dé pie a un error de tipo.

estos ámbitos son profesionales con capacidad para identificar, cuando menos, el riesgo de ilicitud en puntos concretos y, por ende, la necesidad de asesoramiento. Por tanto, en estos sectores la actuación sin asesoramiento o, en caso de expertos, sin actualización de conocimientos, será causa de vencibilidad de los errores que se puedan producir. Con todo, dada la hipertrofia legislativa y la penetración del Derecho penal en sectores valorativamente neutros y los cambios constantes de normativa extrapenal, no son descartables situaciones en los que el error sea, al menos durante un periodo transitorio, invencible.

Por otra parte, otros **indicios de antijuridicidad** generalmente aceptados pueden complementar el panorama de supuestos en los que nos es admisible actuar sin indagaciones ulteriores. Deben tenerse en cuenta especialmente la **lesividad evidente** del hecho que se lleva a cabo (como, por ejemplo, operaciones con craso enriquecimiento unilateral y claro perjuicio para la contraparte; evidente deterioro del entorno como consecuencia de la actividad) o el conocimiento previo que se trata de una **situación jurídicamente controvertida**.

Por último, en ocasiones pueden darse supuestos en los que el sujeto es **personalmente incapaz de advertir tales indicios** de antijuricidad al disponer de unas facultades claramente insuficientes para operar en el sector: profanos de precario perfil socio-cultural o, incluso, con limitaciones psicológicas, que se ven envueltos en negocios y operaciones de complejidad inabordable. Algunas de las personas que se dedican a la minería individual o artesanal podrían encontrase en esta situación. En tal caso, puede admitirse una mayor subjetivización de la responsabilidad y aceptar el **error de prohibición invencible** a pesar de la presencia de los mencionados indicios objetivos. Ahora bien, en muchos de estos supuestos probablemente tales personas habrán sido instrumentalizadas, en mayor o menor grado, por parte de quienes les han introducido en el sector, les han vendido material o, directamente, les explotan. Tales sujetos, según la forma y grado de intervención, serán entonces los auténticos responsables penales de la situación. Otro supuesto parecido puede ser el de la utilización de personas de perfil socio-cultural muy discreto o, incluso, semiimputables como testaferros en las empresas de minería. En cambio, cuando no se trate de personas con una incapacidad personal de reconocer la ilicitud del hecho sino de sujetos que, aunque no sean expertos, **se someten voluntariamente a una instrumentalización** que les priva del conocimiento de los indicios objetivos, **el error será evita-**

ble (cuando menos, por asunción) o, incluso, se dará un conocimiento eventual de la antijuricidad. Este será el caso de quienes se prestan a ser socios o administradores aparentes de empresas cuya gestión desemboca finalmente en delitos de diversa índole, singularmente alzamientos defraudaciones, delitos societarios, delito fiscal, blanqueo, minería ilegal y finaciamiento y actos preparatorios de la misma.

b. Medios para evitar el error: fuentes fiables de información

Así las cosas, dado que en el sector económico empresarial habitualmente existirán motivos para dudar, la pregunta crucial es si el sujeto **pudo haber adquirido el conocimiento de la significación antijurídica del hecho**. Aunque se manejan diversas vías ajustadas al perfil biográfico y capacidades del sujeto (reflexión, esfuerzo de conciencia), la más trascendente en el campo que analizamos es el recurso a la **información y el asesoramiento**. Si tras recurrir a fuentes fiables el desconocimiento de la ilicitud se mantiene, el error es **invencible**[30].

Fuentes directas

Una posible vía para evitar el error es **recurrir directamente a los materiales normativos y otras fuentes de información** relacionadas: textos legales, jurisprudencia, comentarios doctrinales, información divulgativa facilitada por la Administración u organizaciones empresariales o profesionales, sindicatos, etc. Sin embargo, salvo que el infractor sea un experto o se trate de cuestiones de relativa simplicidad, el error generado por la deficiente comprensión de estos materiales obtenidos por consulta de directa normalmente será vencible, puesto que es de dominio general que es necesaria la intermediación de expertos para recopilar, procesar y comprender correctamente tal información, especialmente si existe riesgo de delinquir. Con todo, si de lo que se trata es de determinar si un experto ha incurrido en error de prohibición, será procedente analizar si sus técnicas obtención del Derecho han sido aplicadas diligentemente.

[30] Esta cuestión ha sido muy bien estructurada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, por lo que se hace recomendable su consulta, en ocasiones ya traducida. Así, por ejemplo, pude ser de utilidad, JESCHECK, / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* 5ª ed., Berlín, 1996, § 41 I 3; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I , 4ª ed., 2003, § 21/65 y ss, o NEUMANN en *Nomos Kommentar*, § 17, 3ª ed. 2011, Nm. 68 y ss.

Por tanto, resultará decisivo si se ha recabado información de una fuente personal de información fiable o, en palabras de la jurisprudencia alemana, "una persona experta, competente e imparcial, que no persiga ningún interés propio al facilitar la información en un determinado sentido y que ofrezca garantías de prestar una información objetiva, cuidadosa, responsable y conforme a deber".

Administración Pública.

En primer lugar, serán una fuente fiable las diferentes instancias de la Administración que sean competentes en la materia, tanto si responden directamente una consulta como si constatan la adecuación a Derecho de una determinada actividad mediante informes, autorizaciones, licencias, actos de fiscalización o inspección, etc[31]. Los errores que genere la información obtenida por estas vías serán invencibles, siempre y cuando el solicitante no haya ocultado o falseado información, de manera que se impida la constatación de la ilegalidad de la actividad. Por último, téngase presente en este punto el caso de los delitos contra la Administración Pública, donde los informes preceptivos que deben evacuarse en los diversos trámites resultan decisivos en materia de error.

Así, por ejemplo, el haber concertado un plan de regularización de vertidos con la Administración es motivo de error de prohibición invencible, siempre que los vertidos de la empresa se mantengan dentro de los parámetros del plan; AP Palencia Sec. 1 27-12-07 núm. 64/2007: se encuentra en error invencible quien sigue instrucciones de la Policía; AP León Sec. 3 30-7-04 núm. 60/2004: daños ocasionados siguiendo instrucciones Ayuntamiento; AP Cádiz Sec. 5 28-9-99: no consultar a la superioridad determina la vencibilidad de un error de prohibición en un delito de contrabando de tabaco cometido por miembros de la Marina.

Por lo que refiere a las situaciones de tolerancia administrativa de prácticas ilegales, en principio no suelen ser fuente de error ni de su inevitabilidad si los sujetos son conscientes de que se trata de una simple falta de persecución empírica de tales hechos, por razones de oportunidad, desidia o incapacidad, pero no un posicionamiento de las autoridades

[31] Que, en el caso de la minería ilegal darían pie al delito del art. 314 CP, Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos.

en relación con la licitud del hecho. Ahora bien, en algunos casos, dicha tolerancia, especialmente si existe una implicación activa y abierta de la Administración en las actividades en cuestión, puede generar equívocos[32]. También en los casos de corrupción generalizada o, incluso, de extorsión por parte de los funcionarios público a explotaciones mineras artesanales, se provocan errores, por cuanto puede no estar claro si el funcionario corrupto exige un pago por permitir conductas ilícitas o por no entorpecer actividades permitidas o autorizables.

Asesores profesionales

El error es también **invencible** si consulta a **asesores jurídicos profesionales** (o a las firmas que ofrezcan esta clase de servicios): abogados, procuradores, notarios, profesores de universidad, asesores fiscales, etc., así como otros expertos sin titulaciones jurídicas pero con conocimientos sobre una materia específica (ingenieros, expertos en medio ambiente o en materia laboral, etc.). La información ha de **apuntar claramente hacia la licitud de la conducta** y no debe mostrar un panorama contradictorio, plantear dudas serias o ser una simple manifestación de una opinión en la que no se recoja en cuál es la aplicación práctica real del Derecho.

En principio, el simple recurso a un profesional que se atribuya la condición de experto debería exonerar al consultante, puesto que incumbe al asesor comunicar su grado de competencia en la materia que se le somete a consulta y manifestar el grado de fiabilidad de la información que suministra. Un desempeño diligente de su actividad le obliga a advertir al consultante sobre su capacidad o sobre la certeza de la información que facilita. Sin embargo, en la práctica se observa a veces una cierta desconfianza y se exigen deberes de constatación o información adicionales, que tal vez oculten en realidad dudas acerca de la existencia en los casos en concreto de auténtico error que se intenten mitigar negándosele su vencibilidad.

[32] Así, en el sistema masivo de fraude estructurado en torno al Plan de Empleo Rurales algunas zonas de España, se aceptó algún error de prohibición invencible en relación con jornaleros peticionarios de las ayudas (TS 21-3-97); en casos del delito de construcciones no autorizables del art. 319 CP español en urbanizaciones ilegales toleradas y muy asentadas, se han admitido algunos errores, normalmente vencibles (por ejemplo, AP Granada Sec. 1. 6-4-05, núm. 165/2005).

Ahora bien, en algunos casos, el consultante es perfectamente consciente de la clara incompetencia técnica del consejero que ha escogido. De hecho, este factor, así como otras circunstancias concomitantes de la consulta no sólo puede ser motivo de vencibilidad del error, sino indicio de una plena conciencia de la ilicitud que intenta ocultarse bajo el manto de pretendidas consultas jurídicas.

Ejemplo de ello pueden ser los **informes de conveniencia**, en los que el objeto de la consulta ha sido maliciosamente delimitado, la fijación de hechos está convenientemente sesgada, las conclusiones son deliberadamente ambiguas o, incluso, han sido encargados adrede a sujetos manifiestamente incompetentes en la materia por falta de especialización, experiencia o autonomía frente al peticionario.

Por otra parte, se discute si son fuentes de información fiables a efectos de error de prohibición los **servicios jurídicos internos de una empresa** (y, en general, el profesional jurídico encuadrado en una organización con intereses directos en el problema: colegios profesionales, sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones ciudadana de diversa índole, etc.), por cuanto se cuestiona si no se produce un conflicto de intereses que les impele a facilitar información en un determinado sentido, abonando el error de prohibición de los gestores de la empresa o asociación. Sin embargo, no parece que estos sujetos tengan por definición un interés específico en ofrecer información sesgada que acabará generando problemas y dificultades a sus patrocinadores. De hecho, están obligados a advertir la necesidad de asesoramiento externo cuando la complejidad, trascendencia o especificidades del tema así lo exijan. Cuestión distinta es que, al igual que en el caso de los informes de conveniencia, en ocasiones la invocación de la consulta a un asesor legal interno pretenda ocultar, a modo de "hoja de parra", la plena conciencia de la antijuricidad del autor. Así, por ejemplo, cuando se desobedece abiertamente una resolución judicial y sucesivos requerimientos, alegando las instrucciones recibidas en sentido opuesto por parte del asesor de la empresa; o cuando se pretende presentar como un asesoramiento lo que ha sido una mera consulta improvisada.

Así las cosas, si se llega a constatar que en la empresa existe un sistema de **ignorancia deliberada**, diseñado para que el administrador o directivo de una empresa evite el conocimiento de la ilicitud, actuando los servicios jurídicos de la empresa como parapeto de la dirección, podría

afirmarse la existencia de conciencia de la eventual antijuricidad en los miembros de la cúpula. De hecho, uno de los objetivos de los programas de *compliance* y evitación del delito en las empresas es asegurar que no se produzcan situaciones de error de prohibición por compartimentación o retención de la información sensible, y evitar cargos destinados a cortocircuitar por esta vía el flujo de responsabilidad hacia la cúspide de la empresa. Una adecuada articulación de estas situaciones con la responsabilidad por consejos erróneos que veremos a continuación puede ofrecer una solución satisfactoria a estos problemas.

c. *Invencibilidad del error a pesar de que el sujeto no se ha informado suficientemente.*

Obsérvese que no se trata de castigar un incumplimiento de deberes de información, sino de establecer si el recurso a fuentes fiables hubiese permitido adquirir el conocimiento de la ilicitud del delito cometido. No se castiga al infractor por el crimen de no informarse, sino por no haber evitado un hecho delictivo cuando ello era posible. Por tanto, no basta con constatar que el sujeto que actúa en error efectivamente no se ha informado sino que debe acreditarse que en caso de haberlo hecho, el autor hubiese adquirido el conocimiento de la antijuricidad de la conducta que se estaba llevando a cabo. Lo usual es que así sea, pero no son descartables situaciones en las que pueda considerarse que **el hipotético asesoramiento no hubiese permitido salir del error**, en cuyo caso seguirá siendo invencible. Obsérvese que se trata de un problema paralelo al que se plantea en la determinación de la causalidad hipotética y la imputación del resultado en los delitos de comisión por omisión. Lamentablemente no parece que este elemento, que en conjunción con el principio *in dubio pro reo* puede ser ciertamente fructífero, haya sido tenido en cuenta suficientemente por los tribunales en España y América[33].

5. *Responsabilidad del asesor legal*

La siguiente cuestión que se plantea es la de la **responsabilidad** de quien ofrece **un consejo erróneo**, de manera que mediante su asesoramiento puede haber provocado una situación de error de prohibición (por

[33] Sin embargo la cuestión ha sido mucho más debatida en Alemania: cfr. NEUMANN, en *Nomos Kommentar*, § 17, 3ª ed., 2011, Nm. 81-82.

lo general, invencible) en el autor[34]. Deben distinguirse las siguientes situaciones:

a) **Connivencia del consejero con el consultante para simular un error.** En tal caso, el autor del hecho principal habrá actuado con plena conciencia de la antijuricidad, así que el consejero responderá como partícipe en el delito, normalmente como cooperador necesario. Si se comprueba que la intervención simuladora se ha producido con posterioridad a la comisión del hecho, no existirá participación en el delito cometido, pero deberá analizarse la posible concurrencia de otros delitos, como falso testimonio, falsificaciones, encubrimiento, etc.

b) **Causación del error con conocimiento de que la información que se proporciona no es correcta.** En tal caso se habrá generado un autentico error de prohibición invencible en el consultante y el asesor será autor mediato o partícipe (inductor o cooperador necesario) del delito cometido. No olvidemos que el error de prohibición deja intacta la existencia de un injusto penal, por lo que la punción del partícipe es posible sin coludir con el principio de accesoriedad de la participación. La situación no es tan insólita como parece inicialmente: un consejero legal, obrando en interés propio, puede ceder a la rentable tentación de ofrecer una –falsa- seguridad a su cliente y bendecir (cuando no participar) en el diseño de operaciones jurídicamente arriesgadas. La experiencia dicta que esta clase de consejos complacientes suelen ser exitosos para conseguir y mantener clientela o para lograr promociones internas o incremento de retribuciones por consecución de objetivos, hasta que no empiezan los problemas.

c) **Causación del error de prohibición real en el consultante por negligencia del consejero.** En tal caso el error del consejero legal sobre la validez de la información que ofrece implicará que esté participando por imprudencia en un injusto doloso cometido por un autor que se encuentra en error de prohibición invencible,

[34] Cfr., al respecto, ROBLES PLANAS, Ricardo "Riesgos penales del asesoramiento jurídico", *La Ley*, nº 7.015, 2008 y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Responsabilidad penal del asesor jurídico", *Revista penal*, nº 29, 2012, pp. 97 ss.

supuesto que mayoritariamente se considera **una conducta penalmente impune**[35]. Sin embargo, la incompetencia del consultor generará **otras consecuencias jurídicas** (responsabilidad contractual por los perjuicios generados al cliente que se ve involucrado en un proceso penal, responsabilidad extracontractual por los daños originados a terceros, despido si se trata de un trabajador por cuenta ajena, etc.), así como efectos comerciales y de otra índole (pérdida de clientes y de reputación, etc.). En supuestos extremos, en el caso de abogados, puede darse un delito de **deslealtad, dolosa o imprudente**, prevista en el CP art. 467 CP o incluso, si se ofrecen servicios jurídicos especializados sin que se esté capacitado en absoluto para ello, **un delito de estafa.**

d) **Causación de error a pesar de la actuación correcta del consultor.** En tal caso, la conducta del consejero legal **no es penalmente relevante**, mientras que quien ha recabado consejo legal se encontrará en una situación de error de prohibición invencible. Situaciones de este tipo deberían ser excepcionales, por cuanto si la situación jurídica es dudosa o el asesor no está suficientemente capacitado y no puede descartar seriamente la ilicitud del hecho, lo procedente es informar en este sentido, de manera que se mantendrá la conciencia de la –eventual- antijuricidad en el cliente (o se abrirá, en su caso, la cuestión de las dudas indisipables). Si el asesor jurídico hubiese ocultado estos factores, se presentaría un caso de responsabilidad que acabamos de ver *supra* en el apartado b) o c). A pesar de todo, en algunos supuestos (así, por ejemplo, por presentarse una nueva situación legal de consecuencias insospechadas, cambios inesperados de jurisprudencia, etc.) la actuación diligente del asesor no permitirá evitar el error de prohibición del consultante que, por este motivo, **será invencible.**

Por consiguiente, tanto para dar la mayor virtualidad posible al error de prohibición como para evitar abusos y manipulaciones de la institución que están dando pie a una aplicación restrictiva de la misma,

[35] Salvo que se considerara posible una autoría accesoria imprudente por parte del consejero; téngase presente que en delitos como el de minería ilegal se castiga también la comisión imprudente.

cuando proceda, quienes facilitan consejo deberían ser traídos al proceso penal, en calidad de testigos o, incluso, imputados, con el objeto de que determinar la situación realmente producida y obtener un solución satisfactoria de acuerdo con las cuatro alternativas que se acaban de describir.

IV. CONCLUSIÓN.

Sin presentar una problemática específica que obligue a replantear los postulados generales en materia de error, la actividad minera es un campo singularmente apropiado para la proliferación de errores jurídico-penalmente relevantes, tanto por el elevado número de elementos normativos y leyes penales en blanco presentes en los tipos penales aplicables, como por la posible intervención de personas con insuficiente nivel socio-cultural para comprender las complejidades técnicas y jurídicas que ello entraña y la eventual tolerancia o actitud equívoca de algunos estratos de las administraciones implicadas en la gestión del sector.

UNIDAD IV: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

2. **REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: HURTADO POZO, José (Editor). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Fondo Editorial PUCP / Universidad de Friburgo, Lima, 2009, pp. 215-240**

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

JOSÉ HURTADO POZO

EDITOR

- Klaus Tiedemann
- Raúl Pariona
- Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John
- María Acale Sánchez
- Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello
- José Leandro Reaño Peschiera
- Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez
- Julio Armaza Galdós
- Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo
- Fernando Velásquez Velásquez
- Iván Meini
- Percy García Cavero
- Laura Zúñiga Rodríguez
- Joseph du Puit

Dr. Fernando Iberico Castañeda
ABOGADO
Reg. U.A.C. 4960

UNIVERSITAS FRIBURGENSIS
Universidad de Friburgo
Suiza

ET LUX IN TENEBRIS LUCET MCMXVII
FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

El error de tipo en el Código Penal peruano

José Leandro Reaño Peschiera

I. Prolegómenos. II. Las «notables innovaciones» del CP en materia de error de tipo: la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error y la supresión de la referencia a la «competencia» sobre el error. III. La determinación del dolo y la exclusión del error de tipo. IV. La apreciación del error de tipo. Un ejemplo de la jurisprudencia peruana. V. Los objetos del error de tipo. 1. El error sobre los elementos esenciales. A. Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto. B. Error sobre el curso causal. a. *Dolus generalis.* b. Aberratio ictus *o desviación del golpe.* C. Error in persona vel in obiecto (*error sobre el objeto o la persona*). D. Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación. E. El error sobre los elementos accidentales.

I. Prolegómenos

El art. 14 del CP estatuye:

> El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Según esta disposición, existe un error de tipo cuando el autor no conoce un elemento del tipo penal, de modo que cree que su acción está permitida «porque él no sabe lo que hace»[1]. Ejemplo, alguien en el comedor de la universidad se guarda en el bolsillo el teléfono celular que otro compañero de estudios había dejado sobre la mesa, creyendo que se trata del suyo, pues no había notado que su compañero llevaba consigo uno del mismo modelo. Otro ejemplo, el profesor universitario entabla relación sentimental con una alumna a la que cree mayor de edad, cuando en realidad tiene tan solo 16 años, y llega a mantener relaciones sexuales con ella. Tanto la ajenidad de la cosa sustraída constituye un elemento constitutivo del tipo de hurto (art. 185 CP)[2], como la edad de la víctima un requisito del injusto objetivo del delito de violación sexual (arts. 170, 173 CP)[3]. De modo que el desconocimiento de tales circunstancias configuran un error de tipo, que conforme a la regulación contenida en el art. 14 CP excluye el dolo, sea que se trate de un error invencible, en cuyo caso el hecho deviene siempre atípico, sea que se trate de un error vencible, en cuyo caso el hecho es atribuido a título de culpa, siempre y cuando se contemple una tal modalidad en la parte especial del CP, algo que no sucede respecto de los delitos de hurto y de violación sexual.

El art. 14 CP ha pergeñado el tratamiento que los jueces deben dispensar a las «situaciones de defecto cognitivo» que pueden afectar al autor en el momento de la comisión del hecho, regulando el error de tipo y el error de prohibición con consecuencias eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal. Así, por un lado, se exonera de imputación jurídico-penal a quien padece un error invencible sobre algún elemento del tipo penal —o no se aprecia la circunstancia agravante de responsabilidad si el error invencible recayera sobre esta—; mientras que si el defecto cognoscitivo que se proyecta sobre el elemento del tipo penal

1 Lesch, 1997: 140.

2 Art. 185.— «El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. [...]»

3 Art. 170.— «El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. [...]». Art. 173.— «El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. [...]», según Ley 28704, de 5 de abril de 2006.

fuera vencible, la infracción se castiga a título de culpa, siempre y cuando ello fuera posible atendiendo al sistema cerrado de incriminación previsto en nuestro ordenamiento legal para los comportamientos imprudentes[4]. Por otro lado, el segundo párrafo del precepto comentado prevé la exclusión de responsabilidad cuando el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal fuera invencible; decantándose por un régimen de atenuación obligatoria de la pena cuando el error que padezca el autor —respecto a la prohibición del comportamiento emprendido— fuera vencible.

De entrada, ambas clases de error se distinguen tanto por el ámbito sobre el que inciden —el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del injusto y el de prohibición sobre el carácter antijurídico del comportamiento—, como por las consecuencias jurídicas que se derivan de su calificación como «error vencible» —la apreciación de un error de tipo vencible determina la aplicación del marco de incriminación culposo, mientras que el error de prohibición vencible se sanciona con la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso—, aunque en puridad ambos supuestos implican una sanción atenuada, dado el menor rigor punitivo que caracteriza a los injustos culposos frente a sus tipos homólogos dolosos.

El legislador del CP ha sido preciso al delimitar el ámbito sobre el que debe recaer el error, valiéndose de la expresión «error sobre un elemento del tipo penal». Con ello, se admite como error de tipo aquellas situaciones de desconocimientos que recaigan tanto sobre los elementos fácticos de la infracción como sobre los elementos de naturaleza normativa. En cambio, la referencia al error «sobre un hecho constitutivo de la infracción», contenida en el art. 14.1 CP95[5], ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina española que considera que una interpretación literal del precepto podría dejar fuera de su ámbito de aplicación a los errores sobre elementos normativos del injusto, por entender que el error de tipo solo puede incidir sobre los elementos fácticos de la infracción[6]. Por el contrario, a la luz de la regulación nacional, el error de tipo puede recaer bien sobre

4 Art. 12.— «Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley».

5 Art. 14 CP español.— «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. [...]».

6 Especialmente críticos con la redacción del precepto español, Luzón Peña, 1996: 44; Cerezo Mir, 2000: 134; Mir Puig, 2002a: 265 s.; Bacigalupo Zapater, 1996: 1429. Este último autor pone de relieve que la redacción del art. 14.1 CP español ha agudizado el problema ya existente en el art. 6 bis a) del derogado CP83, pues los elementos normativos que contienen los tipos penales no pueden asimilarse a los elementos de hecho.

los elementos esenciales de la vertiente objetiva del injusto (tales como la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo[7]); o bien puede recaer sobre las circunstancias agravantes de la pena. Estas últimas, en tanto modifican la responsabilidad criminal, constituyen elementos accidentales del injusto, cuya ausencia no comporta la atipicidad del comportamiento[8].

Según se afirma en la «Exposición de Motivos» del Código vigente, la regulación y el tratamiento normativo del error de tipo tiene como fuente legislativa el § 20.2 del Proyecto de CP alemán de 1962, seguido posteriormente en el § 19.1 del Proyecto Alternativo del CP alemán, en el § 16.1 del CP alemán vigente (1975)[9], y en el art. 27 del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Por su parte, en materia de error de prohibición, la regulación nacional vigente se inspiró en la propuesta de Anteproyecto del CP español de 1983 [art. 17º. 3)], al optar por un régimen de atenuación obligatoria del error (de prohibición) vencible, a diferencia del tratamiento dispensado en la legislación alemana, cuyo § 17 CP alemán se decanta por un régimen de atenuación facultativo del error de prohibición vencible[10]. En el ámbito nacional, el antecedente legislativo inmediato del art. 14 CP es el art. 87 CP de 1924, el que —inspirado en los §§ 17 y 18 del Proyecto de CP suizo de 1918— estatuía que:

> En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el Juez, podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al minimum legal. La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión.[11]

7 El error de tipo no puede recaer sobre los elementos de la vertiente subjetiva del injusto, pues la cognoscibilidad del injusto pertenece exclusivamente a la culpabilidad, véase Jakobs, 1997b: 311.

8 Mir Puig, 2002a: 268 s.

9 § 16.I.1 CP alemán, «Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente».

10 §17 CP alemán.— «Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1», López Díaz, 1998: 9.

11 Sobre la influencia de la legislación helvética en el CP de 1924, Véase Hurtado Pozo, 1979, particularmente el epígrafe «La recepción del Derecho penal foráneo en el Perú. Especialmente del Suizo» y el exhaustivo Anexo sobre fuentes legales del CP de 1924.

Como se ve, la reforma legislativa de 1991 introdujo modificaciones sustanciales respecto del tratamiento que el CP de 1924 le dispensaba al error de tipo y al error de prohibición, a las que la «Exposición de Motivos» del CP califica de «notable innovación», sin mayor explicación que el entusiasmo que entre nosotros suele generar el abandono de la tradición, *per se*. Veámoslas a continuación.

II. Las «notables innovaciones» del CP en materia de error de tipo: la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error y la supresión de la referencia a la «competencia» sobre el error

El legislador penal de 1991 realizó sustituciones terminológicas que a primera vista podrían parecer inocuas[12], pero que en verdad tienen gran relevancia en el plano metodológico. Se abandona el régimen de atenuación facultativa de la pena, previsto en el CP de 1924 tanto para el error de tipo como para el error de prohibición vencibles (evitables), y se opta por un régimen de tratamiento diferenciado para ambas situaciones de defecto cognitivo, según el cual corresponde imputar a título de culpa al autor afectado por un error vencible sobre algún elemento constitutivo del tipo penal, y atenuar obligatoriamente la pena —sin descender del mínimo legal— al agente que actúa bajo un error vencible respecto del carácter ilícito de su comportamiento.

En rigor, esta innovación está asociada al contexto teórico-sistemático en el que se gestó cada proceso codificador. Así, el tratamiento uniforme de los errores sobre los elementos constitutivos del tipo penal y de los errores sobre la ilicitud del comportamiento es propio de la dogmática causalista del delito (sistema Liszt-Beling-Radbruch), muy difundida entre los juristas impulsadores del CP de 1924, que concibe el injusto en términos puramente objetivos como lesión externa-causal de un objeto de bien jurídico, y ubica sistemáticamente el dolo en la categoría de la culpabilidad, definiéndolo como la relación psíquica del autor

12 La expresión «errónea apreciación de los hechos» contenida en el Código derogado fue reemplazada por la de «error sobre un elemento del tipo penal», y allí donde en el CP de 1924 se decía «error (ignorancia) sobre el carácter delictuoso del acto» pasó a leerse «error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal». Antes de introducirse este giro terminológico, Hurtado Pozo, 1987: 436, se había pronunciado por la conveniencia de sustituir las expresiones «error de hecho» y «error de Derecho» por la nomenclatura «error de tipo (*Tatbestandsirrtum*)» y «error de prohibición (*Vebotsirrtum*)», Hurtado Pozo, 2005: 467 ss; 649 ss. Posteriormente, en el mismo sentido, Villavicencio Terreros, 1990: 145. Valorando positivamente el abandono de la tradicional distinción entre error de hecho (error facti) y de derecho (error iuris), Manso Porto, 2002: 70, 75; Villavicencio Terreros, 2006: 361 ss.

con el hecho antijurídico. Esta tajante separación entre injusto (lado externo u objetivo) y culpabilidad (lado interno o subjetivo) hace estéril cualquier intención de conferir distintos efectos a los errores (vencibles) sobre los hechos y sobre el derecho, pues en ambos casos se trata de la cuestión de cómo atribuir a la culpabilidad del autor un injusto típico ya configurado, aunque con ocasión de una situación de anomalía psico-cognoscitiva.

Por su parte, el tratamiento diferenciado que prevé el CP es propio de la dogmática finalista del delito, en auge durante el proceso codificador de 1991, que dividió el *dolus malus* causalista en dos subcategorías, definida la primera por el conocimiento de los elementos objetivos del injusto (dolo típico), y la segunda —perteneciente a la culpabilidad— como conocimiento del significado antijurídico del comportamiento. Acorde a este modelo teórico-sistemático, el tratamiento de la problemática del error debe atender al nivel en el que se produce el déficit cognitivo (vencible), pues de ello dependerá que se afecte la configuración del injusto típico doloso, dando lugar a un injusto imprudente (error de tipo) o que se altere la atribución personal del hecho, a lo que correponde una disminución de la pena (error de prohibición)[13].

La sustitución del régimen de atenuación facultativa de la pena por el de atribución culposa del hecho, para el supuesto de error de tipo vencible, ha motivado que se califique a la regulación peruana de rígida o inflexible. Pues todo error (vencible) sobre algún elemento del tipo penal obligaría automáticamente al juez a renunciar al marco de incriminación doloso, y se debería así aplicar un —muchas veces inexistente— tipo culposo subyacente, con lo cual se privilegiaría de este modo a quienes por su propia indiferencia o falta de reparo no alcanzaron el conocimiento exigido por el tipo penal[14]. En cambio, se afirma que en un modelo de atenuación facultativa de la pena para el error de tipo (vencible), no toda falta de conocimiento privilegiaría automáticamente al sujeto, sino que el juez podría permanecer en el marco de incriminación doloso cuando el desconocimiento sea

13 Consideran que el tratamiento diferenciado del error expresa una concepción de dolo más restringida (*dolo típico*) que la pergeñada por el causalismo (*dolus malus*), Hurtado Pozo, 1987: 438; Hurtado Pozo, 2005: 467 ss; 649 ss; Manso Porto, 2002: 71; Bacigalupo Zapater, 1981: 919; Zulgadía Espinar, 1981: 511 ss.; Rodríguez Ramos, 1980: 1 ss. Otros autores sostienen que la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error no implica abrazar una determinada concepción dogmática del delito, de modo que dentro de este modelo tendría cabida tanto la concepción causal como la concepción final del delito, véase Huerta Tocildo, 1980: 34 ss.; Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, 2001: 181 ss.; Martínez-Buján Pérez, 1998: 181.

14 Manso Porto, 2002: 74.

atribuible a la indiferencia del autor, pese a que desde una perspectiva individual su representación haya estado psicológicamente viciada[15].

A esta posición subyace como premisa que la falta de conocimiento provocada de modo imputable por el propio agente permite apreciar la configuración de un error de tipo. A favor de una tal interpretación podría invocarse la literalidad del art. 14 CP, en el que se suprime la referencia que el art. 87 CP de 1924 hacía respecto a la competencia (incumbencia) de la situación de defecto padecida. Allí donde la regulación del CP de 1924 negaba expresamente efectos atenuantes a las apreciaciones erróneas de los hechos atribuibles a la negligencia del autor, y al error sobre el carácter delictuoso del acto que sea imputable al propio autor, el CP guarda silencio. En apariencia, pues, se trata de una regulación que frente a la alegación de desconocimiento por parte del autor conduciría de modo automático a la eliminación del dolo, sin que sea necesario valorar las razones que llevaron al autor a la falta de conocimiento y, en particular, sin atender a si el autor pudo o no evitar el déficit cognoscitivo padecido, esto es, si él fue competente por dicha escasez de conocimiento.

Sin embargo, sobre la base de una tal omisión no puede construirse una teoría del error que valore del mismo modo las situaciones de defecto provocadas por el autor y las que no son atribuibles a su libertad de organización. En la medida en que el autor vive en sociedad, el derecho no puede dejar librada la obligación de alcanzar determinados conocimientos a la disposición subjetivo-individual del autor, sino que de modo objetivo-general le atribuye los conocimientos inherentes al rol que desempeña en el contexto de interacción en el que se produjeron los hechos[16]. De otro modo, el autor podría escudarse alegando el desconocimiento de determinados hechos o normas debido al desinterés que siente por ellas. Se trata de la incumbencia de alcanzar determinadas informaciones sobre los hechos y sobre el derecho, que como sujeto imputable destinatario de la norma debe atribuírsele al autor, cuya desatención evitable impide afirmar la configuración de un error de tipo o de prohibición. El carácter evitable o inevitable de un error no depende únicamente de los procesos mentales que se hayan producido en la cabeza del autor durante la comisión del hecho enjuiciado, sino de si el autor es competente por el déficit de información padecido. Dicho de forma breve, pero contundente: «no todo desconocimiento es un error»[17].

15 Manso Porto, 2002: 75.

16 Lesch, 1997: 168 s.; Gonzáles Rivero, 2004: 263-284.

17 La expresión es de Jakobs, 2004: 349.

En definitiva, la apreciación jurídica de un error de tipo depende de su evitabilidad (vencibilidad), que no es otra cosa que «competencia por el error»[18]. No se determina la configuración de un error de tipo con la mera constatación —por lo demás, improbable— del estado psicológico del autor al momento de cometer el hecho (vgr. el sujeto no sabía la edad de la víctima), sino que su apreciación se realiza aplicando criterios normativos[19]. Se trata de determinar cuáles de los factores psíquicos que llevaron al desconocimiento alegado por el autor deben ser reconocidos por el derecho a efecto de descargar responsabilidad penal, y cuáles no son atendibles a dicho fin, en función al criterio de la evitabilidad (competencia por el error). Así, existirá error de tipo cuando el desconocimiento alegado por el autor sobre determinado elemento del tipo penal haya sido normativamente inevitable, con independencia del proceso mental (o la ausencia del mismo) que llevó al autor a dicho desconocimiento.

Por su parte, si el desconocimiento alegado fuera normativamente evitable, esto es, si el autor resultara competente por el error, habrá que determinar: a) si los motivos que le impidieron adquirir la información exigida pueden ser asimilados a un comportamiento imprudente, en el sentido que acarree el peligro de una *poena naturalis*, en cuyo caso corresponderá aplicar el tipo culposo homólogo; o, b) si deben atribuirse a la indiferencia del autor, a su «ceguera ante los hechos», en cuyo caso no corresponderá apreciar error alguno, sino aplicar el tipo doloso pertinente ya que en estos supuestos el autor ignora la realización del tipo porque sencillamente no está interesado en esto[20]. Esta indiferencia no es un proceso psíquico, sino la ausencia de este. A diferencia de lo que sucedería respecto del autor de un hecho imprudente, quien si pudiera advertir su error antes del hecho

18 Lesch, 1997: 168 ss.; Gonzáles Rivero, 2004: 269, definiendo la «competencia por el error» como «el criterio según el cual la configuración especial psicológica del individuo será apreciada siempre que el ordenamiento normativo no se vea desestabilizado». Por su parte, la doctrina dominante define el error vencible como aquel que hubiese podido superarse observando la debida diligencia, y el error invencible como aquel que no se hubiese podido evitar con un comportamiento cuidadoso. Por todos, véase Luzón Peña, 1996: 444; Mir Puig, 2002a: 267.

19 No se trata de determinar el grado de desconocimiento que afectó al autor. En esa línea, véase Roxin, 1997: 458, afirmando que «el conocimiento solo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo»; Maurach, 1994: 398 s., para quien se presenta un caso de error de tipo cuando el suceso objetivo no sea abarcado íntegramente por el conocimiento del autor. Conforme ha destacado Ragués i Vallès, 2002a: 517, «[...] la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos en que hasta la actualidad se ha desarrollado, es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la histórica (*sic*) de la dogmática».

20 Felip i Saborit, 2000: 261 ss, reconociendo que entre la esfera del error (ausencia de dolo) y la del conocimiento actual (dolo directo) existe todavía un espacio: el del desconocimiento por indiferencia.

seguro que modificaría su comportamiento, el autor indiferente continuaría su camino. Por ello, cuando el déficit cognitivo tiene origen en un déficit volitivo, el comportamiento debe reputarse doloso.

En rigor, entonces, el genuino error de tipo es aquel respecto del que puede predicarse su inevitabilidad (invencibilidad), cuya consecuencia es la atipicidad del comportamiento por falta de dolo y, ciertamente, ausencia de imprudencia también. En puridad, según los postulados del principio de culpabilidad —positivizado en el art. VII del Título preliminar del CP—, una pena no puede imponerse por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso dañoso pueda atribuirse al autor como hecho suyo[21], de modo que quien actúa bajo el influjo de un error de tipo inevitable no realiza ni siquiera el tipo objetivo del injusto, ya que carece de imputabilidad[22]. Y es que el comportamiento realizado por un sujeto inmerso en una situación de defecto cognitivo absoluto e inevitable no puede interpretarse como defraudador de las expectativas garantizadas en las normas penales. Quien no sabe lo que hace no puede cuestionar la pretensión de vigencia normativa que posee el ordenamiento jurídico, a menos que el derecho le exija alcanzar el conocimiento ausente.

Por su parte, el denominado «error de tipo vencible (evitable)», o bien no es un error por ser imputable a un defecto volitivo del autor, o bien configura directamente un injusto culposo, cuando el desconocimiento de los elementos del tipo no sea atribuible a un defecto volitivo (indiferencia), sino a una desviación del estándar objetivo de conducta vigente en el ámbito de interacción del autor[23]. Al respecto, el peligro de que del propio comportamiento del autor se derive un riesgo de autolesión constituye un indicio relevante para distinguir entre indiferencia e imprudencia, pues esta última siempre entraña un peligro de *poena naturalis*[24].

En conclusión, afirmar la existencia de un error de tipo equivale a negar la concurrencia del dolo, y negar la configuración de un error de tipo es lo mismo que afirmar la presencia del dolo, por lo que la idea de prescindir de una regulación legislativa del error de tipo no debería repugnar[25]. En la medida en que

21 García Cavero, 2005: 81; sobre el principio de culpabilidad, véase Mir Puig, 2002a: 130 s.; Jescheck, 1993: 278.

22 Claro está, si se conviene en situar la imputabilidad en el primer nivel analítico de la teoría del delito. Referencias sobre este planteamiento en: Ragués i Vallès, 2002a: 396 ss.; 398; 400 s.

23 Conforme afirma Silva Sánchez, 1997: 101, «la punición del sujeto en casos de error de tipo solo podrá sostenerse en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia»

24 Jakobs, 2004: 348-349, señalando que: «[...] el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *poena naturalis,* pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión sin no conoce las circunstancias de la misma».

25 Frente a la pretensión de consolidar una exhaustiva regulación legislativa que traía consigo el proyecto oficial de CP alemán de 1962, *Armin Kaufmann* advirtió que el beneficio a obtener

constituye el reverso del dolo, la discusión sobre los fundamentos y límites del error de tipo no puede soslayar los criterios de determinación (atribución) judicial de conocimientos al autor del hecho.

III. La determinación del dolo y la exclusión del error de tipo

Empecemos por los fundamentos: ¿por qué una pena agravada para los delitos dolosos en comparación a los culposos? La doctrina que considera que el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos no ofrece una respuesta satisfactoria, pues un comportamiento culposo muchas veces representa mayores peligros que uno doloso. Piénsese en un conductor imprudente que causa varias muertes al infringir el deber de cuidado exigible en el tráfico rodado y el conductor que atropella dolosamente a su víctima. Sin duda, el comportamiento del autor culposo entraña mayor peligro para la integridad de los que participan en el tráfico rodado, pues —a diferencia del autor doloso— su conducta no está focalizada en una víctima concreta. En cambio, una comprensión comunicativa del injusto y de la pena sí proporciona una explicación satisfactoria de tal diferencia de agravación; a saber, de acuerdo a esta tesis, el fundamento de la pena de los delitos dolosos es garantizar la vigencia de una expectativa normativa que ha sido conscientemente desautorizada; mientras que en los delitos culposos el fundamento de la pena viene dado por la necesidad de asegurar estándares objetivos de peligro. La imposición de una pena por la comisión dolosa de un hecho expresa que la norma defraudada sigue siendo la pauta que rige la comunicación en el plano normativo, de modo que las personas en sociedad deben seguir orientando su comportamiento de acuerdo a dichas expectativas. Por su parte, la pena a imponerse por la comisión culposa de un hecho debe ser menos drástica que la prevista para el autor doloso, pues con ella se pretende asegurar estándares objetivos de peligro.

Pero, ¿qué debe entenderse por dolo? Esta categoría dogmática, heredada del derecho romano tardío[26], es mayoritariamente definida en función a la concurrencia de un momento intelectual —conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal— y de un momento de corte volitivo

con esta última debía ser sopesado *«con el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia»*, decantándose por una regulación más bien parca, como la que caracterizó al Código Penal del Reich de 1871, véase Sancinetti, 2003: 135.

26 Jescheck, 1993: 263.

—voluntad incondicionada de realizar el tipo[27]—. De acuerdo a esta concepción, no se apreciará un comportamiento doloso cuando en el momento de su actuación el agente ignore absolutamente alguna circunstancia preexistente en la realidad, que precisamente configura determinada situación como típica, o no pueda prever ni siquiera de modo incierto el acaecimiento de del resultado típico de su comportamiento.

Recogiendo la definición al uso en la doctrina dominante, el art. 81 CP de 1924 prescribió el dolo como acción u omisión consciente y voluntaria[28]. A partir de la constatación de que el elemento volitivo no tiene autonomía conceptual dentro de la categoría del dolo, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y los tribunales. En definitiva, a diferencia de los defectos cognoscitivos, los defectos volitivos *per se* no descargan de imputación; de ahí que lo relevante para la configuración del dolo sea únicamente el conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo[29]. En verdad, es indiferente que se exija la presencia de un elemento volitivo dentro de la estructura del dolo, pues dicha voluntad concurre siempre que se afirme que el autor realizó el comportamiento siendo consciente que entrañaba un riesgo idóneo para producir el resultado antinormativo.

La exigencia de un elemento volitivo en el dolo es una reminiscencia de su definición como intención, que fuera asentada en la doctrina penalista por Feuerbach en su esfuerzo por rechazar las teorías objetivizantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re*, que tuvieron gran auge durante el siglo XVIII entre los penalistas hegelianos. Sintetizando al máximo, según la doctrina del *dolus indirectus*, el dolo comprende la realización de aquellos resultados que según la experiencia se asocian al

27 Welzel, 1993: 77. Desde hace ya algún tiempo, la adscripción de un elemento de corte volitivo a la noción de dolo viene siendo seriamente cuestionada. Al respecto, véase Silva Sánchez, 1992: 401 ss. También las críticas formuladas por Ragués i Vallès, 2002a: 157 ss., con múltiples referencias bibliográficas al estado actual del debate. Resulta interesante cómo algunos autores que incluyen a la «voluntariedad» como elemento del dolo, aceptan que esta voluntad consciente se deduce automáticamente en todos los casos en que se acomete un comportamiento humano (esto es, sin que concurran causas que neutralicen los efectos de la acción: fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia) conociendo los elementos objetivos que lo hacen típico. En esta línea, Mir Puig, 2002a: 256 s.. En la parte especial del CP se encuentran algunas referencias a la voluntad del agente, *Vgr.* «resultado grave que no quiso causar» (art. 123 CP), «sin haber tenido el propósito de causarlo» (art. 118 CP).

28 Actualmente, en el ámbito latinoamericano, el Código Penal colombiano de 2000, en su art. 22, señala que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

29 Ragués i Vallés, 2002b: 1 ss.

comportamiento del sujeto, sin importar que dichas consecuencias hayan sido concretamente abarcadas por la representación del sujeto al momento de actuar. Esta teoría empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de Feuerbach, quien —desde los postulados de su teoría de la coacción psicológica— la criticó severamente por atribuir a la voluntad del sujeto resultados que este realmente nunca quiso. Puede afirmarse que tras la aportación de Feuerbach, la discusión doctrinal plantea la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas como fenómenos de naturaleza psicológica.

Sin embargo, tal entendimiento del dolo devino prontamente inaplicable, debiendo recurrir la doctrina a sucedáneos de la voluntad o a elementos pseudos-volitivos para poder calificar un comportamiento de doloso sin renunciar a la definición psicologizante de conocimiento y voluntad. Así, se acaba afirmando que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo, «jurídicamente quiere» dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente. En la práctica, el razonamiento judicial para apreciar el elemento volitivo del dolo es el siguiente: si al momento de actuar el sujeto fue consciente del riesgo que encerraba su comportamiento, y pese a tal representación actuó, entonces lo hizo voluntariamente, aunque no desee —en términos afectivos— el resultado producido. Dicho en forma simple, si conoce y actúa, entonces quiere. ¿Acaso algún juez negaría el dolo del acusado de homicidio que afirmara haber presionado fuertemente el cuello de la víctima con un cinturón de cuero por un tiempo más o menos prolongado, con la intención de privarle del conocimiento, pero no de matarla?[30]

Por lo demás, la definición de dolo como conocimiento es compatible con la regulación positiva. *De lege lata*, el único precepto legal al que parece posible acudir para aproximarnos al concepto legislativo del dolo es el art. 14 CP. Según una interpretación *e contrario* de este precepto, el dolo implica la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. Ciertamente, la ausencia de una norma que confiera efectos eximentes o atenuantes a una suerte de «error volitivo», constituye un argumento contundente para decantarse por una tesis cognitiva de dolo, pues —como afirma Jakobs— «los defectos cognitivos exoneran, los defectos volitivos gravan»[31].

30 Se trata del «caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*), enjuiciado por el Tribunal Supremo Alemán en 1955, véase una magistral panorámica del mismo en Ragués i Vallès, 2002a: 83 ss., afirmando que marcó un punto de inflexión clave en la centenaria discusión sobre el concepto de dolo.

31 Jakobs, 2004: 349.

Ahora bien, la determinación del conocimiento típico del dolo constituye un proceso de adscripción o imputación judicial, pues no se trata de desentrañar la psique del autor para indagar lo que se representó en el momento en que realizó el hecho enjuiciado, algo que por lo demás no es posible hacer utilizando medios de prueba que gocen de confianza social y reconocimiento legal, sino que el conocimiento es predicable en función de determinados criterios de atribución. Sobre el particular, recojo la propuesta formulada por Ragués i Vallès, al postular que la atribución del conocimiento se realice a partir de las reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno. La virtud de esta propuesta reside en la reducción del riesgo de errores judiciales a niveles que permiten considerar legítima su asunción, pues la atribución se realiza a partir de valoraciones sociales que atienden a aspectos objetivo-generales, específicamente vinculados al rol que desempeña el autor en el contexto en el que se produjo la interacción, y no a cuestiones subjetivo-individuales, imposibles de probar. A partir de las reglas de valoración social, se distingue entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas arriesgadas neutras.

Cuando se trate de una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando, y se le debe imputar al autor el hecho de causar el resultado a título de dolo, a menos que se trate de un sujeto de socialización exótica. El criterio para atribuir o imputar el conocimiento es el rol o posición jurídica que ocupa el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolla su comportamiento. Se trata de los denominados conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado.

Las denominadas «conductas arriesgadas neutras» son conductas objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, pero que en la valoración social no están indefectiblemente vinculadas a su acaecimiento. En la clasificación de un comportamiento en estas categorías influyen determinadas variables, tales como la utilidad social de determinas actividades, la habituación que existe a ellas, y la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. La alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando sí será creíble en el caso de conductas arriesgadas neutras, y se debe imputar solo a título de imprudencia la producción del resultado típico, a excepción de los siguientes supuestos ; a saber, a) cuando el sujeto exterioriza que sí es conocedor del riesgo creado ; b) cuando la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica ; y c) cuando la dinámica comisiva no haga creíble que el sujeto no haya recapacitado sobre los riesgos de su actuación, lo que sucede por ejemplo cuando ha precedido al hecho una minuciosa preparación.

IV. La apreciación del error de tipo
Un ejemplo de la jurisprudencia peruana

En la práctica judicial, la apreciación de un error de tipo implica afirmar la ausencia de prueba suficiente sobre el conocimiento de alguno de los elementos constitutivos de la infracción por parte del autor, o bien directamente considerar que la evidencia aportada permite inferir que el autor desconocía la idoneidad de su comportamiento para producir el resultado lesivo. En buena cuenta, se trata de determinar si en el caso concreto concurren las condiciones que permiten imputar al autor el conocimiento de los elementos objetivos del injusto. Tal determinación debe hacerse en términos normativos, aplicando las reglas de atribución de conocimientos apuntadas líneas arriba, según se trate la conducta enjuiciada de una «especialmente apta para lesionar» o de una que pueda calificarse como «arriesgada neutra», y en caso se aprecie como plausible la existencia de algún defecto cognitivo en el autor, no deberá perderse de vista la pregunta sobre quién es el competente por el déficit cognitivo padecido, pues si este fuera atribuible a un defecto volitivo del propio autor, no será entonces válido apreciar un supuesto de error de tipo.

Veamos cómo un caso puede tener soluciones distintas en función de los criterios —psicologicistas o normativos— que se apliquen para determinar el conocimiento. Se trata de la ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2004, recaída en el Exp. N. 472-2003-Arequipa, en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia por la atipicidad subjetiva del comportamiento del profesor de colegio acusado por tentativa de violación de una de sus alumnas, por considerar que el procesado desconocía la edad de la agraviada, valorándose para ello : a) una carta en la que la alumna, luego de confesar su amor por el profesor, afirmó tener 15 años de edad; y b) el aspecto físico de la agraviada, señalándose que aparentaba una edad mayor de la que realmente tenía.

> Del análisis de autos se advierte que el Colegiado ha efectuado una debida compulsa de los medios de prueba actuados a lo largo del proceso, pues se colige de autos que el justiciable Richard T. entabló amistad con la menor perjudicada en razón a que venía realizando sus prácticas pre-profesionales en el Colegio «A», donde estudiaba la menor perjudicada, la misma que le enviaba cartas en las que le manifestaba estar enamorada de él, a lo que no daba importancia el justiciable en comentario, siendo el caso que con fecha 23 de enero del 2001, una amiga de la menor perjudicada, de nombre Fiorella, le comentó que la menor perjudicada quería hablar con él, citándolo en el parque «Mayta Cápac», donde fue a encontrarse con la menor, con la que conversó y paseó, cual fueran dos enamorados (siempre en la creencia de que la citada menor

> contaba con 14 años de edad), para luego citarse al día siguiente, 24 de enero, fecha en la que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento. Ahora bien, de la revisión minuciosa de autos, nos detendremos en el certificado médico (Evaluación odonto-estomatológica) de fs. 401, por la cual se buscó determinar la edad cronológica de la menor perjudicada, de acuerdo al desarrollo dentario, la misma que determina como edad de la menor la de 14 años, ello aunado a lo vertido por la menor en la carta que en original corre a fs. 117, en la que manifiesta al justiciable Richard T. que, en realidad, con cuenta con 14, sino con 15 años, vale decir, indujo al mismo a creer en la veracidad de su edad, habida cuenta que por su tamaño y desarrollo no aparentaba una edad menor, conforme así se desprende la pericia antes anotada; en tal sentido, se colige que, en todo momento, el justiciable en comentario mantuvo la certeza de la edad que refería la menor perjudicada; Cuarto: Que, en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado en el Código Penal (error vencible) ; o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible); en el tipo instruido se hace referencia al error de tipo, que tiene lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de 14 años; en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo ciento setentitrés del Código Penal, esto al no admitirse expresamente por Ley la tentativa de violación culposa[32].

La ejecutoria glosada relata un caso de los denominados de «imprudencia provocada» o «ceguera ante los hechos». Se habla de esta cuando el autor renuncia deliberadamente a acceder a determinada información, que debía haber tomado en cuenta en función al rol que desempeña, de tal modo que «no ha conocido porque no ha querido hacerlo». En palabras de Sánchez-Vera, «que en estos casos una condena por imprudencia no resulta satisfactoria, ha sido incluso evidenciado por el acervo popular en la conocida sentencia "no hay peor ciego que el que no quiere ver"»[33].

El carácter impreciso de los criterios que utiliza la Sala Suprema para apreciar la configuración de un error de tipo es incompatible con la pretensión de seguridad jurídica que persigue el pensamiento sistemático, pues *ex ante* no se aseguran

32 San Martín Castro, 2006: 270 ss.

33 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2004: 76.

soluciones previsiblemente uniformes para casos de estructura similar. La Sala Suprema echa mano de criterios psicologizantes que buscan determinar los procesos mentales acaecidos en la psique del autor al momento de la comisión del hecho enjuiciado, valiéndose —paradójica e inevitablemente— de pruebas producidas *ex post facto*, tales como la evaluación odonto-estomatológica, que no tuvo a la vista el profesor al momento de acometer sexualmente contra su alumna.

No toma en cuenta los conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado por el procesado en el contexto en el que se produjeron los hechos enjuiciados. Bajo dicho prisma, es plausible afirmar o negar el dolo del profesor sin que la decisión se antoje arbitraria. Así, puede afirmarse que el profesor se representó la edad real de su alumna atendiendo al año escolar que esta cursaba. Por regla general, los alumnos que —por ejemplo— cursan el primer año de educación secundaria, son menores de 14 años. O bien, por su propia posición, el profesor pudo acceder al registro de datos de la alumna, y era probable que lo haya tenido a su disposición en alguna oportunidad. En todo caso, si se llega a establecer en el proceso que el profesor inició una relación sentimental con su alumna sin haber recapacitado en su edad, ni haberla indagado a pesar de tener acceso a dicha información, debe concluirse que decidió emprender un comportamiento riesgoso para la indemnidad sexual ajena, con absoluto desinterés sobre un aspecto que es trascendental para quien desempeña el rol de docente escolar. Su indiferencia lo hace competente por el déficit alegado e impide apreciar un error de tipo.

V. Los objetos del error de tipo

1. El error sobre los elementos esenciales

A. Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto

Aunque se viene cuestionando la existencia de elementos puramente descriptivos o normativos, su división terminológica ha sido importante para la delimitación entre las categorías de tipo y antijuricidad, y para el desarrollo de la concepción actualmente dominante del tipo como tipo de injusto[34]. Comúnmente, se califican como «descriptivos» aquellos elementos que expresan datos o procesos corporales o anímicos y que son susceptibles de verificación cognitiva por parte del juez; mientras que consideran «normativos» a aquellos elementos cuya concurrencia presupone una valoración. A su vez, según su naturaleza valorativa, se distingue entre elementos normativos con valoración jurídica («ajeno», art. 185 CP; «documento», art. 427 CP) y elementos con valoración cultural («acto

34 Roxin, 1997: 305 s.

contrario al pudor», art. 176 CP); y, según el margen de valoración judicial, se distingue entre elementos normativos necesitados de complementación valorativa («reputación», art. 132 CP) y elementos valorativamente plenos («información privilegiada», art. 251A CP; «tributos», art. 1 de la Ley Penal Tributaria - Decreto Legislativo N. 813).

La principal trascendencia de esta distinción terminológica se aprecia en el ámbito del error, pues el proceso de imputación de uno u otro elemento presenta algunas diferencias que pueden ser relevantes para afirmar o desvirtuar la presencia de un error[35]. Así, se afirma que para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente tener en cuenta las posibilidades de percepción sensorial o de entendimiento lógico de las circunstancias[36], de modo que —como señala Volk— casi siempre resultan ser manifiestos, evidentes y, por así decirlo, pueden tocarse con las manos[37]. Por su parte, la apreciación de un elemento normativo exige, además de la percepción del sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado social. Esta comprensión se sitúa a un nivel intermedio dentro de la escala de conocimientos, de modo que para afirmar el dolo no basta imputar el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización de tipo, pero tampoco se exige que el autor subsuma el hecho de modo exacto en la ley penal[38].

La opinión dominante entiende que para afirmar el conocimiento de los elementos normativos no se necesita que el autor califique con exactitud jurídica las circunstancias del hecho, sino que es suficiente atribuirle una conciencia aproximativa sobre su significado, de modo que bastará con la imputación de una «valoración paralela en la esfera del profano»[39] o, si se prefiere, de un juicio paralelo en la conciencia del autor[40].

Se ha destacado que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego distorsiona las exigencias cognitivas del dolo, al requerir que el autor realice un acto de valoración sobre los elementos típicos que refieren a derechos o relaciones jurídicas, como si el autor fuese el legislador que tuviese que promulgar las normas extrapenales, cuando en puridad solo debe conocer los hechos jurídicos[41]. Independientemente de la simpleza o complejidad de los derechos y relaciones jurídicas contenidos en las normas penales, debe asumirse que el aspecto cognitivo

35 Roxin, 1997: 459 s.
36 Luzón Peña, 1996: 448.
37 Volk, 2002: 426.
38 Jakobs, 1997b: 347 s.
39 Expresión atribuida a Mezger. Sobre la recepción mayoritaria de este criterio en la doctrina, véase Cerezo Mir, 1998: 133, nota 52.
40 Welzel, 1993: 91.
41 Pupe, 1992: 363 ss.

del dolo incluye determinados conocimientos jurídicos porque estos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado[42]. En definitiva, los denominados elementos normativos del tipo describen situaciones jurídicas que pueden enjuiciarse sin necesidad de una valoración del autor. Adicionalmente, se cuestiona la operatividad del criterio de valoración paralela en la esfera del profano oponiéndolo a un dato fáctico: «no siempre se trata de profanos en el mundo jurídico»[43]. Esta afirmación tiene especial vigencia en el ámbito de la criminalidad empresarial, donde los sujetos generalmente disponen —directa o indirectamente— de conocimientos especializados que permiten comprender las situaciones descritas por los elementos normativos.

En este punto, interesa advertir que el error sobre los elementos normativos del tipo no debe confundirse con el denominado «error de subsunción». Para ello, debe tenerse en cuenta que para afirmar el dolo se requiere que la «valoración paralela» se efectúe sobre las circunstancias del hecho, esto es, sobre los hechos externos con su significado social, no individual. De este modo, las creencias erróneas que tengan origen en la definición inexacta de un concepto jurídico son irrelevantes para excluir el dolo, pues en estos casos concurrirá un error sobre la subsunción del hecho en la norma jurídica, que a lo sumo podrá fundamentar un error de prohibición.

Como es evidente, el error de tipo que recaiga sobre un elemento normativo también viciará la conciencia de la concreta ilicitud del hecho. Pero ello no ocurrirá en la situación inversa. Así, por ejemplo, quien sustrae un abrigo del perchero de un restaurante en la creencia de que le pertenece, se equivoca sobre una circunstancia del hecho típico; a saber, la ajenidad de la prenda (error de tipo) y, debido a esta falsa creencia, no puede afirmarse que sea consciente de la ilicitud concreta de su comportamiento, aunque abstractamente tenga la certeza de que la sustracción de un bien ajeno constituye un hecho antijurídico. De modo inverso, quien envenena al perro de su vecino en la creencia errónea de que dicho animal no constituye un «bien mueble», desde la perspectiva del objeto de protección en el delito de daños, se equivoca sobre la definición del concepto jurídico de «bien mueble», mas no respecto de una circunstancia externa. Este último caso grafica un error de subsunción que, por más incidencia que tenga sobre la conciencia de la concreta ilicitud del hecho, nunca excluirá el dolo. Para la concurrencia del

42 Pupe, 1992: 364 s. Esta autora destaca que el criterio de «la valoración paralela en las esferas del autor tiene la función de eliminar o también ocultar esta dificultad de determinación conceptual en el ámbito de los elementos normativos del tipo, conformándose con una representación conceptual del autor que sea similar al sentido. Pero esta dificultad existe de modo general para todos los conceptos del lenguaje natural».

43 Jakobs, 1997b: 347, nota 108.

dolo típico basta que pueda afirmarse que el sujeto ha aprehendido en su «esfera de profano» todo lo que caracteriza el concepto legal de bien mueble en su significado social[44], esto es, su materialidad.

La delimitación entre error de tipo y error de prohibición también resulta difusa cuando la equivocación tiene lugar en el marco de las leyes penales en blanco. Para el tratamiento de estos casos debe aceptarse que la norma integradora de la ley penal constituye un componente del tipo, pues de otro modo la norma prohibitiva quedaría ininteligible. Naturalmente, al precepto penal completado le son aplicables las reglas habituales del error[45]. En términos generales, el dolo se excluirá cuando pueda predicarse que la ausencia de representación está vinculada a una circunstancia externa de la norma complementaria, mientras que se apreciará un error de prohibición en aquellos supuestos en los que la equivocación incida sobre la existencia de la norma complementaria. Así, suponiendo que el organismo regulador en materia medioambiental —Instituto Nacional de Recursos Naturales— disponga la prohibición absoluta de verter residuos industriales en los ríos de la sierra central del Perú durante los últimos 10 días de cada mes, a fin de que las corrientes reciclen sus efectos contaminantes, incurrirá en error de tipo quien —conociendo dicha medida de protección medioambiental— se equivoca sobre los límites temporales de su vigencia, e incurrirá en error de prohibición quien realiza vertidos de relaves durante los últimos días del mes porque desconoce tal prohibición.

B. Error sobre el curso causal

Bajo este epígrafe se aglutinan supuestos en los que el resultado típico acaece en virtud de un proceso causal distinto al que según las valoraciones sociales lleva aparejado el comportamiento del autor. Si como punto de partida se acepta que, junto a la acción y al resultado, la relación de causalidad constituye un elemento típico, y que es imposible la previsión de todos sus pormenores, entonces sus rasgos esenciales deben ser abarcados por el dolo[46]. Al hilo de esta afirmación, cabe preguntarse en qué casos la falsa representación sobre el proceso causal será tan esencial al punto de adquirir la relevancia de un error de tipo.

De entrada, se exceptúan del ámbito del error de tipo aquellos casos de desviación del curso causal en los que se excluye la posibilidad de la imputación

44 Roxin, 1997: 462.
45 Jescheck, 1994: 278.
46 Roxin, 1997: 487; Jescheck, 1993: 280.

objetiva del resultado[47]. Al no configurarse el tipo objetivo del delito consumado, puesto que el riesgo prohibido no se realizó en el resultado, solo cabe apreciar una tentativa (art. 16 CP). Ciertamente, en todos los casos de desviaciones del curso causal debe determinarse si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva del resultado[48].

Ahora bien, una vez verificada la desviación objetivamente imputable del proceso causal, habrá que decantarse por la irrelevancia del error cuando el riesgo concretamente realizado sea de la misma clase que el abarcado por el dolo del sujeto, y cuando la desviación del acontecer típico no comporte un cambio de delito ni la concurrencia de circunstancias que afecten la gravedad del hecho[49].

a. *Dolus generalis*

Un caso especial de desviación del curso causal es el denominado *dolus generalis*, en el que el resultado es producto de una acción dolosa anterior o posterior a la que el sujeto atribuye eficacia consumativa[50]. Tradicionalmente, conforme a la doctrina del *dolus generalis*, se apreciaba un suceso unitario, en el que el dolo del primer acto se extendía al segundo, y se configuraba un solo delito consumado[51]. La posición contraria rompe con la visión unitaria del suceso, y aprecia en el primer acto —en caso la acción dolosa posterior produzca el resultado— un delito intentado, que entra en concurso con el delito imprudente que se configura con el segundo acto, excepto que el acaecimiento del resultado sea imprevisible[52].

En definitiva, será válida la apreciación de un delito consumado cuando el resultado se produzca por una desviación no esencial del curso causal; mientras que la solución deberá arbitrarse por las sendas del concurso siempre que el resultado sea solo objetivamente imputable al segundo acto, y este no haya sido abarcado por el dolo del autor.

47 Ejemplo, el sujeto activo dispara contra la víctima con dolo de matar, pero esta fallece producto de un virus que le fuera inoculado por negligencia de los médicos que la atendieron en el hospital.

48 Luzón Peña, 1996: 454.

49 Ejemplo, el sujeto activo arroja a la víctima desde un puente para que se ahogara, pero la muerte se produce por el golpe con el pilar del puente.

50 Ejemplo, el sujeto activo dispara contra la víctima quien cae inconsciente, y luego la arroja al mar en la creencia de que se trata de un cadáver. Finalmente, esta fallece a causa de la inmersión. En el caso inverso, el sujeto activo planea la muerte de la víctima por ahogamiento, pero esta fallece a causa de la herida que aquel le produjo para inmovilizarla.

51 En esta línea, Jescheck, 1993, 282.

52 Esta posición es defendida por Mir Puig, 2002a: 272, nota 104.

b. Aberratio ictus *o desviación del golpe*

En puridad, los casos comprendidos bajo la expresión *aberratio ictus* deben ser tratados mediante las reglas generales del error sobre el proceso causal, aunque su tratamiento diferenciado es justificado por la diversidad de resultados a los que se arriba. Así, mientras una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado deja intacto el dolo, en la *aberratio ictus* generalmente se excluye la atribución del resultado al dolo del sujeto[53].

En esta modalidad especial de desviación del curso causal se incluyen los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto que finalmente no consigue lesionar, sino que por un fallo en la ejecución el efecto lesivo termina produciéndose en otro objeto. De inicio, debe aclararse que el yerro no se basa en una confusión sobre la identidad o características de los objetos, sino en la ejecución del comportamiento[54].

Al respecto, son materia de polémica los casos en que la desviación es previsible según la experiencia general de vida, sin ser abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto, y se alcanza a un objeto que goza de la misma protección jurídico penal[55]. Las soluciones a esta constelación de casos han sido acometidas fundamentalmente a través de dos teorías.

Según la teoría de la equivalencia, la *aberratio ictus* constituye una especie de error sobre cualidades extra típicas que no tiene influencia en el dolo, puesto que los tipos penales tutelan intereses concebidos como género. Se parte de la equivalencia del objeto finalmente afectado con el objeto sobre el que se dirigió la acción. Esta idea se ha graficado con la frase, «se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado»[56]. Según esta tesis, en el caso del jugador de fútbol, anteriormente descrito, debe apreciarse un delito de lesiones dolosas consumadas. A esta posición subyace una concepción de dolo genérico que se deriva de la redacción abstracta de los tipos legales[57].

Según la teoría de la concreción, el elemento intelectual del dolo debe estar circunscrito a un determinado objeto. De este modo, si producto de la desviación en

53 Roxin, 1997: 495.

54 Silva Sánchez, 1981: 347, 350, quien cita un caso de la jurisprudencia española, «Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al árbitro y lanza su puño contra el rostro de este, pero no resulta lesionado el juez de la contienda sino otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión».

55 Roxin, 1997: 494.

56 Silva Sánchez, 1981: 352.

57 Silva Sánchez, 1981: 355, 366. Para este autor, no se ha dado una fundamentación convincente sobre la determinación del objeto de referencia del dolo, y a la precisión del grado de congruencia que debe existir entre ambos.

la ejecución del comportamiento se alcanza a un objeto distinto, entonces faltará el dolo en relación con este, por lo que debe apreciarse —en concurso ideal— un delito intentado respecto al objeto no alcanzado y un delito imprudente respecto al objeto lesionado. Esta es la posición mayoritaria en la doctrina alemana, y en lo esencial es seguida por Silva Sánchez, para quien «la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado y no otro»[58]. En este sentido, constituyen riesgos distintos no solo aquellos que amenazan a bienes jurídicos de distinta clase o naturaleza, sino también aquellos que amenazan a bienes jurídicos distintos aunque de la misma naturaleza. En suma, para esta posición «lo decisivo es, pues, la realidad existencial que constituye el soporte del bien jurídico»[59].

Frente a las tesis de la equivalencia y de la concreción, un sector de la doctrina alemana ha apoyado sus propuestas de solución, esencialmente coincidentes con las sustentadas por las teorías reseñadas, en diversos criterios diferenciadores. En esta línea, destaca la propuesta de Roxin, construida sobre la base de un criterio de corte subjetivista anclado en «el plan del hecho diseñado por el autor». Según este planteamiento, si el comportamiento del sujeto alcanza a un objeto distinto respecto al que dirigió originalmente su acción, ha de considerarse fracasado su plan[60], de modo que se llega a la misma solución que la propuesta por la teoría de la concreción.

C. Error in persona vel in obiecto (*error sobre el objeto o la persona*)

Con esta denominación se designan aquellos casos de confusión sobre la identidad o características del objeto de la acción. A diferencia de lo que sucede en la *aberratio ictus*, en estos casos el sujeto alcanza al objeto concreto sobre el que había dirigido su acción. Esta individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción fundamenta una imputación dolosa[61], evidentemente en aquellos casos en los que el objeto alcanzado sea típicamente equivalente al objeto representado. Entendiendo que el concepto de bien jurídico refiere a un objeto empírico —y no un valor abstracto—dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, será irrelevante el error sobre características extra típicas, tales como la identidad del objeto al que se dirige la acción, a sabiendas de que el mismo reúne las condiciones típicas[62].

58 Silva Sánchez, 1981: 370.
59 Silva Sánchez, 1981: 370 s.
60 Roxin, 1997: 494 ss.
61 Roxin, 1997: 504.
62 Mir Puig, 2002a: 271.

De otro modo, esta clase de error tendrá consecuencias jurídicas cuando los objetos confundidos no sean típicamente equivalentes[63], de modo que la confusión provoca un cambio de calificación típica. Se distingue dentro de este universo de casos los supuestos de error directo y de error inverso[64]. En el primero de estos, la falsa representación incide en los elementos del tipo más grave, de forma que el tipo cualificado no será dolosamente imputable al sujeto[65]. En el segundo supuesto, el autor se representa erróneamente una cualidad en el objeto cuya lesión motivaría un tipo más grave[66].

D. Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación

El tratamiento jurídico que debe dispensarse a la suposición errónea sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituye una de las materias más discutidas de la dogmática del error. La polémica gira en torno a su tratamiento como error de prohibición[67] o como error de tipo[68].

El hecho de que el CP no haya adoptado una posición expresa al respecto[69] permite que el debate sea trasladado a nuestro ámbito. En definitiva, en la Exposición de Motivos del CP se afirma que el ámbito del error de tipo está configurado por todos sus elementos integrantes, «ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes)», pero el art. 21 CP establece un régimen *sui generis* de atenuación facultativa de la pena para los casos de inconcurrencia de algún requisito necesario para configurar las eximentes previstas en el art. 20 CP, entre las que se encuentran las causas de justificación.

63 Silva Sánchez, 1981: 348; Roxin, 1997: 508.

64 Luzón Peña, 1996: 455 ss.

65 Ejemplo, «A» mata a «B», ignorando que se trataba de su hijo. Si el error sobre la identidad de la víctima era vencible se apreciará un parricidio imprudente en concurso ideal con homicidio simple doloso consumado, mientras que si dicha confusión fue producto de un error invencible, solo se apreciará un homicidio simple doloso consumado. Luzón Peña, 1996: 456.

66 Jescheck, 1993: 280, citando el siguiente ejemplo: «un campesino abofetea en una tienda a una muñeca-maniquí que cree le mira fijamente, y esta se rompe: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes».

67 Posición defendida en España, entre otros, por Cerezo Mir, 1998:132.

68 Silva Sánchez, 1997: 103 ss.; el mismo, 1992: 396-398; Bustos Ramírez, 1985: 703 ss; Mir Puig, 2002a: 415 s., 538 s., entre otros.

69 A diferencia, por ejemplo, del Código Penal colombiano, cuyo art. 32.10 exime de responsabilidad penal cuando «se obre con error invencible [...] de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa».

El tratamiento legislativo previsto para las eximentes incompletas en el CP podría llevar a pensar que el supuesto de error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación se encuentra más próximo a la regulación del error de prohibición que a la del error de tipo, pues el mencionado precepto opta por la atenuación —ciertamente facultativa, a diferencia del régimen legal del error de prohibición— de la responsabilidad penal. En efecto, conforme sostiene Bacigalupo Zapater al criticar esta misma situación en el CP español, una aminoración de la pena como la prevista en las eximentes incompletas «solo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente»[70], por lo que considera que la regulación de las denominadas «eximentes incompletas» es disfuncional a un sistema que otorga relevancia al error.

En la doctrina nacional, Bramont Arias, Bramont-Arias Torres y Villavicencio Terreros consideran que la falsa representación sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser tratada como un caso de error de prohibición[71]. En esta línea, en el fallo recaído en el expediente N. 498-98-P/Camaná se señala: «Tratándose de una creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación: consentimiento válido del titular)»[72].

Esta tesitura, propia de la teoría estricta de la culpabilidad, es criticada por quienes consideran que la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación configura el tipo negativo, necesario para la realización del tipo total de injusto[73], de modo que tal suposición errónea constituiría un error de tipo (negativo). Según este planteamiento, en el ámbito de las causas de justificación se debe distinguir entre el error de tipo negativo que incide sobre los presupuestos típicos de la situación justificativa, y el error de prohibición indirecto o de permisión que recae sobre la admisibilidad jurídica de determinada situación como justificante[74].

E. El error sobre los elementos accidentales

Además del supuesto genérico de error sobre un elemento del tipo penal, el art. 14 CP prevé específicamente el error respecto a una circunstancia que agrave la pena. Esta distinción puede parecer superflua si tenemos en cuenta que las circunstancias agravantes constituyen elementos accidentales del tipo penal, y que

70 Bacigalupo Zapater, 1996: 1429.

71 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1994: 148; Villavicencio Terreros, 2001: 83. Para este último autor se trata específicamente de un error de prohibición «indirecto».

72 Caro Coria, 2002: 145.

73 Mir Puig, 2002a: 538.

74 Mir Puig, 2002a: 539.

—aparentemente— se le confiere a este supuesto específico de error las mismas consecuencias jurídicas que corresponden al error de tipo. Consecuentemente, su tratamiento diferenciado ha sido atribuido al arraigo que tiene dicha distinción —entre elementos esenciales y accidentales— a nivel jurisprudencial y doctrinal[75].

Aunque precisamente la naturaleza accidental de las circunstancias agravantes podría explicar la razón de una regulación diferenciada, pues el error sobre ellas no produce efectos eximentes de responsabilidad penal —la cual subsiste con relación al tipo base— sino que impide apreciar la modalidad o tipo agravado. Con todo, su inclusión en el precepto nacional exige tomar postura frente a dos cuestiones de primer orden, a) la relevancia de la situación de error vencible; y b) el tratamiento del error sobre circunstancias atenuantes.

En primer lugar, pareciera que el art. 14 CP solo concede efectos eximentes de agravación al error invencible, pues —en lo que aquí interesa— se afirma que «el error [...] respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye [...] la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa [...]». Conforme destacaron en su día algunos autores españoles, comentando el art. 6 bis a), primer párrafo, del CP español de 1973, modificado en 1983 por la Ley de Reforma Urgente y Parcial[76], existen al respecto dos posibilidades interpretativas: i) entender que pese a todo se excluye también la responsabilidad por la cualificación, o ii) que se responde por imprudencia de la cualificación en concurso ideal con la comisión dolosa del tipo básico[77].

En efecto, a partir de una interpretación literal, podría sostenerse teóricamente la extensión de las reglas generales del error de tipo al desconocimiento vencible (evitable) de una circunstancia agravante, y apreciar en estos supuestos un concurso ideal entre el tipo básico consumado dolosamente y el tipo agravado cometido con imprudencia[78]. No obstante, a favor de la solución contraria de carácter restrictivo, se ha dicho que «si la cualificación no es abarcada por el dolo y se produce solo por imprudencia, no hay suficiente desvalor como para responder penalmente de la misma»[79]. De este modo, aceptar la posibilidad del concurso implicaría un doble castigo respecto a la porción esencial del acontecimiento, vulnerándose el principio del *ne bis in idem*[80].

75 Maqueda Abreu, 2002: 113.

76 Cuya redacción coincide con la del art. 14 CP.

77 Quintero Olivares, 2000: 432.

78 Esta solución fue propuesta por Gómez Benítez, 1984: 223 ss, en el marco del mencionado art. 6 bis a) del Código Penal español de 1973, modificado en 1983.

79 Luzón Peña, 1996: 451.

80 Peñaranda Ramos, 1991: 84 ss.

Así, la propia naturaleza de las circunstancias agravantes les impide fundamentar un injusto culposo adicional al doloso que sirve de base, por lo que debe entenderse que la exclusión de la agravación prevista en el art. 14 CP operará sin importar la vencibilidad o invencibilidad del error[81]. En todo caso, el error vencible sobre ellas podrá ser tomado en cuenta en sede de la individualización judicial de la pena, dentro del marco penal correspondiente al delito doloso básico[82].

En segundo lugar, el art. 14 CP guarda silencio respecto del error sobre circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, tanto las vinculadas al injusto objetivo como a las de carácter personal que inciden en la culpabilidad y en la punibilidad de quienes intervienen en el suceso. Proyectemos los siguientes casos: a) Un médico practica un aborto sin saber que el embarazo fue consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio: ¿debe aplicársele la atenuación del art. 120.1 CP?; b) un sujeto destruye un bien mueble ajeno, consciente de su valor económico, pero ignorando que pertenecía a su padre: ¿debe aplicársele la causa de exclusión de pena por parentesco prevista en el art. 208 CP? Estos supuestos hipotéticos carecen de una respuesta legal explícita en el ordenamiento jurídico peruano. Como es fácil advertir, la solución que se adopte en ambos casos sobre la relevancia de esta clase de error tendrá gran trascendencia en la práctica.

La aplicación coherente del principio del hecho y del principio de culpabilidad exige que la imputación jurídico-penal deba realizarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que no será válido apreciar una circunstancia atenuante que al momento de la realización del hecho no haya sido conocida por el autor[83]. Por una parte, el principio de culpabilidad «exige que el sujeto responda por el tipo que creía realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo»[84]; y, por otra, el principio del hecho, expresado negativamente en la fórmula *cogitationis poenam nemo patitur*, determina que «sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta»[85].

81 Sobre la impunidad del error vencible sobre los elementos accidentales, véase también Bacigalupo Zapater, 1981: 921, nota 10.

82 A favor de esta solución, Maqueda Abreu, 2002: 117.

83 A esta conclusión arriba Maqueda Abreu, 2002: 119 ss., aunque por fundamentos distintos a los aquí expuestos.

84 Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 684, nota 85.

85 Jakobs, 1997b: 323, cursivas y texto entre paréntesis en el original.

UNIDAD V: EL DELITO DE ESTAFA

REBOLLO VARGAS, Rafael. Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. En Dogmática Penal de derecho penal económico y política criminal. Libro Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. Universidad San Martín de Porres – Fondo editorial. Lima, 2011. P. 617 – 659.

PROPUESTAS PARA LA CONTROVERSIA EN LA DELIMITACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE ESTAFA: LA DISTINCIÓN CON EL FRAUDE CIVIL Y LA REINTERPRETACIÓN DEL ENGAÑO

Rafael Rebollo Vargas
(España)

SUMARIO: *A. la distinción entre el delito de estafa y el fraude civil. 1. Consideraciones previas. 2. Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos de estafa. 3. Notas sobre el dolo civil. 4. Criterios interpretativos para la distinción entre el delito de estafa y el fraude civil. 4.1. El engaño precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima y la estafa. 4.2. La intensidad del engaño: El engaño bastante y el engaño cualificado. 4.3. El criterio del resultado: El perjuicio y el acto de disposición. 4.4. La opción del concurso de leyes y el principio de especialidad. 4.5. El ambiguo criterio jurisprudencial de la tipicidad penal para afirmar la presencia del ilícito penal. 4.6. Toma de posición: El ánimo de lucro como elemento clave de la distinción. B. La reinterpretación del engaño. 1. Consideraciones previas. 2. El concepto de engaño. 3. El engaño bastante. 4. Engaño bastante e imputación objetiva. 5. Excurso: Phishing, engaño e imputación objetiva. C. Bibliografía.*

A. La distinción entre el delito de estafa y el fraude civil.

1. Consideraciones previas.

"Un delito tradicional sin concreción". El entrecomillado se corresponde con el título del primer epígrafe de un artículo de QUINTERO OLIVARES[1] donde, en su inicio, medita acerca de la dificultad que a primera vista supone el hecho de plantear alguna cuestión novedosa sobre la que previamente no se haya reflexionado en un delito clásico como es el de estafa; aunque, a pesar de esa prudencia inicial, más adelante realiza unas observaciones de lo más atinado. Pues bien, –salvando las distancias– esa es la misma tesitura que se me planteaba al iniciar este trabajo y, ahora, llegado el momento de poner en blanco sobre negro algunas de las conclusiones

1. QUINTERO OLIVARES, G., "Mitos y racionalidad en el delito de estafa (Apuntes sobre el significado práctico de la antijuridicidad), RDPP, 2000, nº 3, p. 45.

a las que he llegado me parece que lo mucho dicho acerca de este delito son sólo unas muestras referidas a una figura poliédrica que presenta una multitud de complejas y discutibles facetas. Una de ellas es, precisamente, la delimitación entre el delito de estafa y el fraude civil sobre el que recae una parte de esta investigación[2]. Obviamente, con lo que sigue no pretendo cerrar una discusión de tal envergadura, sino, simplemente, aportar o abundar en distintos elementos de discusión que permitan abordar la cuestión con un mínimo de garantía para que un problema de tal entidad se sitúe en los parámetros de la seguridad jurídica; esto es, el hecho de que no se califique un ilícito como un simple fraude civil o como un delito de estafa en función de la vía procesal elegida por el perjudicado[3], sino que, efectivamente, se castiguen determinados comportamientos porque reúnen todos y cada uno de los elementos requeridos en el tipo; dicho de otra manera, el comportamiento ilícito será constitutivo de delito cuando presenta un mayor contenido del injusto y de la culpabilidad que la inherente a un ilícito civil.

Sea como fuere, y en atención al punto de partida adoptado (sobre lo que más adelante nos detendremos) no es infrecuente encontrar afirmaciones en la doctrina que, entre otras, alertan sobre la imposibilidad de establecer una distinción entre el fraude civil y los contratos civiles criminalizados, por lo que se adoptan criterios jurisprudenciales para resolver el conflicto[4]; o, bien, a otros tan dispares que atendiendo a la posibilidad de que un mismo comportamiento sea contemplado tanto un delito de estafa y, a la vez, como uno de los supuestos de causa de nulidad de los contratos (art. 1269 Cc); se llega a proponer que atendiendo al principio de especialidad del concurso de leyes se opte por la calificación penal[5]. En todo caso, el hecho de dilucidar si nos hallamos ante una ilicitud civil o una estafa continúa mayoritariamente, dirimiéndose de forma casuística en los Tribunales atendiendo, a mi juicio, a discutibles criterios interpretativos; sin reparar, en algunos casos, en la discutible justificación de la intervención coactiva ni, desde luego, en la contundencia de la respuesta punitiva en el caso de optar por la jurisdicción penal. Así, en esa misma línea de consideraciones, no es una cuestión baladí que la consecuencia de realizar determinada conducta sea una sanción civil (rescisión de un contrato, nulidad, reparación por daños y perjuicios, etc.) o, que un delito de estafa lleve aparejada

2. Al respecto, ampliamente, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil.* Barcelona, 1987, *passim.*

3. VIVES ANTÓN, T.S. - GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* Valencia, 2004, p. 482, quienes traen a colación la STS de 4 de octubre de 1985, en la que se afirma lo siguiente: "por lo que en el presente caso habiéndose elegido por el perjudicado la vía penal y siendo perfectamente típico el hecho así como grave el engaño... el hecho debe ser calificado como un delito de estafa".

4. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas.* Valencia, 1997, p. 63.

5. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal.* Madrid, 2004, pp. 70-71.

una pena privativa de libertad, que ya en la hipótesis del tipo básico puede alcanzar hasta los tres años de privación de libertad[6].

2. Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos de estafa.

En la Sección 1ª, Capítulo VI, *De las defraudaciones,* del T. XIII, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico,* se tipifican los delitos de estafa. No voy a abundar en la caracterización del delito de estafa como un delito contra el patrimonio. Hoy es una cuestión sobre la que existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina; sin embargo, un aspecto que continúa suscitando controversias es el de perfilar un concepto de patrimonio que atienda a la estructura y a las funciones del delito de estafa. El consenso doctrinal alcanza también, al menos mayoritariamente, a la afirmación de que en la estafa se lesiona un bien jurídico de carácter individual (el patrimonio), que se caracteriza por un comportamiento distinto a los denominados delitos de apropiación, ya que no se caracteriza por la aprehensión de la cosa, sino por la entrega voluntaria de ésta por el sujeto pasivo o, incluso, por la cesión de un crédito o de un derecho, en suma, por un hacer o por un no hacer, de modo que el comportamiento engañoso afecta al patrimonio en su conjunto y no a bienes concretos pertenecientes a su titular (como es el caso del hurto, o del robo), por lo que es necesario distinguir entre el objeto material sobre el que recae la acción (que será un elemento del patrimonio), del bien jurídico protegido: el patrimonio en su conjunto entendido como *universitas iuris*[7].

Sin embargo, como anticipaba, el debate continúa abierto en relación al concepto de patrimonio. Se trata de una discusión sobre la que ya se ha dicho mucho y que no voy a reproducir volviendo a traer a colación argumentos a favor o en contra de determinadas posiciones que doctrinalmente ya están, superadas[8]. En este caso, baste señalar que, para la denominada *concepción jurídica del patrimonio,* el patrimonio venía constituido por la suma de los derechos subjetivos patrimoniales de una persona, identificándose prácticamente el concepto de patrimonio con el de propiedad, pues, lo esencial era el derecho sobre la cosa y no la cosa en sí: "donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa"[9]. Obviamente, tal concepción suponía convertir al Derecho penal en sub-

6. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L. *Fraude informático y estafa.* Madrid, 1991, pp. 260-261.

7. Tesis mayoritaria en la doctrina. A título simplemente ilustrativo, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. pp. 18 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. pp. 34-35; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* (CÓRDOBA RODA, J - GARCÍA ARÁN, M., Directores), T. I, Madrid, 2004, pp. 741-742; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio.* Madrid, 1988, pp. 52-53.

8. Por todos, vid., los excelentes trabajos de GALLEGO SOLER, I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial.* Valencia, 2002, pp. 103 ss.; PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Madrid, 2004, pp. 32 ss.

9. Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. p. 36, quien atribuye la frase a BINDING.

sidiario del Derecho civil. Con ello, se decía, se respetaba el principio de unidad del ordenamiento jurídico y se evitaban las contradicciones entre ambos. Las críticas que se le realizan a la concepción jurídica del patrimonio son distintas. En este sentido, una de las más relevantes es que una consecuencia directa de ella es que convierte a la estafa en un delito contra la libertad de disposición; sin olvidar, también, que excluye del concepto de patrimonio los valores no integrados en un derecho subjetivo[10].

Por otro lado, para el *concepto económico de patrimonio* (en su momento con una importante adscripción doctrinal y jurisprudencial en Alemania), el patrimonio viene conformado por la suma de valores económicos, expresada en dinero, que se encuentran a disposición de una persona, aunque no goce de reconocimiento jurídico para ello[11]. Como se desprende de lo anterior, se trata de una fórmula particularmente amplia que tiene como consecuencia el que también se consideren objeto de tutela penal los bienes que el titular del patrimonio posee ilícitamente. Con ello se extiende la protección penal a auténticas situaciones fácticas en las que concurre un poder de disposición sobre las cosas o valores, sin considerar que su posesión puede ser antijurídica. Es más, en sentido estricto, habrá estafa siempre que los referidos valores económicos se encuentren a disposición de una persona y se detraigan del patrimonio mediante engaño. En suma –con independencia de la inexistencia de la cobertura jurídica de quien en ese momento ostente la posesión de la cosa–, será constitutivo de un delito de estafa el hecho de cualquier disminución patrimonial que tenga origen en una conducta engañosa. La razón de lo anterior es la objetivización de los valores económicos; por ello, como decía ANTÓN ONECA[12], un concepto económico de patrimonio nos lleva a concluir que: "habrá defraudación cuando no se pague al estraperlista el precio abusivo prometido, sino el reglamentario; y cuando el ladrón sea burlado en el reparto del botín que tenía en su poder; porque en ambos casos hay disminución de la situación económica del perjudicado".

10. PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Madrid, ob. cit, p. 33, con detalladas notas bibliográficas.

11. Me parece más adecuado la utilización de la fórmula *poder de disposición* propuesta por BAJO FERNÁNDEZ, loc. ult. cit. p. 22, que la sugerida por ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio.* Madrid, 1988, p. 54, quien se refiere a patrimonio como suma de los valores económicos que *pertenecen a una persona*, aunque no goce de reconocimiento por parte del Derecho. Entiendo que no puede hablarse de pertenencia a una persona de determinados valores que no gozan de reconocimiento por parte del Derecho, ya que, entonces, se trataría de una pertenencia ilícita que no estaría amparada por el Derecho penal.

12. ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. IX, Barcelona, 1958, p. 68. Igualmente, vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio,* ob. cit. p. 55.

El *concepto mixto o jurídico- económico de patrimonio* es el mayoritario en la doctrina española[13], aunque, como veremos seguidamente, con alguna variante que suscita una cierta controversia. En síntesis, los partidarios del concepto mixto de patrimonio, al que me adscribo, toman de la teoría jurídica el que los bienes o valores sean poseídos en virtud de una relación jurídica, lo cual supone una restricción de la teoría estrictamente económica y, de ésta, adoptan la exigencia de que el derecho subjetivo tenga un valor económico, lo cual matiza el concepto estrictamente jurídico[14]. Por lo tanto, forman parte del patrimonio de una persona, "la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico...quedando descartados aquellos que sólo tengan un valor afectivo o sentimental"[15].

Un aspecto que me parece importante traer a colación en este momento, desde la perspectiva de la concepción mixta o jurídico-económica del patrimonio, es la cuestión de si pertenecen o no al patrimonio las denominadas *expectativas (inciertas aunque posibles) de futuro.* Piénsese, por ejemplo, en las del poseedor de una participación de lotería en ser agraciado en el sorteo[16], o en el empresario que confía en que su negocio sea adquirido por un tercero. En este último caso hay que preguntarse si existe una defraudación de las expectativas de futuro, en la hipótesis de que al empresario le compren su participación en el negocio por su valor real si posteriormente éste –ya en poder del resto de los socios– es adquirido por una multinacional del sector por un precio superior al valor de mercado. Sobre esta cuestión, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que, efectivamente, las expectativas de futuro pertenecen al patrimonio, pero no las inciertas; esto es, para entender que las expectativas forman parte del patrimonio han de venir sustentadas por un fundamento jurídico[17]. Así, la expectativa de futuro, la *expectativa de poseer, la expectativa de incrementar* ha de tener una base jurídica plenamente reconocida, comprobada y con contenido económico indubitado; en definitiva, para

13. Entre otros, ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", ob. cit. p. 68; HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del fraude inmobiliario.* Madrid, 1980, pp. 34 ss; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa,* ob. cit. pp. 84 ss. Igualmente, aunque con matices, GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto.* Valencia, 1998, p. 29; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial,* T. I, ob. cit. pp. 745-746.

14. Expresamente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit, p. 38; VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *El delito de robo con fuerza en las cosas.* Valencia, 1999, p. 29.

15. HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del fraude inmobiliario,* ob. cit. p. 35.

16. Vid. STS 16 de septiembre de 1994, donde el TS considera que no se causa perjuicio patrimonial en el caso de la venta de unas participaciones falsas de lotería de un número que posteriormente resulta premiado dado que, afirma, la estafa protege los bienes que componen el patrimonio, no las expectativas de incrementarlo. Al respecto, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro.* Madrid, 2006, p. 184.

17. ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", ob. cit. p. 69; VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa,* ob. cit. p. 83.

disponer de la correspondiente tutela penal, las expectativas deben de ser más que verosímiles; esto es, han de poseer una fundamentación jurídica de la que se desprende que se tiene pleno derecho a las mismas.

Con independencia de lo acabado de referir y en relación a las variantes en la concepción mixta que he mencionado con anterioridad, BAJO FERNÁNDEZ propone un matiz que me parece controvertido. Así, afirma expresamente, que pertenece al patrimonio "todo bien de carácter económico mientras revista una *apariencia jurídica*"[18]. Añadiendo a lo anterior, lo inadecuado que resultaría admitir que sólo pertenecen al patrimonio las posiciones jurídicamente reconocidas ya que, atendiendo a algunos casos en particular (por ejemplo, el de la estafa al ladrón), la doctrina da explicaciones inaceptables para sostener el delito de estafa. Vayamos por partes. Acabamos de ver que una de las objeciones más sólidas a la propuesta del concepto económico de patrimonio es que en ella tendrían cabida la suma de valores económicos que se encuentran a disposición de una persona aunque no disponga de reconocimiento jurídico, por lo cual –desde ese criterio– serían objeto de tutela los bienes que se poseen ilícitamente. Luego, si la propuesta de BAJO FERNÁNDEZ ampara también la protección de las posiciones de poder sobre una cosa que revisten *apariencia jurídica,* a mi entender, está no sólo ampliando excesivamente el concepto de patrimonio, sino que retorna de forma indirecta a la concepción económica del patrimonio, lo cual, por las razones apuntadas, no me parece coherente[19]. Por otro lado, añade que al prohibir el ordenamiento jurídico las vías de hecho para la solución de conflictos obliga al particular a acudir a la vía judicial, por lo que la apariencia jurídica es suficiente para otorgar derechos y exigir deberes. Sin embargo, creo que una cuestión es que el Derecho Civil proteja relaciones jurídicas ilícitas (por ejemplo, la del poseedor sin justo título), mientras que otra cosa distinta es que se dispense protección jurídica –penal en este caso– a situaciones fácticas de apariencia jurídica que tengan su fundamento en un comportamiento delictivo previo[20]. Se trata, por otro lado, de una antigua discusión en la doctrina alemana donde se plantea, precisamente, el caso del "ladrón burlado" al que ya aludía ANTÓN ONECA y que dado el punto de partida adoptado sobre el concepto de patrimonio, les llevaba necesariamente a concluir la punibilidad de esas situaciones, mientras que atendiendo a una concepción mixta de patrimonio la solución correcta no puede ser otra que la impunidad, pero no ya sólo porque quien realiza un comportamiento delictivo no merece la protección del ordenamiento, sino porque no exis-

18. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago". ADPCP, 1975, p. 367; del mismo, *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. p. 23

19. Vid., también, PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación típica en el delito de estafa,* ob. cit. p. 39, quien con argumentos distintos llega a la misma conclusión.

20. GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, ob. cit. p. 28.

te un auténtico perjuicio patrimonial dado que la pretensión de obtener una ganancia ilícita no es susceptible de integrarse en el patrimonio[21].

Por último, un concepto distinto defendido por un sector de la doctrina es el denominado *concepto personal y funcional de patrimonio*[22]. Concepciones muy próximas cuyo presupuesto común es el de entender la función del patrimonio como fundamento del desarrollo de la personalidad donde destaca la finalidad que se pretende con el patrimonio que, desde esta perspectiva, va más allá de su valor considerado en abstracto. Tesis que cuenta con un importante reconocimiento en la doctrina alemana. Es en los trabajos de BOCKELMANN, donde se encuentran los antecedentes inmediatos de esta concepción personal de patrimonio al definirlo desvinculándolo en sentido estricto de derechos y de bienes, ya que lo define como el "ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses en el ámbito económico[23]". OTTO, más tarde, vuelve a incidir en el ámbito patrimonial personal distinguiendo entre dos conceptos distintos de patrimonio; por un lado, el referido a los delitos contra el patrimonio en su totalidad, el caso típico es el del delito de estafa, donde señala que únicamente deben ser protegidos los bienes con valor monetario; y, por otra parte, los delitos contra los objetos parciales del patrimonio –es el caso del hurto o del robo–, donde pueden ser objeto de protección bienes con un simple valor afectivo. Propuesta que le lleva a distinguir entre los delitos contra el patrimonio en su totalidad, donde éste se determina por su valor de cambio o su valor monetario, mientras que el resto de delitos se determina por su valor de uso[24]. Como decía, estrechamente vinculado con ese concepto personal del patrimonio, el concepto funcional dota de contenido al patrimonio reprobando una atribución puramente economicista al desarrollarlo profundizando en la función que se le asigna al bien. Por lo tanto, es preciso atender a la decisión del titular, a los fines individuales que pretende, ya que el conjunto patrimonial no sólo viene constituido por los derechos o cosas, sino que se debe tener en cuenta en cómo quiere disfrutar su titular de los bienes que le pertenecen. Por ello, habrá un comportamiento penalmente relevante cuando se afecte al valor de uso de las cosas, ya que la protección total de la personalidad (el patrimonio es

21. HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del fraude inmobiliario,* ob. cit. pp. 38-39, en especial nota a pie de página nº 69.

22. Entre otros, ASÚA BATARRITA, A., "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin". ADPCP, 1993, pp. 81 ss.; MATA BARRANCO, N. de la, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación.* Barcelona, 1994, pp. 69 ss.; GALLEGO SOLER, J. I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial,* ob. cit. pp. 229 ss. Vid., asimismo, pp. 206 ss., donde analiza detalladamente las posiciones de algunos de los autores españoles partidarios de esta opción.

23. Vid., GALLEGO SOLER, J.I., ob. cit. p. 180

24. Ampliamente, MATA BARRANCO, N. de la, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* ob. cit. pp. 66-69. Críticamente, vid., ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio,* ob. cit. pp. 57-60.

expresión de la persona) únicamente se alcanza no con la protección del valor monetario, sino con la del valor de uso de la cosa[25]. Como señala ZUGALDIA, desde esa perspectiva, sería constitutivo de un delito de estafa la compra de un cuadro de un artista de renombre vendido por un precio de mercado cuando en realidad el autor de la obra es otro pintor con el mismo reconocimiento que el anterior, a pesar de que con ello no hubiere una afección al patrimonio del comprador. Sin embargo, desde esta concepción sí que se ocasionaría un perjuicio en el patrimonio del comprador dado que con la adquisición se ve frustrado el fin pretendido con la operación[26].

Las objeciones que se le han formulado a esta propuesta son de distinto calado, desde la dudosa legitimidad de la distinción entre dos conceptos distintos de patrimonio a otras que me parecen muy sólidas que, en realidad, no son más que una consecuencia lógica de la propuesta, como es el que con esta formulación se amplía el ámbito de la tipicidad delictiva[27], ya que devienen típicas conductas por el hecho de que resultan mermadas las expectativas de satisfacción de los intereses de su titular aunque no haya existido un perjuicio valorable económicamente, lo cual inexorablemente nos conduce a una subjetivización del delito (que no creo que se corresponda con un *tener en cuenta al sujeto,* como entiende PASTOR MUÑOZ[28]) presidido por el incumplimiento de los fines que el titular le asigna al patrimonio aunque ello no haya supuesto un menoscabo patrimonial.

Con independencia de lo anterior, parece que el TS en su Sentencia de 23 de abril de 1992[29] (caso del aceite de colza), asume un concepto personal de patrimonio:

> *... Sin embargo, en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual.*

25. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. p. 25.

26. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio,* ob. cit. p. 58. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* T. I, ob. cit. p. 745

27. Expresamente, GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto,* ob. cit. pp. 21, 23 ss.

28. PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa,* ob. cit. p. 46.

29. Vid., GALLEGO SOLER, J. I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial,* ob. cit. pp. 212 ss, donde, además, trae a colación otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en el mismo sentido, aunque el mismo autor subraya que no cree "que pueda hablarse propiamente de la existencia de una línea jurisprudencial que acoja un concepto personal de patrimonio".

De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial.

Es indiscutible que el Tribunal Supremo en esta resolución se adscribe nominalmente a un concepto personal de patrimonio, aunque no creo que sea aventurado concluir también que argumenta en base a criterios jurídico económicos, en tanto que atiende a un criterio objetivo-individual para determinar el daño patrimonial. En otras palabras, tiene en consideración el perjuicio económico ocasionado desde una perspectiva objetivo-subjetiva aunque, a la vez, exige la cuantificación económica del perjuicio desde el punto de vista de la víctima[30].

3. Notas sobre el dolo civil.

Una primera aproximación al concepto general de dolo, aún y sin propósito de exhaustividad por razones evidentes, debe pasar por su caracterización; tarea, por cierto, nada fácil. Así, en el ámbito civil se le atribuyen distintos significados (realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico, de maquinaciones insidiosas, de determinación de la voluntad en el engaño) que, probablemente, recogen parcialmente los distintos elementos que lo configuran[31]. A pesar de esa pluralidad de acepciones e incluso de que un determinado sector doctrinal es partidario de interpretarlo atendiendo a los contextos precisos en los que se aplica, como el del momento de la formación de la voluntad contractual o el de la perfección del contrato[32], me parece particularmente sugerente la propuesta formulada, en su día, por PUIG PEÑA, quien, afirmaba que dolo es "la voluntad consciente de producir un acto injusto", lo cual –añade–, en algunos casos, supone la existencia o el nacimiento de un vínculo contractual que en el terreno de la buena fe no debió haberse originado; y, en otros, el "incumplimiento de un vínculo obligatorio que también en el campo de la buena fe no debió producirse"[33].

30. GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, ob. cit. p. 23. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* T. I, ob. cit. p. 745, quien al hilo de esta sentencia afirma de forma concluyente lo siguiente: "el concepto de patrimonio que maneja la Sala Segunda en esta sentencia sigue siendo, a mi juicio, un concepto jurídico-económico...".

31. ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos.* Madrid, 1994, p. 100.

32. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato.* Madrid, 1993, p. 170

33. Vid., PUIG PEÑA, F., voz "Dolo Civil", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. VII. Barcelona, 1955, pp. 684 ss., quien, a su vez, diferencia entre el dolo en la formación del negocio jurídico y dolo en el incumplimiento contractual.

En esa misma línea de consideraciones, es imprescindible acotar las clases de dolo civil; por lo tanto, es preciso diferenciar: el dolo como un vicio de la voluntad en la formación de los contratos, art. 1269 CC, el denominado dolo-vicio, como causa de la acción de anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento; y, por otro lado, el dolo obligacional, donde, a la vez, cabe distinguir entre el dolo en la responsabilidad por actos ilícitos o una causación dolosa de daños, art. 1902 CC y el dolo en el incumplimiento de las obligaciones, art. 1101 CC (mala fe). En este caso, *el dolo en el incumplimiento de obligaciones* no se encuentra expresamente definido en el Código Civil, aunque éste lo equipara a la mala fe (art. 1107 CC); dolo que implica la negativa consciente y voluntaria del deudor para incumplir con su obligación teniendo conciencia de que realiza un acto injusto. Como señala la STS de 24 de noviembre de 1997, se trata de una infracción del deber o una deliberada intención de no cumplir; añadiéndose a lo anterior, que el dolo implica una conciencia del deudor de que su incumplimiento genera o puede provocar un daño sin que adopte las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo. Obviamente, generada esa situación de incumplimiento de la obligación, ya fuere provisional o definitiva, se le otorgan al acreedor una serie de medidas dirigidas a obtener la ejecución forzosa de la prestación y, en su caso, las vías para el resarcimiento económico, además de por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya supuesto[34].

Sin embargo, más que el dolo obligacional, ya sea en su modalidad de dolo en el incumplimiento de las obligaciones, art. 1101 CC, o del dolo en la responsabilidad por actos ilícitos (art. 1902 CC), el dolo civil que nos interesa sobre manera es el dolo vicio en la formación de los contratos, art. 1269 CC., por su similitud con la tipificación del delito de estafa. Como es de sobras conocido, el referido precepto del Código Civil dispone lo siguiente: "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Téngase en cuenta, además, que el art. 1265 del CC. establece que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

En este dolo-vicio de la voluntad en la formación de los contratos o dolo *in contrahendo*, es necesario diferenciar también –tal y como prevé el art. 1270 del CC– entre el dolo grave, dolo causante (*dolus causam dans*), que determina el consentimiento y produce la nulidad del contrato y, por otra parte, el dolo incidental (*dolus incidens*), que tiene lugar cuando se hubiera concluido el contrato en todo caso aunque, como consecuencia del

34. SUÁREZ GONZÁLEZ, M.J., en *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones y Contratos*. T. III, Vol. 1°. Madrid, 2002, pp. 172 ss.

dolo, se concluye en condiciones distintas, por ejemplo, más onerosas[35]. En este caso, el dolo incidental no es causa para invalidar el contrato, pero cuando origina un perjuicio al contratante, evidentemente, da lugar a la correspondiente acción por daños y perjuicios; así lo dispone el art. 1270.2 CC, que sólo obliga a quien lo empleó a indemnizar por daños y perjuicios. En cambio, el dolo grave, *el dolus causam dans,* produce como efecto la nulidad del contrato cuando ha provocado un error a la otra parte que le induce a contratar. Un dolo, por otro lado, puesto de manifiesto a través de cualquier clase de palabras o de maquinaciones insidiosas capaces de determinar el consentimiento que provoca el error en la otra parte y que le induce a contratar (*animus decipendi*). En suma, ese dolo como vicio del consentimiento se caracteriza por un comportamiento malicioso llevado a cabo con la intención de engañar; un dolo determinante que consigue provocar el error en la otra parte para que manifieste su consentimiento y, por ello, se celebre un contrato que de otra forma no se hubiera conformado. Así, si concretamos los elementos constitutivos del vicio del consentimiento, en primer lugar, es necesaria la existencia de un acto ilícito que consiste en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas para engañar a otra persona; en segundo lugar, la presencia del dolo implica la intención de engañar; además, el autor del dolo ha de ser una de las partes del contrato y no debe de haber mediado dolo recíproco; y, por último, el dolo debe de haber sido la causa que determina la suscripción del contrato[36].

Una cuestión polémica en relación a los elementos constitutivos del vicio del consentimiento, es el concluir si éste requiere que el acto ilícito llevado a cabo con la intención de engañar suponga, a la vez, la producción de un perjuicio. En este sentido, DE COSSIO rechaza el automatismo de tal posibilidad al afirmar que, de ser así, se confundirían los requisitos del dolo, en cuanto éste vicia el consentimiento, "y los requisitos del dolo como fuente de una obligación de daños y perjuicios". Es cierto, añade, que normalmente coincidirán ambos aspectos, esto es, dolo como causa del contrato y causa de daños y perjuicios para la víctima del engaño. Sin embargo, y comparto plenamente la afirmación, sostiene que para que el vicio del consentimiento exista y produzca la anulabilidad del contrato es suficiente con que el dolo haya sido causa determinante del contrato aunque no haya producido perjuicio alguno[37]. Téngase en cuenta, además,

35. ROJO AJURIA, L. *El dolo en los contratos,* ob. cit. pp. 147 ss.

36. Vid., ampliamente, COSSÍO Y CORRAL, A. de, *El dolo en el Derecho Civil.* Granada, 2005, pp. 176 ss.

37. COSSÍO Y CORRAL, A. de, *El dolo en el Derecho Civil,* ob. cit. p. 190. En el mismo sentido, vid., LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil.* T. II, V. I (nueva edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F.), Madrid, 1999, p. 374, donde se afirma: "*el animus decipendi* se contrae con la intención de engañar a la otra parte con la finalidad de inducirle a contratar y no requiere, para que el dolo dé lugar a la impugnación del contrato, propósito

que el Código civil –a diferencia del Código Penal– no requiere la causación expresa de un perjuicio económico, dado que lo esencial es que se haya producido un engaño que haya motivado a la otra parte a contratar.

En definitiva, resulta que en este dolo *in contrahendo* una de las partes entra en contacto con la otra con el propósito de concertar un contrato, aunque aquélla procede dolosamente contra ésta, ya sea durante los tratos preliminares, ya sea en el momento de perfeccionarse. En otras palabras, señala DE COSSIO, "se trata de un dolo previo o simultáneo a la celebración de un contrato, o lo que es lo mismo, de un dolo producido antes de que haya surgido la relación contractual"[38]. Como se puede observar, las similitudes del dolo *in contrahendo* con la tipificación del delito de estafa son evidentes por lo que el escenario se torna verdaderamente complejo a la hora de delimitar el fraude civil con el ilícito penal, lo que se acrecienta si adoptamos como punto de referencia –lo que veremos seguidamente– la que hasta ahora ha sido la interpretación dominante en la Jurisprudencia y que todavía encuentra una cierta acogida en la doctrina.

4. Criterios interpretativos para la distinción entre el delito de estafa y el fraude civil.

4.1. El engaño precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima y la estafa.

Una de las fórmulas tradicionales de distinción utilizada por la jurisprudencia para la delimitar el delito de estafa y el fraude civil ha sido (y es) el del momento del engaño. Opción interpretativa por la que todavía opta alguna reciente Sentencia del Tribunal Supremo y que encuentra también acomodo en un determinado sector doctrinal[39].

En efecto, en orden a situar el contexto de la discusión, permítaseme la transcripción de parte de una resolución, en la que se dice que la estafa supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso, a lo que se añade lo siguiente:

> *... La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la fron-*

de perjudicar al otro contratante o de obtener un beneficio, siquiera lo ordinario será que estos móviles decidan a emplear el dolo a quien lo utiliza. No se requiere ni siquiera que el dolo propiamente dicho o invalidante cause perjuicio alguno (art. 1270.2) aunque, naturalmente, si causa daño da lugar también, como cualquier hecho ilícito (cfr. Art. 1902) a la obligación de resarcimiento". (subrayado añadido).

38. COSSÍO Y CORRAL, A. de, *El dolo en el Derecho Civil,* ob. cit. p. 158.

39. ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental.* Barcelona, 2005, pp. 24-26. Vid., igualmente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. pp. 78-79.

tera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el dolo civil frente al dolo criminal. La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio (STS 25 de marzo de 2004).

Una vez identificada la, llamémosle así, situación de conflicto en orden a la configuración de las respectivas esferas de tutela, resulta que para dilucidar el ámbito material de los negocios jurídicos criminalizados, a juicio del Tribunal Supremo, se ha de atender al momento del engaño, esto es, a si en el momento de la celebración del contrato o previamente a él, el sujeto ya tenía la intención de incumplirlo se trataría de un delito de estafa. Ahora bien, si la intención de incumplir surge en un momento posterior a la celebración del contrato, se trataría de un fraude civil. Así se manifiesta el TS en una Sentencia reciente:

... Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente... Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8.5.96). Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo "subsequens" del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16.9.91 [RJ 1991, 6198], 24.3.92 [RJ 1992, 2435], 5.3.93 [RJ 1993, 1841] y 16.7.96 [RJ 1996, 5915]). Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como

correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa... (STS 23 de junio de 2005)[40].

Desde este criterio es esencial, por lo tanto, el momento de aparición del dolo, ya que si es *subsequens,* esto es, que no surge al inicio de la contratación sino que la intención de incumplir aparece con posterioridad, se trata de un dolo *inidóneo* "para dar vida al delito de estafa ni, por tanto, para criminalizar el incumplimiento contractual" (STS 26 de diciembre de 2005).

Como hemos visto con anterioridad, esta opción doctrinal parece no tener en cuenta que el art. 1269 del CC establece que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, *"es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido".* Ese dolo, por lo tanto, puede ser igualmente un dolo anterior a la perfección del contrato, con la particularidad de que los efectos que de él se desprenden son los previstos en el artículo siguiente: una indemnización por daños y perjuicios. Obviamente, ese dolo *in contrahendo* puede ser también un dolo anterior a la celebración del contrato ya que consiste en un engaño que se causa a la otra parte mediante la utilización de palabras o maquinaciones engañosas. Por lo tanto, el dolo vicio precisa de la utilización de cualquier tipo de ardid engañoso que resulta determinante para inducir a la otra parte a celebrar un contrato. Obviamente, las similitudes o, incluso, la superposición con el concepto de "engaño bastante" característico del delito de estafa son más que evidentes, hasta el punto de que CHOCLÁN MONTALVO se refiere al engaño como el "medio típico para la inducción a la disposición patrimonial"[41]. Es cierto, con independencia de los problemas de delimitación típica entre el fraude civil y el delito de estafa, que de continuar aceptándose la vía interpretativa propuesta por el Tribunal Supremo no existen criterios normativos para diferenciar entre ambos, con la particularidad de que las consecuencias de optar por una u otra vía no son intrascendentes. Añádasele a lo anterior, para complicarlo aún más, que los conflictos se resuelven de forma casuística por los Tribunales, de lo que se desprende que conductas esencialmente idénticas llevan aparejadas consecuencias

40. Si bien es cierto que existen discrepantes con la Sentencia citada, también es verdad que se trata de una línea interpretativa consolidada y, me atrevería a decir, que, mayoritaria en la Jurisprudencia del TS. En el mismo sentido, entre otras muchas, vid. SSTS 16 de marzo de 1995, 20 de julio de 1998, 11 de diciembre 2000, 20 de enero de 2004 o 14 de junio de 2005: *"en los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante".*

41. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa.* Barcelona, 2000, p. 87.

jurídicas radicalmente distintas[42]; conclusión que, en todo caso, además de ser cierta me parece inaceptable.

Opción interpretativa que un importante sector de la doctrina reprueba por inconsistente e, incluso, la califica de "ingenua". Es el caso de VALLE MUÑIZ, quien ya en la introducción de su monografía afirma que, ciertamente, el engaño en la estafa precede a la defraudación, así como que es evidente que las palabras o maquinaciones insidiosas, por ser causa, "preceden al consentimiento viciado"[43]. Criterio que, únicamente, sería válido para diferenciar el delito de estafa del incumplimiento contractual doloso[44], pero no para diferenciar el delito del fraude civil. Ahora bien, yendo más lejos, la conclusión de lo anterior, en que la interpretación del Tribunal Supremo atiende al momento del engaño para concluir que se trata de un dolo penal obviando con ello que el dolo civil (1269 del CC), es también anterior o coetáneo al acto de disposición, en realidad, se constituye como una presunción *iuris et de iure* acerca de la presencia de un delito de estafa para descartar con ello la posibilidad de la presencia de un dolo civil como vicio de nulidad del consentimiento.

En suma, no puede afirmarse que la diferencia entre el fraude civil y el delito de estafa resida en el momento de aparecer el dolo, ya que no existe entre ambos una diferencia sustantiva que permita delimitar cuando nos encontramos en presencia de uno u otro[45]. Es indiscutible, por otro lado, que el ilícito civil supone una vulneración de la buena fe contractual y que esas palabras o maquinaciones insidiosas que lo caracterizan se pueden llegar a superponer con el engaño bastante que genera el error que determina la disposición patrimonial. Por lo tanto, los criterios de diferenciación entre ambos deben ser otros.

4.2. La intensidad del engaño: el engaño bastante y el engaño cualificado.

En este caso, la vía interpretativa gira en torno a la intensidad del engaño como criterio delimitador entre el fraude civil y el delito de estafa. Así, CHOCLÁN MONTALVO afirma que la diferencia entre el ilícito

42. GUTIÉRREZ FRANCES, M.L., *Fraude informático y estafa,* ob. cit. p. 260. Igualmente, GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa (una revisión crítica de sus elementos objetivos), en *Falsedades y estafas -Análisis Jurisprudencial-* (BOIX REIG, J. Director), Madrid, 2005, p. 31.

43. VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit. p. 19.

44. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo.* (POZUELO PÉREZ, L., Coordinadora), Granada, 2006, p. 197.

45. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* T. I, ob. cit. pp. 763-764.

civil y el ilícito penal es de carácter "meramente cuantitativo o de intensidad o gravedad del ataque", añadiendo que tal intensidad en el ataque hay que ponerla en relación con las posibilidades de autotutela de la víctima; esto es, no se trata de un problema de dolo, sino que precisa una delimitación objetiva que tenga en cuenta la actitud de la víctima, que será esencial para comprobar la necesidad de tutela penal[46]. Se trataría, por lo tanto, de determinar la idoneidad del engaño y su capacidad para generar el error en la víctima atendiendo a la diligencia que quepa exigirle a ésta en cada caso.

Como consecuencia de lo anterior resulta que el engaño burdo, el engaño que no fuera bastante para producir error sería imputable a la propia víctima. Opción que, no olvidemos, tiene como punto de partida a GROIZARD[47], quien refiriéndose al engaño ya afirmaba que para suponer su eficacia se requerían determinadas condiciones de defensa por parte del engañado, ya que "*una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia debida*". (vid., en el mismo sentido, la reciente STS. 2.02.2007). Tendencia interpretativa, es verdad, que tiene un cierto reconocimiento en la Jurisprudencia donde, actualmente, no es infrecuente encontrar fallos que no consideran la existencia de un engaño *bastante* dado, que –por ejemplo– el empleado de una entidad de crédito no actuó como requieren las más elementales normas de precaución impuestas con carácter general por la misma actividad bancaria: hizo un abono en cuenta de forma inmediata por la presentación de un simple talonario de cheques sin realizar ninguna confirmación previa (SSTS, 16.02.2001, 19.06.2002). Es indudable que el engañado actúa con negligencia en el caso acabado de mencionar, aunque también es verdad que algún autor señala que el reproche hacia la negligencia del engañado no puede llegar hasta extremos como los de que su conducta negligente excluyan la relevancia del engaño, castigándose con ello a quien es víctima del engaño y no al autor del mismo[48]. No es el momento de detenerse ahora en las distintas cuestiones que se desprenden de la intensidad el engaño, esto es, de que se trate de un engaño *bastante* susceptible de integrar el ilícito penal. Ahora bien, no puedo dejar de mencionar que el punto de partida me parece extraordinariamente discutible. Dicho de otra manera, cabe preguntarse qué tiene que ver la actitud de la víctima, el que ésta sea diligente o no, o sus posibilidades de autotutela para de ello inferir la distinción entre el ilícito penal y el fraude civil; y más discutible resulta

46. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit. pp. 91, 93, 95.

47. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado.* T. VII. Salamanca, 1897, p. 128.

48. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, ob. cit, pp. 53 ss., 72 ss..

si atendemos al tan cuestionado criterio del *hombre medio imaginario* víctima del engaño , (como diría QUINTERO OLIVARES: una "víctima estándar y un agresor prefigurado") o, en el mejor de los casos, a las condiciones concretas del sujeto pasivo de manera que las condiciones de la víctima serán determinantes para la imputación objetiva del hecho, lo cual "puede ser satisfactorio desde un punto de vista de justicia material pero, es frontalmente incompatible con la seguridad jurídica"[49]. Es más, resulta que no podemos obviar que el art. 1269 del CC establece que: "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Es decir, que ese dolo ha sido determinante para contratar, por lo que si no ha sido idóneo para producir el error en la víctima, no habría ni fraude civil ni tampoco estafa[50]. En suma, se trata de un argumento circular que no creo válido para establecer la diferencia entre el fraude civil y el delito de estafa.

En una línea similar, MAGALDI formula una propuesta que incide particularmente en lo que denomina el engaño cualificado[51] (al modo de la "manoeuvre frauduleuse" del Código francés, o al "artificio o raggiri" del Código italiano)[52], es decir, en el carácter cuantitativo del engaño para proponer los criterios de distinción entre ambos ilícitos, resaltando los siguientes aspectos: que el ataque al bien jurídico ha de ser grave y revestir una especial peligrosidad para merecer la atención del Derecho penal (desvalor de acción); el engaño es un engaño cualificado, esto es, objetiva y subjetivamente idóneo para inducir a error al sujeto de que se trate; y, finalmente, debe ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima[53]. A lo anterior, desde un estricto punto de vista fáctico, se le opone el hecho de que existen engaños que pueden ser calificados como bastantes para producir error que no han precisado de especiales aportaciones o puestas en escena por parte de quien los provoca que, en una palabra, no han requerido un grado de elaboración cualificado, sino que aún y siendo, por ejemplo, afirmaciones tácitas son susceptibles de configurar el desvalor de acción preciso que configura el delito de estafa. Tratándose esa puesta en escena, como muy bien señala DOPICO, no de un elemento típico necesario sino, más bien, de un elemento probatorio[54].

49. QUINTERO OLIVARES, G. "Mitos y racionalidad en el delito de estafa", ob. cit. pp. 49, 54.

50. En el mismo sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario...", ob. cit. pp. 200-201.

51. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I, ob. cit. pp. 764-765.

52. Asimismo, vid., BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. p. 33.

53. Vid., SAP Barcelona, 9 de septiembre de 2004.

54. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", ob. cit. pp. 199-200.

Las aportaciones que inciden en el engaño cualificado para delimitar el fraude civil del delito de estafa, podíamos calificarlas como una de las tesis tradicionales propuestas por la doctrina y que, ya en su momento, fue rebatida con distintos argumentos. Así, QUINTANO RIPOLLÉS la cuestionaba al afirmar que la entidad del engaño, "su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cómputos cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa". Añadiendo que lo cuantitativo es irrelevante en el engaño siempre y cuando resulte idóneo al fin delictivo propuesto[55]. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ afirmaba que la delimitación del engaño típico debía de obedecer a "criterios normativos" entre los que cabe destacar su adecuación concreta para "mediante el preceptivo acto de disposición, dañar el patrimonio", y no recaer en la exigencia de una determinada gravedad objetiva para confirmar el injusto del delito de estafa[56].

Como he referido con anterioridad, creo que está fuera de cualquier consideración que para que una conducta sea calificada como un delito de estafa debe de tener un mayor contenido del injusto y reportar una mayor reprochabilidad que la propia del fraude civil; no obstante, los criterios de índole cuantitativo y/o cualificado del engaño son insuficientes para dirimir el conflicto.

4.3. El criterio del resultado: el perjuicio y el acto de disposición.

En relación al resultado típico del delito de estafa son dos las propuestas doctrinales formuladas como criterio delimitador entre el ilícito penal y el fraude civil. La primera es la relativa a la existencia o inexistencia de un perjuicio económico ocasionado a la víctima. Al respecto, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC afirman que la línea divisoria entre la estafa y el ilícito civil, determinante de la nulidad del contrato, "radicará en la existencia o inexistencia de perjuicio logrado o intentado"[57]. Perjuicio económico que para MARTOS NÚÑEZ[58], puede caracterizarse como un enriquecimiento injusto que obtiene la parte que incumple la contraprestación a la que se obligó, "a cambio de la entrega de la cosa o el dinero recibido".

Se trata de un criterio diferenciador que ha sido criticado, me atrevería a decir, con inusual dureza por un sector de la doctrina. Así, CHOCLÁN

55. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (edición a cargo de GARCÍA VALDÉS, C.), T. II, Madrid, 1977, p. 590.

56. VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit. p. 144.

57. VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia, 2004, pp. 479-480

58. MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa.* Madrid, 1990, p. 135. Vid., igualmente, GALLEGO SOLER, J.I. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial,* ob. cit. pp. 297 ss.

MONTALVO arguye que con ello se renuncia a la distinción ya que supone admitir que no es posible delimitar ambos ilícitos atendiendo al desvalor de acción, sino considerando exclusivamente el resultado y, con ello, al azar[59]. O, en un sentido similar, el propio BAJO FERNÁNDEZ alude al criterio diferenciador referido al perjuicio como un argumento: "con una simplificación no explicada"[60]. A ese respecto, a la exigencia o no de perjuicio económico, al analizar el dolo civil (supra 3), ya hice referencia a que el Código civil –a diferencia de su exigencia en la tipificación del delito de estafa–, no requiere tal requisito, dado que lo esencial es que se haya producido un engaño que motive a la otra parte a contratar aunque, también es verdad que normalmente coincidirán ambos aspectos, esto es, el dolo como causa del contrato y un perjuicio como efecto de la celebración del contrato[61]. Piénsese, por otro lado, en la posibilidad de que se irrogue un perjuicio económico a una de las partes como consecuencia de un contrato, lo cual no lleva aparejada necesariamente su ilicitud (ya que, por ejemplo, es fruto de una operación contractual determinada que posteriormente resulta lesiva para los intereses de una de las partes que ha calculado equivocadamente los costes de fabricación y distribución de un producto) ni, desde luego, implica la presunción de la existencia de un ánimo de lucro ilícito por la parte que ha resultado beneficiada en la transacción; obviamente, sin dejar de considerar que el art. 1270 del CC contempla la indemnización por daños y perjuicios en caso de dolo civil. Razones que me llevan a concluir las dificultades de aceptar tal propuesta como criterio válido de diferenciación entre el delito de estafa y el fraude civil.

En términos parecidos, atendiendo al resultado, GARCÍA RIVAS entiende que el único instrumento interpretativo útil para distinguir la estafa del incumplimiento contractual "estriba en el sentido literal posible de la expresión acto de disposición", puntualizando que el acto de disposición típico de la estafa sólo puede consistir en "dar o entregar algo", mientras que cuando el sujeto pasivo reivindique el impago de un "hacer", el hecho debería resolverse por la vía civil, lo cual le lleva a concluir la atipicidad de los supuestos que consistan en una prestación de servicios dado que éstos no conllevan un acto de disposición de carácter transitivo, como puede ser –añade– el caso de la estafa de hospedaje[62]. Realmente, me parece una propuesta sugerente aunque, todo sea dicho, no por ello susceptible de ser compartida y ya no sólo por las importantes divergencias doctrinales acerca de la potencial relevancia penal del acto de disposición derivada de la prestación de un servicio que no se paga

59. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit. p. 93. Vid., MARTOS NÚÑEZ, J.A., ob. cit. p. 133.

60. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. p. 72.

61. Supra nota a pie de página nº 37.

62. GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa...", ob. cit. pp. 31, 39.

según lo previamente estipulado[63], sino que de admitirse tal hipótesis se limita el ámbito material del delito de estafa sin considerar que lo esencial en el ilícito penal es que el acto de disposición del engañado aparezca como el vehículo utilizado por el agente para conseguir el enriquecimiento injusto, es decir, "el acto de disposición debe ser capaz de causar el daño patrimonial...se trata de una conducta que posee eficacia real sobre el patrimonio atacado[64]". En definitiva, la conducta engañosa dirigida a obtener la prestación de un servicio remunerado al que no se tiene derecho por falta de pago que, a su vez, es bastante para inducir a error en otro que genera el acto de disposición, causa un perjuicio patrimonial y, en ese caso, es susceptible de ser calificado como un delito de estafa[65], razón por la que no puedo compartir el criterio de distinción atendiendo a que el delito de estafa se circunscribe a "dar o entregar algo", mientras que el impago de un hacer debería dirimirse en la jurisdicción civil.

4.4. La opción del concurso de leyes y el principio de especialidad.

Una opción interpretativa distinta, también asumida en reiteradas resoluciones por la Jurisprudencia y sobre la que seguidamente nos detendremos hace referencia a que:

> *la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente aparece incluida en el precepto tipificador del delito de estafa, es punible tal acción, lo que permite establecer un criterio diferenciador entre el mero incumplimiento contractual para el que el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el derecho conculcado por los vicios civiles* (STS 27.03.2003).

Según lo anterior, la distinción entre el ilícito civil y el penal es una cuestión de delimitación típica. Criterio que suscribo, como veremos más adelante, pero que es necesario precisar e ir más allá de la tan socorrida fórmula de la necesidad de atender al caso en concreto para dirimir las particularidades de uno u otro ilícito; e, incluso, de la propuesta que admite que se trata de un problema de tipicidad, pero que ante el supuesto de que un mismo hecho sea susceptible de subsumirse en los preceptos

63. Entre otros, vid., ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", ob. cit. p. 50; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. p. 49, notas a pie de página nº 81 y 82. En el mismo sentido, vid., CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit. p. 161; VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit. p. 485, quienes expresamente afirman "ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate...".

64. VALLE MUÑIZ, J.M. *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, ob. cit. p. 214.

65. MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, ob. cit. p. 134.

de nulidad civil del contrato y los de la estafa, la solución debe de articularse a través de un concurso de leyes que, en virtud del principio de especialidad, debe de atender al Código Penal por ser ley especial; a lo que acto seguido se le añade un criterio corrector referido al necesario deber de autoprotección de la víctima, ya que si el error se debe a la "intervención responsable de la víctima no es imputable a la conducta engañosa porque el error, como resultado intermedio del delito, no es la realización del riesgo en el engaño"[66]. Solución que no comparto por distintas razones. En primer lugar, porque vendría a configurar un ámbito material de la estafa excesivamente amplio que iría más allá de su esfera de protección y que contraviene el principio de *ultima ratio*[67]; por otro lado, porque me parece fuera de cualquier duda que el delito de estafa encierra un mayor contenido del injusto y una mayor reprochabilidad que la propia del fraude civil que es la que únicamente legitimaría la intervención penal; y, por último, porque el elemento subjetivo del *dolo in contrahendo* reside en la intención de engañar para que la otra parte contrate, mientras que en la estafa el dolo debe de abarcar, también, el ánimo de lucro[68].

4.5. El ambiguo criterio jurisprudencial de la tipicidad penal para afirmar la presencia del ilícito penal.

Finalmente, para acabar de abonar la ceremonia de confusión anterior en la que, como hemos visto, las propuestas doctrinales se suceden en orden a tratar de establecer criterios válidos de distinción entre el fraude civil y el delito de estafa (tarea a la que no es ajena la propia Jurisprudencia del TS y a lo que –todo sea dicho– ésta ha contribuido con indiscutible mérito) sin que ninguno de ellos resulte convincente, no es infrecuente tampoco encontrar pronunciamientos de la Sala Segunda, alguno de ellos recientes, en los que se señala que la línea divisoria entre ambos ilícitos no es otra que el de constatar la "tipicidad". Sin embargo, lejos de analizar los elementos que configuran el comportamiento típico del delito se limitan genéricamente a realizar tales afirmaciones sin aportar ningún otro elemento que nos permita concretar los criterios. Obviamente, desde tal punto de vista sería constitutivo de delito la conducta del sujeto que encuentra acomodo en el precepto penal, sin que ello suponga que cualquier incumplimiento contractual signifique la vulneración del Código Penal. Una muestra de ello, por citar alguna de las más recientes, es la STS de 30 de septiembre de 2005, donde se afirma:

66. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. pp. 71-72. Vid., igualmente, en cuanto a la necesidad de autotutela de la víctima y su deber de diligencia, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa,* ob. cit. pp. 93-95.

67. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción,* ob. cit. p. 203. Asimismo, vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I., ob. cit. p. 765.

68. Vid., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., ibídem.

> *... Procede, por ello, en sede teórica recordar la teoría de los negocios jurídicos criminalizados y la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS 17.11.1997, indica que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...". En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe, pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del Derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira...* (Subrayado añadido, Vid., en el mismo sentido, SSTS 27 de marzo de 2003, o 5 de noviembre de 1998).

Afirmación con la que no se puede estar en desacuerdo so riesgo de quebrar el principio de legalidad penal. No obstante, cabe preguntarse qué nos aporta semejante aseveración: es necesaria la adecuación de una conducta a la tipicidad penal para incurrir en un delito de estafa. Creo que, con rotundidad, nada. Es más, llegados a este punto incluso puede pensarse en la esterilidad de la discusión y en la certeza de la afirmación que pronosticaba que en la práctica la conducta ilícita será calificada como estafa o como civilmente ilícita en función de la vía procesal elegida por el perjudicado, o aquélla otra que sostenía que conductas esencialmente idénticas podían ser resueltas por los tribunales en uno u otro sentido en función de pronunciamientos casuísticos sin ningún criterio cierto, con las consecuencias que podrían derivarse de todo ello[69]. Sin embargo, no puedo aceptar tales conclusiones que, no ignoro, tras un análisis jurisprudencial exhaustivo se ajustan a la práctica forense más de lo que sería deseable; por ello, lo que sigue es una toma de posición realizada no con la pretensión de cerrar un tema complejo, sino de abundar en un criterio que, a mi juicio, aporta elementos para clarificar el conflicto.

4.6. Toma de posición: el ánimo de lucro como elemento clave de la distinción.

A pesar de lo anterior, a mi desacuerdo respecto a lo postulado por el Tribunal Supremo en alguna de sus resoluciones respecto a que la diferencia entre el ilícito penal y el fraude civil reside en la tipicidad, la discrepancia reside no en la conclusión, sino en que utiliza una aseve-

69. Respectivamente, VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit. p. 482; GUTIÉRREZ FRANCES, M.L. *Fraude informático y estafa*, ob. cit. p. 260.

ración genérica huérfana de cualquier argumentación complementaria respecto a los motivos que le llevan a esa solución, hasta el punto que afirmar la diferencia entre ambos ilícitos remitiéndose genéricamente a la tipicidad entiendo que no es más que una fórmula huera. No obstante, a mi juicio, es precisamente en la tipicidad donde reside el criterio de distinción. Criterio al que, por otro lado, algún sector de la doctrina alude sin determinación, mientras que VALLE MUÑIZ lo señala como elemento determinante para la distinción entre el fraude civil y el delito de estafa.

Así, MAGALDI afirma que la exigencia del ánimo de lucro en el tipo subjetivo del delito de estafa comporta que la relevancia penal de la conducta se configura a su alrededor. No obstante, añade que la delimitación entre el ilícito civil y el ilícito penal no es un problema de dolo y, ni siquiera, sólo o principalmente un problema de tipo subjetivo, sino que la clave reside en la interpretación del engaño que, apostilla, no se diferencia del vicio del consentimiento definido en el art. 1269 del CC y que conforma la conducta típica[70]. Ya me he referido a ello, pero no puedo dejar de insistir en que si el engaño no se diferencia del vicio del consentimiento del art. 1269 del CC, resultará más que complejo particularizar un concepto penal de engaño válido para diferenciarlo del vicio del consentimiento. Por otro lado, BAJO FERNÁNDEZ admite, como hemos visto (supra 4.4), que se trata de un problema de tipicidad aunque su propuesta la centra en la vía del concurso de leyes y en el principio de especialidad, esto es, en los supuestos en los que un mismo supuesto sea susceptible de ser subsumido en los preceptos de nulidad civil del contrato y en los que regulan la estafa, se produce un concurso de leyes que habrá que resolver atendiendo al principio de especialidad por lo que, en todo caso, prevalecerá la norma penal, que es especial y "más rica en requisitos"[71]. A pesar de ello, el mismo autor admite que la maquinación insidiosa del art. 1269 del CC es muy similar al engaño bastante para producir error y que el Código Penal al describir el comportamiento típico del delito requiere además de ánimo de lucro, elementos que por sí mismos son suficientes para ser utilizados como criterios de distinción "en la mayor parte de los casos", aunque también existen otros supuestos en los que no es posible determinar la línea divisoria entre el ilícito penal y el civil, por lo que habrá que atender al principio de especialidad del concurso de leyes[72]. Propuesta que sólo puedo compartir parcialmente; por razones a las que ya he hecho referencia con anterioridad, no creo que el mecanismo idóneo para la solución del conflicto sea la del concurso de leyes pero, en cambio, sí me parece que la vía idónea para la distinción es el elemento subjetivo especial del injusto que requiere el art. 248 del Código Penal que, en cambio,

70. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal*, T. I., ob. cit. pp. 763-764.
71. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. pp. 70-71.
72. BAJO FERNÁNDEZ, M. Ibídem.

no se requiere en el art. 1269 del Cc. Veamos por qué y para ello permítaseme sintetizar algunos aspectos de lo hasta ahora dicho.

Así, el ya tantas veces referido art. 1269 del CC estipula que "hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no se hubiera producido". Es evidente la similitud de tal previsión con la tipificación del delito de estafa en el Código Penal, hasta el punto que resulta de gran dificultad –en realidad puede que sea objetivamente imposible– la distinción entre el *engaño bastante* característico de la regulación penal de las *palabras o maquinaciones insidiosas* que inducen a celebrar un contrato, lo cual indefectiblemente produce un error. Unas palabras o maquinaciones insidiosas que pueden perfectamente ser anteriores o simultáneas a la celebración del contrato, ya que si éstas no se hubieran producido con anterioridad a que éste se perfeccionara la otra parte jamás hubiera llegado a suscribirlo.

Téngase en cuenta que en ese acuerdo contractual las partes convienen el pago de un precio a cambio de la prestación de un servicio o la entrega de un objeto; a la vez que, como hemos visto, no es factible circunscribir el delito a *"dar o entregar algo"*, ya que de admitirse tal hipótesis se excluiría inexplicablemente del tipo los impagos por las prestaciones de servicios[73]. Se trata, por lo tanto, de unas circunstancias perfectamente extrapolables al ámbito civil, donde el contrato se perfecciona mediante el intercambio acordado del objeto o la prestación de servicios por un precio.

Es cierto que la descripción típica del delito de estafa requiere que se ocasione a la otra parte un perjuicio económico que, ciertamente, no se requiere de forma expresa en el dolo *in contrahendo*. Y, también, es verdad que un sector doctrinal hace recaer la clave de bóveda de la distinción entre el ilícito penal y el fraude civil en que se origine un perjuicio económico a la otra parte[74]. Al respecto, hay que convenir que el dolo vicio no requiere que se ocasione un perjuicio económico dado que lo esencial es que se produzca un engaño que motive a la otra parte a contratar, pero también es más que evidente que resulta difícil de imaginar un supuesto en el que no coincidan ambos aspectos: dolo como causa del contrato y perjuicio económico como consecuencia de su celebración (sin olvidar que al perjudicado le asisten las correspondientes acciones civiles indemnizatorias). No creo que el rechazo a esta opción deba recaer en el argumento de que con ello se prioriza el desvalor de resultado o el azar, como señala algún autor[75],

73. Cfr., GARCÍA RIVAS, N., "Estructura jurisprudencial del delito de estafa...", ob. cit. pp. 31, 39.

74. VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* ob. cit. pp. 479-480

75. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, ob. cit. p. 93

sino en que objetivamente –con independencia de que el Código Civil no lo requiera– la mayoría de las hipótesis de incumplimientos contractuales civiles tienen como efecto inmediato la causación de un perjuicio económico en la otra parte como consecuencia del incumplimiento.

Llegados a este punto hay que poner de manifiesto que el único elemento que no se puede identificar como común entre ambos preceptos, entre la descripción típica del delito de estafa y el dolo vicio del consentimiento, es el ánimo de lucro que se requiere expresamente en el primero y que no se precisa en el segundo. En definitiva, el ánimo de lucro es un elemento esencial de la descripción típica del delito hasta el punto que si concurre –junto al resto de elementos que se requieren en el tipo– tiene como consecuencia la constatación del injusto; mientras que, si no está presente, el comportamiento del sujeto que engaña, esto es, de quien emplea palabras o maquinaciones insidiosas que inducen a otro a contratar, carecerá del desvalor de acción suficiente como para constituir un comportamiento penalmente relevante, aunque ello no significa su irrelevancia ni, desde luego, el que no conlleve determinadas consecuencias jurídicas (la anulabilidad del contrato celebrado y/o las acciones indemnizatorias por los daños y perjuicios, ocasionados etc.).

Como es sabido, el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales se configura como un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, de ese conocer y querer de la realización típica, que se exige en el tipo para su realización[76]. Luego, en el delito de estafa, como consecuencia del principio de legalidad, el comportamiento del sujeto no puede estar presidido únicamente por el actuar doloso inherente a este delito sino, además, por un incuestionable ánimo de lucro que en este caso se constituye como un elemento de tendencia interna trascendente, esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico, en otras palabras, que trasciende al hecho típico. Obviamente, la ausencia de ese elemento subjetivo especial del injusto que se requiere en el tipo de la estafa, implica necesariamente la atipicidad de la conducta sin perjuicio, desde luego, de que puedan activarse las correspondientes vías civiles que correspondan en cada caso.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por ánimo de lucro?[77] Al respecto, hay que señalar que la Jurisprudencia no ha sido demasiado afortunada

76. Vid., ampliamente, GUARDIOLA GARCÍA, J., "Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho Penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general", RDPP, 2001, nº 6, pp. 39 ss.

77. Una exposición sobre las distintas propuestas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia puede verse en MATA BARRANCO, N.J. de la, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación,* ob. cit. pp. 242 ss. Igualmente, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago", ob. cit. p. 359; VICENTE MARTÍNEZ, R. de, *El delito de robo con fuerza en las cosas.* Valencia, 1999, pp. 78 ss.

en esa tarea. En algún caso ha llegado a interpretarlo indiferenciadamente junto con el dolo[78], para en la mayoría de los supuestos diferenciarlo de éste adoptando una interpretación muy amplia del concepto. Una buena muestra de ello es la reciente STS de 21 de julio de 2006:

> *No está de más recordar que el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita de apoderamiento. Este ánimo es compatible con otros propósitos, como es el caso del recurrente que asocia a ese ánimo, según manifiesta, otro de financiación de su actividad empresarial.*

Como se desprende del párrafo trascrito, la interpretación que le dispensa el TS al concepto de ánimo de lucro es amplísima lo cual, de compartirse el punto de partida propuesto, tendría como consecuencia –lo veremos seguidamente– la imposibilidad de distinguir el delito de estafa de otros delitos patrimoniales[79]. No obstante, téngase presente que del extracto citado parece inferirse una construcción que me atrevería a calificar como contradictoria. Así, en la primera parte se le atribuye un significado abierto en el que se contempla el beneficio, ventaja o utilidad añadiéndose, incluso, las pretensiones que impliquen cualquier satisfacción de índole personal (lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia), lo cual responde a la línea interpretativa tradicional del ánimo de lucro; sin embargo, a continuación se incorporan dos circunstancias que sí creo esenciales para caracterizar el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales (con la particularidad que seguidamente añadiré) como son: el que le reporte al autor un provecho o utilidad de naturaleza económica y, en segundo lugar, que se obtenga mediante una conducta de apoderamiento ilícita. Construcción que, como se puede observar es por sí mismo contradictoria, ya que es antagónico fijar los requisitos del ánimo de lucro atendiendo a cualquier ventaja –incluidas las de índole personal– para más adelante acotarlo con una ventaja, cierto, pero de índole

78. Al respecto, vid. STS 2 de Julio de 2002, en la que refiriéndose al ánimo de lucro se afirma lo siguiente: "Este requisito, como elemento subjetivo del injusto o dolo en el sujeto activo de la acción, según la jurisprudencia y la doctrina aparece integrado por el elemento intelectivo de conocer que se está engañando y perjudicando a otro y el volitivo de obtener una ventaja o provecho, es decir, la propia norma al definir el tipo delictivo exige expresamente el ánimo de lucro u obtención de un provecho económico como contrapartida al perjuicio al que antes nos hemos referido..."

79. Vid., GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit. p. 232.

patrimonial obtenida mediante una conducta ilícita de apoderamiento. Un apoderamiento que, en realidad, preside los delitos caracterizados por la aprehensión ilícita de la cosa y no por la defraudación característica de la estafa. Lo anterior nos lleva a una conclusión evidente, y es que la Jurisprudencia maneja indistintamente el ánimo de lucro de los delitos de apoderamiento junto al ánimo de lucro de los delitos defraudatorios. Es cierto que existen unos elementos comunes, pero también es verdad que existen unas diferencias consustanciales a los mismos, el apoderamiento y el engaño o el fraude, que no pueden ser objeto de confusión en ningún caso[80]. Con independencia de lo acabado de referir, es una constante en la Jurisprudencia que se caracterice el ánimo de lucro como: "*cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser necesario un lucro propio, bastando que era para beneficiar a un tercero*[81]".

Una concepción del ánimo de lucro con tan desmesurado ámbito material (que abarca toda clase de ventaja, beneficio o utilidad para el sujeto o para un tercero, a modo de *animus lucri faciendi gratia*[82]), en realidad, diluye la diferencia entre el delito de estafa con otros como los de hurto, los de daños, o los usos impunes sin ánimo de apropiación. Interpretación rechazada en su momento por DÍAZ PALOS[83], quien ya puso de relieve las dificultades para deslindar las referidos tipos entre sí, ya que no puede negarse, apostillaba, que quien destruye un valioso objeto de su enemigo da satisfacción a su "insano apetito...y consigue, por tanto, aquél lucro desorbitado que precisamente combatimos". En otras palabras, una interpretación del ánimo de lucro desprovista de la ventaja patrimonial que supone la incorporación de la cosa al patrimonio haría imposible distinguir

80. Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, ob. cit. p. 100, quien refiriéndose al ánimo de lucro, remite a la STS de 5 de junio de 1987, la cual, afirma: "que, aunque dictada para el hurto, es extensible a la estafa". Ahora bien, lo que en realidad resuelve la Sentencia es un asunto de falsedad en documento público y estafa donde, efectivamente, se resuelve la presencia de ánimo de lucro en el proceder del acusado atendiendo al "animus lucrandi" atendiendo a lo que en la resolución se denominan delitos "contra la propiedad de expropiación seguida de apropiación, como v.g., robo, hurto, estafa o apropiación indebida".

81. STS 22 de septiembre de 2006.

82. SÁINZ DE ROBLES, C., "El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* (en homenaje al Profesor J.M. Rodríguez Devesa). T. II, Madrid, 1989, p. 301.

83. DÍAZ PALOS, F., voz "Ánimo de lucro", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* T. II, Barcelona, 1958, p. 674; PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, ob. cit. pp. 32 ss.; Vid., igualmente, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador", ADPCP, 1961, pp. 237-238, quien trae a colación el ejemplo del coleccionista que destruye la pieza de otro para revalorizar con ello la suya que, de ese modo, deviene única.

entre el delito de hurto y el delito de daños, entre el hurto de uso impune y el hurto de uso punible. Es más, como señala BAJO FERNÁNDEZ[84], el concepto de ánimo de lucro al venir caracterizado por la obtención de una ventaja patrimonial debe incluir también los casos de lucro propio y ajeno, además de abarcar –en los delitos de apoderamiento–, la sustracción de cosas sustituyéndolas por otras de igual valor.

En orden a concretar qué debe entenderse por ánimo de lucro, parece fuera de cualquier duda que no es admisible la abierta interpretación jurisprudencial en la que se incluye "cualquier ventaja, beneficio, provecho o utilidad", dado que en esa fórmula podría incluirse cualquier acto de disposición sobre la cosa, incluidos los usos penalmente impunes, lo que nos abocaría a la práctica imposibilidad de deslindar cualquiera de esos comportamientos con, en este caso, el delito de estafa. Evidentemente, lo anterior supone también desterrar del concepto de ánimo de lucro esas, como las denomina el Tribunal Supremo, "pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia". En definitiva y concretando el alcance y el contenido del ánimo de lucro ya he hecho referencia a que, en primer lugar, el ánimo de lucro tiene un indiscutible contenido económico, lo cual viene a configurarse como su requisito más importante[85]. Es más, no se trata de un valor de otra índole (ya fuere moral, afectivo, etc.), sino objetivo, de contenido económico o lucrativo. Y, en segundo lugar, el ánimo de lucro ha de ser de carácter directo, en el sentido de que el lucro va conectado "a la posesión de la cosa que es objeto material del delito", mientras que cuando se trata de un lucro que no está directamente relacionado con el objeto material en sí, sino que es consecuencia de acrecentar el patrimonio como consecuencia de la "destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa", no se trata de lucro sino de efectos indirectos derivados por la afección material o física de la cosa[86]. En definitiva, podemos concluir que el ánimo de lucro se caracteriza porque "persigue una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico[87]".

A la vista de lo anterior, es indudable la complejidad existente para deslindar o para establecer los límites entre el fraude civil y el delito de estafa. Es cierto también que el fraude civil, que el dolo *in contrahendo* presenta unas características que lo hacen muy similar a la actual ti-

84. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. p. 53. Igualmente, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit. p. 233.

85. Vid. GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto,* ob. cit. p. 131.

86. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador", ob. cit. p. 238. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal,* ob. cit. p. 54; GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto,* ob. cit. p. 132.

87. BAJO FERNÁNDEZ, M., "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago", ob. cit. p. 369.

pificación del ilícito penal, pero también creo que, analizadas todas las variables de ambos ilícitos, el ánimo de lucro se constituye como el único elemento esencial que nos puede permitir establecer los criterios de diferenciación entre ambos, todo lo cual me lleva a rechazar la clásica interpretación jurisprudencial que hace referencia a la existencia de un dolo anterior o coetáneo a la celebración del contrato para asegurar la existencia del ilícito penal, así como la del resto de propuestas formuladas por la doctrina, incluida la etérea aseveración jurisprudencial referida a la tipicidad penal, dado que ésta se limita a una simple afirmación vacía de contenido sin precisar ningún elemento que nos permita aproximarnos al núcleo del problema para ahondar en la discusión.

B. La reinterpretación del engaño.

1. Consideraciones previas.

La segunda parte de este trabajo tiene como objeto otro de los elementos controvertidos en el delito de estafa con el que, al igual que en el apartado anterior, al abordarlo únicamente pretendo poner de relieve algunas consideraciones que me parecen importantes para contribuir a delimitar uno de los conceptos más complejos de este delito.

Vaya por anticipado que no voy a referirme a los tipos de engaño y, por ello, no me detendré en si pueden ser considerados engaños los juicios de valor, en la admisibilidad o no del engaño omisivo[88], en que éste sea o no reconducible a los actos concluyentes o en cualquier otra clase de engaño típicamente relevante, sin perjuicio que pueda hacer alguna referencia directa o indirecta a alguno de ellos. Sin embargo, además de abordar el engaño, sí que haré hincapié en un fenómeno relativamente reciente del que han sido objeto la inmensa mayoría de las personas que tienen una dirección de correo electrónico, me refiero al *phishing* (comúnmente *fishing*) y que, como es sabido, consiste en enviar masiva e indiscriminadamente correos –con apariencia de tener origen en una entidad bancaria y con una similitud prácticamente exacta a los veraces– solicitando en ellos que se confirmen números de tarjetas de crédito, claves o cualquier otra información confidencial que permite al receptor fraudulento de la información utilizarla subrepticiamente para disponer libremente de sus cuentas. Fenómeno, como decía, frecuente y que, a mi entender, puede suscitar controversias –que no me parecen baladíes– acerca de si tal comportamiento es o no subsumible en el delito de estafa.

88. Al respecto, vid. PÉREZ DEL VALLE, C., "El engaño omisivo en la estafa". CPCr., 1996, nº 59, pp. 373 ss.; VALLE MUÑIZ, J.M., "Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa", ADPCP, 1986, pp. 863 ss.

2. El concepto de engaño.

Una de las cuestiones sobre las que existe un cierto consenso en la doctrina es que el delito de estafa es un *"delito de relación";* como afirma PASTOR MUÑOZ[89]: "un delito que el autor no puede consumar sin mover a la víctima a un determinado comportamiento" o, dicho de otra manera, la situación (o relación) en la que se encuentran las partes es desigual ya que existe un conocimiento distinto de la misma por los sujetos que intervienen al encontrarse en planos distintos: el autor –quien desfigura la situación– tiene un conocimiento de la realidad del que carece el disponente quien, a su vez, se la representa equivocadamente incurriendo, con ello, en un riesgo de lesión patrimonial[90]. Dicho lo anterior, resulta que ese "mover a la víctima a un determinado comportamiento" suscita ya las primeras controversias, en cuanto a si con ello se *utiliza* a la víctima para disponer o si, por el contrario, se le *determina* a disponer. Es indiscutible que lo que subyace en lo anterior es si cabe afirmar que la estafa es un caso de autoría mediata tipificada por el legislador o si, en el segundo caso, se trata de un supuesto de inducción. La primera de las hipótesis tiene como uno de sus puntos de partida las tesis de KINDHÄUSER en Alemania[91], a lo que añade que el engaño consiste en la lesión de un *derecho a la verdad*; mientras que, la segunda, es el criterio tradicional seguido en nuestra doctrina. Con independencia de la originalidad de la propuesta, no voy a entrar en ella ya que en este momento me parece una discusión que no nos aporta demasiado, otra cosa –como luego veremos– es la consideración del engaño como lesión de un *derecho a la verdad,* sobre lo que sí me detendré. En cualquier caso, lo cierto es que el Código no define qué es el engaño ni tampoco se determina que deba de reunir unas características especiales[92]. Seguramente como consecuencia de lo anterior, la doctrina ha sido particularmente generosa al conceptualizarlo y, permítaseme la liberalidad, existen casi tantas definiciones de engaño como autores se han dedicado a estudiar el delito de estafa[93] –la mayoría de ellas con apenas matices distintos con respecto a otras–; por lo tanto, para no contribuir más

89. PASTOR MUÑOZ, N., "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial.* Madrid, 2003, p. 70. Igualmente, PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", en *Hacia un Derecho penal económico europeo.* (L.H. TIEDEMANN), Madrid, 1995, p. 292.

90. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa* , ob. cit. p. 87; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I., ob. cit. p. 748.

91. En nuestro país, expresamente, PASTOR MUÑOZ, N., "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", ob. cit. p. 77; la misma, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa,* ob. cit. pp. 125 ss. Igualmente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción,* ob. cit. p. 142.

92. VIVES ANTÓN, T.S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* ob. cit. p. 476.

93. Para muestra de ello, vid. VALLE MUÑIZ, J., *El delito de estafa,* ob. cit. p. 142, nota nº 1, quien pone de relieve la multiplicidad de –curiosas– acepciones del engaño.

a la atomización conceptual adoptaré como punto de partida la propuesta formulada en su día por ANTÓN ONECA, quien afirmaba que el elemento específico de la estafa es la conducta engañosa "*consistente en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas*" [94].

Sin embargo, si bien es cierto que el *engaño* se articula como el elemento típico esencial que configura la tipicidad del injusto, también es verdad que no cualquier engaño tiene la relevancia típica capaz de inducir a error al sujeto pasivo, para con ello motivar el correspondiente desplazamiento patrimonial con el consecuente perjuicio económico que le reporta. Es en la reforma de1983 cuando se acoge un concepto restrictivo de engaño que abandona la tipificación anterior en la que éste se concebía con particular amplitud –rayano en la analogía– ya que hasta entonces se adoptaba un tipo abierto en el que se hacía mención expresa a *cualquier engaño* como una de las modalidades de estafa. En efecto, a partir de entonces el ámbito típico del delito de estafa se articula alrededor del engaño, pero ya no de cualquier engaño, sino que, éste, ha de ser *bastante* para inducir a error al sujeto pasivo. Otra cosa distinta es dotarlo de contenido material y ponderar si ha sido idóneo, esto es, si ha tenido la entidad suficiente para originar un error en el sujeto pasivo que le motive a realizar un acto de disposición.

En este orden de consideraciones, me parece también oportuno traer a colación la reciente STS de 23 de junio de 2005 quien, entre otras muchas, lo identifica expresamente con cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y, así, lo hace extensivo "*a cualquier falta de verdad o simulación, cualquiera que sea su modalidad, que le determina a realizar la entrega de una cosa, dinero o prestación, que de otra forma no hubiera realizado*". Se trata, en fin, de un engaño suficiente (bastante), precedente o coetáneo al acto de disposición de la víctima que le ocasiona, a él o a un tercero, un perjuicio patrimonial que consiste en la entrega de una cosa o en la prestación de un servicio por el que no obtiene la contraprestación acordada. Ahora bien, como se puede observar de la cita transcrita en ella se asume parcialmente la propuesta por ANTÓN ONECA aunque con matices, ya que el TS hace referencia a "*cualquier falta de verdad*", cuando, en realidad, la simple mentira por sí misma no es constitutiva de delito, sino que lo penalmente relevante es la "incongruencia entre la realidad y lo que expresa el autor", no entre lo que se piensa y se dice[95].

94. ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", ob. cit. p. 61.

95. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. p. 32. Igualmente, ANTÓN ONECA, J., voz "Estafa", ob. cit. p. 61, quien afirma: "la mentira no es, pues, un delito... lo que la ley proscribe es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardides..."; SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal", en *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Madrid, 1999, pp. 87 ss.

Lo dicho hasta ahora acerca del concepto de engaño debe de situarse en el contexto que le corresponde, esto es, no se trata de determinar si un comportamiento engañoso se adecua a un concepto previamente determinado y, en consecuencia, si concurren el resto de los elementos del injusto pueda ser calificado como constitutivo de un delito de estafa; lo que se pretende, con ello, es establecer unos criterios de restricción de la conducta típica que, en un caso, parten de delimitar el concepto de engaño o, por el contrario, delimitar la conducta típica a través de criterios de imputación objetiva, como es nuestro caso.

3. El engaño bastante.

Como anticipaba, a diferencia de lo previsto en el Código Penal anterior a la reforma de 1983, no cualquier engaño es suficiente o idóneo para determinar el error en el sujeto pasivo. Al respecto, las propuestas doctrinales y la evolución jurisprudencial han sido más que notables, por lo que me referiré a las particularidades más significativas de algunas de ellas.

a. En primer lugar, con relación a la entidad del engaño y a su idoneidad o suficiencia para producir el error en la víctima una línea interpretativa, me atrevería calificar como mayoritaria hasta hace no demasiado tiempo, viene caracterizada por la necesidad de acudir a un criterio mixto, *objetivo-subjetivo*. Así, se afirma que se ha de atender a un doble módulo para determinar la eficacia del engaño. En ese caso, desde un punto de vista objetivo "*debe ser valorado como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas*"; para, a la vez, subjetivamente, considerar el principio de buena fe y las condiciones personales del engañado, "*que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar intuito personae*" (STS 24.04.2002)[96].

b. A pesar de esa referencia formal a la necesidad de atender a un doble módulo objetivo-subjetivo, el primero en relación a una puesta en escena fingida que no responde a la verdad y, en segundo lugar, al engañado para atender, entonces, a sus condiciones personales, como se afirma, a una valoración *intuito personae,* resulta que la determinación de la eficacia del engaño recae en el elemento subjetivo ya que, en ese caso, resultan determinantes la buena fe de la víctima y sus condiciones personales. En esta misma línea, se han manifestado algunas resoluciones del TS al asumir expresamente que se ha adoptado una *teoría*

96. Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. pp. 48 ss. Igualmente, ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental,* ob. cit. p. 27.

subjetiva "que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño"(STS 12. 05.2005), o cuando se afirma *"es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa"* (STS de 24.04.2002); señalándose únicamente como excepción a lo anterior hasta el punto de permitir exonerar de responsabilidad al sujeto activo del engaño cuando el *"engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una inteligencia mínima o cuidado"* (STS 11.07.2000)[97].

Tendencia interpretativa que, ciertamente, es coetánea a otras resoluciones de signo opuesto, pero que parece poner de relieve una cierta involución con respecto a criterios anteriores y antagónicos con lo, en su día, postulado por GROIZARD, al que ya me he referido con anterioridad (supra, A. 4.2), pero a quien no puedo evitar una nueva referencia en cuanto a que: *"una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosa, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de diligencia debida"*. En efecto, esa falta de perspicacia es lo que parece que el Tribunal Supremo protege en algunas de sus Sentencias hasta unos extremos difíciles de entender que, más bien, atienden a criterios de justicia material y que en absoluto se compadecen con la idoneidad de un engaño bastante. Valga como muestra de ello las siguientes:

> *Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, hay tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones.* (STS. 11.07.2000).

> *En el caso de las tarjetas de crédito la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio, sino que habrá que distinguir en cada supuesto. Es un hecho notorio de la realidad que no siempre se exige la identificación documental de quien paga con tarjeta, por ser –como reconocen los recurrentes en su recurso– <poco comercial>.* (STS. 4.12.2000).

97. Al respecto, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit. p. 135, quien advierte de la creciente subjetivización jurisprudencial con respecto al engaño: "la suficiencia del engaño deberá ponderarse con un criterio subjetivo y concreto –atendiendo a la personalidad del sujeto pasivo y a las circunstancias fácticas concurrentes– y no a un criterio objetivo y abstracto" (STS 24.03.1999).

> *... las relaciones entre la entidad perjudicada y sus clientes estaba presidida por una desusada confianza que el acusado conocía y de la que dolosamente se aprovechó, siendo esta concreta situación la que explica que el ardid utilizado por aquél resultas, en el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, un engaño bastante para inducir a error a los poco avispados empleados de la Caja perjudicada.* (STS. 5.07.2001).

Tras una nueva lectura de las resoluciones que acabo de extractar me asaltan las dudas de si las mismas no se refieren a hechos que, en realidad y utilizando la terminología del propio Tribunal, se corresponden con esas situaciones fácticas *burdas, groseras o esperpénticas* que, a mi entender, no se compadecen con un concepto normativo de engaño *bastante,* sino que más bien se adecúan a *cualquier engaño* previo a la reforma de 1983[98]. Todo ello, descartando de inicio que los hechos objeto de las Sentencias cuestionadas tengan relación alguna con las denominadas *mentiras permitidas o los engaños aceptados socialmente*[99], esto es, afirmaciones falsas que se permiten en el tráfico jurídico. No obstante, en directa relación con lo dicho al inicio, si partimos de la premisa de que la estafa es un delito de relación, "no habrá sanción cuando la inveracidad habría podido ser descubierta sin especiales dificultades por el sujeto pasivo"; es más, en caso de duda en cuanto a la veracidad de las manifestaciones de su interlocutor o, incluso, cuando "los deberes de diligencia del sujeto pasivo, derivados de la posición ocupada por éste en el tráfico", le demandan aclarar la apariencia de veracidad y con ello salir de su error[100].

c. Una interesante opción distinta a las anteriores, que en nuestro país tiene como exponente principal a PASTOR MUÑOZ[101], propone nor-

98. La doctrina es, en general, crítica con este tipo de resoluciones al entender que el engañado no ha hecho uso de los mecanismos de protección que le son exigibles. No obstante, en un sentido similar a las resoluciones citadas, vid. PEDRAZZI, C., *Inganno ed error nei delitti contro il patrimonio.* Milano, 1955, pp. 232-253, con abundante bibliografía en el mismo sentido.

99. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. p. 75.

100. SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal", ob. cit. pp. 99-100. En un contexto distinto, refiriéndose a la posibilidad de la admisibilidad de la comisión por omisión en el delito de estafa, *Magaldi* realiza la siguiente afirmación (que suscribo completamente, y que creo que son perfectamente extrapolables a este supuesto): "... pienso que tal entendimiento responde al actual modelo de Estado (protector y paternalista) que reduce al ciudadano a un eterno menor de edad objeto de protección en determinadas esferas (a efectos de que no devenga ciudadano adulto, responsable y pensante)...". Vid., MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I., ob. cit. p. 749.

101. PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa,* ob. cit. pp. 133 ss., 217 ss.; la misma, "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", ob. cit. pp. 80 ss.; la misma, "Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003", ADPCP, 2003, pp. 565 ss. Asimismo, parece

mativizar el concepto de *engaño* a través de articular el núcleo del comportamiento típico de la estafa como una *infracción del deber de veracidad* (KINDHÄUSER, PAWLIK); por lo tanto, la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, a la vez que el desplazamiento de la responsabilidad hacia el autor del engaño viene fundamentado por la infracción de sus deberes de veracidad con respecto a la víctima. Ahora bien, el *derecho a la verdad* no se instituye como el objeto de protección del tipo, sino que expresa una cuestión normativa de saber qué informaciones debía de conocer la víctima antes de tomar la decisión de realizar la disposición patrimonial, y qué informaciones le debían ser proporcionadas por el autor del engaño. En otras palabras, se deben precisar qué informaciones relativas al hecho debían ser averiguadas por la víctima y cuáles debían ser facilitadas por el sujeto activo[102].

Se trata de una tesis que ha encontrado acomodo puntual en alguna resolución del TS:

> *En la moderna doctrina de la estafa esta noción de engaño es consecuencia que se deduce de la concepción de este delito como un delito que protege el patrimonio a través de la libertad de disponer de él. Desde este punto de vista toda infracción del deber de informar sobre un punto esencial para la decisión jurídico-negocial del sujeto pasivo es bastante a los efectos del tipo del art. 248 CP.* (STS 14.07.2004, subrayado añadido).

Ahora bien, las propuestas relativas al deber de veracidad que le incumbe a una de las partes, así como el correlativo derecho a la verdad que le corresponde al potencial disponente no son, precisamente, novedosas, sino que, con distintos matices, tienen su origen en el S. XIX en Alemania[103], además de firmes partidarios con posterioridad en Italia[104]. Sin embargo, la doctrina española se muestra poco receptiva a este criterio. Entre otros, MAGALDI afirma que no existe un deber de garantía derivado de la buena fe en el tráfico o de la lealtad contractual cuya infracción sea penalmente sancionable[105]; y, en el mismo sentido, VIVES-GONZÁLEZ CUSSAC, niegan que la buena fe o las relaciones fiduciarias formen parte del objeto de protección en el delito de estafa[106].

---

adscribirse al mismo criterio, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en *Derecho penal de la construcción,* ob. cit. p. 145.

102. PASTOR MUÑOZ, N. "El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", ob. cit. p. 84.

103. PASTOR MUÑOZ, N. ob. cit. p. 83, notas a pie de pp. 53 y 55.

104. PEDRAZZI, C., *Inganno ed error nei delitti contro il patrimonio,* ob. cit. pp. 205 ss.

105. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I., ob. cit. p. 749.

106. Entre otros, vid. VIVES ANTÓN, T.S. - GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *Derecho Penal. Parte Especial,* Valencia, 2004, p. 476. Igualmente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas,* ob. cit. p. 32.

Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ advierte que si lo tutelado es la buena fe en el tráfico, la consumación tendría lugar en el momento en el que tiene lugar el engaño, ya que es éste el que lesiona la buena fe y, por lo tanto, no se debería de atender a la causación del perjuicio patrimonial que es lo que, en realidad, lesiona el patrimonio de la víctima[107].

Al margen de las reflexiones acabadas de mencionar, creo que se pueden formular otras consideraciones igualmente fundadas para no compartir esta opción. A mi entender, se trata de un planteamiento muy próximo a la protección de la buena fe en el tráfico jurídico, así como su exigencia en la interpretación de los contratos (arts. 7.1 y 1258 CC). A este respecto, se afirma que la buena fe a que se refiere la norma (art. 7) "es la exigencia de una corrección en la conducta...una regla de conducta debida"[108]; a la vez que en el caso del art. 1258 se entiende que es una consecuencia del principio general de buena fe en el desarrollo "de las relaciones de todas clases y del deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico"[109]. Por lo tanto, su ausencia, o el que el engaño implique la existencia de mala fe supone ciertamente la ilicitud contractual, pero en, ese caso, no se trata de una ilicitud penal, sino civil, por lo que la vía adecuada para impugnar esa situación son las que se desprenden de la existencia de dolo como vicio del consentimiento[110]. Por otro lado, creo que al introducir ese doble parámetro acerca de qué es lo que el sujeto debía de conocer, esto es, qué es aquello sobre lo que la víctima del engaño se debía de haber informado antes de realizar la disposición patrimonial y cuál es la información que el sujeto activo, el autor del engaño, le debía de haber proporcionado, se retorna indirectamente al doble criterio objetivo-subjetivo que ha prevalecido como criterio mayoritario de la doctrina para determinar el alcance *bastante* del engaño (vid., STS 11.07.2000, en la que al referirse al *modulo subjetivo* expresamente se refiere al principio de la buena fe).

4. Engaño bastante e imputación objetiva.

Como he referido unas páginas atrás, lo que en realidad se dirime en la discusión de la delimitación típica del injusto no es sólo el hecho de dotar de contenido material al engaño a partir de conceptualizaciones más

107. BAJO FERNÁNDEZ, M., "El delito de estafa", en *Comentarios a la legislación penal.* Madrid, T. V., Vol 2°, p. 1161.

108. CARRASCO PEREA, A., en *Comentarios al Código Civil* (*Bercovitz Rodríguez-Cano*, R., Coordinador), Pamplona, 2001, p. 48.

109. CAVALLÉ RUIZ, A., en *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones y Contratos.* T. III, Vol. 2°, ob. cit. p. 239. Igualmente, vid. *De los Mozos*, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español.* Barcelona, 1965, pp. 124 ss.

110. Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil,* ob. cit. p. 172.

o menos afortunadas, sino que la restricción de la conducta típica ha de atender a los criterios normativos de la imputación objetiva, tal y como ocurre en los delitos de resultado –es el caso del delito de estafa[111]–. Ahora bien, para ello no ha de atenderse únicamente a la producción de ese resultado que implica la lesión patrimonial, sino que *hay que considerar el cómo se llega a producir el resultado.*

En definitiva, si partimos del criterio de que no todo engaño es idóneo para provocar el error en el sujeto pasivo, esto es, de que no todo engaño es, por sí mismo típico, resulta que para valorar su idoneidad es imprescindible establecer la existencia de una relación de causalidad entre éste y el error. Como anteriormente he mencionado citando jurisprudencia del TS, se trata de un juicio cuya eficacia no debe ser ponderada *ex post*, en ese caso, se trataría de criterios de efectividad, sino de un juicio que debe ponderarse en abstracto, *ex ante*, donde se atienda a las particularidades concretas de la acción en atención a la capacidad o a la idoneidad potencial del engaño en relación a los criterios de experiencia, de idoneidad del medio empleado y de probabilidad (vid., entre otras, SSTS, 20.12. 2005 y 16.02.2002). En definitiva, el nexo causal entre el *engaño bastante* y el error del sujeto pasivo se ha de establecer a partir de criterios de imputación objetiva en cuanto nos permitirán determinar la doble relevancia del engaño, por un lado, en relación a la existencia de la relación de causalidad entre engaño y la disposición patrimonial y, por otro lado, acerca de la imputación del resultado al autor del engaño.

En sede de imputación objetiva[112], el primero de los criterios a considerar es el *ámbito (social) de protección de la norma*, esto es, el ámbito en el que se produce el engaño y el correspondiente error que motiva el acto de disposición. Situación en la que es preciso diferenciar dos ámbitos distintos en los que confluyen escenarios diversos. Así, cuando el patrimonio de la víctima potencial del engaño discurre en el seno de las actividades mercantiles, comerciales, de mercado, etc., es indudable que se encuentra sometido a factores plurales y si bien es cierto que la práctica o los usos mercantiles están también presididos por principios de confianza y buena fe, (STS 15.02.2005), por ello –a pesar de las fluctuaciones de las condiciones que tienen lugar en el ámbito mercantil– existirá un *engaño bastante* cuando se produzca un *aumento del riesgo* que sea mayor al habitual, esto es, un riesgo jurídicamente desaprobado por ser superior a lo permitido; o, dicho de otra forma, cuando en esos procedimientos se ori-

111. Ampliamente, vid. PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", ob. cit. pp. 285 ss. Asimismo, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito de estafa*, ob. cit. p. 120; *Ortiz Navarro*, J.F., "La conducta en el delito de estafa", en *Estafas y falsedades*, ob. cit. pp. 72 ss.; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, ob. cit. pp. 164 ss.

112. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código penal*, ob. cit. pp. 38 ss.

gine un peligro jurídicamente relevante o de mayor entidad al habitual en los usos o las prácticas comerciales usuales del sector en el que se llevan a cabo. Por el contrario, cuando el ámbito social es el estrictamente privado, lejos así de las incertidumbres o de los desajustes del mercado, donde los riesgos propios de la actividad de la libre competencia no concurren, el engaño será penalmente relevante cuando éste implique la *creación de un riesgo* para los intereses del sujeto potencialmente víctima del engaño (no el aumento del riesgo como en el caso anterior). En suma, el criterio determinante para inferir que el *engaño es penalmente relevante* es el aumento o la creación del riesgo en función de cuál es el ámbito social en el que se desarrollan las actividades del sujeto pasivo.

Naturalmente, en este contexto de aumento o de creación del riesgo es un factor determinante el papel de la víctima del delito en cuanto a la necesidad (cuando no exigencia) de activar previamente los mecanismos de autoprotección. Creo que se debe enfatizar en que no todo engaño es bastante para ocasionar el error en la víctima, de ser así cualquier conducta engañosa sería constitutiva de un delito de estafa; por otro lado, está fuera de cualquier duda que debe exigirse al sujeto pasivo un deber de diligencia razonable, esto es, el sujeto debe asumir un nivel de diligencia estándar en el ámbito de las relación social en el que desarrolla su actividad. No se trata de que a la víctima se le requieran unos deberes que vayan más allá de los acostumbrados en el contexto en el que desarrolla su actividad, pero sí los exigibles en el ámbito social y cultural en el que se desenvuelve. Consecuencia lógica de lo anterior es que la víctima debe de obrar diligentemente según los usos generales de protección en cada contexto. En sentido contrario, si el sujeto ha asumido un riesgo excesivo la relación de casualidad queda excluida. Ahora bien, a la vez, es imprescindible que se atienda a las condiciones personales del engañado para concretar el nivel de diligencia exigible; así, no es lo mismo una víctima que habitualmente desarrolle su actividad profesional en un determinado ámbito social, que otro sujeto en una situación similar que desconoce las prácticas de aquélla, de manera que lo niveles de diligencia requeridos a uno u otro individuo serán distintos en cada situación.

No obstante, las oscilaciones jurisprudenciales –tal y como hemos visto (supra B.3.b)–, en cuanto al nivel de diligencia exigible al sujeto pasivo van más allá de lo imaginable. Una simple ojeada a los repertorios de jurisprudencia pone de manifiesto cómo se suceden los fallos con carácter contradictorio a pesar de que, actualmente, existe una preocupante tendencia hacia la subjetivización y con ello a dotar de una relevancia –prácticamente en exclusiva– al desvalor de resultado[113].

113. PÉREZ MANZANO, M., ob. cit. p. 302.

Además de lo anterior, de que el comportamiento del sujeto activo ha supuesto un aumento o ha creado un riesgo penalmente relevante que va más allá de lo permitido en el ámbito profesional o social que le corresponde a la víctima, hay que dirimir si éste es idóneo para producir el resultado. Así, permítaseme insistir de nuevo en una circunstancia que ya he mencionado: para determinar la idoneidad o la suficiencia del engaño se debe realizar un juicio *ex ante* desde la perspectiva de un observador estándar e imparcial sobre la conducta del engañado atendiendo a su diligencia, así como a los deberes de autoprotección exigibles en función de sus circunstancias personales y del peligro al que se encontraba sometido su patrimonio. En otras palabras, un engaño puede no ser idóneo en función del fin de protección de la norma, ya que ésta no protege, en todo, caso al engañado cuando no actuó con la diligencia que le era exigible cuando, a la vez, tenía la posibilidad de conducirse de forma distinta.

En definitiva, es indiscutible que el delito de estafa requiere la producción de un resultado material, el perjuicio patrimonial, que consiste en la lesión del bien jurídico –el patrimonio del disponente–. Ahora bien, no se trata únicamente de que se constate ese perjuicio económico, sino que debe de tenderse también a cómo se produce[114].

5. Excurso: *Phishing*, engaño e imputación objetiva.

Como decía al inicio de este apartado, el *phishing* es un fenómeno muy extendido del que son sujetos pasivos potenciales la inmensa mayoría de los usuarios de una cuenta de correo electrónico, a quienes mediante un mensaje se les solicita que confirmen sus datos personales así como sus números de cuenta o claves de tarjetas de crédito o de débito, con el fin aparente de corroborarlas con los datos que presuntamente obran en poder de la entidad que en apariencia los solicita aunque, lejos de ser realmente así, más tarde son utilizados subrepticiamente por quien los demanda. Práctica, como digo, extraordinariamente frecuente y en la que a pesar de las llamadas de alerta por parte de los medios de comunicación, así como de las propias entidades bancarias en las que denuncian tales hechos, además de advertir que el correo electrónico no es la vía usual que éstas emplean para demandar datos de esa índole, resulta que un número indeterminado de personas facilitan la información y más tarde son víctimas del vaciado de sus cuentas o del doblado de sus tarjetas. ¿Se trata de un delito de estafa?. Vaya por adelantado, una vez más, que con lo que sigue no pretendo dar una respuesta inequívoca a lo planteado sino, simplemente, hacerme eco de una situación de las que todos hemos sido (o somos) sujetos potenciales y sobre la que, en este momento, no me consta que haya demasiadas reflexiones doctrinales específicas al

114. GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro*, ob. cit. pp. 198-200.

respecto[115], además de anticipar que no es posible establecer reglas generales para dirimir la infinidad de problemas dogmáticos que se plantean. No se trata, por otro lado, de una situación sencilla de dirimir y, desde luego, admite distintas soluciones en función de cuál sea el punto de vista adoptado en relación al criterio de delimitación típica adoptado en relación al injusto de estafa.

En primer lugar, si atendemos a la restricción de la tipicidad delimitando el concepto de engaño y con ello a su idoneidad para producir el error en el disponente y, además, asumimos como punto de partida un criterio subjetivo que, como hemos visto, es el que adopta el Tribunal Supremo en más resoluciones de las que sería deseable, se podría concluir sin demasiadas dificultades que se trata de un engaño penalmente típico, dado que provoca un error en la víctima que le conduce a facilitar determinados datos sensibles cuya utilización subrepticia le produce un indudable perjuicio económico. Criterio de indudable justicia material que, como hemos dicho con anterioridad, atiende fundamentalmente al desvalor de resultado sin tener en consideración la entidad del desvalor de acto en el comportamiento pretendidamente típico y que, a mi entender, se basa en estrictos criterios de prevención general. En este sentido, permítaseme volver a reproducir un extracto que ya he citado de una resolución del Tribunal Supremo que, en este caso, es perfectamente ilustrativa:

> *Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, hay tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones.* (STS. 11.07.2000).

Un criterio distinto en orden a establecer la idoneidad del engaño es el denominado *mixto u objetivo-subjetivo*, en virtud del cual un engaño idóneo o bastante debe ser adecuado, eficaz o suficiente para producir un error esencial en otro, en el sujeto pasivo. Por lo tanto, la acción enga-

115. Vid. CRUZ DE PABLO, J.A., *Derecho Penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos.* Madrid, 2006, pp. 40 ss.; DESTITO, V.S. - DEZZANI, G. - SANTORIELLO, C., *Il diritto penale delle nuove tecnologie.* Milano, 2007, p. 71; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet.* Oviedo, 2007, pp. 29, 41. Desde ámbitos distintos, entre otros, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal", en *Derecho penal económico.* Manuales de Formación continuada, nº 14. Madrid, 2001; AAVV. *Internet y Derecho Penal.* Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, *passim.* MORÓN LERMA, E. *Internet y derecho penal. Hacking y otras conductas ilícitas en la red.* Pamplona, 1999, passim.

ñosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente. Se añade a lo anterior que "*el engaño calificado de <bastante>...debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros objetivos como subjetivos.* (Entre otras, STS 23.06.2005, 14.05.2001).

Evidentemente, no voy a referirme al engaño antecedente o precedente (supra A.4.1), pero sí me interesa destacar en este momento que el engaño objetivo posee, en sí mismo, como señala MAGALDI, "una entidad suficiente para inducir a error a cualquier ciudadano medio situado en la misma posición del sujeto al que se dirige". Se trata, añade la citada autora, de un engaño que crea una apariencia de realidad que con una probabilidad rayana en la certeza no es susceptible de ser advertida por el ciudadano medio. En otras palabras, es un engaño objetivamente idóneo –necesario, pero no suficiente– para afirmar su relevancia típica, lo cual se confirmará posteriormente cuando se lleve a cabo el juicio de idoneidad subjetiva, esto es, en el caso concreto y para el sujeto determinado a quien se dirigió. Ahora bien, el juicio de idoneidad subjetiva debe responder a criterios igualmente objetivos y, por ello, al cumplimiento de los deberes de diligencia que son exigibles para salvaguardar su patrimonio[116].

A mi entender, si trasladamos esos parámetros al supuesto objeto de reflexión las conclusiones podrían ser distintas a las anteriores. Esto es, si adoptamos un criterio mixto objetivo subjetivo y atendemos, en primer lugar, a la idoneidad del engaño y a esa probabilidad rayana en la certeza de que éste no sea susceptible de ser advertido por el ciudadano medio, para lo cual el juicio de peligrosidad se efectúa sin atender a la capacidad personal del sujeto, sino desde una perspectiva *ex ante,* parecería que admitiría (creo que bastantes) dudas el hecho de que la solicitud de determinada información sensible, relacionada con los datos bancarios de la víctima potencial no es una demanda que tenga origen en su entidad crediticia, sino que obedece a las pretensiones espurias de terceros. Por lo tanto, creo que no se trataría de un engaño idóneo, relevante y adecuado para ser calificado como bastante. Es más, a efectos puramente dialécticos, si llegáramos a admitir la posibilidad contraria, esto es, su idoneidad para inducir a error, resta todavía determinar la idoneidad subjetiva del engaño en relación al sujeto a quien se dirige, esto es, habrá que atender a las circunstancias personales del sujeto en concreto y si, por otro lado, ha tenido o cumplido con los deberes de diligencia que le serían exigibles –que, es cierto, no son homogéneos o comunes, sino que deben valorarse *intuito personae*–. Ahora bien, cabe preguntarse si sería exigible que éste

116. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., en *Comentarios al Código Penal,* T. I., ob. cit. pp. 751-753.

adoptara alguna medida de autoprotección que no fueran más allá de lo razonable como, por ejemplo, contactar con su entidad bancaria y confirmar que, efectivamente, es ella quien le solicita que confirme la información de la que ya dispone. Creo, por lo tanto, volviendo a utilizar una fórmula potencial, que a la luz de este criterio mixto objetivo subjetivo la conclusión acerca de la idoneidad del engaño, podría ser distinta a la que se infiere de una fórmula subjetiva.

Por último, hemos visto como la restricción de la conducta típica en el delito de estafa es factible plantearla desde los criterios normativos de la imputación objetiva[117], para lo cual no se ha de partir exclusivamente de la producción del resultado que implica la lesión patrimonial, sino que hay que considerar el cómo llega a producirse. Así, si atendemos brevemente a los criterios de imputación objetiva resulta que, en primer lugar, hay que dirimir si la acción (el engaño) ha creado un riesgo típicamente relevante; para dirimirlo, esto es, para normativizar la adecuación del engaño, la doctrina española utiliza los módulos objetivos y subjetivos que hemos visto con anterioridad, y que no vamos a reiterar. En segundo lugar, se debe atender al fin de protección de la norma y con ello, desde luego, a la posibilidad de un incremento del riesgo derivado de la conducta del disponente, para lo cual adquiere una especial relevancia la adopción de medidas de autoprotección por la víctima frente a las conductas potencialmente engañosas de terceros. Y, finalmente, se debe atender al fin de protección de la norma en el delito de estafa.

Efectivamente, además del enjuiciamiento de la adecuación del engaño y con ello la posibilidad de que haya creado un riesgo típicamente relevante, a mi parecer tiene aquí una importancia capital las medidas de autoprotección adoptadas por la víctima del engaño. A este respecto, un sector de la doctrina –de cuyas tesis participo– pone especial énfasis en aquéllos casos en los que la conducta negligente de la víctima puede influir en el enjuiciamiento de la idoneidad objetiva del engaño[118], y, yendo más lejos, CHOCLÁN MONTALVO concluye que en los casos en los que el disponente incumplió los deberes de protección que le son exigibles no hay necesidad de pena –dado que la prevención de la lesión del bien jurídico está en manos de su titular–, además de afirmar que no merece la protección del Derecho penal la víctima que no se ha comportado de forma responsable en el cuidado de los bienes jurídicos de los que es titular[119]. En este contexto me parece oportuno volver a traer a colación

117. PÉREZ MANZANO, M., "Acerca de la imputación objetiva en la estafa", ob. cit. pp. 292 ss.

118. PÉREZ MANZANO, M., ob. cit. p. 296.

119. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, ob. cit. pp. 109-111. Asimismo, vid. nota a pie de página nº 100. Vid., manifiestamente en contra, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", ob. cit. p. 157, donde rechaza los argumentos víctimo dogmáticos que acabamos de referir.

una afirmación que ya he recogido de MAGALDI (supra nota a pie de página nº 100), en la que afirma lo siguiente: "... pienso que tal entendimiento responde al actual modelo de Estado (protector y paternalista) que reduce al ciudadano a un eterno menor de edad objeto de protección en determinadas esferas (a efectos de que no devenga ciudadano adulto, responsable y pensante).

Una situación distinta a la anterior son aquéllos supuestos en los que la víctima alberga dudas acerca de la verosimilitud de lo pretendido por el autor, esto es, la solicitud de información relativa a sus datos bancarios. Como señala GARCÍA MOSQUERA, el contexto es otro ya que la tesitura reside en decidir si esas dudas pueden reconducirse a los supuestos de error[120], para lo cual la mayoría de la doctrina apunta a la necesidad de acudir al criterio del nivel de diligencia exigible a la víctima en la protección de su patrimonio para, con ello, suscitarse todas las dudas con respecto a la exigencia de criterios que permitan atribuir la imputación objetiva del resultado dada la negligencia extrema del disponente[121].

En definitiva, no puedo concluir de otra forma que no sea el volver a reiterar lo dicho al inicio, y es que lo anterior son sólo unas breves reflexiones sobre el *phishing* y su idoneidad o, en su caso, el cuestionamiento de que pueda dar lugar a un engaño bastante susceptible de integrar el núcleo del injusto típico del delito de estafa. Fenómeno que, sin duda, merece un estudio en mayor profundidad que lo aquí simplemente esbozado, y no sólo de ello, sino, de otras cuestiones capitales como la ley penal aplicable (algunos de estos mensajes se emiten a través de servidores situados en el extranjero), los problemas que se plantean en sede de formas imperfectas de ejecución o, y no por ser el último en enunciarse el menos importante, si realmente es posible argumentar en estos casos de *phishing* la existencia de un acto de disposición patrimonial realizado por la víctima cuando, éste, se ha limitado a facilitar sus claves bancarias.

120. Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Función y contenido del error en el delito de estafa", ADPCP, 1985, pp. 339 ss. Igualmente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., "La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa". CPCr., 1993, nº 50, pp. 529 ss. Igualmente, vid., SILVA SÁNCHEZ, J., "Las inveracidades de los particulares ante el Derecho Penal", ob. cit. pp. 99-100.

121. Por todos, GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro,* ob. cit. pp. 202-204.

UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.

1. **GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial. Volumen Instituto Pacífico. Lima, 2015. P. 393-413.**

INSTITUTO PACÍFICO

Percy García Cavero

DERECHO PENAL ECONÓMICO

Parte especial

Volumen I

DELITOS CONTRA EL LIBRE MERCADO
Competencia, falsificación de dinero, concursales, personas jurídicas y lavado de activos

Segunda edición
completamente actualizada y aumentada

INSTITUTO PACÍFICO

Capítulo I
LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

I. Introducción

La figura central de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas es, sin duda, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica. En este capítulo se llevará a cabo el análisis dogmático de este delito regulado en el artículo 198 del CP. Sin embargo, este análisis debe complementarse necesariamente con otros supuestos de administración fraudulenta contemplados en el Código Penal, pues solo así se podrá tener una idea global de la represión penal de los actos de administración fraudulenta del patrimonio ajeno. En este sentido, la exposición no se va a circunscribir a la administración fraudulenta del patrimonio de una persona jurídica, sino que englobará, en general, a la que se haga sobre un patrimonio ajeno, sea de una persona jurídica o no.

La administración irregular de un patrimonio ajeno puede expresarse de dos formas esencialmente distintas. Por un lado, el administrador puede abusar de las facultades que tiene para administrar el patrimonio ajeno y perjudicar, de esta manera, a terceras personas. Pero, por otra parte, el administrador puede también desatender los intereses del patrimonio administrado, infringiendo finalmente un deber de fidelidad patrimonial con los titulares o beneficiarios del patrimonio administrado. Ambos supuestos de administración fraudulenta pueden configurar un ilícito penal, en la medida que afecten gravemente los intereses patrimoniales de otros. Si se abusa de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas, el ilícito penal asumirá la forma de un delito de dominio, mientras que si se trata

de la infracción del deber de fidelidad patrimonial frente al titular del patrimonio administrado, estaremos ante un delito de infracción de un deber[925].

En el Código Penal se pueden encontrar dos supuestos de administración fraudulenta de un patrimonio ajeno penalmente sancionados. En primer lugar, cabe mencionar la administración fraudulenta de persona jurídica prevista en el artículo 198 del CP. Mediante este tipo penal se castiga a los que, en el ejercicio de facultades de administración o representación de una persona jurídica, perjudican patrimonialmente a la propia persona jurídica o a terceros vinculados. En segundo lugar, hay que hacer alusión al artículo 213 A del CP que tipifica los casos de administración fraudulenta sobre un patrimonio de propósito especial. Este tipo penal castiga, al igual que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, actos irregulares de administración de un patrimonio ajeno, pero con la particularidad de que no se realiza necesariamente en el marco de la administración de una persona jurídica. Si bien existe en ambos tipos penales un mismo punto de partida (la administración de un patrimonio ajeno), cada figura delictiva asume rasgos propios con claras diferencias dogmáticas. En lo que sigue nos ocuparemos de precisar los aspectos particulares de cada una de estas formas de administración fraudulenta.

II. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica (artículo 198 del CP)

1. Antecedentes

El delito de administración fraudulenta del artículo 198 del CP tiene su antecedente legislativo más cercano en el artículo 248 del Código Penal de 1924[926]. En este dispositivo del anterior texto punitivo se regulaba el lla-

925 Vid., sobre estos distintos criterios de imputación penal en los delitos cometidos en la administración de patrimonio ajeno, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, pp. 244 y s. Por el contrario, SCHÜNEMANN, *LK*, § 266, n.m. 17 y ss.; DONNA, *Derecho penal*, PE, II-B, pp. 409 y s., sostienen que la administración desleal o fraudulenta se sustenta siempre en un dominio sobre el patrimonio ajeno, de manera que tal que solo cabe hablar de un delito de dominio.

926 Vid., PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 247. Sobre las figuras delictivas que comprendía el artículo 248 del Código penal de 1924, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, pp. 141 y ss.

mado delito de falsos informes societarios, con el que se castigaba al que "*en su condición de fundador, de miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere intencionalmente dado o hecho dar informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proporciones destinadas a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro*". La regulación actual del delito de administración fraudulenta de persona jurídica sigue castigando, con algunas modificaciones en cuanto a su configuración típica, este supuesto específico de falsos informes sociales[927]. Sin embargo, hay que anotar que el legislador penal de 1991 ha procedido a ampliar el ámbito de lo punible a otras irregularidades cometidas en la administración de una persona jurídica[928]. Se trata de diversos supuestos específicos de administración indebida en el marco de una persona jurídica que, desde la valoración político-criminal del legislador penal, deben ser penalmente sancionados.

2. Criterios generales de interpretación

Para poder interpretar correctamente el artículo 198 del CP es necesario tener claridad sobre los diversos puntos de partida de la regulación penal. En este sentido, se debe explicitar primeramente cuáles fueron las razones que llevaron al legislador a criminalizar los supuestos graves de administración irregular de una persona jurídica. En segundo lugar, resulta necesario precisar cuál es el interés concretamente protegido por el tipo penal. Finalmente, se debe establecer cuál es la relación existente entra la regulación penal y la normativa civil o societaria sobre la administración de las personas jurídicas. Si no se dilucidan desde un principio estos aspectos, la interpretación jurídica no hará más que discurrir entre propuestas poco seguras. El sentido jurídico-penal del tipo penal solo se puede comprender, si se tiene claro cuál es y cómo está dispuesto el fin de protección de la regulación penal.

927 Aunque debe señalarse también que la actual regulación, a diferencia de lo establecido en el Código Penal de 1924, no castiga la realización culposa del tipo penal. Sobre el delito de falso informe societario culposo, vid., ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, p. 245.

928 Por el contrario, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, 155, octubre 2006, p. 98, considera que los supuestos delictivos del Código penal actual son completamente diferentes a los regulados en el artículo 248 del Código penal anterior.

A. La incriminación penal

La persona jurídica es definida como "un grupo de personas (tipo asociación) o una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre como la persona física, con la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos"[929]. De esta definición puede colegirse que, al igual que la persona física, la persona jurídica tiene un ámbito interno propio y una participación hacia fuera en el tráfico jurídico. Ahora bien, cómo se organiza internamente la persona jurídica y cómo participa en el tráfico jurídico, son cuestiones que, en el ejercicio de la libertad de empresa, le corresponde solo a ella decidir a través de sus órganos de decisión. Sin embargo, en la medida que en la persona jurídica confluyen diversos intereses económicos, se hace necesario asegurar ciertas condiciones para una correcta administración de su patrimonio[930]. El ordenamiento jurídico recoge este interés general y, si bien reconoce la autonomía de los administradores o representantes para organizar patrimonialmente a la entidad social, establece ciertas normas imperativas que deben ser observadas obligatoriamente.

La Ley General de Sociedades, por mencionar la parte más emblemática de la legislación de las personas jurídicas, impone un conjunto de obligaciones a los directivos o administradores de una sociedad en aras de preservar los intereses colectivos. El artículo 40 de esta ley, por ejemplo, establece que si se pierde una parte del capital social, no podrá distribuirse utilidades hasta que se reintegre el capital social o se haga la reducción en la cantidad correspondiente. La finalidad de esta disposición legal es clara: no perjudicar a los acreedores con una reducción del capital social que garantiza su crédito, sobre todo en el caso de sociedades de responsabilidad limitada. En la misma línea podría citarse diversos artículos de la LGS que limitan las facultades de administración de los directivos y administradores con la finalidad de preservar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros vinculados

929 De Castro y Bravo, *Persona jurídica*, p. 268.

930 Lo que se hace más urgente en la actualidad, como lo destaca SCHÜNEMANN, en *La administración desleal*, Gómez-Jara/García Cavero (ed.), p. 16., por lo difícil que es un control férreo sobre la administración de la sociedad y la pérdida de valores que lleva a una explotación de la posición de administración mientras se está en el cargo.

a ella. La ponderación de intereses hecha por el legislador lo lleva a limitar la libertad de dirección y administración de las personas jurídicas mediante ciertas prohibiciones y mandatos específicos[931].

La gravedad que pueden alcanzar determinados actos de administración indebida del patrimonio de una persona jurídica, ha llevado a que el legislador penal decida realizar una labor de criminalización en este sector de la realidad. Pero es indudable que no todo supuesto de administración irregular de una persona jurídica debe asumir un carácter penal[932]. Los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad del Derecho penal resultan de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que solo las infracciones más graves e intolerables deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o laboral-disciplinario[933]. Sin embargo, parece que, al configurarse el artículo 198 del CP, no se ha tenido en cuenta suficientemente este criterio informador de la actividad legislativa, pues se ha elevado a la categoría de delito infracciones societarias que podrían haberse ventilado perfectamente con los mecanismos de regulación de carácter extrapenal[934].

De dudosa necesidad es, por ejemplo, que se haya incorporado como una modalidad del delito de administración fraudulenta la omisión de los directivos o administradores de comunicar intereses incompatibles con la sociedad o la aceptación como garantía de acciones o títulos de la misma persona jurídica. No cabe duda que estas conductas ponen de manifiesto una falta de seriedad en el desarrollo de las labores de administración de las entidades corporativas, pero resulta sumamente exagerado requerir aquí una respuesta punitiva. La responsabilidad societaria, la remoción del cargo y, dado el caso, la indemnización por daños y perjuicios son mecanismos de reacción suficientes para hacer frente a estos comportamientos irregulares.

931 Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Gaceta Jurídica* 91 (2001), pp. 50 y s.

932 Vid., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, pp. 30 y s.

933 Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1, pp. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, *CPC*, 16 (1982), p. 112; GONZÁLEZ VIZCAYA, *AP*, 10 (1997), p. 231; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, pp. 58 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 23.

934 Esta misma crítica se achaca a los delitos societarios del Derecho español. Vid., al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, *Curso de Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 416; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Vol. II, Bajo Fernández (dr.), pp. 573 y s.

En cualquier caso, la cuestionabilidad de esta decisión legislativa no cambia la situación de que se trata de una norma penal vigente que debe ser aplicada, aunque no se comparta el criterio del legislador. Sin embargo, no debemos olvidar que el juez también está en capacidad de ajustar el sentido del tipo penal mediante su labor de interpretación, de manera que se abarquen solo los casos realmente graves.

B. El bien jurídico penalmente protegido

En el plano de *lege lata*, cabe preguntarse cuál es el bien jurídico penalmente protegido por el artículo 198 del CP. Si el análisis se quedase en el plano jurídico-privado del correcto funcionamiento de las personas jurídicas[935], la infracción penal no distaría mucho del sentido de las infracciones societarias o civiles. El Derecho penal sería no más que un refuerzo al fin de regulación que contienen las disposiciones legales de carácter privado sobre la administración de las diversas clases de personas jurídicas[936]. Sin embargo, no parece ser que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica procure simplemente la protección del efecto procurado por la regulación extrapenal, sino que apunta a asegurar un bien jurídico que se encuentra penalmente definido.

En nuestra opinión, al estar el artículo 198 del CP incardinado en el título de los delitos contra el patrimonio, la normativa penal apunta, con independencia de las particularidades de la regulación jurídico-privada sobre la administración de las personas jurídicas, a la protección del patrimonio individual[937]. Pero más allá de la sistemática utilizada por el Código Penal,

935 Así, por ejemplo, ALONSO BALLESTEROS, *Actualidad financiera*, 1 (1993), pp. 15 y ss.

936 Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p.

937 Así, sostienen que el bien jurídico es el patrimonio, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 377; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, 329; PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 248; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, pp. 313 y s.; REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 999; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, T. II, p. 1061. En el delito de infidelidad patrimonial alemán, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n.m. 2; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 2001, § 266, n.m. 1; KRAATZ, *ZStW* 123 (2011), p. 453, consideran que el bien jurídico es el patrimonio. En el mismo sentido, respecto del delito de administración fraudulenta societaria del Derecho español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, pp. 598 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 256; CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 185; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho y Empresa*, 1 (febrero de 2005), p. 2.

la propia estructuración típica pone el acento de la conducta en el perjuicio patrimonial que producen las distintas modalidades de administración fraudulenta, lo que habla indudablemente a favor de la perspectiva patrimonial. No obstante, debe resaltarse que esta protección del patrimonio está contextualizada en el ámbito de la administración de las personas jurídicas, lo que suscita algunas particularidades que la distinguen de la forma de protección ofrecida por los delitos patrimoniales tradicionales. En este sentido, el patrimonio no es resguardado como un conjunto de bienes de la persona jurídica que debe mantenerse incólume, sino bajo la lógica de una administración ventajosa para su titular o no perjudicial para los intereses de terceros vinculados.

Un sector de la doctrina penal procura compatibilizar la perspectiva supraindividual (correcto funcionamiento de las personas jurídicas) con la perspectiva individual (patrimonio de la persona jurídica y los terceros vinculados), sosteniendo que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica protege inmediatamente lo segundo y mediatamente lo primero[938]. Esta posición de compromiso no ofrece, sin embargo, un fundamento para la imbricación funcional de ambas perspectivas, por lo que parece más un mecanismo de elusión de las críticas que se le hacen a una u otra perspectiva que una formulación consecuente a partir de determinada premisa. Dado que el enfoque penal se centra en la lesividad específica del injusto y no en su repercusión en el funcionamiento global de ciertos sectores sociales, lo razonable es localizar el bien jurídico protegido a nivel del patrimonio afectado.

Lo anterior requiere hacer aquí la precisión de que el Derecho penal no evita por medio de la pena que la persona jurídica o los terceros vinculados se perjudiquen patrimonialmente, pues con la realización del delito se produce precisamente el menoscabo patrimonial. Lo que el Derecho penal protege al imponer la sanción penal a una conducta de administración fraudulenta de persona jurídica, es la vigencia de la expectativa normativa de conducta, defraudada por el delito, de que los directivos o administradores de una persona jurídica no incumplirán sus deberes de lealtad patrimonial

938 En esta línea, MEINI MÉNDEZ, *Abogados Legal Report*, 8 (agosto 2003), p. 4. Del mismo parecer en relación con el delito de administración fraudulenta societaria del Derecho penal español, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *InDret* 3/2010, pp. 7 y s.

frente a esta o no abusarán de sus facultades de administración en perjuicio de terceros vinculados[939]. Es, por tanto, esta expectativa normativa de conducta la que protege el artículo 198 del CP, al mantenerse comunicativamente su vigencia social con la imposición de la pena.

Identificado el bien jurídico, es posible indicar quién es su titular. En primer lugar, el titular del bien jurídico es indudablemente la persona jurídica. Los actos de administración fraudulenta producen, por lo general, un menoscabo patrimonial en la entidad colectiva titular del patrimonio administrado. Pero la protección penal dispensada al patrimonio por el artículo 198 del CP, no se limita al patrimonio de la persona jurídica[940]. Conforme al tenor legal, la administración fraudulenta puede realizarse en perjuicio de terceros vinculados (socios, inversionistas, acreedores, etc.)[941], siendo irrelevante si también afecta a la persona jurídica o si, por el contrario, le beneficia. En este caso, el administrador abusa de sus facultades de administración sobre el patrimonio de la persona jurídica, repercutiendo dicho abuso en el patrimonio de terceros relacionados patrimonialmente con la persona jurídica. Por lo tanto, el artículo 198 del CP no gira en torno únicamente a los intereses patrimoniales de la persona jurídica, sino que irradia su espectro de protección sobre el patrimonio de terceras personas vinculadas con ella. Puede decirse que, en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, convive la estructura de un delito cometido dentro del ente colectivo junto con la de uno cometido desde el ente colectivo.

C. Accesoriedad conceptual

En la determinación del bien jurídico penalmente protegido por el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, ha quedado claro que el Derecho penal lleva a cabo una protección que no se corresponde con la función asignada al Derecho privado (civil o societario). De manera general, puede decirse que, salvo muy puntuales excepciones, el fin de protección de la normativa penal no es ser un mero refuerzo punitivo de un ordena-

939 Similarmente, MARTÍNEZ HUAMÁN, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 10.

940 La misma interpretación hacen LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *InDret* 3/2010, p. 8. Distinta es la situación en el caso de la infidelidad patrimonial alemana, como lo pone de manifiesto MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 188.

941 Igualmente, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 1186.

miento jurídico primario[942]. Esta autonomía funcional no debe conducir, sin embargo, a la idea de que la determinación del significado de los diversos elementos típicos se hace de forma absolutamente independiente de su configuración jurídica previa. En algunos casos, es el propio tipo penal el que se vincula a la regulación extrapenal o utiliza conceptos que están definidos en dicha regulación de forma concluyente.

Si se atiende a la formulación típica del delito de administración fraudulenta de persona jurídica, se podrá comprobar la utilización de términos que se encuentran definidos en el ámbito jurídico privado[943]. Ya el propio lenguaje ofrece un punto común para la interpretación de los conceptos utilizados en ambos ámbitos jurídicos. Pero, además, el Derecho penal no puede desconocer que muchos de los elementos típicos están estructurados normativamente con criterios jurídicos de referencia extrapenal. Por lo tanto, la interpretación de estos elementos típicos debe recoger necesariamente las valoraciones jurídicas desarrolladas en el ámbito previo, en la medida que sean constitutivas de la realidad en la tiene lugar la conducta punible[944]. Esta mancomunidad conceptual termina, sin embargo, cuando el fin de regulación de la norma civil o societaria se aparta del bien jurídico penalmente protegido[945]. En estos casos, la interpretación penal debe mantener su vocación propia y atender a aquello que es la razón de su existencia.

Lo hasta ahora dicho puede graficarse con un elemento esencial del artículo 198 del CP, a saber, el término "persona jurídica". No hay duda que el Derecho penal debe orientarse a la normativa extrapenal que otorga personería jurídica a una organización. No podría considerarse persona jurídica, por ejemplo, a una organización criminal o a una mera actuación coordinada de personas. Sin embargo, la discusión se presenta en relación con entes no personificados que, de hecho, interactúan como una persona jurídica. En

942 En relación con el delito de infidelidad patrimonial alemana destaca igualmente la independencia del tipo penal frente a la regulación jurídico-civil, SCHÜNEMANN, en *La administración desleal*, Gómez-Jara/García Cavero (eds), pp. 29 y ss.

943 La situación es más clara en el caso del delito de infidelidad patrimonial alemán, pues el tipo penal recoge un elemento de infracción grave del deber definido por la regulación privada. Vid., al respecto, KRAATZ, *ZStW* 123 (2011), pp. 447 y ss.

944 De una accesoriedad constructiva habla TIEDEMANN, *FS-Weber*, p. 322; MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 186.

945 Así, MANSDÖRFER, *Zur Theorie*, p. 187.

este caso, debe recurrirse a una perspectiva fáctica de análisis para dotar de contenido al elemento típico "persona jurídica". En la medida que el artículo 198 del CP no establece una vinculación accesoria con la regulación privada –sea el Código Civil o la Ley General de Sociedades–, existe un margen de interpretación autónoma del elemento "persona jurídica". En este sentido, no puede compartirse el parecer que sostiene que el artículo 198 del CP no resulta aplicable a las sociedades irregulares, en tanto estas no tienen personalidad jurídica en el Derecho privado[946]. Esta solución llevaría a soluciones injustas desde el punto de vista del bien jurídico penalmente protegido[947], pues exoneraría injustificadamente de responsabilidad penal a los socios y administradores de los entes sin personalidad por los actos indebidos que realicen durante su gestión.

Al razonamiento realizado sobre la base de la autonomía interpretativa podría oponérsele el argumento de que no es correcto señalar que las sociedades irregulares carezcan de personalidad jurídica en el Derecho privado, pues la ley regula el supuesto de las sociedades irregulares y reconoce la validez de los pactos entre los socios y la sociedad, así como de los contratos celebrados con terceros (artículo 428 LGS). Sin embargo, tal objeción no cuestiona la posibilidad de acudir a una perspectiva fáctica, sino la necesidad de hacerlo para resolver esta duda interpretativa, pues también una interpretación accesoria permitiría incluir dentro del término "persona jurídica" a las sociedades irregulares. Más allá de la perspectiva utilizada, el hecho es que por una vía u otra resulta indiscutible que el ámbito de aplicación del artículo 198 del CP abarca la administración fraudulenta de las sociedades irregulares[948].

946 Vid., así, por el contrario, REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1006. De otra opinión, SALINAS SICCHA, *Actualidad Jurídica*, T. 155, octubre 2006, p. 98; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, T. II, p. 1062.

947 Sumamente útil, desde una reducción teleológica, es la opinión de BACIGALUPO ZAPATER, *Curso de Derecho penal económico*, Bacigalupo (dir.), p. 418, sobre los delitos societarios, en el sentido de que la nota esencial es el aspecto organizativo y no su personalidad jurídica.

948 En el Derecho penal español sostienen esta inclusión, RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 39; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 54; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pp. 64 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 587.

3. Análisis del tipo penal

El artículo 198 del CP regula el delito de administración fraudulenta de persona jurídica por medio de una enumeración de diversas modalidades de realización del delito, a la vez que contiene ciertos elementos comunes a todas las modalidades de administración fraudulenta. Para facilitar la exposición, nos ocuparemos primero de los elementos comunes previstos de manera general en el tipo penal, para luego entrar en un análisis detallado de cada una de las modalidades de realización del delito.

A. Elementos comunes

a. Delito especial propio

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica es un delito especial propio[949]. En su redacción original, el tipo penal circunscribía el círculo de autores a los poseedores de ciertos cargos de administración de la persona jurídica, a saber: el fundador, el miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, el gerente, el administrador o el liquidador[950]. Mediante la Ley N.º 28755 se amplió el círculo de autores, incluyéndose también al auditor interno y externo. La razón de esta ampliación estribó en la inclusión de una nueva modalidad de administración fraudulenta: la emisión de informes o dictámenes contables distorsionados. Si bien podía sostenerse que, en puridad, los auditores no formaban parte de la administración de una persona jurídica[951], la reforma penal los vinculó, en razón de una interpretación extensiva, con la administración de la persona jurídica, especialmente en lo referente a la transparencia de la información contable.

La situación cambió completamente con la reforma operada por la Ley N.º 29307 de diciembre de 2008, ya que la modalidad de emisión de infor-

949 Vid., SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 1184.

950 Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, pp. 374 y ss.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 314; VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PE, II-A, p. 165.

951 Vid., así, Faralda Cabana, El delito societario de falsedad, p. 95, quien considera que su función no es asimilable a la del administrador.

mes o dictámenes contables distorsionados fue sacada del artículo 198 del CP y regulada, con una redacción sustancialmente distinta, como un tipo penal independiente en el artículo 198 A del CP. Pero la modificación más importante operada por esta reforma tuvo lugar en relación con la técnica legislativa utilizada para delimitar el círculo de autores del delito. Mientras que la redacción original del tipo penal, como se dijo, lo delimitaba con una enumeración específica del cargo de administración o representación de la persona jurídica (posesión del estatus), la nueva redacción recurre al criterio general del ejercicio de las labores de administración o representación de la persona jurídica (ejercicio de la función)[952]. Esta nueva redacción del elemento especial de autoría repercute en diversos aspectos de la determinación del alcance del tipo penal.

El que el nuevo tenor sea claro al señalar que autor del delito de administración fraudulenta de persona jurídica puede serlo tanto el que ejerce funciones de administración, como el que ejerce funciones de representación; pone en evidencia primeramente que el tipo penal no se reduce a castigar al administrador que gestiona deslealmente el patrimonio de una persona jurídica, sino que incluye también a los que ejercen funciones de representación por la realización de conductas que desde la persona jurídica perjudican los intereses patrimoniales de terceros vinculados a ella. Si bien lo usual es que sobre un mismo sujeto recaigan las funciones de administración y de representación de la persona jurídica (por ejemplo, el gerente general), el delito puede ser cometido en el ejercicio de una u otra clase de función. En este sentido, el artículo 198 del CP está configurado típicamente como un delito de administración en sentido estricto[953], pero también como un delito de representación hacia afuera.

Con la nueva redacción surge la duda de si el círculo de autores del delito de administración fraudulenta de persona jurídica se limita a las personas jurídicas de Derecho privado. La redacción original del artículo 198 del CP no ofrecía ninguna duda al respecto, pues los términos de fundador, director, gerente o miembro del consejo de vigilancia eran propios de la estructu-

952 Vid., GARCÍA CAVERO, en *La administración desleal*, Gómez-Jara/García Cavero (eds), p. 321.

953 Sobre los llamados delitos de administración, vid., KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 1 y s.

ra de las sociedades mercantiles[954]. Con la actual redacción, por el contrario, no tiene que llegarse necesariamente a la misma conclusión, en la medida que, conforme al tenor literal, autor del delito podrá serlo quien ejerza una función de administración o representación de la persona jurídica sin precisarse ninguna estructura organizativa especial. Se suscita así la discusión de si la actual redacción del delito de administración fraudulenta de persona jurídica mantiene la limitación del ámbito de aplicación del tipo penal a las personas jurídicas de Derecho privado o si, antes bien, se ha producido una ampliación de su ámbito de aplicación para englobar también a las personas jurídicas de Derecho público.

En nuestra opinión, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica sigue circunscribiéndose a las formas de organización colectiva propias del Derecho privado, con independencia de quién sea el titular del patrimonio[955], pudiendo serlo incluso el propio Estado. Por el contrario, en el caso de las personas jurídicas de Derecho público o de economía mixta, los actos de gestión irregular del patrimonio no podrán reprimirse con el artículo 198 del CP, sino, más bien, con los delitos contra la Administración Pública, concretamente con los delitos de peculado, malversación de fondos, colusión desleal o incumplimiento de deberes funcionariales. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que, si bien la redacción actual no circunscribe expresamente el círculo de autores a los que poseen cargos de administración propios de las personas jurídicas de Derecho privado, las modalidades de realización siguen estando referidas a actuaciones propias de la administración de las sociedades de Derecho privado (por ejemplo: el agiotaje societario, la autocartera encubierta, la omisión de comunicación de intereses incompatibles, etc.). En este sentido, aunque la delimitación actual del círculo de autores del tipo penal no sea explícita respecto de su aplicación exclusiva a las personas jurídicas de Derecho privado, una lectura completa del tipo penal permite concluir razonablemente que sigue siendo obligada su limitación a dichas personas jurídicas[956].

954 Así, se concluyó en la primera edición de este trabajo, vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, Parte Especial, II, p. 365.

955 Del mismo parecer, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio 2012), p. 166; MARTÍNEZ HUAMÁN, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 6.

956 En este sentido, GARCÍA CAVERO, en *La administración desleal*, Gómez-Jara/García Cavero (eds), pp. 321 y s. Del mismo parecer, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 1185.

En lo que sí es clara la actual redacción del círculo de autores del artículo 198 del CP es en la incorporación de los casos de administración fáctica. La redacción original del artículo 198 del CP hacía una delimitación del círculo de autores con una enumeración específica de los cargos de administración o representación de la persona jurídica. Esta comprensión formal de la calidad especial de autoría generaba un doble vacío de punibilidad. Por un lado, los tribunales penales se negaban, alegando la observancia estricta del principio de legalidad, a procesar por actos de administración fraudulenta a los directivos de personas jurídicas cuya denominación no coincidiera exactamente con los términos establecidos en el artículo 198 del CP[957]. En este sentido, por ejemplo, si una asociación era administrada fraudulentamente por un comité directivo, los tribunales no sancionaban estos actos con el artículo 198 del CP por entender que este órgano de administración de la persona jurídica no estaba expresamente contemplado en la redacción del mencionado tipo penal. Por otro lado, se sostenía que el tenor de la prohibición penal tampoco permitía abarcar la actuación de los órganos fácticos de la persona jurídica, pues al no poseer el administrador de hecho el estatus formal de órgano de administración o representación de la persona jurídica, su castigo podía significar una extralimitación del círculo de autores definido por el tipo penal.

A nuestro entender, para abarcar los supuestos antes mencionados no era necesario modificar la redacción original del artículo 198 del CP, pues los administradores de hecho podían ser perfectamente incluidos dentro del círculo de autores por medio de una interpretación autónoma de los elementos típicos, tal como se hace, por ejemplo, en la discusión alemana para admitir dentro del concepto de administrador también al administrador de hecho[958]. En todo caso, la nueva redacción establecida por la Ley N.° 29307 ha terminado de allanar cualquier cuestionamiento a la inclusión de los órganos fácticos, en la medida que, para poder ser autor del delito de

957 Vid., Res. Superior del 22.04.1998, Exp. N.° 5294-97-A-Lima, citada por SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 1185.

958 En el Derecho penal alemán se resuelve el problema mediante opiniones interpretativas del término administrador utilizado por las leyes penales correspondientes (AGG, GmbHG). Para algunos autores el administrador de hecho se incluirá dentro del círculo de destinatarios solo excepcionalmente –MONTAG, *Die Anwendung*, p. 53; TIEDEMANN, *Kommentar*, §84, n.m. 30; STEIN, *ZHR* 148 (1985), pp. 207, 217– mientras otros acuden a un criterio extensivo basado en la perspectiva fáctica de análisis –GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 24.

administración fraudulenta, basta ahora con el simple ejercicio de las funciones de administración o representación de la persona jurídica, sin que sea necesario poseer un estatus específico ni un nombramiento formal como tal[959]. En este sentido, la actual regulación del artículo 198 del CP permite sancionar penalmente no solo a cualquiera que desempeñe un cargo de administración o representación en una persona jurídica con independencia de la denominación que se le dé a su cargo, sino también a quien ejerce de hecho la administración o representación de la persona jurídica sin un reconocimiento formal como tal.

El que el actual tenor literal del artículo 198 del CP permita responsabilizar penalmente como autor al administrador de hecho de una persona jurídica, no significa que siempre sea posible hacerlo en términos dogmáticos. No toda interpretación que sea compatible con el tenor literal es jurídicamente correcta. En nuestra opinión, la posibilidad de extender la calidad de autor al administrador de hecho depende del criterio material de imputación penal asumido por el delito de administración fraudulenta de persona jurídica. Si se trata de un delito especial de dominio, el autor del delito será el administrador de la persona jurídica que tiene el dominio social típico, para lo cual no tiene que poseer necesariamente el estatus formal de administrador, sino que bastará con la asunción fáctica de la posición de administrador desde la que se lesiona el bien jurídico protegido. La situación es distinta si el delito de administración fraudulenta de persona jurídica está configurado como un delito de infracción de un deber. En este caso, autor del delito solo podrá serlo aquel a quien la persona jurídica ha encargado, por una relación de confianza especial, el cumplimiento de ciertos deberes especiales en relación con su patrimonio. Por lo tanto, solamente el administrador con nom-

959 Se llega así una situación similar a la que tiene lugar en el Derecho español, en donde se reconoce expresamente al administrador de hecho como posible autor del delito societario de administración fraudulenta –vid., BAJO FERNÁNDEZ, en *La actividad empresarial*, pp. 269 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pp. 140 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Revista penal*, 1, (1998), pp. 21 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, en *El nuevo Código penal*, pp. 143 y ss. Por su parte, la doctrina italiana acepta una responsabilidad penal de los órganos fácticos fundamentada en una posición especial del sujeto que le permite lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido [vid., así, CONTI, en *Trattato*, Di Amato (dr.), pp. 255 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 71], lo cual se ha plasmado en un reconocimiento legal de los sujetos de hecho en la reforma de los delitos societarios (vid., al respecto, MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, p. 66 y ss.).

bramiento como tal podrá ser considerado autor del delito y no cualquiera que se arroga unilateralmente la administración de la persona jurídica[960].

El artículo 198 del CP no regula una sola conducta de administración fraudulenta que esté configurada exclusivamente como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber. Este dispositivo legal contiene diversos actos de administración fraudulenta que, en unos casos, asume la estructura de un delito de dominio y, en otros casos, la estructura de un delito de infracción de un deber. En atención a ello, una administración fáctica podrá dar lugar a un delito de administración fraudulenta de persona jurídica si la específica modalidad realizada encuentra el fundamento de su castigo en el criterio del dominio del riesgo prohibido (delito de dominio). El alcance de la administración fáctica, en estos casos, no se queda en el que actúa como administrador sin un nombramiento, sino que podría alcanzar también al socio mayoritario que se escuda en un testaferro o al directivo de una empresa madre que controla las decisiones administrativas de las sociedades hijas[961]. Por el contrario, si el fundamento de la imputación penal en la concreta modalidad de administración fraudulenta cometida es la infracción de un deber especial positivo, el cumplimiento de este deber únicamente recaerá sobre el administrador que ha sido nombrado como tal, por lo que solo él podrá ser autor del delito. Esta cualidad la cumple indudablemente el administrador formal, pero también el administrador con un nombramiento defectuoso, pues la deficiencia jurídico-civil no afecta la vinculación institucional que surge de la relación de confianza especial.

El ejercicio de los actos de administración o representación puede darse durante el nacimiento, existencia o extinción de la persona jurídica[962]. En la fase de constitución, la autoría corresponderá fundamentalmente al fundador, quien, según el artículo 70 de la LGS, se encarga de otorgar la escritura pública de constitución y suscribir todas las acciones en la constitución simultánea, o suscribir el programa de fundación en la constitución

960 Vid., el desarrollo de esta tesis, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, pp. 144 y ss.

961 Vid., en relación con el delito de infidelidad patrimonial alemán bajo la lógica de la asunción fáctica de la posición de dominio, SCHÜNEMANN, en *La administración desleal*, Gómez-Jara/García Cavero (eds), p. 24.

962 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, T. II, p. 1061.

por oferta a terceros[963]. Durante la etapa de desarrollo de las actividades de la persona jurídica, el delito puede ser cometido por el miembro del directorio, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, así como por el gerente o administrador (general, sectorial o delegado). Cabe englobar aquí a las diversas personas que ejercen, durante el desarrollo del objeto social, la administración o representación de las personas jurídicas en sus diversas formas jurídicas. En la etapa de extinción, el delito será aplicable al liquidador, quien se encarga de llevar a cabo todo el proceso de disolución y liquidación de la persona jurídica, asumiendo su representación en esta fase final de su existencia[964].

Es evidente que la regulación general del círculo de autores no enerva al juez penal de la obligación de individualizar a los directivos o representantes de la persona jurídica competentes por la forma de administración fraudulenta concretamente producida[965]. Los administradores o representantes no son, en todo momento, responsables por la administración o gestión de todos los sectores en los que puedan aparecer las distintas modalidades de administración fraudulenta. Por poner un ejemplo: El fraude contable constituye un delito de administración fraudulenta que cometen aquellos directivos que tienen la competencia por la llevanza ordenada de la contabilidad de la persona jurídica. En el caso de la sociedad anónima esta competencia recae sobre el gerente de la sociedad, en la medida que el artículo 190 inciso 1 de la LGS le asigna la responsabilidad por la existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante[966]. En consecuencia, detectado un fraude contable no se puede hacer una imputación generalizada a todos los directivos de la persona jurídica, sino que se requiere una individualización de los directivos que han

963 Vid., con mayor detalle, TORRES MORALES, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), pp. 356 y ss. En la regulación penal alemana se cuenta con un tipo penal aplicable específicamente a los fundadores de una sociedad anónima por fraude en la constitución de las empresas, vid., al respecto, RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 8. Teil, 3, n.m. 18 y ss.

964 Siguiendo la línea legislativa de una tipificación específica, la regulación penal alemana cuenta con un delito de fraude en la liquidación, vid., RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 8. Teil, 3, n.m. 77.

965 Vid., en el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, pp. 41 y s.

966 Sobre la indelegabilidad de la elaboración del balance en la legislación italiana vid., MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, p. 52.

participado activa u omisivamente en el específico acto de administración fraudulenta.

b. El perjuicio a la persona jurídica o a terceros

El tipo penal que regula el delito de administración fraudulenta de persona jurídica exige, de manera general, que las acciones fraudulentas se realicen "en perjuicio de la persona jurídica o de terceros"[967]. El perjuicio debe entenderse en un sentido patrimonial, en la medida que se trata de un tipo penal enmarcado dentro de los delitos patrimoniales[968]. Este perjuicio puede tener lugar tanto cuando hay una disminución patrimonial como cuando se ha impedido un aumento patrimonial esperable[969]. Dentro de los criterios para determinar el perjuicio se ofrecen en la doctrina penal diversas perspectivas, entre las que resaltan las de carácter económico, jurídico y personal[970]. A nuestro entender, el criterio con el que debe determinarse el perjuicio en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe atender a la frustración de la finalidad económica dispuesta por el titular.

Especialmente discutida es la cuestión de si el perjuicio debe entenderse en el sentido estricto de lesión patrimonial o si cabe interpretarlo en un sentido más amplio como peligro de lesión patrimonial[971]. Para poder responder a la interrogante planteada resulta necesario explicar primeramente cuándo un peligro de lesión patrimonial puede equipararse a una lesión efectiva. Un sector de la doctrina defiende un criterio jurídico de definición, conforme al cual el peligro patrimonial es equiparable a la lesión si, en el resto del ordenamiento jurídico, cabe vincularle consecuencias jurídicas en la forma de pretensiones indemnizatorias o resolutorias[972]. La ausencia de

967 Vid., HUNDSKOPF EXEBIO, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 620. De la opinión contraria, PEÑA CABRERA, *Tratado*, II-A, pp. 378 y s.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 319.

968 Vid., sobre la valuación económica del perjuicio, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Bajo Fernández (dr.), p. 590.

969 Vid., FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pp. 43 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 41.

970 Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho y Empresa*, 1 (febrero de 2005), pp. 3 y ss.

971 Sobre esta discusión en el caso del delito de infidelidad patrimonial alemana, vid., con mayores referencia, PERRON, *FS-Tiedemann*, p. 737 y ss.; BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, pp. 285 y ss.

972 Así, CRAMER, *Vermögensbegriff*, pp. 131 y ss.

criterios legalmente claros en el propio Derecho civil para determinar las pretensiones indemnizatorias en relación con situaciones de peligro patrimonial, hace que el criterio jurídico sirva de muy poco, además de correr el riesgo de transitar por un camino innecesario si finalmente son consideraciones económicas las que influyen en la decisión jurídico-civil. Por esta razón, se recurre a un criterio económico basado en la alta probabilidad de producción de un resultado de lesión que, aunado a la ausencia de mecanismos de neutralización o compensación, repercute en la propia valoración económica del patrimonio. Desde esta perspectiva, tanto la lesión patrimonial como el peligro de lesión patrimonial serían dos formas de aparición de un concepto de perjuicio en el sentido de reducción del valor económico[973].

En nuestra opinión, el elemento del "perjuicio", previsto en el artículo 198 del CP, engloba no solo la lesión patrimonial efectiva, sino también el peligro concreto de dicha lesión[974]. Esta interpretación, además de permitir cubrir mayores supuestos de administración fraudulenta, no resulta incompatible con el tenor literal de la ley penal, pues el tipo penal no exige que se produzca una lesión patrimonial efectiva, sino que se actúe "en perjuicio" de la persona jurídica o de terceros. La actuación en perjuicio de otro no requiere necesariamente que se haya producido un daño patrimonial efectivo, sino también que se haya generado la posibilidad de producir ese daño[975]. En atención a todo lo dicho, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe interpretarse como un delito de peligro concreto que requiere para su consumación solo la puesta en peligro del patrimonio de la persona jurídica o de terceros[976].

---

973 Vid., BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, p. 288.

974 Del mismo parecer, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 1184; MARTÍNEZ HUAMÁN, *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 12. Por el contrario, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio 2012), p. 163, considera que se requiere el perjuicio efectivo, alegando, entre otros argumentos, que delitos como la estafa tienen el mismo elemento típico y nadie discute allí que se requiere un perjuicio efectivo; no obstante, no debe olvidarse que fue precisamente en la estafa en la que se desarrolló originalmente la figura del peligro de perjuicio equiparable al perjuicio efectivo (KINDHÄUSER, *NomosKommentar* StGB § 263, n.m. 297 y ss.).

975 Sobre la puesta en peligro del patrimonio como perjuicio patrimonial, vid., ampliamente, GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, pp. 386 y ss. (espec. 406 y ss.).

976 Igualmente el parecer de REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 996, nota, 22. En el mismo sentido se interpreta el delito de infidelidad patrimonial alemán (vid., LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 266, n.m. 51; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n. m. 61) y el argentino (CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, *Revista de Derecho penal*, 2000-1, p. 238). Por el

En cuanto a la persona afectada por el delito, se entiende sin mayor explicación el perjuicio a la persona jurídica: se refiere a la persona jurídica en la que el autor ejerce las labores de administración o representación. Por el contrario, en lo referente al perjuicio a terceros, puede encontrarse cierto grado de indeterminación. Para precisar a quiénes se hace referencia con el término "terceros", hay que tener presente que el delito de administración fraudulenta está en relación con las actividades realizadas por las personas jurídicas, por lo que el perjuicio no debe entenderse referido a cualquier tercero, sino solamente a aquellos que están vinculados económicamente con la persona jurídica. El primer gran vinculado, sobre todo en las sociedades mercantiles, es el socio, quien podrá ver perjudicadas sus expectativas patrimoniales si la administración de la sociedad es fraudulenta. Sin embargo, la situación puede ser diametralmente distinta, y ser el socio el directamente beneficiado con este tipo de administración. Por esta razón, el concepto de tercero puede ampliarse a aquellas personas no titulares de la sociedad, pero vinculadas patrimonialmente a esta o incluso que están interesados en contactar con ella. De esta forma, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no se queda en los supuestos de lesión patrimonial a la persona jurídica. Su ámbito de protección abarcará también a terceras personas ajenas a la estructura societaria, lo que incluye no solo a los acreedores, sino también a las personas que tienen un interés comercial en contactar con la sociedad[977].

La exigencia de un resultado de peligro concreto hace que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica sea un delito de resultado, lo que supone que la imputación objetiva exigirá para la consumación de este tipo penal no solo la realización de la conducta fraudulenta prevista como alguna de las modalidades específicas de realización (la imputación

---

contrario, en España el delito societario de administración fraudulenta está configurado como un delito de lesión, lo que ha despertado la crítica de la doctrina [vid., así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 270; BACIGALUPO ZAPATER, *Curso de Derecho penal económico*, Bacigalupo (dir.), p. 428 y s.; DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dr.), p. 134, nota 131; Por el contrario, consideran correcta la decisión del legislador español: GÓMEZ BENITEZ, *La ley* N.º 4237 (1997), p. 3; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 146; CASTRO MORENO, *El delito societario*, pp. 419 y s.].

977 Vid., en similar sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 377; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 132.

del comportamiento), sino también que se haya creado un peligro concreto de lesión patrimonial reconducible al comportamiento imputado objetivamente al autor (la realización del riesgo en el resultado). No es necesario establecer un aporte causal a la generación de las condiciones de peligro concreto, sino que, por los deberes impuestos al administrador o representante de la persona jurídica, esa situación de peligro concreto pueda considerarse asunto suyo.

Por otro lado, la estructuración típica del delito de administración fraudulenta de persona jurídica como un delito de peligro concreto, permitirá, en el plano conceptual, el castigo a título de tentativa[978], en tanto el autor realice la conducta típica, pero no genere el peligro concreto exigido por el tipo penal (tentativa inidónea). Pese a esta posibilidad conceptual, debe tenerse en cuenta que las conductas de administración irregular sin peligro patrimonial, por sí mismas, configuran ya infracciones societarias que llevan aparejadas responsabilidades civiles y societarias[979]. En este sentido, razones político-criminales hablarían en contra de la necesidad de castigar penalmente supuestos de tentativa inidónea, siendo lo más conveniente dejar la solución del conflicto a los mecanismos extrapenales pertinentes[980].

B. Las modalidades de administración fraudulenta

De manera general, puede decirse que existen dos modelos para tipificar el delito de administración fraudulenta. Por un lado, está el modelo de regulación abierta, el cual se caracteriza por tipificar, de manera general, los elementos comunes de una administración fraudulenta (abuso de facultades de administración, infracción del deber de fidelidad patrimonial, perjuicio patrimonial, etc.). Este modelo es seguido, por ejemplo, por el Código penal alemán (parágrafo 266) o el Código penal español (art. 295)[981]. Por otro

978 Vid., así, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 317. En el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 39.

979 Destaca esta situación, GÓMEZ BENITEZ, *La ley* N.º 4237 (1997), p. 3.

980 En este sentido, resulta llamativo que en el Derecho penal alemán, en donde el delito de infidelidad patrimonial está constituido como un delito de lesión, el legislador haya decidido no castigar la tentativa (vid., al respecto, SEIER, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 5.Teil, 2, n.m. 32.

981 Sobre las particularidades de la regulación penal alemana, vid., LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 266, n.m. 2; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n.

lado, está el modelo de regulación cerrada o casuística, en el que se tipifican un conjunto de conductas específicas que, desde la óptica del legislador penal, afectan, de alguna manera, la correcta administración de las entidades colectivas. Este modelo fue seguido inicialmente por el legislador penal italiano[982].

A la técnica legislativa de carácter casuístico se le ha hecho diversos cuestionamientos. Se le reprocha primeramente terminar agrupando en un mismo delito conductas de administración irregular que no necesariamente tienen la misma naturaleza o que gozan de cierta autonomía conceptual y que, por ello, deberían contar con una regulación penal autónoma. Por ejemplo, las falsedades societarias no se corresponden estructural, ni normativamente con la figura de la administración desleal[983]. Pero además se le ha achacado, como principal cuestionamiento, el peligro de dejar en la impunidad diversas conductas de administración fraudulenta igualmente graves por el hecho de no estar englobadas puntualmente en ninguno de los

---

m. 9 y ss.; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 13 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 65 y ss. Similar estructura tienen el § 153 del Código penal austriaco y el § 159 del Código penal suizo –vid., en este sentido, BACIGALUPO/STAMPA BRAUN, *La reforma*, p. 63. Sobre las particularidades de la regulación penal española, vid., NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 245 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, pp. 94 y ss; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, pp. 178 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, pp. 547 y ss; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPC*, T. XVII, pp. 309 y ss. Es cierto que entre ambos ordenamientos jurídico-penales existen también diferencias, siendo la más importante el hecho de que la infidelidad patrimonial alemana es un delito patrimonial genérico que sanciona la gestión desleal del patrimonio ajeno sin exigir que sea de una persona jurídica, mientras que el delito de administración fraudulenta español es un delito societario que limita la administración fraudulenta al ámbito de las sociedades. Vid., al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), pp. 250 y s.; NUÑEZ CASTAÑO, en *Temas*, Collantes González (coord.), p. 392, nota 25; CASTRO MORENO, *El delito societario*, pp. 200 y ss.

982 Vid., sobre esto, críticamente, ANTOLISEI, *Manuale* I, p. 34; FOFFANI, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dr.), p. 68. La situación ha cambiado, sin embargo, con la reforma que se ha hecho en las disposiciones penales relativas a la tutela del patrimonio social contra los abusos de los administradores, en donde, por un lado, se ha derogado una serie de figuras criminales de carácter formal y de escasísima eficacia práctica (conflicto de intereses, relaciones patrimoniales ilícitas, remuneraciones irregulares de los administradores, divulgación de noticias sociales reservadas) y, por el otro, se ha introducido el modelo de tipicidad inédito en el sistema italiano (infidelidad patrimonial y corrupción).

983 Vid., así, por ejemplo, en el Derecho penal alemán, RANSIEK, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 8. Teil, 1, n.m. 4 y s. Una referencia al sistema italiano, alemán y español, PÉREZ VALERO, *El delito societario*, pp. 29 y ss.

UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.

2. Casación 301-2011-Lambayeque del 4 de octubre de 2012

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 301-2011
LAMBAYEQUE

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, cuatro de octubre de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión que se adopta bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

1. DECISIÓN CUESTIONADA.-

La sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once, emitida por la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el señor Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

2. FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN.-

La recurrente solicita que la Instancia Suprema declare nula la sentencia de vista cuestionada y en sede de instancia proceda a condenar a la procesada como autora del delito imputado y se establezca doctrina jurisprudencial al respecto; sustentando su planteamiento en las siguientes consideraciones:

2.1 La decisión efectuó una errónea interpretación de la norma penal contenida en el artículo ciento noventa del Código Penal que regula el delito de apropiación ilícita.

2.2 Que la reacción penal debe ser la sanción de aquellos comportamientos tendientes a menoscabar intereses jurídicos protegidos, como el caso concreto en que el agente aprovechándose de la condición especial conferida por una persona

determinada se aprovecha de la misma, luego de realizar cobros en su nombre, no colocando o entregando el bien fungible dentro de la esfera de disponibilidad del titular, apropiándose de lo cobrado.

2.3 Los argumentos esbozados en la sentencia de vista cuestionada contradicen los desarrollos dogmáticos efectuados respecto a la configuración del delito de apropiación ilícita, por lo que se debe establecer un criterio en salvaguarda de los derechos de los justiciables y del irrestricto derecho de propiedad, de aquel que si bien no entrega materialmente la cosa, es el que concede la condición especial al agente.

2.4 La imputación criminal referida a la apropiación por parte de la procesada de la suma de quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos producto del cobro a varios clientes de la empresa agraviada que no fueron reportados, configura el delito de apropiación ilícita por cuanto la encausada haciendo uso de las facultades o condición especial conferida, recibió dinero, firmando las respectivas facturas, y no obstante que la citada entrega de dinero generaba la obligación de darle un destino final a los bienes fungibles, dispuso de los mismos, cuando su condición no le permitía tal conducta.

2.5 No resulta adecuado afirmar que el sujeto pasivo del delito sea siempre la persona que entrega el bien mueble ya que en muchas ocasiones dicho acto no se condice con el nacimiento de la condición especial en el agente, la misma que es conferida por el sujeto como titular del derecho de propiedad afectado, con el acto de apoderamiento perpetrado.

2.6 Finalmente sostiene que: "*[l]os magistrados de la Sala Penal indican que cuando los clientes cancelaron el dinero, no lo hicieron con la intención de que la imputada entregara el dinero a su*

principal, porque para ellos se efectuó a la empresa misma, por lo que no habría apropiación ilícita, debido a que los entregantes del dinero lo hicieron a la empresa, ello determinaría en todo caso, que la transferencia de dinero efectuada a la imputada fue realmente realizada a la empresa misma, lo que, en un supuesto negado (ya aceptando la incorrecta tesis propuesta por el tribunal superior) supondría un acto, sino de apoderamiento, de sustracción del dinero por parte de la imputada, asumiendo la ficción jurídica que el dinero ya se encontraba en disponibilidad de la empresa (en atención al estado de dependencia de la empleada y conforme lo plantea la Sala Penal de Apelaciones), por lo que el acto de apoderamiento del dinero por parte de la imputada importaría (también por ficción jurídica) un acto de sustracción, configurando, por inferencia de dichas afirmaciones de la Sala Penal, el delito de hurto; lo que implicaría (para no dejar impune el hecho) que en todo caso se debió proceder conforme a las facultades conferidas por el inciso uno del artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal en concordancia con el contenido del inciso uno del artículo trescientos setenta y cuatro del mismo texto adjetivo y haber sugerido una nueva calificación jurídica, para poder aplicar la excepción contenida en el inciso dos del artículo trescientos noventa y siete del ya acotado Código Procesal, ya que el no hacerlo viene generando impunidad e indefensión" (sic).

3. ITER PROCESAL.-

3.1 El recurso de casación fue calificado por el Colegiado Supremo mediante resolución de veinticinco de noviembre de dos mil once (folios trece a quince del cuaderno de casación), declarándose bien concedido el recurso por la causa de errónea interpretación de la

norma penal, a fin de establecer doctrina jurisprudencial respecto a si para subsumir o no una conducta dentro de los alcances del delito previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal, se ha de tener en cuenta el aspecto objetivo del delito de apropiación ilícita, la relación existente entre sujeto activo, sujeto pasivo y justo título –*condición cualificante del agente*- y su aplicación al caso en concreto.

3.2 Cumpliéndose con lo estipulado por el artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, se llevó a cabo la audiencia de casación escuchándose los alegatos de la Fiscalía Suprema en lo Penal; deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar resolución de fondo, que se leerá el día catorce de noviembre de dos mil doce.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.-

1.1 El numeral tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causa para interponer el recurso de casación cuando la sentencia importa una errónea interpretación de la Ley Penal.

1.2 El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal estipula que la Corte Suprema discrecionalmente establecerá doctrina jurisprudencial.

1.3 El artículo cuatrocientos treinta y tres del citado Código regula el contenido de la sentencia de casación y sus efectos.

1.4 El primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal sanciona la conducta del que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado.

1.5 La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil diez, Lambayeque, tramitó el delito de apropiación ilícita teniendo como *factum* que los trabajadores de un grifo se apropiaron ilícitamente de los ingresos de las ventas diarias de combustible no reportado.

1.6 La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de queja número veinte guión dos mil ocho guión Lima de veintitrés de marzo de dos mil nueve vinculada con Ejecutoria Suprema expedida en el recurso de nulidad número mil cuarenta y nueve guión dos mil ocho de diez de marzo de dos mil nueve, estableció la configuración del tipo de apropiación ilícita por la indebida apropiación efectuada por el encausado de libros contables de la empresa agraviada.

SEGUNDO: SÍNTESIS DEL FACTUM.-

Se aprecia del requerimiento fiscal obrante en los folios uno a nueve que se imputa a la encausada doña Jalli Jannan Villareal López que en su condición de empleada de la empresa agraviada, Rinti S.A., -*vendedora de productos alimenticios para caninos y felinos*- se apropió indebidamente del dinero que cobró a clientes de ésta empresa, ascendente a quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos (S/. 15, 071.09). Así, la imputada entregó a clientes de la empresa comprobantes de pago en señal de acuse de recibo del dinero por los productos vendidos sujetos a crédito, pero una vez efectuado el pago por estos a ella, no lo entregó las arcas de la referida empresa.

TERCERO: DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN.-

3.1 La sentencia cuestionada señala como fundamento para revocar la decisión de primera instancia que:

> *"El delito de apropiación ilícita es un delito especial propio que comete el ciudadano que habiendo recibido un bien mueble,*

como una suma de dinero, no lo devuelve, entrega a otro o usa de la manera convenida a través de un contrato, por ejemplo de comisión, administración o depósito; haciéndolo suyo, en perjuicio de la persona que se lo entregó; quien generalmente es su propietario y en ocasiones quien tiene un derecho de crédito sobre dicho bien (...)

En el presente caso, según el Ministerio Público, la sentenciada en su condición de dependiente de la empresa agraviada recibió de los clientes de éste sumas de dinero en pago por las mercancías vendidas; dinero que no cumplió con entregar a su principal o empleadora; es decir, a la empresa agraviada; por tanto, queda claro que el dinero fue entregado en propiedad a la empresa agraviada, a través de su empleada, la sentenciada, sin que se advierta en dicho acto una obligación, a cargo de ésta, de hacer un uso determinado con dicho dinero, menos entregarlo a otro, pero menos aún de devolverlos a sus otorgantes".

3.2 Continúa el sustento de la sentencia argumentando que:

"Se sobreentiende que si la sentenciada fue una dependiente de la empresa agraviada, cuando los clientes de ésta cancelaron sus deudas no lo hicieron con la intención que aquella entregara el dinero a su principal, porque para ellos la cancelación se efectuó a la empresa misma, a través de la sentenciada; en consecuencia, respecto a ellos no se produjo ningún abuso de confianza ni perjuicio patrimonial; siéndoles ajena la diferencia surgida entra la empresa agraviada y su dependiente, la sentenciada; por tanto, no reconociéndose en la actuación de ésta, producto de la entrega del dinero, una obligación impuesta, por su relación con los clientes de la

empresa agraviada, de entregar a otro, hacer un uso determinado o devolver dicho dinero; la acción imputada es atípica del delito de apropiación.

Debe quedar claro entonces, contrariamente a lo postulado por el Ministerio Público, que la condición de sujeto pasivo en el delito de apropiación ilícita no se da en función de la persona a quien el sujeto activo se obliga a entregar un bien, sino en referencia a la persona que entrega dicho bien en posesión temporal, siempre que del título o contrato celebrado surja la obligación de entregarlo a otro".

CUARTO: PRECISIONES DOGMÁTICAS SOBRE LA APROPIACIÓN ILÍCITA O INDEBIDA.-

4.1 El primer predicado rector que define este tránsito de lo lícito a lo ilícito es la "apropiación", entendida esta como la incorporación a la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio[1].

4.2 El legislador identifica una serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella[2].

---

[1] MOLINS RAICH, Marc: "Consideraciones acerca del delito de apropiación indebida", http://www.rocajunyent.com.

[2] SIMONS VALLEJO, Rafael: Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español), extraído de http://www.uhu.es.

4.3 Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aún siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal entre otros[3].

QUINTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PROPIEDAD.-

5.1 Al respecto cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.

5.2 Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar devolver o hacer un uso determinado.

5.3 Lo que fundamenta la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega del objeto[4]. La conducta típica descrita tiene como

---

[3] GONZÁLEZ RUS, J.J. Delitos contra el patrimonio, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: Derecho penal parte especial: tomo II, 3ra reimpresión, Lima, 2011, p. 286

[4] PÉREZ MANZANO, Mercedes: Las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas en Compendio de derecho penal

significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución[5].

5.4 La existencia de una relación entre el autor y el objeto material del delito determina su connotación especial, en tanto solo puede ser sujeto activo aquél que ostente la relación jurídica exigida por el tipo el tipo penal[6], esto es haber recibido el objeto de manera lícita en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

5.5 La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio *-bajo su dominio-* un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito, le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.

5.6 La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble[7]. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores[8].

---

parte especial, Volumen II Coor. Bajo Fernández Miguel, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1998, p. 478.

[5] *Ibídem*, p. 481.

[6] *Ibídem*, p 484

[7] SALINAS SICCHA, Ramiro: Derecho Penal Parte Especial, Vol. II, 4ta edición, Ed. Grijley, Lima, 2010, p. 1020.

[8] *Ibídem*, p. 1022.

5.7 Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien[9].

SEXTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO.-

Frente al criterio doctrinal anterior se halla un segundo grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

SÉPTIMO: ANTECEDENTE DOCTRINAL.-

7.1 En esencia, la distinción entre la postura en pro de la propiedad y la postura en favor del patrimonio radica en que, mientras que en la primera solamente se consideran típicas las conductas que cristalicen en una apropiación definitiva por la integración del bien en la esfera de dominio del sujeto activo, en la segunda, esto es, en la postura que defiende la tipicidad de determinadas formas de lesión del patrimonio se considera que el referido precepto contempla dos infracciones penales de distinta naturaleza: las que atentan

---

[9] *Ibídem*, p. 1024.

directamente contra la noción de propiedad y las que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio criminalizando determinadas lesiones del derecho de crédito que por sus circunstancias puedan considerarse especialmente reprochables[10].

7.2 Con el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo numero ciento veinticuatro, las causas por delito de apropiación ilícita se tramitaban como procesos sumarios, de modo que no eran conocidas de manera común por la Suprema Corte. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado, así, en la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil seis, Lambayeque, de dieciocho de abril de dos mil once, ya referida, no obstante no existir pronunciamiento de fondo, no se cuestiona que los griferos que se apoderan del dinero recibido por pago de combustible desplegaran conducta de apropiación, en agravio del Grupo Empresarial propietario del grifo.

OCTAVO: ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL.-

8.1 Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

8.2 Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

---

[10] MOLINS RAICH, Marc: *Op.cit.* http://www.rocajunyent.com.

8.3 Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

8.4 En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos –*lo que es característico del hurto*-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

8.5 A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa "*ad maioris ad minus*", si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

8.6 No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado.

8.7 Es probable que en determinados casos concurra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde.

8.8 No es posible para este Colegiado Supremo definir el fondo de la materia, dado que no se cuenta con los actuados del proceso, de modo que corresponde reenviar al Órgano Jurisdiccional llamado por ley, para que efectúe el juicio de apelación, definiendo si se produjo o no una apropiación lícita considerando sus particularidades y efectos.

DECISIÓN:

Por todo ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDAMOS**:

I. DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once emitida por la Primera Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

II. DISPONER: que se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se lleve a cabo el juicio de apelación conforme a ley.

III. MANDAR: que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código

Procesal Penal, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los acápites 8.1 a 8.6 del considerando octavo de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. ORDENAR la transcripción de la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SANTA MARIA MORILLO

JS/sd

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

04 FEB 2013

UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.

3. R.N. N° 3649-2008 - Lambayeque del 14 de mayo de 2010

Cédula de Notificación

Destinatario : Dr. Carlos Monteza Palacios.
Domicilio : Casilla N° 180 del Colégio de Abogados de Lima.
Procesado : Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano.

RECURSO DE NULIDAD N° 3649-2008

CONTRA : OSWALDO ALBERTO MENDOZA OTINIANO
DELITO : APROPIACIÓN ILÍCITA
AGRAVIADO : COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS DE LAMBAYEQUE

VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA Y CALDERÓN CASTILLO.----------
Por medio de la presente cumplo con notificar la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha 28 de Enero de 2010, mediante la cual: **nuestro voto;** es porque se declare **HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno,.....; declararon **INFUNDADA** dicha excepción; **MANDARON** continúe con el proceso según su estado,.....- Firmado S.S. LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, CALDERÓN CASTILLO. Sec. de Sala S. Salas Campos.....
VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS SAN MARTÍN CASTRO Y PRINCIPE TRUJILLO.----------
Lima, 28 de Enero de 2010.- **NUESTRO VOTO:** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno,.....- Firmado S.S. SAN MARTÍN CASTRO, PRINCIPE TRUJILLO. Sec. de Sala S. Salas Campos.....
EL VOTO DIRIMENTE DEL SEÑOR SANTA MARÍA MORILLO ES COMO SIGUE.------
Lima, 26 de Abril de 2010.- **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno,.....- Firmado SANTA MARIA MORILLO. Sec. de Sala S. Salas Campos.....
Lima, 14 de Mayo de 2010.- el suscrito Jorge Alfredo Solís Espinoza **SE ADHIERE** al voto y los fundamentos de los señores San Martín Castro, Principe Trujillo y Santa María Morillo, en tal sentido **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno,.....- Firmado S. SOLÍS ESPINOZA. Sec. de Sala S. Salas Campos.....
Lima, 14 de Mayo de 2010.- **AUTOS y VISTOS;** con la Razón de relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO:** Que el señor Vocal Dirimente, Doctor Solís Espinoza,.....; en el sentido que se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno,.....; **REMÍTASE** los actuados al lugar de origen,.....- Firmado S. CALDERÓN CASTILLO. Sec. de Sala S. Salas Campos.

Se adjunta a fs. 15 copia simple de la Ejecutoria Suprema.

Lo que notifico a usted conforme a ley.

Lima, 21 de Junio de 2010

PODER JUDICIAL Servicio de Notificaciones Lima Metropolitana - Callao RECIBIDO 23 JUN. 2010 4 FIRMA Y HUELLA

PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

Lima, catorce de mayo de dos mil diez.-

AUTOS y VISTOS; con la Razón de relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO:** Que el señor Vocal Dirimente, Doctor Solís Espinoza, ha cumplido con emitir el voto que le corresponde; que este voto coincide con el emitido por los señores Jueces Supremos San Martín Castro, Príncipe Trujillo y Santa María Morillo, en el sentido que se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano; en el proceso que se le sigue por el delito contra el patrimonio –apropiación ilícita–, en agravio del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque; que, en tal virtud, se ha completado los votos para formar resolución, conforme a lo establecido por el artículo ciento cuarenta y uno, primer párrafo del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial y por el artículo doscientos noventa y seis del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: **REMITASE** los actuados al lugar de origen, para los fines de ley; hágase saber y adjúntese el voto del señor Vocal Dirimente para su conocimiento.

Sr.
CALDERÓN CASTILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA Y CALDERÓN CASTILLO.

Lima, veintiocho de enero de dos mil diez.-

VISTOS; oído el informe oral; interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga; el recurso de nulidad [concedida vía recurso de queja excepcional] interpuesto por la defensa de la parte agraviada -Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque, representado por José Lorenzo Chuñe Mendoza- contra el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmó la resolución de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo del mismo año, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del inculpado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano en el proceso seguido por el delito contra el Patrimonio – apropiación ilícita en agravio del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que la defensa de la parte agraviada en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos cincuenta y seis alega que la resolución venida en grado ha establecido que los libros contables y demás documentación administrativa no constituyen patrimonio de la institución, cuando por el contrario tienen carácter patrimonial y económico; asimismo, argumenta que el delito de apropiación ilícita establece como conducta típica *"hacer un uso determinado"*, no siendo expreso que dicho *"uso"* sea para su tráfico comercial, sino que

basta que el sujeto activo tenga un "*animus de beneficio personal*", como es en el presente proceso, donde Mendoza Otiniano desea evitar la realización de una auditoría del periodo que ejerció como Decano. **Segundo:** Que la denuncia de fojas trescientos uno atribuye a Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano y Carlos Eulogio Yovera Villegas no haber hecho entrega de los libros y documentación contable del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque, consistente en libro diario, libro mayor, libro de inventarios y balances, documentación sustentatoria de los ingresos y gastos, -la cual fue entregada a Mendoza Otiniano el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis, y que a su vez éste la entregó a su coprocesado Yovera Villegas-, quienes se niegan a devolver dicha documentación dando contestaciones evasivas, pese a que se les notificó en reiteradas oportunidades mediante cartas notariales, documentación que hasta la fecha se encuentra en su poder. **Tercero:** Que de la revisión de lo actuado se advierte que la conducta incriminada contra Mendoza Otiniano [confróntese auto de apertura de instrucción de fojas trescientos tres del dieciséis de enero de dos mil seis] estriba en no haber cumplido hasta hoy con la entrega de los libros y documentación contable de la orden apropiándose indebidamente de ellos [véase cargos de entrega de fojas quince y dieciséis, y declaración jurada de fojas diecinueve], pese a que fueron requeridos en forma reiterada para su entrega por carta notarial, siendo una de las últimas la obrante a fojas ocho del diecinueve de mayo de dos mil cinco. **Cuarto:** Que, en efecto, el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de

septiembre del mismo año, sin ningún fundamento jurídico, ha establecido que la documentación contable no constituye objeto de protección en el delito imputado, [confróntese fundamento quinto de dicha resolución, donde establece que los libros contables y los demás documentos no tienen un valor mercantil en el mercado, y por tanto no existe bien jurídico tutelado], con lo que se ha vulnerado el principio de lesividad, y sin tener en cuenta que, según la norma, el objeto material del delito de apropiación ilícita está constituido por bienes muebles, que constituyen todo objeto del mundo exterior con valor económico susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento; que, asimismo, el artículo ochocientos ochenta y seis, inciso nueve, del Código Civil señala que tienen la calidad de tal los bienes que puedan llevarse de un lado a otro, por tanto, los acervos administrativo y contable del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque constituyen bienes muebles susceptibles de protección en el delito instruido.

Quinto: Que, de otro lado, si bien la resolución de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, afirma [tal como lo alega el inculpado Mendoza Otiniano al deducir su excepción de naturaleza de acción a fojas trescientos once] que, según el Manual de Organización y Funciones del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque de fojas cuatrocientos dieciséis a cuatrocientos veintisiete, el director de economía es el responsable de la custodia de los libros contables y acervo documentario y no el Decano -véase cuarto considerando de la resolución-, se advierte a fojas cuatrocientos veinte - vuelta que una de las funciones específicas del Director de economía es

llevar y mantener actualizados los libros y registros contables, mas no "custodiarlos", por consiguiente, tal interpretación resulta inaceptable. Por los fundamentos expuestos; nuestro voto: es porque se declare **HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmó la resolución de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo del mismo año, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del inculpado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano en el proceso seguido por el delito contra el Patrimonio - apropiación ilícita en agravio del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque; reformando la primera y revocando la segunda: declararon **INFUNDADA** dicha excepción; **MANDARON** continúe con el proceso según su estado; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

CALDERÓN CASTILLO

VPS/mepch

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS SAN MARTIN CASTRO Y PRINCIPE TRUJILLO.

Lima, veintiocho de enero de dos mil diez.–

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la parte civil, COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS DE LAMBAYEQUE, contra el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le sigue por delito contra el patrimonio – apropiación ilícita en su agravio; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *PRIMERO*:** Que esta Suprema Sala conoce del presente recurso de nulidad por haberse declarado fundado el recurso de queja que interpuso la institución agraviada; conforme es de verse de la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos ochenta y siete, del catorce de abril de dos mil ocho. ***SEGUNDO*:** Que la defensa de la parte civil en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos cincuenta y seis alega que los libros contables y demás documentación académica tienen carácter patrimonial y económico; que la conducta típica en delito de apropiación ilícita importa "hacer un uso determinado" de un bien mueble –no exige que el uso esté dirigido al tráfico comercial– y, por ende, basta que el sujeto activo tenga un ánimo de beneficio personal, exigencia que se cumple en el presente caso porque el inculpado Mendoza Otiniano

desea evitar la realización de una auditoría del período en que ejerció el decanato de la institución. **TERCERO:** Que la excepción de naturaleza de acción está destinada a cancelar el proceso penal cuando se advierte que el hecho denunciado –aquel estrictamente fijado en la denuncia formalizada del Fiscal y recogido, como tal, en el auto de apertura de instrucción– no constituye delito o no es justiciable penalmente, según se advierte del artículo cinco Código Procesal Penal; por tanto, es indispensable determinar el hecho objeto de procesamiento y, a su vez, desde el ordenamiento jurídico, establecer si es penalmente relevante –conducta típica y antijurídica, de un lado, y sujeta a una sanción penal desde la perspectiva de la punibilidad, de otro–. **CUARTO:** Que para la determinación del hecho objeto del procesamiento penal es de examinar la denuncia fiscal formalizada de fojas trescientos una y el auto de apertura de instrucción –o de procesamiento– de fojas trescientos dos, del dieciséis de enero de dos mil seis; que de esos actos procesales se advierte que los ex Decanos del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque, Oswaldo Mendoza Otiniano y Carlos Eulogio Yovera Villegas, que indistintamente estuvieron en la dirección y gerencia desde junio de mil novecientos noventa y seis a junio de dos mil cuatro, una vez que terminaron su periodo de gobierno no hicieron entrega a la nueva dirección de la institución de los libros y documentación contable, acervo documentario administrativo –incluso de las relaciones con los casos judiciales– y registros internos; que el conjunto de esa documentación se le entregó al denunciado Mendoza Otiniano el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis y éste, a su vez, la entregó a su coimputado Yovera Villegas, pese a lo cual no han cumplido con alcanzarlos a la nueva Junta Directiva, no obstante las constantes

exigencias notariales de entrega –el último requerimiento notarial tuvo lugar el diecinueve de mayo de dos mil cinco (fojas ocho)–. **QUINTO**: Que el delito de apropiación ilícita es un delito contra el patrimonio –Título V del Libro Segundo del Código Penal– previsto y sancionado en el artículo ciento noventa del Código Penal, tipo legal que sanciona al "[...] *que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, ...*"; que, en el presente caso, lo central es determinar si la documentación contable y demás acervo documentario de la institución agraviada puede constituir objeto material del delito de apropiación ilícita y, sobre esa premisa, si puede configurarse un ánimo de lucro en los imputados. **SEXTO**: Que el tipo legal en cuestión establece que el objeto material, sobre el que recae la apropiación indebida, es un bien mueble, una suma de dinero o un valor; que, ahora bien, la idoneidad del bien objeto de apoderamiento, para entender su relevancia jurídico económica, ha de apreciarse analizando las características intrínsecas del bien mueble –si en sí mismo tiene una valoración económica–, lo que, por lo demás, permitirá a su vez determinar si el agente obró con ánimo de lucro; que el objeto de tutela jurídico penal del patrimonio, como bien jurídico complejo, en una infracción clásica de carácter patrimonial como la de apropiación ilícita –delito de lesión–, está definido a partir de un concepto mixto económico-jurídico de patrimonio, esto es, como conjunto de cosas u otras entidades con un valor económico y respecto de las cuales se dé una determinada relación jurídica; no basta, por tanto, con la exclusiva relación fáctica respecto de un bien

con valor económico, sino que es necesario la existencia de alguna clase de relación jurídica tutelada o reconocida por el ordenamiento jurídico –derechos, obligaciones u otras formas jurídicas que han de tener una significación económica, evaluable en dinero–. ***SÉPTIMO***: Que, sobre estas premisas, es evidente que la documentación contable y el acervo documentario de una persona, natural o jurídica, en sí misma considerada, no está dotada de valor económico ni es valorable en dinero, es decir, es no es un bien económicamente valuable; su apoderamiento o sustracción, en tanto en cuanto no constituyan valores negociables, no tiene idoneidad para producir un perjuicio patrimonial –los papeles y documentos en general, como acervo documental cotidiano de una institución, no tienen valor en el mercado, no permiten en sí mismos generar lesión patrimonial a su titular–; por consiguiente, no es posible concebir la comisión de un delito de apropiación indebida si el objeto material no tiene significación económica, por lo que los hechos atribuidos a los imputados no son penalmente relevantes desde el delito de apropiación ilícita, consecuentemente, la excepción deducida debe ampararse. ***OCTAVO***: Que aún cuando esta conclusión se opone a la que se asumió en la Ejecutoria Suprema que amparó el recurso de queja, es de precisar, *primero*, que la decisión recaída en una queja sólo habilita el conocimiento del recurso de nulidad por el Supremo Tribunal –es una suerte de permiso para impugnar y sólo otorga la posibilidad de una revisión sobre el fondo del asunto, no causa estado ni vincula necesariamente a los jueces que resolverán el mérito de la impugnación no instrumental, ordinaria o extraordinaria–; y, *segundo*, el tema de fondo ha de abordarse autónomamente por los jueces supremos al absolver el grado, de suerte que la primera decisión no es vinculante para los

magistrados que no han intervenido en la primera decisión. Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO:** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le sigue por delito contra el patrimonio – apropiación ilícita en su agravio; con lo demás que contiene; y los devolvieron.–

S.S.

SAN MARTIN CASTRO

PRINCIPE TRUJILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

CSMC/lsa.

EL VOTO DIRIMENTE DEL SEÑOR SANTA MARIA MORILLO ES COMO SIGUE:

Lima, veintiséis de abril de dos mil diez.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la Parte Civil contra el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de setiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le sigue por delito contra el patrimonio - apropiación ilícita en su agravio; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo Adjunto Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que se imputa al encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, que valiéndose de su condición de Decano del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque, durante el período comprendido de junio de mil novecientos noventa y seis a octubre de dos mil tres, y como gerente desde dicho mes hasta diciembre de dos mil tres, no cumplió con entregar los registros contables consistentes en libro diario, libro mayor, libros de inventarios y balances, libro de caja, libro de bancos, libro de planillas y remuneraciones, documentación contable consistente en documentación sustentatoria de los ingresos y gastos que amparan fehacientemente las anotaciones contables registradas en los libros contables que se detallan en el rubro anterior, así como documentación referida a la rehabilitación y fraccionamientos otorgados por amnistía, además de acervo documentario administrativo y registros internos de la institución; instrumentales que fueron debidamente requeridos al citado procesado, el mismo que no habría cumplido con devolver alegando haberlos entregado a otros contadores. **Segundo:** Que, ahora bien, antes

de analizar el fondo del asunto, debe tenerse en cuenta que el delito de apropiación ilícita, prevista y sancionada en el artículo ciento noventa del Código Penal, sanciona al agente que en su provecho, o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado; que, en ese sentido; debe tenerse en cuenta que reiterada jurisprudencia se ha pronunciado al respecto señalando que: "*al ser la apropiación ilícita un delito en el que se realiza una transferencia del patrimonio del sujeto pasivo a favor del sujeto activo, implica un desmedro y un beneficio económico respectivamente, donde el objeto material del delito es aquel objeto que importa un valor económico cuantificable económicamente, de lo que se deduce que la exigencia de devolución de documentos en poder del procesado no se adecua a las exigencias de tipificad objetiva del delito en referencia*". [E]ecutoria Suprema número trescientos tres – dos mil dos, del doce de abril de dos mil dos]. **Tercero:** Que, en consecuencia, estando a lo expuesto precedentemente, no se advierte en el imputado Mendoza Otiniano que se haya apropiado de un bien o efecto con las características antes descritas, por tanto el valor económico y patrimonial del acervo documentario no surgen a la vista. Por estos fundamentos, y adhiriéndome a los fundamentos de los señores San Martín Castro y Príncipe Trujillo, **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de setiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo de dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le

sigue por delito contra el patrimonio - apropiación ilícita en su agravio; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y lo devuelvo.-

S.

SANTA MARIA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Lima, catorce de mayo del dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil contra el auto de vista del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia del treinta de mayo del dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción propuesta por el encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le sigue por el delito contra el patrimonio – apropiación ilícita; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.** Que el delito de apropiación ilícita es un delito contra el patrimonio previsto y sancionado en el artículo 190° del Código Penal, en cuyo primer párrafo establece: *el que en su provecho o de un tercero se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.."* Siendo que para su configuración se requiere que el objeto material tenga un contenido patrimonial y exista además un interés de obtener un beneficio o provecho. **SEGUNDO.** En cuanto al objeto que tutela del delito es el patrimonio, entendida desde un punto de vista general como todo los bienes que conforman el activo y pasivo de una persona el cual tienen una estimación pecuniaria. Específicamente para el derecho penal, y la doctrina dominante sobre la materia, se asume una posición jurídica económica sobre el patrimonio, el cual a decir de Juan José Gonzáles Rus[1] *la concepción mixta aparece como resultado de la combinación de las dos teorías anteriores* –concepción jurídica y concepción económica- *tomando como base la posición económica, incluyen en el patrimonio solo las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica. A tenor de ella, el patrimonio puede definirse como el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos.* Agrega el autor, que la *figura jurídica en mención presuponen que la cosa objeto del delito tiene valor económico.* Para Angel Calderón Carezo[2] *existe un concepto de patrimonio mixto (jurídico – económico), admitido por la doctrina que limita su contenido a valores estimables económicamente...* Agrega el autor, citando a Huerta Tocildo que el

---

[1] "En Curso de Derecho Penal Español Parte Especial I", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1996, página 551

[2] "Derecho Penal, Parte Especial" Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 1999, página 782

concepto de patrimonio a efectos penales está compuesto por tres elementos: a) los bienes dotados de valor económico que constituyen su objeto material, excluidos por consiguiente los que tengan mero valor afectivo; b) la existencia de una relación con los bienes protegibles por el ordenamiento jurídico, y c) causación real o potencial, de un perjuicio patrimonial, entendido como disminución económicamente valuable del acervo patrimonial. De lo anteriormente expuesto, es posible considerar que para la configuración del delito el bien materia de apropiación debe ser uno valuable económicamente, capaz de circular en el mercado. **CUARTO**. En el caso, que nos ocupa se le imputa al procesado que valiéndose de su condición de Ex Decano del Colegio de Contadores Públicos de Lambayeque y ex Gerente de la mencionada institución no cumplió con entregar a la nueva dirección de la institución de los libros y documentación contable, acervo documentario administrativo y registros internos de la mencionada institución, no obstante las constantes exigencias notariales de entrega los registros contables consistentes en libro diario, libro mayor, libros de inventario y balances. **QUINTO**. Como puede advertirse, los bienes muebles a que se hacen referencia no son posibles de valoración económica por cuanto no tienen una referencia económica en el tráfico comercial, ya que el acervo documentario que reclama la parte civil sirve, entre otros, fundamentalmente para explicar y justificar la gestión de los recursos, proporcionar cuenta numérica de lo que sucede en la vida y en la actividad organizacional, pero no están destinadas para la circulación, por ello no son susceptibles de valoración económica; por las razones expuestas, el suscrito Jorge Alfredo Solis Espinoza **SE ADHIERE** al voto y los fundamentos de los señores San Martín Castro, Príncipe Trujillo y Santa María Morillo, en tal sentido, **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, del seis de septiembre de dos mil seis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas trescientos treinta y cinco, del treinta de mayo del dos mil seis, declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor del encausado Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, en el proceso que se le sigue por el delito contra el patrimonio – apropiación ilícita, con lo demás que contiene.-

Sr.

SOLIS ESPINOZA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA