



JOSÉ HURTADO POZO

COMPENDIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Parte general

Curso universitario



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

JOSÉ HURTADO POZO es abogado y licenciado en derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctor por la Universidad de Neuchâtel, en Suiza. Es también doctor honoris causa por la Universidad Nacional de Trujillo, la Universidad Nacional de Cajamarca y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, además de profesor honorario de diversas universidades. Ha sido catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Friburgo y jefe del Departamento de Derecho Penal de dicha universidad, de cuya facultad fue decano. Actualmente, es profesor de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autor de diversos libros como *Manual de derecho penal. Parte general I y parte especial I-II* (Perú), *Droit Pénal. Partie Générale y Partie Spéciale* (Suiza), *Nociones básicas de derecho penal* (Guatemala), *La Ley importada*, *El Ministerio Público* y de numerosos artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras. Es coeditor de las obras *Droit pénal et cultures* y *Droit pénal économique*. Es fundador y director de la revista *Anuario de Derecho Penal*, así como del portal web www.unifr.ch/derechopenal.

Por su trayectoria, ha sido objeto de diversos libros de homenaje, entre ellos *Strafjustiz und Rechtsstaat. Justice pénale et Etat de droit. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo* (2003); *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo* (2012); y *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos* (2013).

COMPENDIO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

Parte general

JOSÉ HURTADO POZO

COMPENDIO DE DERECHO
PENAL ECONÓMICO

Parte general

Curso universitario



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Compendio de derecho penal económico

Parte general

José Hurtado Pozo

© José Hurtado Pozo, 2015

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2015

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN: 978-612-317-147-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-17486

Registro del Proyecto Editorial: 31501361501411

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

*En reconocimiento por su ayuda constante, que
me ha permitido elaborar este y otros escritos,
Luisa Mercedes y Luis Ángel: maestros.
Luzmila Emperatriz. Myrtha Mercedes y
Claudia Sabinne, juristas por iniciativa propia.*

«En el debate sobre la enseñanza, no se tarda en citar a Rabelais y a Montaigne: Rabelais que creía, siguiendo la carta de Pantagruel a su hijo Gargantúa, que éste debía devenir una 'sima profunda de ciencia', y Montaigne, que prefería una persona con la 'cabeza bien hecha'. He aquí, resumidos y contrapuestos, los dos objetivos de nuestra pedagogía: por un lado, conocimientos, por otro, competencias, para emplear la jerga actual. Montaigne protestaba ya contra el llenado de cráneo escolar en los capítulos 'Del pedantismo' y 'De la institución de los infantes', en el primer libro de sus Ensayos».

Antoine Compagnon, *Un été avec Montaigne*, Éditions des Equateurs, París, 2013, p. 93.

«Cuando un estudiante está in statu pupillari respecto de cualquier materia, tiene que creer que las cosas están bien establecidas, puesto que su libro de texto y sus maestros así lo consideran. Cuando por fin sale de ese estado y prosigue el estudio por su cuenta, advierte que nada está finalmente establecido, y el dogmatismo, que siempre es señal de inmadurez, lo abandona. Considera, entonces, a los llamados hechos bajo una nueva luz y se pregunta si aquello que su libro de texto y su maestro le enseñaron como cierto realmente lo es. ¿Qué razones tuvieron para creer que era la verdad? Pero además ¿eran, acaso, adecuadas tales razones? Por otra parte, si el estudiante sale del estado pupilar y no prosigue sus estudios, jamás logra desechar la actitud dogmática, circunstancia que, precisamente, lo convierte en una persona especialmente inadecuada para contestar las preguntas que arriba se han planteado».

R. G. Collingwood, *Idea de la historia*, Fondo de Cultural Económica, 3ª ed., México, 2004, p. 67.

Índice

LISTA DE ABREVIATURAS	17
PRESENTACIÓN	21
PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN	25
1. Generalidades	27
2. Contexto histórico nacional (<i>ex cursus</i>)	30
2.1. Colonia	31
2.2. Emancipación	35
2.3. Siglo XIX	36
2.4. Siglo XX	37
2.5. Siglo XXI	41
3. Criminalidad económica	42
3.1. Noción	42
3.2. La realidad de la criminalidad económica	44
3.2.1. <i>Perú</i>	44
3.2.2. <i>Extranjero</i>	50
3.3. Contexto internacional	52
3.4. Ejemplo ilustrativo de cooperación internacional	54
3.4.1. <i>Cooperación entre la Unión Europea y Suiza</i>	54
3.4.2. <i>Secreto bancario y ayuda judicial</i>	58
3.4.3. <i>Secreto bancario en el Perú</i>	59
3.4.4. <i>Cooperación con los EE UU</i>	62

3.5. Recurso al derecho penal económico	63
3.6. Criminalidad económica y criminalidad organizada	65
3.6.1. <i>Introducción</i>	65
3.6.2. <i>Realidad criminógena</i>	66
3.6.3. <i>Regulación legal</i>	69
3.7. Criminalidad económica y corrupción	71
3.7.1. <i>Introducción</i>	71
3.7.2. <i>Descripción y calificación</i>	72
3.7.3. <i>Contexto económico</i>	73
3.7.4. <i>Recurso al derecho penal</i>	74
3.7.5. <i>Ejemplos históricos</i>	75
3.7.6. <i>Corrupción y régimen económico</i>	77
3.7.7. <i>Apreciación general</i>	81
3.8. Derecho procesal penal y derecho penal económico	82
SEGUNDA PARTE. DERECHO PENAL ECONÓMICO	87
1. Marco constitucional	89
1.1. <i>Introducción</i>	89
1.2. <i>Régimen económico constitucional</i>	91
1.3. <i>Comparación con el régimen suizo</i>	92
2. Noción de derecho penal económico	97
3. Funciones del derecho penal económico	98
4. Configuración del derecho penal económico	100
5. Delimitación del derecho penal económico en función de la empresa	103
6. Características del derecho penal económico	105
6.1. <i>Subsidiaridad</i>	105
6.2. <i>Accesoriedad</i>	106
6.3. <i>Fragmentariedad</i>	106
6.4. <i>Código penal o legislación complementaria</i>	107
7. Derecho penal administrativo	108
7.1. <i>Noción</i>	108
7.2. <i>Delitos e infracciones administrativas</i>	109
7.3. <i>Garantías procesales</i>	111

8. Derecho penal fiscal	111
8.1. Clasificación y extensión	111
8.2. Ejemplo ilustrativo: legislación suiza en materia fiscal	115
TERCERA PARTE. LEY PENAL	117
1. Principio de la legalidad	119
1.1. Interpretación	119
2.2. Fraude a la ley	120
3.3. Leyes en blanco	124
2. Tipos legales de recuperación (<i>Aufgangtatbestände</i>)	128
3. Delitos especiales	131
4. Delitos de peligro abstracto	134
CUARTA PARTE. TEORÍA DEL DELITO	137
1. Introducción	139
2. Tipicidad e imputación objetiva	140
2.1. Imputación objetiva	140
2.2. Relación de causalidad e imputación objetiva	141
2.2.1. <i>Introducción</i>	141
2.2.2. <i>Causalidad como base</i>	143
2.2.3. <i>Creación de riesgo no permitido</i>	145
2.2.4. <i>Agente responde por crear un peligro</i>	146
2.2.4.1. Principio de confianza	147
2.2.4.2. Prohibición de regreso	148
2.2.4.3. Responsabilidad personal de la víctima	148
2.2.5. <i>Realización del riesgo no permitido</i>	149
2.2.6. <i>Riesgo prohibido por la norma</i>	151
2.2.7. <i>Imputación en el caso de delitos especiales</i>	152
2.2.8. <i>Jurisprudencia</i>	152
3. Error	155
3.1. Aspecto subjetivo del tipo legal	155
3.2. Error de derecho o sobre la ilicitud	157
4. Participación delictuosa	160
4.1. Introducción	160
4.2. Participación horizontal y vertical	162

4.3. Autor mediato amplio	164
4.4. Actuar en lugar de otro	165
4.5. Jurisprudencia	167
4.6. Responsabilidad penal en decisiones colectivas tomadas en el seno de la empresa	168
4.7. Delito colegial	172
QUINTA PARTE. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA	175
1. Responsabilidad penal de la empresa	177
1.1. Introducción	177
1.1.1. <i>Societas delinquere non potest</i>	177
1.1.2. <i>Incoherencia del sistema</i>	179
2. Consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas	180
2.1. Introducción	180
2.2. Estatus normativo de las consecuencias accesorias	182
2.3. Clases	183
2.4. Aplicación	184
2.5. Pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica	185
2.6. Decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito	185
2.7. Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas	186
2.8. Derechos y garantías procesales reconocidos en favor de la persona jurídica	186
2.9. Consecuencias accesorias como medidas cautelares procesales	187
2.10. Jurisprudencia penal vinculante	187
3. Determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica o empresa	189
3.1. Persona y sujeto de derecho	189
3.2. Justificación de responsabilizar penalmente a empresas	191
3.3. Sistemas de responsabilidad penal de empresas	194
3.4. Evolución legislativa en el Perú	196
3.5. Reacción sancionadora respecto de la empresa	207
3.5.1. <i>Código Penal</i>	207
3.5.2. <i>Legislación penal complementaria</i>	207
3.5.3. <i>Formas de autocontrol</i>	209
3.5.3.1. <i>Compliance</i>	209
3.5.3.2. Caso especial: lavado de activos	212

3.5.4. <i>Autorregulación</i>	215
3.5.5. <i>Dispositivo de alerta (whistleblowing)</i>	218
4. Responsabilidad penal de la empresa en derecho comparado	223
4.1. Argentina: Anteproyecto de reforma del Código Penal 2013	223
4.2. Chile: Ley N° 20.393	226
4.2.1. <i>Introducción</i>	226
4.2.2. <i>Modelo de responsabilidad</i>	226
4.2.3. <i>Autores del delito</i>	227
4.2.4. <i>En interés o provecho de la persona jurídica</i>	227
4.2.5. <i>Responsabilidad autónoma</i>	228
4.2.6. <i>Responsabilidad por defecto de organización</i>	228
4.3. España: Ley N° 14962/2010	229
4.3.1. <i>Introducción</i>	229
4.3.2. <i>Modelo de imputación</i>	231
4.3.4. <i>Extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica</i>	235
4.4. Francia: CP 1994	236
4.4.1. <i>Introducción</i>	236
4.4.2. <i>Personas jurídicas concernidas</i>	236
4.4.3. <i>Infracciones concernidas</i>	237
4.4.4. <i>Condiciones de la responsabilidad penal</i>	238
4.4.5. <i>Infracciones «por cuenta» de la persona moral</i>	239
4.4.6. <i>Responsabilidad del autor material individual</i>	239
4.4.7. <i>Penas</i>	239
4.5. Suiza	241
4.5.1. <i>Evolución legislativa</i>	241
4.5.2. <i>Régimen de la responsabilidad principal subsidiaria</i>	242
4.5.3. <i>Particularidades del artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo</i>	243
4.5.4. <i>Particularidades del artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo</i>	245
4.5.5. <i>Responsabilidad</i>	246
4.5.6. <i>Pena</i>	248
SEXTA PARTE. CASOS ILUSTRATIVOS	249
1. Caso 1: Defraudación tributaria	251
2. Caso 2: Delito de estafa en el ámbito de organizaciones empresariales	254
3. Caso 3: Imputación objetiva e intervención de asesores financieros	255

4. Caso 4: Disminución fraudulenta de la masa concursal	259
5. Caso 5: Hurto de valores desmaterializados	260
ANEXOS	263
1. Argentina: anteproyecto de Código Penal 2013	263
2. Chile: Ley N° 20.393	273
3. España: Código Penal	286
4. Francia: Código Penal	293
5. Suiza: Código Penal	297
ÍNDICE ANALÍTICO	307
LEGISLACIÓN CONSULTADA	313
BIBLIOGRAFÍA	323

LISTA DE ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
aCst	versión anterior de Constitución
ADP	Anuario de Derecho Penal. Perú
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España
Art(s)	artículo(s). Sin referencia contraria, siempre corresponde al Código Penal peruano
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêt du Tribunal Federal. Suiza
Aufl	Auflage (edición)
BGHst	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Alemania
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil
CdePP	Código de Procedimientos Penales
CDP	Cuadernos de Derecho Penal. Colombia
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (Convention européennes des droits de l'homme, RS 0.351.1)
CEP	Código de Ejecución Penal
Cfr.	Confróntese
CJM	Código de Justicia Militar
CJMP	Código de Justicia Militar Policial
CONASEV	Superintendencia del Mercado de Valores
Coord.	Coordinador
CP	Code pénal (del país mencionado)
CPP	Código Procesal Penal

LISTA DE ABREVIATURAS

Cst.	Constitución
Csup	Corte Superior
CSupre	Corte Suprema
DL	Decreto(s) Ley(es)
DLeg	Decreto(s) Legislativo(s)
DS	Decreto Supremo
ECS	Revue L'expert comptable suisse
Ed.	Edición
Edit.	Editor
ES	Ejecutoria Suprema (sentencia de la Corte Suprema)
ESup	Ejecutoria Superior
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
Exp.	Expediente
FF	Feuille Fédérale (Suiza)
FJ	Fundamento(s) jurídico(s)
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FN	Fiscalía de la Nación
FS	<i>Festschrift</i> (libro homenaje)
GAFI	Grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero
Ídem	Lo mismo
inc(s).	inciso(s)
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
JdT	Journal des Tribunaux. Suiza
Let.	Letra
LF	Loi fédérale
LK	Leipziger Kommentar. Alemania
LOJM	Ley Orgánica de la Justicia Militar
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MP	Ministerio Público
Nº	número
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
p(s).	página(s)
p. ex.	por ejemplo
PE	parte especial
Pf (s).	párrafo(s)
PG	parte general

PNP	Policia Nacional del Perú
Proy.	proyecto
RDir.	Resolución Directoral
RMin.	Resolución Ministerial
RLeg	Resolución Legislativa
RN	recurso de nulidad
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales. Perú
RPS/SchwZStr	Revue Pénale Suisse / Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s., ss.	siguiente(s)
SK	Systematischer Kommentar. Alemania
SP	sentencia plenaria
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (ordenanza procesal penal alemana)
SUNAT	Superintendencia de Aduanas y de Administración Tributaria
T.	tomo(s)
TC	Tribunal Constitucional
TP	título preliminar
trad.	traductor
TF	Tribunal Fédéral
TUO	Texto Único Ordenado
TVA/IVA	Impuesto al Valor Agregado
UBS	Union des Banques Suisses
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
Vid.	véase
Vol.	volumen
Vor/Vorbem	Vorbemerkungen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Alemania

PRESENTACIÓN

La conjunción de circunstancias inesperadas nos conduce muchas veces por sendas imprevistas. Al seguirlas y llegar a destino, a menudo somos nosotros mismos los primeros sorprendidos. Esto es lo que más o menos ha acaecido con la elaboración y publicación del presente libro.

El impulso decisivo fue la iniciativa del Rectorado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que nos facilitó el dictado del curso de derecho penal económico en el segundo semestre de 2013, ocasión que aprovechamos para elaborar un texto sobre los temas señalados en el *syllabus* respectivo. La primera versión constituyó el cumplimiento de dicho compromiso académico.

El texto definitivo ha sido establecido en el marco de la enseñanza que acabamos de impartir en 2014, en la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. De alguna manera esto implica retribuir, al menos en algo, la formación profesional que nos dio y que nos ha permitido llevar a cabo nuestras actividades docentes y de investigación dentro y fuera de nuestro país.

El estudio y la enseñanza del derecho penal económico, en la medida en que no se reduzcan a una mera repetición descriptiva del contenido ya muchas veces expuesto por especialistas de otras latitudes, requieren una formación sólida en diversas disciplinas, tanto jurídicas como extrajurídicas (por ejemplo, en economía, finanzas, tributación, derecho administrativo, derecho fiscal, derecho comercial). Debido a nuestras carencias notables en estos dominios, invitamos a diversos especialistas para que intervinieran en algunas lecciones impartidas en la Pontificia Universidad Católica del Perú, presentando un tema y discutiéndolo con los estudiantes bajo nuestra dirección activa. Con este fin, los estudiantes debían leer previamente diversos materiales y, por nuestra parte, teníamos que explicarles el tema correspondiente. Así, les presentamos una visión global de la materia y los incitamos a abordarla de manera interdisciplinaria.

La finalidad de la primera parte de esta obra es establecer el contexto social, histórico y económico en el que se desarrollan los hechos delictuosos calificados de delitos económicos y la regulación estatal destinada a combatir a sus autores. Se proporcionan datos relativos a la criminalidad económica, a la frecuencia con la que es cometida y a sus relaciones con la criminalidad organizada y la corrupción, e igualmente, sobre los medios de reacción contra estas graves formas de delincuencia en los ámbitos nacional e internacional.

Se describe, luego, el marco constitucional para delimitar el ámbito del derecho penal económico, sus funciones, características y vinculaciones tanto con el derecho penal administrativo como con el derecho penal fiscal. Para ello se toma en cuenta el desarrollo y la influencia de las empresas en la vida económica y política del país.

Se presentan enseguida los problemas particulares de índole doctrinaria referentes a la aplicación de las categorías y nociones del derecho penal común a los diversos aspectos del derecho penal económico. Con este objeto, se consideran dos ámbitos: por un lado, el referido a las cuestiones relativas al respeto del principio de la legalidad, estrechamente vinculado con la elaboración y aplicación de los tipos legales mediante los cuales se incriminan las infracciones penales económicas, y por otro, el relacionado con las principales cuestiones, que concierne a la denominada teoría del delito y la participación delictuosa.

Especial atención hemos prestado a plantear, analizar y discutir el problema de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, en el lenguaje tradicional, y en la terminología actual, a las empresas. Esto implica el abandono del principio *societas delinquere non potest* y la elaboración de nuevas categorías o la renovación de las tradicionales en tanto condiciones de la punibilidad de estos entes colectivos. El contexto de fondo de este análisis es explicar la necesidad de reconocer y regular legislativamente dicha responsabilidad penal de las empresas e informar sobre las orientaciones adoptadas en el derecho foráneo al consagrarse un sistema de responsabilidad penal particular.

Completan el volumen dos anexos: uno contiene algunos casos ilustrativos de hechos que pueden servir de material didáctico. Se trata de asuntos penales tomados de la realidad nacional. El otro está constituido por las regulaciones jurídicas extranjeras tratadas en el acápite dedicado al derecho comparado.

Para facilitar la consulta de este libro, hemos incorporado un índice detallado de materias y una bibliografía de los libros y artículos consultados, así como de los convenios internacionales, leyes y sentencias citados.

La orientación comparatista de la obra se debe a nuestra experiencia docente, principalmente a la desarrollada durante décadas en la Universidad de Fribourg (Suiza). En esta impartimos un curso sobre la misma materia con la colaboración de Olivier Thormann, actualmente *Leitender Staatsanwalt des Bundes* (Suiza), así como en el Programa de Especialización en Derecho Penal, módulo Derecho Penal

Económico, de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, dirigido por Fernando Velásquez Velásquez.

El subtítulo «Curso universitario» muestra claramente que nuestras pretensiones se limitan a ofrecer a los estudiantes una guía de estudios e investigación. Esto concuerda plenamente con nuestra incompleta formación en la materia tratada. Si bien este esfuerzo de un viejo aficionado al derecho penal no se justifica por la osadía con que ha sido emprendido, sí puede ser comprensible por el constante afán de estudiar y perfeccionar que debe caracterizar a quien toma en serio su oficio de docente e investigador. Esperamos haber sido suficientemente claros en la exposición y eficientes en la información, de modo, al menos, que despertemos interés por los temas tratados y alguna vocación para el estudio e investigación interdisciplinarios del derecho penal económico.

Sin la colaboración de Pedro Pablo Cairampoma Barrós, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y de Guillermo Astudillo Meza, abogado por la Universidad San Martín de Porres y magíster por la Universidad de Salamanca, la publicación de este libro hubiera sido más difícil. Pedro Pablo ha revisado formalmente la redacción del texto; Guillermo ha contribuido en el acopio de material doctrinario y de la jurisprudencia nacional. Ambos han colaborado seria y eficazmente en el dictado de los cursos que hemos mencionado anteriormente, sin ningún interés material y por el simple afán de fortalecer sus formaciones profesionales.

No podemos dejar de manifestar nuestro profundo agradecimiento a los especialistas que, de manera desinteresada, nos ayudaron a enriquecer las clases mencionadas en los dos primeros párrafos de este prefacio. Los mencionamos en orden alfabético: Caro John José, Espinoza Ratto Klever, García Cavero Percy, Guzmán Espino Gerardo, Morales Saravia Francisco, Prado Saldarriaga Víctor, Prendes Arroyo Luis Ángel y Reaño Peschiera José. Lamentamos no haber podido aprovechar mejor los conocimientos que expusieron de modo brillante.

Nuestro sincero reconocimiento también al Rectorado de la PUCP y a la Dirección de la Sección de Postgrado de la UNMSM por su apoyo a nuestra actividad docente, a la Universidad de Fribourg y al Fondo Editorial de la PUCP por hacer posible la publicación de esta obra en el marco del convenio que une a ambas universidades.

Debemos destacar una vez más el apoyo constante de nuestra esposa e hijas, así como su comprensión por el hecho de que dispongamos arbitrariamente del tiempo que deberíamos dedicarles, en particular en la recta final en la que nos encontramos.

Como dijimos en el prólogo de una de nuestras anteriores obras, «según afirmación muy difundida, los escritores no hacen sino escribir uno y el mismo libro». Pensamos que este sigue siendo nuestro caso, pues no hemos hecho sino retomar, reinterpretar, completar y quizás enriquecer planteamientos y análisis

PRESENTACIÓN

de temas tratados en obras anteriores, especialmente en nuestro *Manual de derecho penal. Parte general*. En todo caso, estamos seguros de que hemos repetido errores e incurrido en otros, pero esperamos que el lector de buena fe sepa encontrar los aportes positivos que pueda contener este compendio.

José Hurtado Pozo
Lima/Fribourg, noviembre de 2014

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN

1. GENERALIDADES

- 1 A manera de contexto general de los temas que van a tratarse, conviene esbozar, aunque sea superficialmente, cómo están establecidos los mecanismos de control y sanción en poder de la sociedad políticamente constituida. Según la perspectiva que se adopte, esta tarea tendrá una orientación particular que, a pesar de los esfuerzos que se hagan, no dejará de ser incompleta y parcializada, en la medida en que las actividades de los legisladores, magistrados, doctrinarios y funcionarios están fuertemente marcadas por concepciones políticas. Sin embargo, las breves explicaciones contenidas en los párrafos siguientes resultan, en nuestra opinión, bastante útiles para comprender mejor el origen, el desarrollo y los objetivos de las interpretaciones y cuestionamientos que se planteen.
- 2 Entre fines del siglo XVIII e inicios del siguiente, los cambios sociales, políticos y económicos van a materializarse en la consolidación de la burguesía en detrimento de la nobleza y de la economía capitalista en sustitución de la feudal, así como en la instauración de un nuevo régimen político mediante la organización del nuevo Estado republicano y democrático.
- 3 Estos cambios políticos y económicos profundos, culminación de un largo proceso, estuvieron acompañados por variaciones sustanciales en cuanto a los intereses que debían ser promovidos y protegidos. Con esta finalidad, el nuevo sector dominante, mediante el aparato estatal, asumió el monopolio del poder coercitivo recurriendo a una serie de estrategias y técnicas para gestionar mejor los ilegalismos que perturbaban y dificultaban el buen funcionamiento del nuevo régimen.
- 4 A lo largo de todo el proceso social que la condujo a instaurar el sistema capitalista, la burguesía también recurrió a comportamientos y procedimientos que no respetaban las pautas legales y morales del sistema feudal. Muchas de las veces esto conllevaba el aprovechamiento de los procederes indebidos practicados por otros sectores de la población, y aun por los de los mismos representantes del Estado vigente. En el trance de los siglos indicados, y al llegar al poder, la burguesía deja de favorecer o tolerar los ilegalismos de los otros sectores y se dedica a combatir lo que

se ha denominado los «ilegalismos populares» (Foucault, 2013, p. 143). Para ello, inserta en esa estrategia represiva un sistema particular de ejercer el poder punitivo. En este contexto, se desarrollará el proceso de las grandes codificaciones, la constitución de un sistema de penas consistentes sobre todo en la privación de la libertad, y la organización de una red de órganos encargados de la persecución y juzgamiento de los responsables. Ideológicamente, se elaborará una concepción especial del delito como comportamiento contrario a los bienes e intereses de los individuos y de la colectividad, así como una concepción del delincuente, calificándolo de enemigo social por su peligrosidad personal.

- 5 Para ilustrar estas explicaciones, opuestas a la creencia de que el sistema punitivo moderno se generó como una reacción frente a las infracciones cometidas por sectores pobres o marginales de la población, Foucault da el ejemplo de los artesanos tejedores en Francia, interesante, en su opinión, porque se trata de artesanos profesionales que integrarán pronto el sistema capitalista y que laboran, en el siglo XVIII, en el límite entre la ciudad y del campo. No estaban constituidos en corporaciones, pero sí sometidos a reglamentos bastante estrictos.
- 6 Como artesanos poseían sus instrumentos y fabricaban telas que eran comercializadas y exportadas por mercaderes a otro nivel. Sus actividades estaban reglamentadas en la medida en que se les obligaba a respetar, por ejemplo, la calidad de la tela, las medidas de las piezas y las marcas que eran registradas. Este control estaba a cargo de vigilantes juramentados, quienes eran retribuidos con la mitad de las multas percibidas.
- 7 Para burlar este control —que no siempre era desfavorable a los tejedores en la medida en que trataba de protegerlos de la competencia de los mercaderes—, se instauró un doble ilegalismo. Artesanos y mercaderes se ponían de acuerdo directamente sin tener en cuenta los reglamentos: suscribían contratos anticipados fuera del mercado oficial. De esta manera establecían cierto tipo de relaciones comerciales que se transformaban en leyes del mercado. Los mercaderes procedían igualmente a hacer adelantos al artesano, quien los invertía en la adquisición de nuevos instrumentos de producción. De esta manera, poco a poco y gracias a la práctica de la doble ilegalidad indicada, el modo de producción capitalista se insertó en el sistema artesanal.
- 8 Este ilegalismo popular iba en detrimento de la recaudación feudal, pero era favorable a la progresiva industrialización de la artesanía, por lo que resultaba funcional y apropiado al sistema en formación. Además, era sistemático

debido a que se presentaba con características propias en otros sectores de la actividad económica de la sociedad, oponiéndose así al ilegalismo de los grupos privilegiados destinados a obtener provechos del Estado feudal, así como a los de los mercaderes, aun cuando entre ellos lograba actuar con la misma orientación de evadir las restricciones y exigencias feudales. El ilegalismo popular, que implicaba la violación de reglamentos, no solo afectaba los bienes o intereses materiales sino que tenía un sentido político al atacar el ejercicio del poder sobre las cosas, es decir lo que la reglamentación comportaba política y económicamente.

- 9 De esto se deduce que la práctica generalizada del ilegalismo popular correspondiente al ejercido por otros sectores debe ser analizada en una perspectiva positiva para comprender cabalmente el funcionamiento del sistema penal, conjunto de leyes y prohibiciones. Es decir, debe ser colocada en el contexto real en el que funciona. Por ello es un prejuicio intelectual pensar que existen primero prohibiciones y luego trasgresiones, o pensar, por ejemplo, que existe el deseo del incesto y enseguida su prohibición. En los hechos, si una prohibición debe comprenderse y analizarse en relación con lo que se prohíbe, es indispensable también analizarla en función de aquellos que prohíben y de aquellos que soportan la interdicción. «[...] Una ley solo funciona, si se aplica en el interior de un campo de ilegalismo, que es efectivamente practicado y que, de alguna manera la soporta» (Foucault, 2013, pp. 148 y ss.).

- 10 La Revolución de 1789 fue la culminación de un largo proceso de ilegalismos concertados, gracias a los cuales la economía capitalista fue imponiéndose. De este modo la burguesía, apoyándose en un ilegalismo de privilegios de los que disponía y un ilegalismo popular que comportaba una avanzada de combate, logró convulsionar las formas jurídicas. Así, para controlar el aparato jurídico estatal, después de la Edad Media, la burguesía primero se apodera del Poder Judicial (mediante la venalidad de los cargos); segundo, copa el aparato del Estado hasta dominarlo, y tercero, promueve el ilegalismo (dejando que otros sectores lo practiquen, para poder ella misma practicarlo en un sistema funcional de ilegalismos concertados y, gracias a esto, revertir esta legalidad que le había servido, pero que había devenido una carga demasiado pesada). Instaurada en el poder, la burguesía tuvo que combatir el ilegalismo popular que ya no necesitaba y que, más bien, se había reorientado hacía los bienes e intereses de la burguesía. Ella lo hará agregando un factor novator y por el que llegará a establecer los límites entre los delincuentes y la gente honesta, para lo que se planteará la necesidad de moralizar, regenerar y redimir a los primeros. Simultáneamente,

la burguesía recreaba su estrategia de ilegalismos mediante el recurso a diversos privilegios sociales que le permitían escapar a la aplicación de la ley penal e, igualmente, dotándose de la capacidad de hacer y deshacer las leyes.

- 11 Otro suceso interesante que permite observar y comprender tanto la instauración del sistema punitivo y cómo la evolución social y económica condiciona esta situación es el de la política aplicada a los infractores de las reglamentaciones relativas a las tierras de bosques en Europa durante el siglo XVIII (transición del sistema feudal al sistema capitalista). En la literatura especializada se presenta como muestra de la reacción del sector dominante ante la resistencia de los sectores populares a ser desposeídos de los derechos consuetudinarios sobre el uso de los bienes materiales existentes en los bosques.
- 12 En 1723, en Inglaterra (Thompson, 2014, pp. 17 y ss.), se dictó una ley extremadamente severa para reprimir hasta con pena de muerte las infracciones a las prohibiciones de cazar, recolectar frutos y recoger leña (comprendidas las ramas muertas). Esto reflejaba el triunfo de una manera de percibir la propiedad como derecho absoluto en contra de la invocación de derechos consuetudinarios. En esta perspectiva, cabe recordar las disposiciones dictadas por la Dieta Renana para enfrentar la agitación de los campesinos alemanes en 1841 y cuyas discusiones fueron analizadas por Marx (Marx, 2007, pp. 25 y ss. Cfr. Lascoumes & Hartwig). La Dieta prohibía el corte de plantas en pie, así como la recolección de ramas muertas y de diversos frutos silvestres. Estas actividades eran practicadas con distintas finalidades de uso (calefacción, artesanado, etc.). De esta manera, convirtió en robo lo que estaba permitido hacer de acuerdo con las costumbres vigentes. En el fondo, la cuestión básica era la evolución de un sistema de derechos de uso de las cosas hacía un sistema de propiedad que surgía como la base del sistema capitalista en vías de instauración.

2. CONTEXTO HISTÓRICO NACIONAL (*EX CURSUS*)

- 13 La materia objeto de las descripciones y explicaciones contenidas en este texto conciernen la normatividad referida al derecho penal y a las concepciones elaboradas a partir de ella con la finalidad de interpretarla y facilitar su aplicación. De este modo, no trata de los hechos sociales que regula en tanto comportamientos delictuosos y las condiciones personales y materiales que deben presentarse para reprimir a los responsables. Tampoco busca calar en las técnicas y estrategias utilizadas para calificar ciertos comportamientos, en

algunos momentos considerados como lícitos, de socialmente perjudiciales, que deben ser evitados mediante la amenaza del poder punitivo del Estado hacia la sociedad políticamente organizada.

- 14 En cuanto al derecho penal económico, se analizarán las regulaciones legales de los comportamientos que perjudican o ponen en peligro el sistema económico con la finalidad de garantizar y fortalecer las relaciones de producción, comercialización y distribución de bienes y servicios. Pero tampoco serán objeto de estudio y explicación las relaciones económicas, sus cambios sustanciales, su evolución. Estas transformaciones van modificando las estructuras económicas y políticas, de manera que se generan nuevos intereses o se reorientan los existentes. La existencia y desarrollo de estos intereses, por su importancia, requieren en ciertos casos ser garantizados.
- 15 Con la finalidad, al menos, de llamar la atención sobre la realidad socioeconómica que sirve de contexto a la evolución y aplicación de las leyes y concepciones del derecho penal económico, creemos conveniente presentar sucintamente la evolución de la economía de nuestro país. Esta presentación será incompleta en la medida en que no se destacan suficientemente las repercusiones de la evolución económica financiera sobre las modificaciones normativas.

2.1. Colonia

- 16 La progresiva colonización de América —y por tanto de lo que devendría el Perú— comportó cambios radicales en todos los ámbitos de las sociedades oriundas. Estos se materializaron en la constitución de regímenes diferentes de la propiedad de la tierra, la organización de diversos sistemas de hacienda, la formación del mercado, el desarrollo del comercio y la introducción de la moneda y del salario. Para los fines de este texto nos limitaremos a destacar solo algunos de ellos.
- 17 De importancia fue el cambio del sistema de propiedad, sobre todo de las tierras. La posesión y propiedad de estas fueron organizadas conforme a los cánones jurídicos europeos, comportando el abandono del sistema impuesto o reconocido por el Imperio incaico. Ello tuvo lugar a través de distintos medios. Así, si bien el sistema de encomiendas (consistente en atribuir al encomendero una cantidad determinada de indígenas) no significó un derecho de propiedad sobre la tierra, sí produjo una delimitación del territorio. Y aunque legalmente estaban prohibidos de instaurar haciendas en el marco de sus propias encomiendas, los encomenderos

burlaron esta prohibición mediante la explotación de la mano de obra de la que disponían. En una etapa caracterizada por la crisis demográfica de la población indígena, se formaron haciendas mediante la expoliación de las tierras de los autóctonos. Los cambios en la tenencia de la tierra también fueron favorecidos por las llamadas *composiciones* (atribución de tierras vacantes mediante subasta). Al respecto, los autores señalan que en este procedimiento también participaron los indígenas, quienes ingresaron así al nuevo régimen de tenencia de tierras de índole europea.

- 18 Igualmente trascendente fue la política desarrollada para controlar la población nativa, que debido a la organización económica del Imperio vivía sobre todo en las zonas rurales. Los centros urbanos incaicos estaban destinados sobre todo a la administración, por lo que los colonizadores buscaron obligar a los nativos a vivir en las denominadas «reducciones», con la finalidad tanto de formarlos a que vivieran en *buena puliçia* (en orden, según las pautas europeas), como de mejor organizar el cobro del tributo y de facilitar la evangelización.
- 19 De esta manera se modificó la estructura familiar al establecerse como base la unidad doméstica. Además de los efectos de orden económico y tributario, un aspecto esencial es que constituyó una vía eficaz de aculturación. Las variaciones, por ejemplo, de las condiciones del matrimonio modificaron las pautas para considerar el incesto, pero sin que se produzca la abrogación completa de las pautas de parentesco andinas, ya que los indígenas lograron en cierta forma convivir al margen del sistema colonial, aun cuando bajo la fuerte dominación militar, cultural y económica de los colonizadores.
- 20 Al mismo tiempo, fundaron ciudades destinadas, en los inicios, a ser habitadas por los encomenderos, los oficiales reales y los eclesiásticos. Físicamente, se fueron así materializando la República de españoles y la República de indios. Ambas se reforzaron con la institucionalización de corregimientos en las ciudades y, paralelamente, de corregimientos de indios con una amplia jurisdicción rural.
- 21 Este proceso de urbanización fue también delimitando las tierras, pues las que circundaban los centros urbanos españoles fueron adjudicadas a estos. Ello dio lugar a la constitución de un primer nivel de propiedad rural.
- 22 La organización de las reducciones fue prevista a modo de imponer a los indígenas que vivieran en células familiares de estilo europeo, con lo que destruían las relaciones de la familia tradicional extendida. Esta medida no era tampoco ajena al afán de considerar a la pareja como sujeto censal y

tributario. Está de más relevar que estas modificaciones sociales y familiares transformaron el régimen de las prestaciones al poder, antes caracterizadas por la redistribución de bienes producidos con la fuerza de trabajo otorgada por el grupo social al poder inca, y después individualizadas y determinadas en moneda o en su equivalente en especies.

- 23 Un factor de gran influencia en la población indígena fue la imposición de la mita y el tributo. El establecimiento del régimen tributario implicó un cambio sustancial de las relaciones económicas de las personas con el poder dominante. Lo mismo sucedió con la introducción del salario, considerado, según las pautas europeas, como más justo que el sistema de redistribución de los incas. Esto se debe a que los indígenas no estaban formados para participar en un mercado de mano de obra, ya que esta, de acuerdo con sus tradiciones, estaba condicionada por un sistema de reciprocidad y redistribución de bienes y servicios. Ocurrió lo mismo con la instauración de la moneda, desconocida del todo con anterioridad. Esto a pesar de que inicialmente no se disponía de ella en cantidades suficientes, por lo que fue empleada sobre todo como un valor generalizado de cambio para valorar las especies utilizadas en su lugar.
- 24 Los intercambios se multiplicaron por la generalización e intensificación del comercio, sobre todo en el contexto de los grandes centros de producción. Por ejemplo, los centros mineros constituyeron abundantes y ricos mercados. Un aspecto importante fue, asimismo, la constitución del comercio marítimo como monopolio de la Corona.
- 25 Este nuevo orden estuvo regulado por disposiciones legales vigentes en la metrópoli, en especial las leyes denominadas *Siete Partidas*, y otras dictadas conforme a lo que se consideraba las necesidades de los territorios conquistados y colonizados. Estas constituyeron las llamadas *Leyes de Indias*. Muchas de sus reglas estaban destinadas, desde la perspectiva del colonizador que se considera superior, a proteger a los indios, regulando la conducta de los españoles, y con la finalidad de que reciban los beneficios de la fe y de la civilización.
- 26 Dicho marco legal no fue debidamente respetado ni a inicios de la colonización ni cuando se consolidó progresivamente. Todos los aspectos de la vida pública y privada se desarrollaron mediante una serie de ilegalismos, al mismo tiempo que se proclamaba el acatamiento de los mandatos de la Corona («la ley se acata, pero no se cumple»).

- 27 En el ámbito administrativo y político, por ejemplo, se creó la Audiencia, organismo colegiado encargado por la Corona para administrar justicia y la fiscalidad, así como órgano protector de los indios. Se implementaron los corregimientos y se consolidó la organización virreinal. Con el tiempo las instituciones se desnaturalizaron, sin que signifique plenamente un deterioro o perjuicio de las actividades coloniales. Entre las muchas causas de esta situación hay que destacar la necesidad de adecuar las reglamentaciones al contexto nuevo y peculiar de las poblaciones y territorios conquistados, así como la fuerte motivación económica de alcanzar los provechos materiales esperados, intereses manifestados tanto por la Corona como por las personas, sean funcionarios o privados. Esto permite comprender que la Corona, ante las dificultades de llenar sus arcas, pusiera en venta los corregimientos, lo que fomentaba sin duda alguna la explotación de los indígenas con la finalidad de cubrir los gastos y sacar el provecho buscado. Igualmente, facilita entender que el nombramiento de un nuevo virrey, además de los criterios políticos, estaba condicionado por intereses económicos. El desplazamiento para ocupar el cargo comportaba que cada uno de los elegidos viniera con una corte numerosa de allegados, quienes tenían como aspiraciones establecerse en el virreinato, sobre todo como encomenderos, burócratas, o al menos como miembros de la casta honorífica. Su enriquecimiento se produjo al amparo de diversas actividades realizadas al margen de las normas legales, con lo que se entretejía una red de ilegalismos fomentados y realizados en diferentes niveles del sistema social. Valga la pena señalar que, a la larga, la casta de encomenderos fue desplazada por la de los burócratas, de modo que ganó prestigio el ocupar un cargo obtenido gracias a la merced real, en detrimento del de recibir privilegios por haber intervenido en la conquista y en la colonización mediante actos personales.
- 28 Los historiadores señalan de manera recurrente diferentes formas de fraudes y de contrabando que se cometían generados por el complejo sistema de la economía, la tributación y la política. Se indican ilegalismos cometidos casi siempre al amparo de una determinada actividad económica importante, como en el ámbito de la producción de la plata y de la recolección de la renta producida en favor de la Corona. A esta se entregaba el recaudo del impuesto del quinto real, luego de deducirse los gastos de las diferentes ramas de la administración colonial. El monto de las remesas no puede ser determinado con cierta precisión, ya que los registros oficiales solo se refieren a la producción legal registrada. Al respecto, la administración competente dictó diversas medidas para sancionar la circulación de la plata no registrada, debido a que evadía los impuestos y era empleada para cubrir

diversos gastos y actividades en el mismo virreinato. De ahí se afirma que «[Dicha] plata iba entonces a alimentar la mayor parte del mercado local. De otro lado, está demostrado que fueron continuas y muy grandes las remesas de plata de particulares no registradas en las oficinas de la Real Hacienda, a lo cual se añaden otras formas de contrabando» (Pease, 1992, p. 240). Respecto de este último, en relación con el monopolio comercial establecido por la Corona, se sostiene que «se transformó en una institución en el siglo XVIII» y que a fines de este siglo «el Tribunal del Consulado de Lima criticaba la abundancia de las importaciones, quejándose a su vez de la competencia que ofrecía Buenos Aires, pues los géneros importados a través de este último puerto pagaban fletes menores e inundaban un mercado que los comerciantes limeños habían controlado durante largo plazo» (Pease, 1992, p. 252).

- 29 Un caso particular relacionado con la tributación se presentó también con el ganado y el florecimiento de centros mineros como el del Potosí. Las llamas constituían el medio de transporte del mineral, por lo que cuando escasearon debido a la peste tuvieron lugar fraudes al recaudo de las rentas reales. Estos se produjeron, por ejemplo, cuando la autoridad colonial eximió a los «tributarios de la contribución en ganado..., pero la misma fue cobrada siempre en la forma indicada por el corregidor, mientras empozaba el dinero correspondiente en la Caja Real de Arequipa, y empleaba posteriormente el ganado así recaudado en el trajín de los diversos productos hacia Potosí, vendiendo finalmente los animales en la mencionada villa minera a un precio varias veces superior al asignado a cada uno de ellos en la tasa tributaria» (Pease, 1992, p. 262).

2.2. Emancipación

- 30 La emancipación de la Metrópoli fue inspirada y promovida por los criollos, españoles nacidos en América, quienes fueron discriminados con respecto a los españoles de origen, tanto en la designación a los cargos políticos y administrativos como en el ejercicio de otras diversas actividades sociales. Por esto, una de sus principales motivaciones fue alcanzar el poder político y económico, con todos los beneficios que este comportaba.
- 31 La independencia del dominio hispánico no implicó la quiebra o modificación profunda del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante la larga colonización. Si bien se rompieron los vínculos políticos de dependencia con la metrópoli, las estructuras sociales y económicas no variaron de manera sustancial.

- 32 En el ámbito cultural, la instauración del nuevo régimen republicano, comprendida la abolición de los títulos de nobleza, no representó una variación significativa de la mentalidad de los criollos. Estos, aun cuando rechazaron jurar sumisión a la Corona y, por el contrario, juraban fidelidad a la República, monopolizaron el poder y continuaron usufructuando los privilegios sociales y económicos mientras explotaban y discriminaban a los otros sectores de la población, en especial a los indígenas.
- 33 El nuevo Estado nació en un contexto económico crítico, situación hipotecada a la deuda externa constituida por las deudas adquiridas mediante préstamos para financiar las guerras de la emancipación. Fue agravada por la inestabilidad política generada por la contienda entre caudillos, que para hacerse del poder organizaban huestes armadas utilizando los recursos nacionales que llegaban a tener a su disposición, y profundizada por el mal manejo de los recursos naturales con la finalidad de enriquecerse o compensar con prebendas un sistema de clientelismo político. Sin caricaturizarla, se pueden encontrar similitudes entre los ilegalismos surgidos en la Colonia y los que se presentaron al surgir la República.

2.3. Siglo XIX

- 34 En el siglo XIX, la explotación del guano produjo una relativa prosperidad económica que no fue utilizada debidamente para desarrollar un crecimiento duradero de la economía. La riqueza obtenida no fue invertida en el país; aunque algo quedó en Lima, fue dilapidada y objeto de malos manejos por el Estado (Klarén, 2004, p. 204). Cuando la mala administración y la corrupción provocaron una baja sustancial de los recursos de este último, la estructura financiera se desintegró, muchos bancos quebraron y tuvo lugar un intenso proceso inflacionista.
- 35 Después de la guerra con Chile (1879-1881), se trató de relanzar la economía mediante la inversión extranjera. Ante el desinterés de los británicos, dominantes hasta entonces, se recurrió a los inversionistas estadounidenses. En este contexto, durante la segunda mitad de la década de 1890, los actores económicos, nacionales y extranjeros lograron desarrollar nuevos sectores económicos relativos a las exportaciones, un sistema financiero (comprendida la creación de una Bolsa de Valores), los servicios públicos y la expansión urbana. Por ejemplo, durante el gobierno de Piérola, se protegió la naciente industria mediante el incremento de los aranceles, se reorganizó el sistema tributario y se mejoró la regulación del comercio y de la minería. La circunstancia exterior importante en esta evolución fue

la Primera Guerra Mundial, que condicionó el importante aumento de la producción y exportación de materias primas (en particular el algodón, el azúcar y ciertos minerales).

2.4. Siglo XX

- 36 Las dos primeras décadas del siglo XX se caracterizaron por el constante aumento del poder de los inversionistas extranjeros, principalmente en la medida en que dominaban la explotación de minerales, mientras que los capitalistas nativos continuaban controlando el sector agropecuario del azúcar, el algodón y las lanas. Sus intereses y concepciones sobre la política económica condicionaron el surgimiento y consolidación de la denominada «República aristocrática», que ha sido criticada porque, favoreciendo la producción de productos de exportación, permitió que la economía nacional dependiera excesivamente de los capitales y mercados foráneos (Klarén, 2004, p. 267). Sin embargo, se señala que, a pesar de su conservadurismo, su afán de lograr el crecimiento y la modernización de la economía liberalizaron las prerrogativas patrimoniales del Estado e impulsaron la inversión extranjera, la mecanización de la agricultura y la minería, así como las vías de comunicación (Klarén, 2004, p. 271).
- 37 Con la llegada de Augusto B. Leguía a la presidencia y la promoción de la política de la «Patria Nueva», variaron los sectores económicamente dominantes. Su política se caracterizó por desarrollar un Estado fuerte e intervencionista. Durante los once meses de su régimen, las inversiones extranjeras se intensificaron, lo que ha permitido afirmar que se trataba de la búsqueda del desarrollo mediante el endeudamiento. Con estos objetivos, multiplicó el número de autoridades políticas locales (como contrapeso a los gamonales locales) y reformó los sistemas educativo, monetario, comercial y financiero. En este último ámbito, por ejemplo, creó el Banco Central de Reserva, cuidando de que no cayera bajo el dominio de capitalistas extranjeros. Con la intención de aumentar la eficacia de la administración pública y del sistema económico financiero, propulsó el dictado de una serie de leyes referentes a los bancos, a los impuestos, al comercio y a la industria. El final de la política de endeudamiento y la producción de la crisis inevitable se produjo con la depresión mundial manifestada por la quiebra de la bolsa estadounidense en octubre de 1929. Ya los bancos estadounidenses habían rechazado continuar otorgando préstamos, alegando el mal uso que el gobierno había hecho de los antes concedidos. Así, se afirmó que solamente un pequeño porcentaje había sido realmente utilizado para el desarrollo del país y que la mayor parte había sido objeto de fraudes y corrupción estatal.

- 38 Después de un período de inestabilidad política y debilidad económica, nuevamente una circunstancia externa va a marcar el desarrollo del país. Se trató de la guerra de Corea, conflicto internacional que multiplicó las necesidades en materias primas. De esta manera se produjo una vuelta al sistema de las exportaciones. En este período estuvo en el poder Manuel A. Odría, originalmente alcanzado mediante un golpe de Estado. Como en épocas anteriores, la bonanza económica no fue utilizada para industrializar el país con miras a reducir las importaciones de productos extranjeros. Se adoptó nuevamente el régimen de las exportaciones. Se promovieron entonces los monocultivos del azúcar y del algodón en detrimento de la producción de alimentos, cuya demanda se incrementaba significativamente por el aumento de la inmigración del campo a las ciudades, y se inició la explotación de la riqueza pesquera.
- 39 En las décadas de 1950 y 1960, debido al sistema de mercado libre y de falta de restricciones a la repatriación de beneficios obtenidos por las empresas extranjeras, se estableció un contexto muy propicio para el flujo de inversiones foráneas, pero que significó igualmente una gran debilidad de las medidas económicas tomadas en los países inversionistas, sobre todo en los Estados Unidos. Esto sucedió, durante el gobierno de Prado, respecto de los principales productos de exportación, lo que impulsó a que se estableciera un programa de estabilización monetaria. Un nuevo impulso favorable a la economía fue originado por el auge de la industria pesquera, en manos sobre todo de empresarios nacionales e inmigrantes. El incremento de la economía nacional se reflejó igualmente en el desarrollo de algunas zonas del interior.
- 40 Las desigualdades sociales y económicas, así como el desarrollo de movimientos campesinos, provocaron que sectores, tanto civiles como militares, tomaran conciencia de la necesidad de realizar cambios sustanciales para variar el régimen estructural de la economía nacional. De esta manera, por ejemplo, se hizo sentir la urgencia de llevar a cabo una reforma agraria que tendría repercusiones especiales en la ampliación del mercado interno y, por tanto, del desarrollo industrial del país. Además está la necesidad de establecer o mejorar políticas monetarias, financieras, fiscales y comerciales. Estas ideas políticas fueron consideradas en particular por el gobierno militar (1968-1979). En lugar de un Estado relativamente liberal como el entonces existente, se implementó un Estado intervencionista en la economía nacional. Mediante la participación del Estado, se buscó reemplazar a los capitales extranjeros y protegerse la industria nacional, así como emplear el sistema de control de precios y tarifas. Con la fijación y

el control de los precios de los productos alimenticios, se inicia el control de la economía por el Estado (Blanck, 1999, p. 183), que se intensificó con la nacionalización de empresas extranjeras (en particular mineras). Otra medida radical fue la reforma agraria, que tuvo como efecto decisivo la desaparición, en el interior andino, de la casta de terrateniente tradicional, y en la región costera, el dominio de las grandes compañías que explotaban las plantaciones de caña de azúcar y algodón.

- 41 Sin embargo, todas estas medidas no dieron los resultados esperados. Esto determinó el descontento social y dio ocasión a la reacción de sectores conservadores, militares y civiles, opuestos a la orientación fuertemente centralizada y populista del Estado que se había establecido en contra de las pretensiones iniciales de organizar una economía mixta y pluralista.
- 42 La segunda etapa del gobierno militar, bajo la presión de Estados Unidos y del Fondo Monetario Internacional, se distinguió por abandonar la tendencia socializante de la primera época en favor de una orientación liberal, lo que implicaba la renuncia del Estado a intervenir directamente en la economía. Ello tuvo lugar, sobre todo, con el desmantelamiento de las empresas estatales establecidas para gestionar y controlar sectores fundamentales de la economía. También se tomaron medidas radicales para equilibrar el desajuste presupuestal y pagar la deuda externa. Por ejemplo, se dejó de subvencionar el precio del petróleo y de los productos de primera necesidad, se redujo el programa de asistencia social y se devaluó la moneda. La intensificación de la degradación económica y de movimientos políticos y sociales llevó a los militares a abandonar el poder en favor de los civiles. Este cambio se produjo con una etapa transitoria en la que una asamblea constituyente elaboró la Constitución de 1979.
- 43 Fernando Belaunde, elegido presidente, constituyó un gobierno de orientación neoliberal dirigido a acentuar el no intervencionismo del Estado, lograr el crecimiento de la economía a través de las exportaciones y el abandono del proteccionismo arancelario de la industria y facilitar la llegada de capitales extranjeros. Este plan no produjo los resultados esperados, ya que la industria no se desarrolló, la minería se degradó y las exportaciones se redujeron. Los empréstitos extranjeros disminuyeron debido a la crisis de la deuda latinoamericana, y los capitales que se captaron fueron mal utilizados, especialmente al ser invertidos en obras públicas desmesuradas en relación con la capacidad del país. La situación se agravó, igualmente, por una serie de fenómenos naturales que produjeron sequías en la sierra, inundaciones en la costa y pérdida de la riqueza pesquera en el Pacífico.

- La superpoblación de centros urbanos, en especial de Lima, intensificó la llamada economía informal y la pobreza de los sectores menos favorecidos. La precariedad económica y el marcado deterioro de las relaciones sociales fueron propicios para el surgimiento y el desarrollo de movimientos rebeldes armados, en particular de Sendero Luminoso.
- 44 Un cambio significativo se produjo con la asunción al poder de Alan García, en la medida en que desarrolló una política económica que implicaba una mayor injerencia del Estado en la economía. Con la finalidad de combatir la depresión del mercado, otorgó subsidios a los trabajadores y a las empresas; para limitar la inflación, estableció un control de precios y salarios, y con el fin de combatir la desocupación, organizó programas estatales de obras públicas. Para empujar a las empresas a reinvertir las ganancias obtenidas, les otorgó subsidios e incentivos. Estas medidas no dieron los resultados esperados y la situación devino crítica por falta de recursos fiscales, lo que condujo al gobierno a una relativa radicalización. Así, intentó nacionalizar parcialmente los bancos, comprendidos los extranjeros, lo que acentuó la desconfianza de los principales actores económicos. Por ello, tuvo que volver a una política económica ortodoxa, tomando medidas que empeoraron gravemente la capacidad económica de los sectores menos favorecidos. De este modo, el período terminó con una degradación profunda de la economía y, por tanto, de las relaciones sociales, marcadas por una fuerte corrupción. Dicha situación favoreció el avance de la subversión armada de Sendero Luminoso, principalmente en las zonas rurales (sierra y Amazonía).
- 45 En la década de 1990, bajo el gobierno de Fujimori, la política económica del Estado de carácter neoliberal consistió, en especial, en el desmantelamiento de las reformas estatistas precedentes mediante la privatización de las empresas importantes que habían sido nacionalizadas, lo que implicó el fortalecimiento de la economía de mercado como contexto del desarrollo de las actividades sociales y económicas. La privatización comprendió igualmente sectores públicos, lo que comportó mejoras en la administración pública. Estas fueron profundizadas con la instauración de diversos sectores públicos —en principio, relativamente independientes del Poder Ejecutivo—, destinados a la regulación y el control, por ejemplo, de las telecomunicaciones, la energía, la libre competencia y la protección de consumidores (OSIPTEL, OSITRAN, INDECOPI). El liberalismo económico permitió el ingreso de ingentes capitales extranjeros, lo que significó la vuelta de grandes empresas extranjeras. También se dejaron sin efecto ciertas medidas establecidas durante la Reforma Agraria, con lo que los bienes y relaciones agrarias volvieron a integrar el libre mercado. El

aspecto negativo de este proceso fue la índole dictatorial del régimen y el altísimo nivel de corrupción en todos los ámbitos de la vida social, lo que desnaturalizó el funcionamiento del sistema económico.

- 46 A la caída de la dictadura, los gobiernos de Paniagua y Toledo continuaron con la política económica neoliberal. El aumento de las exportaciones influyó en el mejoramiento de la economía, permitiendo el desarrollo de actividades de explotación importantes y de construcción de obras públicas. La dinámica del sistema bancario y financiero se intensificó, facilitando la intervención de inversionistas en sectores industriales. La intervención del Estado en el mercado continuó, como en períodos anteriores, en razón del presidencialismo y del centralismo del Estado.

2.5. Siglo XXI

- 47 Durante los gobiernos de Alejandro Toledo (2001-2006) y segundo de Alan García (2006-2011), siguieron aplicándose las mismas políticas macroeconómicas, de manera particular en materia fiscal y monetaria, con lo que se mantuvo el crecimiento económico a pesar de la crisis económica y financiera mundial.
- 48 Entre los resultados positivos cabe destacar la disminución del desempleo y el subempleo debido a las mejoras en las condiciones del mercado del trabajo. Esto se debió a que el aumento de las inversiones y la acumulación de capitales favoreció la incorporación al proceso de producción de «un porcentaje creciente de fuerza laboral, y cada vez con mejores salarios» (Lago, 2013).
- 49 Uno de los problemas centrales era la dependencia acentuada del sistema financiero respecto de la llegada de capitales foráneos. La escasez de estos produjo una restricción del crédito interno y una tendencia marcada hacia la dolarización de la economía.
- 50 El crecimiento económico comienza a notarse a partir de 2005. Junto a las inversiones privadas importantes, intervino también el factor público, sobre todo a partir de inicios de la década de 2010. Los especialistas señalan dos factores favorables a las inversiones importantes que se produjeron. El primero es el hecho de que, durante las últimas dos décadas, se mantuvo un sistema de «economía social de mercado abierta al mundo que privilegia los equilibrios macroeconómicos y la promoción del crecimiento y el empleo generado por la inversión privada» (Castro, 2010, p. 28). El segundo, la estabilidad política caracterizada por la casi imposibilidad de que se imponga

una política radical que comporte el abandono del modelo aplicado en los últimos años con resultados bastante positivos.

- 51 La relativa buena marcha de la economía peruana se debe, actualmente, a diferentes factores. A pesar de los efectos de las crisis globales, el contexto internacional propicia el desarrollo de políticas públicas que benefician la inversión y la iniciativa privada, dirigida de manera pragmática y, por tanto, liberada de prejuicios ideológicos (Burbridge, 2013). A pesar de estos aspectos positivos, los resultados no son tan buenos respecto de la desigualdad social y económica, debido a que los participantes en la producción de la riqueza no se benefician de manera equilibrada del crecimiento económico del país (García & Céspedes, 2011, p. 26).
- 52 De manera proporcional al desarrollo de la economía, se han multiplicado la corrupción, la delincuencia económica y la inseguridad social. Los escándalos políticos y económicos han alcanzado dimensiones extremas y, casi paralelamente, campea la impunidad de los responsables políticos, funcionarios o empresarios. Consecuentemente se ha desarrollado, en particular, la legislación destinada a reprimir la delincuencia económica y a regular mejor las vías procesales y administrativas para aplicarla.

3. CRIMINALIDAD ECONÓMICA

3.1. Noción

- 53 Desde inicios del siglo XIX, se desarrollaron intensamente las relaciones económicas de producción, comercio y servicios, lo que dio lugar a la constitución de un sistema económico que se amplió y fortaleció con el proceso de industrialización. Este proceso fue promovido y orientado por el liberalismo. Los excesos que se produjeron, y en consecuencia la necesidad de atenuarlos o eliminarlos, pusieron en evidencia que el Estado debía intervenir para promover y orientar las relaciones económicas. De ahí surge la necesidad de implantar un sistema jurídico destinado a garantizar la actividad económica del Estado. Se recurre así, cada vez más, a la prohibición de comportamientos que atenten contra los intereses generales del orden económico, y no solo contra los intereses o bienes patrimoniales de las personas.
- 54 Este proceso se intensifica, por un lado, con el establecimiento de sistemas sociales de economía planificada y centralizada en manos del Estado, y por otro, con el surgimiento del Estado paternalista de bienestar. Esto implicó, básicamente en el primer caso, el desarrollo extremo de la regulación

legislativa y administrativa, así como un mayor recurso al derecho penal. Con la caída de los países totalitarios, se desarrolla el sistema del libre mercado que, si bien preconiza el desarrollo de la economía conforme al principio de la oferta y la demanda, considera indispensable que el Estado participe en el desarrollo de la economía con miras a instaurar una mejor protección social (economía social de mercado, Estado de bienestar o paternalista). Con este fin se recurre al derecho penal de manera restringida para evitar los abusos incurridos por los sistemas de economía centralizada y controlada. Se prefiere entonces desarrollar una regulación administrativa disciplinaria, reservando el derecho penal para los atentados más graves. En ambos casos, la finalidad era tanto defender las medidas de orden económico como reforzar el sistema de producción, comercio y servicios, indispensable para que se desarrollen los individuos y la comunidad.

- 55 Después de la Segunda Guerra Mundial, y ante el fracaso de los dos sistemas indicados, la política económica se caracteriza por la tendencia a que, de manera amplia o restringida, el Estado deje de inmiscuirse en el desarrollo de la economía, el cual queda sobre todo en manos de agentes económicos particulares. El papel del Estado sería de modo esencial de vigilancia y control de que se respeten las reglas del libre mercado. Sin embargo, aun en los países en que se ha acentuado el liberalismo político y económico, no se ha producido una restricción mayor del recurso al derecho penal. Esto se debe a los cambios profundos de los sistemas económicos en el mundo, al desarrollo y perfeccionamiento de los regímenes financieros y comerciales, al nivel de complejidad y eficacia alcanzado por los medios de comunicación y al surgimiento de empresas multinacionales altamente organizadas y jerarquizadas. En este contexto ha surgido la necesidad de reforzar la represión de ciertos delitos tradicionales (por ejemplo, de orden patrimonial) y de incriminar nuevos comportamientos por implicar el perjuicio o la puesta en peligro de situaciones, intereses o bienes esenciales en el funcionamiento del sistema económico.
- 56 La determinación y el análisis de esta peculiar forma de fenómeno delictivo fue iniciada, como se señala con frecuencia, por Sutherland (1983, pp. 40 y ss.). Desarrollando la teoría de las asociaciones diferenciales, forjó el criterio de *white-collar-criminality* para describir los comportamientos delictuosos cometidos por los miembros de ciertos sectores económicos, aprovechando su poder y relaciones sociales (Kaiser, 1996, § 76, N° 6; Queloz, 1992, p. 21). A pesar de la intensificación de las investigaciones en diversas direcciones, no se ha logrado precisar la noción de criminalidad. Sin embargo, los autores admiten que, según los criterios modernos,

calificar como delitos económicos ciertos comportamientos no depende ni de la personalidad de quienes los cometen ni del hecho que sean ejecutados abusando del poder o de la posición social que se tenga. El punto de partida es la previsión de ciertos comportamientos como «delitos económicos» en los códigos penales y leyes complementarias. Este criterio formal debe ser desarrollado y delimitado tomando en consideración el perjuicio o el peligro que impliquen para los intereses económicos en juego, en función de las expectativas personales y colectivas.

- 57 Actualmente, la criminalidad económica generalmente se define como el conjunto de comportamientos delictuosos cometidos en el marco de las relaciones económicas, abusando de la confianza necesaria para el desenvolvimiento de la vida económica y perjudicando la libre expresión de la voluntad de los actores económicos (Müller, 2001, p. 425; Queloz, 1999, p. 29). El descubrimiento de tales comportamientos y la punición de los responsables son muy complicados debido a la multiplicidad de maneras de cometerlos. Los progresos técnicos, en particular la informática, hacen que esta situación sea más grave y compleja.

3.2. La realidad de la criminalidad económica

3.2.1. Perú

- 58 En el Perú no se han realizado estudios amplios y serios sobre la extensión e intensidad de la delincuencia económica. Tampoco las incompletas informaciones proporcionadas por la Policía o el Ministerio Público o del Centro de Estadísticas permiten determinar la frecuencia y diversidad de dicha delincuencia. La experiencia cotidiana, revelada por los medios de comunicación, muestra que constituye un grave e intenso problema social y económico. De las estadísticas incompletas y deficientes con que se cuenta, resulta por el contrario que los delitos económicos representan un porcentaje mínimo de los delitos cometidos.
- 59 A pesar de las grandes deficiencias de las pocas estadísticas existentes, conviene tomarlas en cuenta para tener al menos una idea, aunque incompleta, de la delincuencia económica en nuestro país.
- 60 Si se consideran las denuncias formuladas ante la Policía por los delitos supuestamente cometidos en el Distrito Judicial de Lima en 1994 y 1995 fueron:

Tipo de delito	1994	1995
Contra el orden financiero y monetario	300	282
Delitos tributarios	79	66
Contra la ecología	52	78
Contra el orden económico	42	22
Total de denuncias por todos los delitos	32 809	29 367

Fuente: Ministerio Público, Registro Único de Denuncias y Expedientes – RUDE, Departamento de Estadística.

- 61 En el Anuario Estadístico 2010 de la Policía Nacional, se encuentran los siguientes datos relativos a las denuncias por comisión de delitos en todo el país, correspondientes al período 2006-2010:

Tipo de delito	Nº
Contra el orden económico	818
Acaparamiento, especulación y adulteración	310
Abuso de poder económico, venta ilícita de mercaderías, comercio de bienes destinados a donaciones, funcionamiento ilegal de casinos	508
Delitos tributarios	786
Contrabando	442
Elaboración y comercialización de productos, defraudación fiscal	344
Total de denuncias por todos los delitos	153 055

Fuente: Direcciones Territoriales-Direcciones Especializadas PNP, EMG-PNP, DIRPEP-División de Estadística.

- 62 De los casos registrados según el delito genérico en las fiscalías provinciales penales de Lima, en los años 2010 y 2011 aparece:

Tipo de delito	2010	2011
Delitos tributarios	385	397
Contra el orden financiero	327	343
Ambientales	56	398
Contra el orden económico	22	166
Lavado de activos	162	196
Total de denuncias por todos los delitos: 29 367		

Fuente: Oficina Central de Tecnologías de la Información-OCTI, Oficina Central de Planificación y Presupuesto-OCPLAP.

Perú: casos registrados según tipo de delito genérico en fiscalías penales, mixtas de Lima 2013

Delito genérico	N°	%
Contra el patrimonio	28 027	33,82
Contra la seguridad pública	12 375	14,93
Contra la vida, el cuerpo y la salud	9 561	11,54
Contra la administración pública	9 180	11,08
Contra la fe pública	8 354	10,08
Contra la libertad		7 298 8,81
Contra la familia	4 177	5,04
Contra la tranquilidad pública	1 382	1,67
Contra la confianza y la buena fe en negocios	555	0,67
Tentativa	486	0,59
Delitos ambientales	400	0,48
No tipificado	323	0,39
Contra el orden financiero y monetario	293	0,35
Lavado de activos	192	0,23
Contra el orden económico	73	0,09
Contra la humanidad	68	0,08
Contra la voluntad popular	35	0,04
Infracción al CP (faltas)	23	0,03
Delitos tributarios	16	0,02
Contra el honor	12	0,01
Contra los derechos intelectuales	11	0,01
Contra el patrimonio cultural	9	0,01
Contra el Estado y la defensa nacional	9	0,01
Otros delitos	4	0,005
Total	82 863	100,00

Fuente: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal-SIATF, Oficina de Racionalización y Estadística-ORACE.

- 63 De manera general, la Policía Nacional presenta un cuadro global bajo la indicación: «Delitos económicos registrados por la PN, por departamentos y en el período 1994-1999». Las informaciones relativas al departamento de Lima son:

Años	Nivel nacional	Lima: delitos económicos
1994	5 508	1 991
1995	4 247	2 044
1996	5 502	1 986
1997	4 550	1 555
1998	3 776	1 279
1999	2 782	983

Fuente: Policía Nacional del Perú, División de Estadística.

- 64 El análisis y la comprensión de todas estas informaciones resultan difíciles debido, por ejemplo, a que la terminología utilizada no es uniforme. Aparentemente corresponde a la utilizada en el Código Penal o en las leyes especiales, con la confusión que se da porque no se trata de las mismas leyes debido a la modificaciones que han sufrido (códigos de 1924 y de 1991). Además, hay que considerar que se refieren a las denuncias hechas por delitos supuestamente cometidos. Tampoco sería de gran utilidad contar con estadísticas sobre las condenas impuestas por delitos cometidos, pues un gran porcentaje de procesos no culmina con sentencia definitiva y los imputados permanecen durante largo tiempo bajo detención provisional.
- 65 Como complemento, aunque sobre un aspecto muy particular, pueden considerarse informaciones relativas al delito de lavado de dinero y a las acciones destinadas a prevenirlo y reprimirlo. Según la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú), en el período comprendido entre enero de 2007 y febrero de 2013 se recibieron 14 191 reportes de operaciones de las personas (naturales o jurídicas) obligadas a proporcionar información relevante para la prevención y análisis del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo respecto de las operaciones sospechosas o inusuales detectadas durante el curso de sus actividades. En dicho período, los bancos (37%) y las empresas de transferencias de fondos (28%) fueron los principales perjudicados.

**Perú: casos ingresados en Fiscalía Provincial Especializada
en criminalidad organizada, 2011**

Carpetas fiscales	Resueltos	En trámite
Calificación	2	26
Archivo	25	
Con dictamen	181	
Con previo	1	
Derivación	11	
Formalización investigación	45	
Investigación (sede fiscal)	1	
Denuncia pendiente		2
Expediente pendiente		3
Formaliza investigación		1
Preparatoria investigación (sede fiscal)		8
Investigación (sede PNP)		32
Total	266	72
Total carpetas fiscales	338	

Fuente: Sistema de Gestión Fiscal-SGF, Oficina de Racionalización y Estadística.

- 66 En el estudio sobre el Perú de *Global Economic Crime*, efectuado por la consultora PricewaterhouseCoopers - PwC, referente al año 2013¹, se señalan algunos datos importantes sobre la delincuencia económica en nuestro país. Entre los delitos más comunes se indican la apropiación ilícita de activos (75%), el fraude en la adquisición de bienes y servicios (37,5%) y la corrupción (18,8%). Las empresas afectadas son una de cada cinco. En cuanto a la corrupción, sorprende que no ocupe un nivel más elevado,

¹ En su informe sobre la Argentina, referente al año 2013, PricewaterhouseCoopers (2014) afirma que, a pesar de «los esfuerzos de las organizaciones y de los profesionales que combaten el fraude, la delincuencia económica continúa creciendo en Argentina. Más de la mitad de los encuestados informaron que su organización ha experimentado un delito económico durante los últimos 24 meses, un incremento de 5 puntos porcentuales en comparación con nuestra encuesta de 2011. Además, vale resaltar que más del 48% de las organizaciones que reportaron delitos económicos fueron víctimas de más de un incidente». En: <http://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/#>.

considerando la notable intensidad con la que es percibida como formando parte de las actividades públicas y privadas.

- 67 También destacan el fraude contable (18,8%), la corrupción y pago de sobornos (18,8%), aunque sorprende que este último crimen no aparezca con mayor frecuencia en las respuestas de la encuesta, tomando en cuenta que el Perú es un país con alta percepción de corrupción institucional y trabas burocráticas a la inversión privada.
- 68 Se calcula que el monto de las pérdidas alcanzó en ciertos casos la suma máxima de cien millones de dólares. El 70% de empresas sufrió pérdidas inferiores a este límite, pero en un 6,3% del total de las empresas el perjuicio comportó de cinco a cien millones.
- 69 Si bien las empresas peruanas afectadas por la delincuencia económica representan el 19,5%, este índice es menor al registrado en América Latina (35,25%) y en el mundo (36,7%). Sin embargo, dicha tasa no corresponde a la realidad, en la medida en que los delitos económicos no son detectados debidamente por falta de control o las empresas víctimas no los denuncian en función de sus intereses comerciales o mercantiles (por ejemplo, salvaguardar la buena reputación).
- 70 Interesante es igualmente la información relativa a que el 75% de empresas ha sido víctima, en los dos últimos años, de menos de diez delitos económicos, y que ninguna ha padecido más de cincuenta delitos.
- 71 El desarrollo de este tipo de delincuencia, según el informe indicado, se debe, entre otras causas, a la falta de sistemas de prevención tanto del Estado como de las mismas empresas. Se indica que, debido a sus características y al volumen pecuniario de sus actividades, las empresas del sector financiero son las que se han dotado de mecanismos destinados a prevenir, detectar y perseguir a los delincuentes económicos.
- 72 La despreocupación de las empresas frente a este grave problema se refleja en el hecho de que el 12,5% de empresas ignora el costo que representa ser víctima de este tipo de delitos.
- 73 La mayor parte de los delitos económicos se origina al interior mismo de la empresa (94%). Los responsables son sobre todo colaboradores jóvenes (53,3%) o mandos medios (40%). Generalmente, se trata de hombres (73%), de 21 a 40 años de edad, con un tiempo de servicio en la empresa menor de cinco años y un grado de formación de secundaria o inferior (46%).

- 74 Los crímenes económicos más comunes en las empresas peruanas son la apropiación ilícita de activos (75%) y el fraude en la adquisición de bienes y servicios (37,5%). La proporción de empresas que ha sufrido estos dos crímenes es mayor que el promedio latinoamericano y que el promedio global (69%).
- 75 La mayoría de los crímenes económicos en empresas peruanas tiene origen interno (94%). En estos casos, el perpetrador habitualmente es un colaborador junior (53,3%) o un mando medio (40%). Una vez descubierto el crimen, la represalia más frecuente de las compañías en el Perú es el despido (73,3%), seguida por la toma de acciones civiles (26,7%) y la notificación a las autoridades regulatorias relevantes para el caso (13,3%). Llama la atención que solo un 6,7% tome como medida informar a las autoridades judiciales y policiales, lo que podría explicarse por el bajo nivel de confianza en estas instituciones existente en el país.
- 76 De acuerdo con el sondeo, las principales formas de detección de los crímenes económicos son el análisis de datos (25%) y las auditorías internas de rutina (25%). Además, cuatro de cada diez encuestados señalan que los crímenes son descubiertos gracias a mecanismos formales o informales de detección de fraudes, como los reportes de *trading* sospechoso (16,67%), los sistemas de reportes de irregularidades (8,33%) y los «soplos» internos (*Wistleblowing*) (8,33%), un dato que podría contribuir a sistematizar estas herramientas con un mayor compromiso de las altas gerencias y los directorios.

3.2.2. Extranjero

- 77 La situación es un poco diferente en los países desarrollados, en donde se han realizado investigaciones para detectar diferentes aspectos de la delincuencia económica. Resultan particularmente interesantes las efectuadas para detectar esta forma delictiva en el marco de las empresas. Por ejemplo, el oficio KPMG lleva a cabo encuestas de manera regular respecto de las grandes y medianas empresas en Alemania, Austria y Suiza.
- 78 En la más reciente que ha realizado respecto de trescientas empresas (KPMG, 2013), ha constatado que alrededor del 50% de las empresas ha sido afectado por la comisión de delitos económicos y que los costos alcanzan los 300 000 euros anuales en Alemania y la misma cantidad por caso delictuoso en Austria y Suiza. Asimismo, que dichos delitos fueron

cometidos en un 40% por miembros de la misma empresa (directivos o empleados).

- 79 En Alemania, los delitos cometidos en las grandes empresas encuestadas, en orden decreciente, fueron los de hurto y apropiación ilícita (32%), estafa y gestión desleal (24%), lavado de activos (17%), sustracción y manipulación de datos informáticos (3%). Datos muy parecidos corresponden a Austria en relación con los dos primeros grupos de delitos. En tercer lugar se encuentran, sin embargo, la sustracción y la manipulación de datos informáticos (10,3%), siguiendo los de violación de secretos comerciales o de fábrica, corrupción e infracción de la regulación de carteles. Diferente es la situación en Suiza, donde si bien el hurto y la apropiación ilícita se encuentran en segundo lugar (11,3%), en el primero figuran la sustracción y el abuso de datos informáticos (64,8%). Los demás delitos, en orden descendente, son la violación de secretos de fabricación y de comercio, violación de la propiedad intelectual, estafa y gestión desleal (5,6% en conjunto), de corrupción (4,2%), violación de la ley de carteles y lavado de activos (1,4% en conjunto).
- 80 De manera general, se señala en este estudio que la criminalidad económica representa un riesgo importante para las empresas. Sin embargo, se destaca que la percepción que los dirigentes de las empresas tienen de este riesgo no concuerda con los casos concretos y los daños que producen. Así, resulta que el hurto y la apropiación ilícita son subestimados como riesgos, mientras que se sobrestima el relacionado con la violación de la propiedad intelectual, la sustracción y la manipulación de datos informáticos y la violación de los secretos de fabricación o comerciales.
- 81 En cuanto a la prevención de este tipo de criminalidad, se considera que las medidas de protección son insuficientes. No prevén mejorarlas o consolidarlas, a pesar de que se considera altamente probable que el riesgo aumente en intensidad, aun cuando su presupuesto correspondiente a programas de *Compliance* se incrementará.
- 82 Las fuentes de información que permitieron descubrir los casos de criminalidad económica fueron diversas. La principal está constituida por indicaciones procedentes del seno mismo de la empresa. También juegan un papel significativo el azar y las investigaciones o revisiones internas. Menos importantes son las informaciones provenientes del exterior (clientes, contratantes, distribuidores, etc.).

- 83 En Alemania, la reacción contra los responsables de los delitos económicos es sobre todo de orden laboral; la menos frecuente es de índole civil. Entre ambas, y de cierta importancia, se ubica la de naturaleza penal. La situación es similar en Austria, en donde la reacción se da preponderantemente en el ámbito laboral. En Suiza, se privilegian los mecanismos sancionatorios laborales (71%); en el resto de casos se recurre a sanciones civiles y penales. Sin embargo, el 7% de las empresas suizas encuestadas admite no aplicar medidas sancionatorias.

3.3. Contexto internacional

- 84 La globalización y la integración regional han impulsado la modernización de las economías nacionales. Su influencia es notable en el mejoramiento de la producción de bienes y en el desarrollo de los servicios. Asimismo, en el fortalecimiento de la competitividad, de la libertad de comercio y del intercambio cultural.
- 85 Esta internacionalización de las relaciones ha generado la necesidad de constituir grupos regionales orientados a fomentar y garantizar las condiciones para el mejor desarrollo de las actividades individuales y comunitarias.
- 86 En el mundo, cabe destacar el caso singular de la Unión Europea, por el cual un buen número de países europeos tratan de dotarse de un sistema internacional y supranacional con miras a desarrollar una política conjunta en favor de los intereses comunes y de una confrontación eficaz con los otros centros de poder político y económico. En este sentido, se ha afirmado que «la Unión Europea realiza una combinación entre las técnicas de intergubernamentalidad y supranacionalidad. En el plano estrictamente jurídico, la integración europea se caracteriza por un ordenamiento jurídico autónomo, basado en la primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales y en la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para la aplicación de esas normas (invocabilidad en justicia)» (Ventura, 2005, citado por Cesano, 2008, p. 7).
- 87 En parecido sentido, pero con pretensiones políticas y económicas menos ambiciosas, se han instituido acuerdos internacionales en nuestro contexto y se han suscrito tratados de libre comercio. Se trata de acuerdos comerciales mediante los cuales se conceden preferencias arancelarias mutuas y se disminuyen las barreras no arancelarias al comercio de bienes y de servicios. Para lograr el reforzamiento de la integración económica de

los países partes en el tratado, se consideran además cuestiones como las referentes, verbigracia, a la propiedad intelectual, las inversiones, la libertad de competencia, los servicios financieros, las comunicaciones o el medio ambiente. Uno de los últimos suscritos por el Perú tiene como contraparte los Estados Unidos de Norteamérica, de gran importancia por sus efectos económicos y políticos.

- 88 Entre otros acuerdos suscritos por el Perú, debe destacarse el realizado con Mercosur, cuya finalidad general es la de constituir un área de libre comercio entre nuestro país y los cuatro países integrantes del Mercosur: Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Los medios para realizarlo son los de expandir y diversificar el intercambio comercial y derogar las restricciones (arancelarias o no) que dificultan el intercambio recíproco de servicios y bienes.
- 89 Los procesos de integración europeo y latinoamericano señalados difieren significativamente, tanto por la estrategia como por los objetivos. Un aspecto parcial que debe señalarse es el referente a que la Unión Europea admite la autonomía y primacía de la regulación comunitaria. En el Mercosur, la vigencia y dependencia de las reglas regionales están en función de si son o no integradas, de acuerdo con el contexto constitucional nacional, en el orden jurídico propio a cada Estado suscriptor.
- 90 Dentro del marco de estas regulaciones convencionales regionales, como no podía ser de otra manera, se ha planteado la cuestión de la instauración de reglas penales destinadas a, en cierta manera, reforzar el derecho comunitario y proteger los intereses comunes que comprende. Si bien en la Unión Europea se ha desarrollado dicha regulación, el Mercosur no cuenta con disposiciones penales comunitarias. La protección de bienes e intereses se realiza a través de disposiciones legales de los países signatarios. La cuestión se complica por la desarmonía existente entre estas legislaciones nacionales. Sin embargo, el Consejo del Mercado Común del Mercosur ha aprobado diversas medidas destinadas a mejorar la cooperación entre los Estados Partes para combatir la delincuencia económica, la delincuencia organizada transnacional, la corrupción, el blanqueo de capitales, el tráfico de personas, el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico de armas y el terrorismo. Con esta finalidad ha instaurado mecanismos y no disposiciones legales.
- 91 Desde los inicios de la Unión Europea (Tratado para la Fundación de la Comunidad Europea, 1957), se reconoció la existencia de la libertad de competencia como interés jurídico supranacional que debía ser protegido.

Así, en su artículo 87, párrafo 2 (art. 83, 2, a, del texto de 1992), el Consejo, a propuesta de la Comisión, debía garantizar, «mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas» la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 85 y 86 (actuales art. 81, pfs. 1 y 82), relativos a los acuerdos contrarios a la competencia y al aprovechamiento abusivo de una posición dominante en el mercado (Cesano, 2008, p. 5).

- 92 Mediante el Convenio Relativo a la Protección Penal de los Intereses Financieros de la Comunidad Europea, se consideró que también otros bienes jurídicos requerían protección. En este convenio, se dispuso que los Estados miembros se comprometían a prever como hechos punibles, en sus ordenamientos nacionales, los actos de defraudación en detrimento de los intereses financieros de la Unión Europea. Esta orientación se acentúa en los trabajos de elaboración de la Constitución europea (2004). Sobre la base de la norma de habilitación establecida en el artículo III.415, se atribuye a la Comunidad la competencia para que, mediante una ley o ley-marco europea, prevea «las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión» (Cesano, 2008, p. 5).

3.4. Ejemplo ilustrativo de cooperación internacional

3.4.1. *Cooperación entre la Unión Europea y Suiza*

- 93 Entre las fuentes de divergencias en la lucha contra la delincuencia económica, es necesario destacar la aplicación restrictiva por Suiza de las convenciones internacionales (bilaterales o multilaterales). Por ejemplo, la aplicación muy formal de los compromisos europeos, como la Convención N° 141 del Consejo de Europa relativa al blanqueo, detección, secuestro y confiscación de los productos de un crimen (Convención del 8 de noviembre de 1990 relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, RS 0.311.53). Así, a pesar de que esta Convención, en su artículo 6, se refiere a la disimulación de un bien «de origen ilícito» para calificar un comportamiento de lavado de dinero, la suiza ha restringido su ayuda solo a los casos en los que la infracción preliminar, de la cual procede el dinero blanqueado, constituye un crimen en el sentido del derecho suizo (Queloz, 2003, p. 16).

- 94 La otra fuente es el hecho de que las infracciones bursátiles (artículos 161 y 161bis CP suizo) no son del todo conformes con las directivas sobre abusos del mercado (cfr. Unión Europea, Directiva 2003/6/CE). En efecto, dichas infracciones son consideradas como delitos por el derecho suizo, y no como crímenes, por lo que no constituyen infracciones previas al lavado de activos. Lo contrario sucede en la mayor parte de los países de la Unión Europea y en los Estados Unidos, los cuales no estatuyen esta restricción. Sin embargo, se puede indicar que, con el fin de ampliar la prohibición de la explotación de la información privilegiada a todos los hechos susceptibles de influenciar los cursos bursátiles, Suiza ha derogado, el 1 de enero de 2008, el inciso 3 del artículo 161 CP suizo². Esta modificación tenía por objetivo, además de lograr una aplicación más eficaz de estas disposiciones en todo el país, permitir la ayuda internacional en caso de abusos manifiestos. La ampliación de la noción de «hecho confidencial» no ha logrado que estas normas sean del todo conformes a las recomendaciones revisadas de 2003 del GAFI ni a las directivas europeas del Consejo de Europa sobre el blanqueo de activos. Para atenuar las críticas de la comunidad internacional, el legislador suizo debería modificar su ley penal, calificando de crímenes los delitos previstos en los artículos 161 y 161bis CP suizo para permitir que figuren entre las infracciones que pueden dar lugar al blanqueo de dinero.
- 95 Para ilustrar la problemática de la ayuda internacional en materia de lucha contra la criminalidad económica, es también interesante recordar un aspecto esencial de la cooperación entre Suiza y los Estados Unidos. En el marco del asunto que opuso la UBS a las autoridades estadounidenses, estas exigieron a Suiza ayuda administrativa total, lo que implicó un cambio sustancial en materia de ayuda internacional respecto de los Estados Unidos. En este asunto, la justicia estadounidense comunicó, en junio de 2008, que el banco suizo había ayudado a numerosos clientes a defraudar al fisco americano y que este último quería obtener informaciones sobre los titulares de las cuentas concernidas. Por decisión de la FINMA, la UBS transmitió entonces una lista de 250 clientes, a condición que no se inicie ninguna persecución penal contra ella; además, pagó una multa de US\$ 780 millones. A continuación, las autoridades estadounidenses continuaron reclamando la identidad de los titulares de otras cuentas abiertas en la UBS,

² Art. 161, inc. 3, derogado: «Son considerados como hechos en el sentido de los párrafos 1 y 2, la emisión inminente de nuevos derechos de participación, una fusión de empresas o todo hecho análogo de importancia comparable».

lo que condujo a nuevas y difíciles negociaciones³. Estas culminaron con un acuerdo, basado sobre todo en el artículo 26 («intercambio de informaciones») de la Convención entre Suiza y los Estados Unidos contra la doble imposición en materia del impuesto sobre la fortuna, que implica una ayuda administrativa sobre los clientes sospechosos de fraudes fiscales (documentos falsos o inexactos, presentaciones engañosas) superiores a 250 000 francos suizos o sospechosos de infracciones graves y durables y cuyas cuentas hayan generado una renta anual no menor de 100 000 francos suizos durante tres años mínimo y que acumulen un haber mínimo de un millón de francos suizos. La asistencia administrativa también ha sido aceptada en relación con sociedades *offshore* bajo condiciones similares⁴. Este acuerdo compromete igualmente a las partes a firmar un nuevo protocolo, comprendiendo la revisión del artículo 26 de la Convención contra la doble incriminación. Resulta de esas negociaciones una flexibilización de la posición suiza en cuanto a la estricta aplicación del secreto bancario⁵.

- 96 El secreto bancario es otro asunto de divergencias entre la Unión Europea y Suiza. Concretamente, esta última puede intercambiar informaciones con las autoridades fiscales de ciertos países sobre la base de convenciones bilaterales contra la doble imposición (cooperación administrativa) o con autoridades judiciales extranjeras conforme a la EIMP⁶.
- 97 Suiza ha suscrito, con numerosos países de la Unión Europea, convenciones bilaterales contra la doble imposición y acuerdos multi o bilaterales sobre intercambio de informaciones en materia fiscal. Todos estos acuerdos son conformes a los modelos establecidos por la OCDE, salvo la reserva hecha por Suiza respecto del artículo 26 de dicho modelo, por la que precisa que

³ Cfr. Departamento Federal de Justicia y Policía, comunicado del 31 marzo de 2010, UBS: firma del protocolo que modifica el acuerdo de ayuda mutua administrativa con los EEUU. <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2010/2010-03-311.html> (al 16.5.2010); igualmente, Comunicado del 14 de abril de 2010, el acuerdo UBS revisado fue sometido al Parlamento; el Consejo Federal aprueba el mensaje. En: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2010/2010-04-140.html> (al 16.5.2010).

⁴ Cfr. Departamento Federal de Justicia y Policía, anexo al acuerdo UBS, cuadro sinóptico. En: <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0025.File.tmp/ueberblick-anhang-f.pdf> (al 20.4. 2010).

⁵ «Le Temps, UBS, el precio del escándalo», en dossier sobre el secreto bancario, 18/12/08. http://www.letemps.ch/Page/Uuid/7e239086-cd0e-11dd-b87c-1c3fffea55dc/UBS_le_prix_du_scandale (al 20.4.2010); *Le scandale de l'évasion fiscale*, 8/10/09. http://www.letemps.ch/Page/Uuid/cbf63954-b420-11de-9ef3-34711a9a296b/Le_scandale_de_l'évasion_fiscale.

⁶ Ley Federal del 20 marzo de 1981 sobre ayuda mutua internacional en materia penal (RS 351.1); Departamento Federal de Finanzas, apoyo judicial en materia fiscal.

solo proporcionará informaciones en caso de fraude fiscal y no de simple sustracción fiscal.

- 98 A fines de 2004, Suiza firmó nueve acuerdos bilaterales reforzando su cooperación económica con la Unión Europea. En el contexto del acuerdo sobre la fiscalidad del ahorro⁷, Suiza se comprometió especialmente a prever una retención de impuesto sobre los ahorros realizados en Suiza por particulares con domicilio fiscal en la Unión Europea. Los clientes de las bancas suizas tienen la posibilidad de consentir el intercambio de informaciones o de aceptar una retención de impuesto a la renta y, de esta manera, el secreto bancario es respetado. El acuerdo prevé también una asistencia administrativa, en caso de delito fiscal, sobre la base de las convenciones contra la doble imposición (Redondo, Braillard, Schwamm & Antigot, 2009, pp. 22 y ss.). Suiza, asimismo, ha concluido acuerdos en materia de lucha contra el fraude, apuntando hacia el contrabando y otras formas de delitos relacionados con los impuestos indirectos, como el tributo a las ventas anticipado-TVA, los derechos aduaneros y las subvenciones. Por último, se compromete a otorgar —obligación que no aceptaba— la ayuda judicial y administrativa respecto de los delitos relativos a los impuestos indirectos.
- 99 En marzo de 2009, frente a presiones internacionales en el contexto de la crisis financiera, Suiza abandonó la distinción entre fraude fiscal y evasión fiscal respecto de las personas no domiciliadas en su territorio. A partir de entonces, en el marco de las convenciones de doble imposición, admitirá —caso por caso y a demanda justificada— los pedidos de informaciones fiscales de los Estados, independientemente de la realización de un delito fiscal⁸.
- 100 Ante las exigencias de la Unión Europea y de la OCDE, Suiza debía negociar la revisión de las convenciones sobre la doble imposición con la finalidad de respetar su compromiso de otorgar también ayuda administrativa fiscal en los casos de evasión o sustracción fiscal. Doce convenciones debían ser suscritas para que Suiza no apareciera en la «lista gris». Suiza satisfizo esta

⁷ Acuerdo del 26 de octubre de 2004 entre la Confederación Suiza y la Comunidad Europea, previendo medidas equivalentes a aquellas previstas por la directiva del 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de ingresos de ahorro bajo la forma de pagos de intereses (RS 0.641.926.81). Ese acuerdo fue suscrito el 26 de octubre de 2004 en el marco de las Bilaterales II.

⁸ Departamento Federal de Finanzas, ayuda mutua en materia fiscal. Así por ejemplo, Francia y Suiza han suscrito un *avenant* (convenio) a su convención de doble imposición el 27 de agosto de 2009, que permite el intercambio de informaciones en el caso de fraude fiscal. En estos casos se obedece la protección del secreto bancario suizo. Este acuerdo es conforme con las directivas de la OCDE.

condición a fines de septiembre de 2009. Sin embargo, deberá enfrentar la presión internacional que le exige aceptar el intercambio automático de informaciones de carácter fiscal, lo que ella no quiere conceder.

3.4.2. *Secreto bancario y ayuda judicial*

- 101 La concepción suiza del secreto bancario constituye también un escollo a la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad económica, debido a la manera como es concebido y aplicado. Según la concepción suiza, el secreto bancario consiste en un deber de discreción del banco, como de sus órganos, empleados y mandatarios, respecto de las relaciones comerciales que tenga con sus clientes y, por tanto, sobre los asuntos financieros de estos últimos. Protege la esfera privada de los clientes contra la consulta injustificada de las informaciones relativas a su situación patrimonial⁹. Este secreto debe, de la manera más amplia posible, comprender «no solo los hechos, sino también las estimaciones de valor y las apreciaciones del banco» (Lombardini, 2002, p. 630).
- 102 El secreto bancario deriva del derecho civil y su fundamento es el vínculo contractual entre el banco y el cliente (contrato de mandato). La esfera privada del cliente es, además, protegida por las disposiciones sobre la protección de los derechos de la personalidad (en el sentido del artículo 27 CC suizo) concerniendo la vida económica y privada (situación financiera, rentas, relaciones profesionales y personales) (Lombardini, 2002, p. 629), así como por la LPD¹⁰. Por último, en el nivel penal, el artículo 47, inciso 1 de la LB prevé que quien, en calidad de órgano, empleado, mandatario o liquidador de un banco, o también de órgano o de empleado de una sociedad de auditoría, revela un secreto que se le ha confiado o del cual tenía conocimiento en razón de su cargo o de su empleo (let. a), o quien incite a un tercero a violar el secreto profesional (let. b), es castigado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o una pena pecuniaria. Según el artículo 47, inciso 2, de la misma ley, si el autor obra por negligencia será sancionado con una multa no mayor de 250 000 francos suizos.
- 103 El secreto bancario no es sin embargo absoluto. En primer lugar, puede ser levantado por el mismo cliente, quien puede liberar al banco de su deber de discreción y hasta obligarlo a comunicar informaciones a terceros. En segundo lugar, algunos límites legales son impuestos, como las derogaciones

⁹ Departamento Federal de Finanzas, protección de la esfera privada.

¹⁰ Ley Federal del 19 de junio de 1992 sobre la protección de los datos (RS 235.1).

del secreto bancario previsto por el derecho de quiebra, el derecho penal, el derecho administrativo y la legislación sobre ayuda judicial en materia penal. Hay que destacar, en particular, el dispositivo legal importante de lucha contra el blanqueo de dinero, que exige el conocimiento de la identidad del titular de los fondos y su origen preciso¹¹. El secreto bancario puede, por tanto, ser levantado, por ejemplo, en el marco de una investigación penal, cuando existen sospechas de blanqueo de dinero, de una investigación sobre los bienes de un jefe de Estado o de ministros, de delitos de iniciados (*insider trading*), de corrupción o de sospechas relacionadas con actos de terrorismo.

- 104 Por último, en materia fiscal, la cuestión es siempre muy delicada. En el nivel nacional, las autoridades administrativas pueden requerir una atestación de integridad¹² al contribuyente cuando hay sospechas fundadas de sustracción o de tentativa de sustracción. En caso de sospechas de uso de documentos falsos (art. 186 LIFD), la autoridad administrativa debe denunciar el caso a la autoridad penal competente, a quien no se puede oponer el secreto bancario (Lombardini, 2002, pp. 647 y 649). En el nivel internacional, el intercambio de informaciones fiscales se realiza por intermedio de la asistencia administrativa basada en las convenciones bilaterales contra la doble imposición, así como entre autoridades judiciales, conformemente a la EIMP¹³. El reciente litigio entre la UBS y el fisco americano ha cuestionado el secreto bancario internacional.

3.4.3. Secreto bancario en el Perú

- 105 El secreto bancario está garantizado constitucionalmente. Así se desprende del artículo 2 de la Constitución, que enumera los derechos que tiene toda persona, en particular aquel de la intimidad personal. La reserva es reforzada expresamente al señalarse que el «secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado» (art. 2, inc. 5, pf. 2 Cst.).

¹¹ Departamento Federal de Finanzas, protección de la esfera privada.

¹² La atestación de integridad está basada en el art. 127 al. 1 LIFD en relación con el art. 126, inc. 2 LIFD y está contenida en la Fórmula 13b, que figura en el portal internet de la Administración General de Contribuciones, en la dirección: <http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dienstleistungen/00666/index.html?-lang=fr> (visto el 20 de abril de 2010).

¹³ Ley Federal del 20 de marzo de 1981 sobre la ayuda mutua internacional en materia penal (RS 351.1).

- 106 Según el Tribunal Constitucional¹⁴, la finalidad de esta protección es «asegurar la reserva o confidencialidad —términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos— de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero».
- 107 Asimismo, subraya que las operaciones efectuadas por los clientes de una empresa financiera o bancaria deben ser «manejadas con discreción y confidencialidad».
- 108 La represión de los delitos contra la libertad individual, y en especial contra la intimidad, comporta garantizar que cada uno, de acuerdo con sus intereses, reserve en su dominio personal los datos que le conciernen. Los terceros deben abstenerse de invadir este ámbito, indispensable para el desarrollo libre de la personalidad de cada individuo. Aun en el caso de que este decida dar acceso a esta información a un tercero, en función de su profesión, por ejemplo, este tiene la obligación de no difundirla. Por esto se reprime la violación del secreto profesional. Según el artículo 165 del Código Penal: «El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa».
- 109 La regulación específica del tratamiento del secreto bancario está prevista en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En su artículo 140, se dispone que: «Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143». Después de indicar quiénes tienen el deber de respetar el secreto bancario, en esta misma disposición se establecen excepciones. Así, se estatuye que no rige esta disposición «tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos

¹⁴ EXP. N° 1219-2003-HD Lima, Recurso extraordinario interpuesto por Nuevo Mundo Holding S.A. Fundamentos § 5.9, § 5.10.

a la Unidad de Inteligencia Financiera». Igualmente, se establece que no incurrir en responsabilidad, por un lado, «la empresa y/o sus trabajadores que, en cumplimiento de la obligación contenida en el presente artículo, hagan de conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera, movimientos o transacciones sospechosas que, por su naturaleza, puedan ocultar operaciones de lavado de dinero o de activos». Por otro, «quienes se abstengan de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a las referidas en el artículo 143. Las autoridades que persistan en requerirla quedan incurso en el delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 376 del Código Penal».

- 110 En el artículo 142, se prevén ciertos casos que, por tratarse de informaciones de carácter global, no caen en el ámbito del secreto bancario. Por ejemplo, cuando la finalidad sea utilizarlas para elaborar estadísticas, la formulación de la política monetaria o las soliciten determinadas sociedades de auditoría.
- 111 El levantamiento del secreto bancario, de acuerdo con el artículo 143, procede si la información es solicitada por:
1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.
 2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que este otorga soporte económico.
 3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.
 4. El presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión y en relación con hechos que comprometan el interés público.
 5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

112 En todo caso, toda persona que acceda de esta manera a la información deben «mantenerla con dicho carácter en tanto esta no resulte incompatible con el interés público».

3.4.4. Cooperación con los EE UU

- 113 Con los Estados Unidos, Suiza ha concluido una convención sobre la doble imposición en materia de impuestos sobre las rentas el 2 de octubre de 1996¹⁵, además del acuerdo de interpretación el 23 de enero de 2003. A diferencia de aquellas suscritas con la Unión Europea, esta convención no sigue el modelo de la OCDE y el intercambio de informaciones es mucho más amplio. En efecto, Suiza asume la obligación de prestar asistencia administrativa en caso de delitos no reconocidos por el sistema de imposición suizo, pero que sean de una gravedad equivalente al fraude fiscal sancionado en Suiza (*tax fraud and the like*).
- 114 El litigio concerniente a los clientes de la UBS en los Estados Unidos ha llevado a Suiza a conceder una ayuda administrativa completa, hasta sacrificar el principio del secreto bancario. El asunto se hizo público en junio de 2008, cuando la justicia estadounidense comunicó que la UBS había ayudado a sus clientes a defraudar el fisco y que este último deseaba obtener las informaciones de los clientes concernidos. El banco UBS proporcionó los nombres de 250 clientes a pedido de la FINMA en contrapartida del abandono de procesos penales en su contra. Sin embargo, debió pagar una multa de US\$ 780 millones. En febrero de 2009, el fisco estadounidense ha demandado en la vía civil los nombres de 52 000 titulares de cuentas abiertas en el banco UBS. Este banco ha rechazado la demanda, con el apoyo de las autoridades federales, haciendo valer que su aceptación implicaría la violación del derecho suizo. A mediados de agosto de 2009, se celebró un acuerdo¹⁶ con los Estados Unidos comportando la revelación de los nombres de 4 450 nombres de clientes y la cesación de los procesos contra el banco UBS en los casos en que los Estados Unidos lograra identificar 10 000 clientes, incluyendo las declaraciones voluntarias. Este acuerdo se basa, especialmente, en el artículo 26 («intercambio de informaciones») de la convención entre Suiza y los Estados Unidos sobre la doble imposición en

¹⁵ Convención del 2 de octubre de 1996 entre la Confederación suiza y los EEUU para evitar las imposiciones dobles en materia de impuestos sobre los ingresos (RS 0.672.933.61).

¹⁶ Acuerdo del 19 de agosto de 2009 entre Suiza y los EEUU relativo al pedido de informaciones del Internal Revenue Service de los EEUU, concerniendo la UBS SA, suscrito y puesto en vigencia el 19 de agosto de 2009 (RS 0.672.933.612).

materia de impuestos sobre la renta. La ayuda administrativa concierne a las cuentas de los clientes sospechosos de fraude (documentos falsos o inexactos, montajes fraudulentos) a partir de un haber de 250 000 francos suizos, y de los clientes sospechosos de infracciones graves y durables cuyas cuentas hayan generado una renta anual de por lo menos 100 000 francos suizos durante un mínimo de tres años y comprendiendo un haber mínimo de un millón de francos suizos. La asistencia administrativa es igualmente válida para las sociedades *offshores* bajo las mismas condiciones. Sin embargo, el Tribunal Administrativo Federal, en la sentencia del 21 de enero de 2010¹⁷, ha juzgado insuficiente la base jurídica del acuerdo UBS, concluido el 19 de agosto de 2009, para conceder ayuda administrativa en los 4 200 casos de sustracción fiscal grave y reiterada; así, ha cuestionado la aplicación de este acuerdo¹⁸.

- 115 Esto dio lugar al Protocolo que modifica el acuerdo UBS, por el cual las partes se comprometieron a firmar el nuevo protocolo relativo a la revisión del artículo 26 de la Convención de la doble imposición hasta el 30 de setiembre de 2009, a más tardar. El secreto bancario ha resultado inaplicable en este asunto.

3.5. Recurso al derecho penal económico

- 116 El carácter subsidiario de la intervención del Estado en la vida económica determina que la regulación legal —en particular penal— de las actividades económicas sea limitada. Sin embargo, el desarrollo de los sistemas y técnicas impulsa hacia una mayor regulación para hacer frente a nuevas formas de actividades que constituyen fuentes de posibles abusos en el funcionamiento del mercado.
- 117 La reacción legislativa ha provocado una proliferación de leyes en los dominios fiscal, bancario, de la concurrencia, de la propiedad intelectual, de los mercados financieros, de las sociedades, de los seguros, del trabajo, de la energía y del medio ambiente. Se ha tratado de suprimir esta falta de homogeneidad en materia penal, sea concentrando en el Código Penal las disposiciones represoras de los delitos económicos, sea previéndolas en determinados cuerpos legales. Así, en Alemania, buena parte de la legislación económica ha sido concentrada, por ejemplo, en el Código de Comercio

¹⁷ Sentencia del Tribunal Administrativo Federal del 21 de enero de 2010, A-7789/2009.

¹⁸ Departamento Federal de Justicia y Policía, el acuerdo UBS revisado; Departamento Federal de Justicia y Policía, Protocolo modificando el acuerdo con los EE.UU.

- (*Handelsgesetzbuch*) y reuniendo el derecho de sociedades (*Gesellschaftsrecht*) y el derecho penal de las finanzas (*Finanzstrafrecht*) (Tiedemann, 2014, Nº 120 y ss.).
- 118 La multiplicación de leyes penales económicas genera el riesgo de caer en la denominada represión simbólica. En efecto, contrariamente a las modificaciones de las leyes administrativas, las nuevas disposiciones penales no imponen necesariamente un mecanismo de control y pueden así permanecer inaplicables. Es el caso, por ejemplo, de la disposición sobre el delito de uso indebido de información privilegiada (art. 251-B) debido a la falta de medios apropiados para descubrir su comisión y probar la responsabilidad del autor.
- 119 Quienes consideran inconveniente y excesivo el empleo del derecho penal para combatir la delincuencia económica, estiman que, en la mayor parte de los casos, resulta más eficaz recurrir a las sanciones administrativas. Se argumenta que el sector administrativo dispone de funcionarios con mayor capacidad técnica administrativa, que la vía administrativa es más rápida, que tiene mayor flexibilidad para enfrentar la gran diversidad de casos que se presentan y que cumple con mayor eficacia una función preventiva en razón de la prontitud con que reacciona. En su contra, se critica la gran dificultad para prever penas significativamente graves, lo que comporta un debilitamiento de la prevención general.
- 120 Los partidarios de recurrir al derecho penal destacan que este ofrece mayores garantías materiales y procesales que la vía administrativa (en manos de funcionarios sin la condición de magistrados), que permite aprovechar mejor el desarrollo de la dogmática en la materia, que los derechos de los procesados son mejor garantizados en la medida en que las sanciones se establecen en procesos públicos y están a cargo de organismos judiciales más independientes que los funcionarios administrativos. Se señalan, entre sus desventajas, la extensión desmesurada de la represión penal (sobre todo mediante el empleo exagerado de penas privativas de libertad), la falta de especialización de los magistrados, lo que produce lentitud en los procedimientos, la índole estigmatizante de la reacción penal sin repercusiones notables en la función de prevención general o especial, y la flexibilización extrema de los principios y criterios del derecho penal común (por ejemplo, principios de legalidad, de la *ultima ratio* o criterios como en los delitos de desobediencia, de imputación objetiva).

- 121 La solución no está en ninguna de estas posiciones extremas sino en una que sea respetuosa de las garantías penales y procesales consolidadas a lo largo de la evolución del derecho penal liberal, pero que tenga la ductilidad indispensable para adecuar la reacción penal a las nuevas, complejas y sutiles formas de la criminalidad moderna.

3.6. Criminalidad económica y criminalidad organizada

3.6.1. Introducción

- 122 A pesar de las estrechas relaciones que tienen, la criminalidad económica no debe ser confundida con la criminalidad organizada. Esta última es mucho más amplia en la medida en que comprende la comisión de otros delitos.

- 123 Sin embargo, entre ellas existen tres aspectos comunes:

Primero, la búsqueda de provecho sin tener en cuenta la moral, como es el caso del fraude fiscal (delincuencia económica) y de la trata de personas y de las redes explotadoras de la pedofilia (delincuencia organizada). Sus autores actúan motivados sobre todo por el lucro, y proceden como profesionales en búsqueda de una clientela comercial (Queloz, 1999, pp. 32 y ss.)¹⁹.

Segundo, la complejidad de las estructuras de las empresas financieras, así como el desarrollo de la informática, que hacen que los procedimientos utilizados (tanto por los delincuentes como por los órganos de vigilancia y de represión) sean cada vez más avanzados e imponen una destreza propia a los actores del mundo económico, comercial o financiero.

Tercero, tienen un carácter eminentemente internacional, por ejemplo el lavado de dinero o el financiamiento del terrorismo. La evolución de los medios para combatirlos²⁰ refleja también esta índole transnacional y la necesidad de una cooperación internacional en materia penal²¹.

¹⁹ Referencias citadas: ATF 96 IV 118; JdT 1971 IV 114 sobre las actividades vinculadas con la trata de personas en el sentido del art. 202 CP.

²⁰ Se puede igualmente citar el ejemplo del tráfico internacional de armas y de material militar; cfr. p. ej.: sentencia del Tribunal Federal del 21 de marzo de 2002, 1A.205/2001/svc.

²¹ Cfr. la Convención Europea de Ayuda Mutua Judicial en Materia Penal del 20 de abril de 1959 (RS 0.351.1); la Ley Federal del 20 de marzo 1981 sobre la ayuda mutua internacional en materia penal (EIMP; RS 351.1) y la Convención Europea de Extradición del 13 de diciembre 1957 (RS 0.353.1). Otros tratados, en particular con los EEUU, el Canadá y los países de América del Sur, también tienen gran importancia.

3.6.2. *Realidad criminógena*

- 124 El crimen organizado se caracteriza por la manera peculiar en que obran sus agentes. Estos se aprovechan de las debilidades democráticas y burocráticas del Estado, de la complejidad y amplitud del mercado nacional e internacional y, en general, de las relaciones sociales imperantes. De esta manera, y en especial mediante la corrupción, logran copar diferentes órganos del Estado, colocándose por encima de las leyes.
- 125 La organización criminal generalmente es comprendida como un grupo de agentes vinculados entre sí de manera estable y estructurada, los cuales actúan con cierta autonomía para obtener un enriquecimiento máximo. Con este fin llevan a cabo, sistemática y coordinadamente, acciones delictuosas. Tienen como factores comunes el número de participantes, la frecuencia de sus acciones delictuosas y la procedencia social de la mayoría de agentes.
- 126 Para establecer y coordinar los esfuerzos necesarios para combatir esta forma de delincuencia, ha sido indispensable definirla. Esto ha servido, igualmente, para elaborar las disposiciones penales que la tipifican. Así, por ejemplo, la Secretaría Internacional de INTERPOL, en el primer Coloquio Internacional sobre la Criminalidad Organizada (Francia, mayo de 1988), la definió diciendo que «es todo grupo o asociación de personas dedicadas a la práctica continua de actividades ilícitas, con el fin de obtener provechos sin respetar las fronteras nacionales». Por su parte, la Unión Europea la ha concebido como una «asociación estructurada, constituida por dos o más personas y por un lapso determinado, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer infracciones penadas con prisión no menor de cuatro años. Estas infracciones deben constituir un fin en sí mismas o un medio para obtener ventajas patrimoniales y, llegado el caso, influenciar en el funcionamiento de las autoridades públicas».
- 127 En los últimos años, la criminalidad organizada se ha desarrollado de manera considerable tanto cuantitativa (aumento de delitos violentos, de negocios fraudulentos y de corrupción, tráfico de drogas, lavado de dinero, etc.) como cualitativamente (internacionalización de redes, profesionalización y racionalización). Terreno favorable para este desarrollo ha sido la mundialización de los intercambios comerciales y financieros, la movilidad intensa de personas y bienes, el perfeccionamiento de las comunicaciones, y en algunos casos, el abandono o disminución de los controles fronterizos (por ejemplo, el libre tránsito de personas en la Unión Europea).

- 128 La globalización de los intercambios comerciales y la creación de mercados comunes (MERCOSUR, Comunidad Europea) han favorecido el surgimiento de sectores económicos paralelos en los que se reciclan y disimulan las ingentes riquezas adquiridas delictuosamente. En esta perspectiva, hay que señalar que la organización y profesionalización de la delincuencia internacional se perfeccionan aprovechando los progresos realizados en la gestión empresarial, así como las técnicas de producción y de comunicación. Así, los progresos en el campo de la informática brindan medios modernos y ámbitos nuevos que son utilizados para perfeccionar e intensificar este tipo de criminalidad.
- 129 Para escapar a la represión y lograr mayor eficacia, los grupos criminales abandonan el modelo piramidal de organización en favor de uno flexible, consistente en constituir pequeños grupos delictivos bien relacionados entre sí. Esto les permite salvaguardar la clandestinidad de sus actividades, fortalecerse económicamente e infiltrar el sistema de control estatal.
- 130 La manera como está constituido el crimen organizado y cómo actúa ha sido ampliamente estudiada. Sin embargo, debido a su clandestinidad, complejidad y constante mutación, los resultados obtenidos son diversos e incompletos. Así, se ha llegado a comprobar que existen centros de coordinación de la actividad de los grupos delictivos, que el sistema funciona como una «franquicia» más o menos controlada por el mando central. De modo que se presenta constituido por un centro director y una multiplicidad de «pequeñas redes» operativas. Así, se puede decir que la organización criminal «moderna» funciona en un sistema de delegación, lo que le permite obtener grandes ganancias, sin necesidad de invertir demasiados capitales y energías para controlar la «empresa delictuosa».
- 131 Actualmente, se llega a considerar a la delincuencia organizada como el «principal enemigo de la seguridad nacional» (Aguilar, 2001). Esto se debe a que busca someter las instituciones oficiales y privadas al servicio de los intereses delictivos, creando así un peligro importante para la estabilidad, la soberanía y los intereses del país. Recurre a la corrupción institucionalizada, interviene en la red delictiva ampliando clientelas y complicidades y facilita el lavado de los beneficios pecuniarios ilícitos en el sistema financiero, en el mercado inmobiliario, el comercio y la actividad industrial y de servicios. Sus ámbitos preferidos de actuación son los del tráfico ilegal de drogas, contrabando de armas, lavado de dinero, tráfico de personas, pornografía infantil, prostitución, secuestro, el robo de vehículos e, igualmente, el terrorismo.

- 132 La complejidad de las sociedades modernas impulsa a la criminalidad organizada a desarrollar sus actividades tanto en la economía subterránea (por su índole ilícita) como en la economía legal. En esta última, aprovecha la evolución del nuevo tipo y sistema de empresas. Para ocultar y financiar sus actividades criminales infiltra las empresas existentes o crea otras nuevas (Catanzaro, 1988, p. 254). De esta manera, comete o promueve una serie de delitos económicos, como los delitos societarios, el delito de explotación de información privilegiada (*insider*), lavado de dinero, financiamiento de terrorismo y tráfico de drogas, de armas o de personas.
- 133 En consideración a la magnitud del problema que plantea la criminalidad organizada, los medios para combatirla deben también ser suficientemente coordinados y ampliados en el nivel internacional. Este combate no puede ser concebido como un asunto particular de cada uno de los Estados, sino más bien como una acción conjunta. Esta implica el establecimiento de una red eficaz de acuerdos internacionales de cooperación.
- 134 Al respecto es de destacar que el espacio común europeo creado en Maastricht ha fomentado la libertad de movimiento tanto de personas como de bienes. Ello ha favorecido el libre desplazamiento de los delincuentes y, al mismo tiempo, dificulta las intervenciones de los órganos de control penal nacionales, de modo que, si bien la desregulación de los mercados financieros, la libertad de movimiento de capitales, las redes internacionales de comercio y la apertura de fronteras dentro de los espacios comunes constituyen elementos consustanciales de la economía mundial actual, también son terreno propicio para la delincuencia en general y, en particular, para la criminalidad organizada. En esta situación, se siente claramente la necesidad de establecer un sistema penal europeo. En ese sentido, en el artículo 31 del Tratado de Ámsterdam, referente a la cooperación judicial en materia penal, se establece que esta debe comprender «la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas». Asimismo, la Unión Europea, a través de una serie de recomendaciones²², ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas para reprimir la delincuencia económica en general, y en especial la ejecutada en el ámbito de las actividades de las empresas, tomando en consideración la índole de la infracción, la intensidad de la responsabilidad y la gravedad de las consecuencias perjudiciales. Para que esta política criminal sea efectiva es

²² Por ejemplo, las Recomendaciones (81)12 y (88)18.

indispensable armonizar las legislaciones penales nacionales, evitando así vacíos normativos, y en las organizaciones, instaurar un sistema de control eficaz, por ejemplo, extendiendo las facultades de EUROPOL.

3.6.3. Regulación legal

- 135 Según el artículo 2, inciso 1, de la Ley 30077²³, se debe considerar para los efectos de la ley como «organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley». Además, en el inciso 2, precisa que «la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal».
- 136 En sus disposiciones suplementarias, se dispuso la modificación del artículo 317 del Código Penal, relativo al delito de constituir, promover o integrar una asociación ilícita, en el que esta es descrita como la agrupación de «dos o más personas destinada a cometer delitos». Es una descripción imprecisa por ser demasiado amplia, ya que no establece otras características que han debido ser explicitadas por la jurisprudencia y la doctrina. La denominación «asociación» implica ya que no basta la simple participación de varias personas, sino que estas deben organizarse como conjunto delictivo, lo que implica a su vez que debe estar destinada a durar un tiempo significativo. La estructura jerarquizada es sugerida por la referencia a la condición de «jefe, líder o dirigente» que puede tener alguno de los agentes. La referencia a que la organización (constituida, promovida o de la que se forma parte) debe estar destinada a cometer delito indica que se trata de un delito de pura actividad y que no es indispensable que uno o algunos miembros de la organización hayan cometido uno o varios delitos.
- 137 En este sentido, ha declarado la Corte Suprema²⁴ que «el indicado tipo legal [artículo 317 del Código Penal] sanciona el solo hecho de formar

²³ Oré Sosa. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf.

²⁴ Acuerdo Plenario, N° 4-2006/CJ-116, pf. 12. En: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d31af1804075bad2b74ff799ab657107/acuerdo_plenario_04-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d31af1804075bad2b74ff799ab657107.

parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo».

- 138 Los problemas se multiplican debido a deficiencias de técnica delictiva, pues se han previsto ciertos casos de agravación de la pena respecto de ciertos delitos en razón de que sean cometidos por una pluralidad de agentes, como el caso del «concurso de dos o más personas» (por ejemplo, art. 186, inc. 1, num. 5, hurto agravado) y el de la asociación delictiva (art. 257-A, inciso a del CP, delitos monetarios).
- 139 En cuanto al primer caso, se habla de «banda», la que es definida como «la integración de dos o más personas que conciertan con la finalidad de cometer uno o más delitos para lo cual se implementan y actúan coordinadamente a efectos de asegurar su incursión criminal, señalándose roles para tal propósito»²⁵. Esta debe ser entendida, a diferencia de la organización criminal, como un grupo sin las características de permanencia y estructuración de aquella²⁶.
- 140 La asociación delictiva es mencionada, junto con la banda, en el numeral 2 del artículo 257-A. Con ello se obliga, implícitamente, a distinguir entre asociación criminal, asociación delictiva y banda, lo que crea bastante confusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Esta confusión aumenta si se tiene en cuenta la coautoría, forma principal de participación delictuosa respecto de la cual, en el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, se afirma que los supuestos de coautoría o coparticipación evocan un concierto criminal donde el proceder delictivo es circunstancial, lo que la distingue como una organización criminal que tiene cierta estabilidad temporal y una finalidad delictiva particular. De manera similar, el Tribunal Constitucional²⁷ dice que «es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación

²⁵ En relación con el delito de robo agravado, SCS R.N. N° 2632-2004 CAJAMARCA: [http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$3.0&vid=default](http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.htm$3.0&vid=default).

²⁶ Prado Saldarriaga, 2013, p. 61. Cfr. sobre la pluralidad de agentes en la organización criminal, Choclan Montalvo, 2001, p. 235.

²⁷ STC EXP. N° 4118-2004-HC/T PIURA, FJ N° 22. En: [http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$3.0&vid=default](http://dataonline3.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.htm$3.0&vid=default).

ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia. Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado».

3.7. Criminalidad económica y corrupción

3.7.1. Introducción

- 141 De manera simplificada, se puede afirmar que las explicaciones sobre la corrupción adoptan dos orientaciones. De acuerdo con un criterio liberal²⁸, se la considera como fruto del atraso de las sociedades en modernizarse. Es decir, deficiente desarrollo del mercado libre e hipertrofia del aparato estatal. En un Estado moderno, este desempeña el papel de árbitro del intercambio libre de bienes y servicios. Los casos de corrupción son percibidos como actos económicos destinados a obtener ventajas, constituyendo un sector en el que se intercambian bienes mediante procederes ilegítimos.
- 142 En este sentido, la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCEDE define la corrupción como el hecho de «ofrecer, prometer u otorgar una ventaja indebida, pecuniaria u otra, directamente o por intermediarios, a un agente público [...], en provecho propio o ajeno, para que este obre o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, en vista de conservar un mercado u otra ventaja indebida» (artículo 1.1). Pero dadas las dificultades, se ha privilegiado la técnica de determinar la corrupción por el método ejemplificativo. En este sentido, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción²⁹ y la Convención Interamericana contra la Corrupción³⁰ se limitan a establecer un catálogo de comportamientos indebidos que deben ser calificados como actos de corrupción y reprimidos sus autores.

²⁸ La concepción liberal goza de una aceptación generalizada y ha sido seguida por diversos organismos internacionales (BM, FMI) al establecerse directivas y recomendaciones sobre la corrupción.

²⁹ Capítulo III. Penalización y aplicación de la ley, arts. 15 y ss. En: http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/tratados_internacionales/convention_naciones_unidas_contra_la_delincuencia_organizada_transnacional_decreto_supremo_n342.pdf.

³⁰ Art. VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.

- 143 De acuerdo con estas regulaciones, se han completado y perfeccionado las leyes penales. Es el caso del catálogo de delitos contra la administración pública previsto en el Código Penal de 1991, modificado en diversas oportunidades. En su Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública, arts. 361 al 426), se incriminan los delitos cometidos por particulares, los delitos cometidos por funcionarios públicos, los delitos contra la administración de justicia, completados con dos disposiciones comunes (arts. 425 al 426).

3.7.2. Descripción y calificación

- 144 La corrupción es un fenómeno social y delictivo estrechamente vinculado con la delincuencia económica, por lo que es indispensable tenerla en cuenta para apreciar debidamente los alcances y la intensidad con la que condiciona el desarrollo de la actividad empresarial. No debe olvidarse que la criminalidad organizada tiene canales bien establecidos para utilizar la corrupción con la finalidad de promover sus actividades delictuosas como para neutralizar la reacción del sistema de control penal.
- 145 La corrupción puede ser comprendida en sentido restringido y en sentido amplio. De acuerdo con el primero, puede definirse sin mayores dificultades si es limitada a los comportamientos incriminados penalmente, ya que pueden precisarse mejor los bienes e intereses dañados o puestos en peligro. Sin embargo, los delitos de corrupción se presentan acompañados, son adelantados o seguidos de otros hechos delictivos, que fomentan o agravan el fenómeno de la corrupción. Por ejemplo, los delitos contra el patrimonio, los de falsificación de documentos, blanqueo de dinero, delito de explotación de información privilegiada, tráfico de drogas. En la perspectiva amplia, la tarea se complica porque, fuera del aspecto formal de que estén incriminados en la ley, es preciso determinar los aspectos que caracterizan las acciones que deben calificarse de corrupción, las cuales pueden ser, globalmente, consideradas como manifestaciones de un fenómeno endémico respecto de las estructuras sociales, económicas, políticas y jurídicas. Se comprenden, además de los comportamientos pertenecientes a la esfera de la administración pública, los que se dan en el ámbito de la actividad social y económica privada.
- 146 La corrupción es fomentada por la mayor o menor falta de racionalidad y de conciencia respecto del bien público, propio de las sociedades retrasadas, subdesarrolladas y proteccionistas. Pero se reconoce de manera un tanto paradójica que la corrupción juega un papel positivo en la medida en que

contribuye a superar las barreras formales y rígidas de la burocracia de dichas sociedades. Asimismo, que facilita la integración de los distintos sectores de la sociedad en los períodos de tránsito hacia la modernidad, de crisis económica o inestabilidad política que viven esas sociedades. Desde esta perspectiva, la corrupción sería sobre todo un fenómeno local condicionado por las circunstancias económicas, políticas y culturales de cada sociedad y en una época determinada.

- 147 De conformidad con el criterio universal y dándose la prioridad al aspecto moral, se caracteriza la corrupción como un hecho contrario a los derechos humanos, que solo pueden ser eficazmente protegidos garantizando el principio de confianza entre los diversos elementos constitutivos de la sociedad, conservando y fomentando el sistema democrático y respetando la separación neta entre el interés público o bien común y el interés personal o particular. El Estado, como garante de los derechos humanos, debe ser neutral y justo en el ejercicio del poder. Desnaturaliza su papel institucional en la medida en que pone el interés público al servicio del interés privado. De esta manera, pierde legitimidad y crea la desconfianza entre los administrados. Estos disfuncionamientos del Estado son los factores más importantes para la aparición y el desarrollo de la corrupción, que es entonces vista como un fenómeno social posible en todo tiempo y sociedad. Una consecuencia de este análisis es, a diferencia del criterio liberal, el rechazo de toda tolerancia respecto de la corrupción, negándose por tanto que juegue un papel positivo en el desarrollo social.
- 148 Dar la prioridad al aspecto moral no significa desconocer su dimensión económica. Los actos de corrupción se presentan como un intercambio de intereses en el que quien posee el poder dispone ilegalmente de bienes o servicios pertenecientes al sector público o privado en favor de otro, con el fin de obtener una ventaja indebida. El afectado por dichos actos puede ser el Estado (e indirectamente los ciudadanos) o particulares (por ejemplo, una empresa).

3.7.3. Contexto económico

- 149 La percepción económica de la corrupción es capital en la medida en que esta puede ser difícilmente comprendida sin el establecimiento y desarrollo de un sistema mercantilista y monetario. El dinero permite que las transacciones legales o ilegales tengan un carácter reservado. Siendo el dinero compresible, puede ser transferido sin mayores problemas a otra persona. Asimismo, hace factible que los intercambios sean realizados sin la

presencia personal de los interesados en el lugar donde se realiza el acto de corrupción.

- 150 Los actos de corrupción buscan la obtención de ventajas indebidas, por lo que el agente corrupto se decide a actuar después de calcular que obtendrá una ganancia tan significativa que justifique correr los riesgos que implica el acto de corrupción. Sin embargo, esta observación debe ser completada considerando que las estructuras del mercado condicionan la corrupción. Esta debería darse menos frecuentemente si existiera una competencia libre y equilibrada entre los actores sociales, ya que no habría razón para ofrecer o realizar pagos indebidos para obtener el bien o el servicio que se quiere alcanzar. No sería un negocio provechoso. Lo mismo se puede pensar en el caso contrario del sistema de monopolio. Los favorecidos con este tendrían menos interés en recurrir a subterfugios para beneficiarse con el intercambio, en la medida en que serían los intermediarios inevitables.
- 151 Además de la corrupción como conjunto de actos individuales catalogados penalmente, hay que percibirla también en su dimensión de fenómeno económico y social, como la actividad común de redes de funcionarios y particulares que desempeñan los papeles de corruptores y corrompidos. Estos no actúan solo en función de los beneficios y desventajas que el acto individual conlleva, sino que obran principalmente en consideración de su pertenencia a un sistema paralelo de poder político, económico y social basado en la solidaridad y compensación entre sus miembros. En este contexto desempeñan un papel decisivo las empresas, lo que plantea la cuestión de si es o no necesario atribuirles responsabilidad penal.

3.7.4. Recurso al derecho penal

- 152 Si se observa lo que acontece tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados, se llega al convencimiento de que la eficacia del derecho penal no es muy grande. La corrupción en el ámbito del financiamiento de los partidos políticos, de la privatización de empresas estatales, de las subastas públicas nacionales e internacionales relativas a realización de obras o prestación de servicios, del comercio de armas, de la distribución de las donaciones internacionales en caso de catástrofes o de guerras, de la negociación de préstamos y de la utilización de los obtenidos se diversifica y multiplica. Si en los países desarrollados, debido a la estabilidad de las instituciones políticas y sociales, la corrupción no llega al extremo de institucionalizarse, como sucede en los países subdesarrollados, sí produce graves disfuncionamientos en el sistema político y social.

- 153 A pesar del carácter subsidiario de la protección penal y del estado actual de la legislación penal, pueden estimarse necesarias algunas medidas destinadas a hacer más eficaz la represión de los actos de corrupción.
- 154 El bien jurídico debe ser precisado, para lo cual resulta indispensable modificar la sistemática actual del Código Penal. En sentido estricto, primero, debería precisarse que la corrupción atenta contra la objetividad e imparcialidad de las actividades públicas. Si se considera que es también conveniente de considerar la corrupción en el sector privado, debería consecuentemente ampliarse la noción del bien jurídico protegido.
- 155 Es preciso prever normas para reprimir los actos de corrupción en las relaciones comerciales. El hecho de no tener en cuenta esta corrupción privada tiene el efecto negativo de debilitar la represión de la corrupción en el sector público, ya que las personas perciben estos delitos como banales.
- 156 La definición y clasificación de los tipos legales en términos de corrupción activa y de corrupción pasiva deberían ser corregidos. Los participantes de los actos de corrupción, verdaderos actos de intercambio de bienes y servicios, intervienen activamente, de modo que resulta anacrónico establecer escalas de penas diferentes para ambos casos.
- 157 Es necesario incorporar la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, empresas), en razón al papel cada vez más importante que asumen en la criminalidad económica y en la organizada.
- 158 La regulación de las penas complementarias y la de multa debe ser revisada para adecuarla mejor a la represión de la corrupción.

3.7.5. Ejemplos históricos

- 159 Para tratar de comprender el fenómeno de la corrupción en un país como el Perú, consideramos oportuno presentar, considerando el contexto histórico descrito anteriormente, algunos ejemplos tomados del período republicano. El primero se refiere a las guerras de la independencia. Estas fueron financiadas, por un lado, por capitales extranjeros, principalmente ingleses, y por otro, por la confiscación de bienes y la imposición de contribuciones pecuniarias a determinados sectores de la población. Al finalizar estas guerras, el nuevo gobierno republicano tuvo que reconocer como deuda nacional interna el valor de los bienes expropiados por el ejército libertador. Para cumplir con esta obligación, el gobierno recurrió, sea a los créditos extranjeros, sea a los beneficios producidos por las riquezas naturales del

- país. En el primer caso, la deuda interna se transformó en deuda externa, mientras que en el segundo, implicó una distribución indebida del patrimonio de la nación.
- 160 En el plano económico, la deuda interna se pagó mediante la instauración de un proceso que tendía a la creación de capitales nacionales con el fin de promover la industria, la agricultura y el comercio. En realidad, el reconocimiento y pago de la deuda interna constituyeron un caso escandaloso de corrupción: la existencia de acreencias y su monto no fueron objeto de un control mínimo. El Estado fue de este modo engañado: se le defraudó con la participación interesada de sus propios órganos.
- 161 El segundo ejemplo concierne a la explotación del guano. Durante la segunda mitad del siglo XIX, esta riqueza natural era explotada por un sistema de concesiones que el Estado otorgaba a los particulares. El favoritismo, la influencia política y los vínculos de parentesco (nepotismo) eran los criterios decisivos para obtener el derecho de explotar y exportar guano. Estos privilegios eran dispensados y distribuidos ilegalmente por los políticos que se sucedían en el gobierno. Esta riqueza no fue, en consecuencia, utilizada para desarrollar la industria, la agricultura o el comercio. Así, una clase minoritaria se enriqueció en detrimento de la mayoría de la población. Después de la dilapidación de esta riqueza, el país se sumió nuevamente en la pobreza.
- 162 Citemos otros dos ejemplos de corrupción institucionalizada en el Perú del siglo XX. En la década de 1970, gracias a la corriente marítima de Humboldt —rica en plancton—, el mar peruano contenía una gran riqueza pesquera. La pesca y la fabricación de la harina de pescado se convirtieron en una gran industria. El Perú llegó a ser el primer productor del mundo. Los industriales nacionales y extranjeros se enriquecieron enormemente y el Estado peruano obtuvo grandes ingresos. Estos fueron dilapidados por el Estado como si se tratara de un patrimonio inagotable. Dichos recursos sirvieron para conceder ventajas, para satisfacer a los seguidores, para contentar a los militares. Sin embargo la pesca industrial, al no respetar el ciclo de reproducción de los peces, determinó la extinción tanto de estos como de la industria de la harina de pescado.
- 163 La corrupción institucionalizada resulta también del tráfico de drogas, en razón a que el Perú ha dejado de ser un simple productor y exportador de hoja de coca —materia prima—, para transformarse en productor no solo de pasta básica sino también de cocaína. El poder económico de esta

actividad ilícita permite a los traficantes adquirir una influencia política significativa en todos los niveles del Estado y de la organización social. Esta infiltración en todos los engranajes de la sociedad y el lavado de activos que genera hacen que, muchas veces, no sea posible distinguir la riqueza proveniente de una actividad legal o del tráfico de drogas. El funcionamiento de la economía se ve completamente distorsionado por el flujo de dinero sucio producido por el tráfico de drogas, al punto de condicionar la política económica de todo gobierno.

- 164 Esta situación se puso en evidencia cuando la mafia colombiana asesinó al ministro colombiano de Justicia, hecho que dio lugar a que el gobierno colombiano intensificara la guerra contra el tráfico de drogas. Con ese objetivo, se cerró la frontera peruana con Colombia y se bloquearon las pistas de aterrizaje clandestinas. Esto generó un cese del flujo de dólares colombianos provenientes del tráfico de drogas en el mercado peruano y, en consecuencia, la subida del precio del dólar y la devaluación de la moneda nacional. Frente a este fenómeno, y tal vez para tranquilizar el país, el presidente de la República de aquel entonces declaró que la crisis monetaria cesaría cuando volvieran a ingresar al país dólares de Colombia. En cierto modo, el mismo Estado admitía el lavado de activos ilícitos mediante el tráfico de divisas.

3.7.6. Corrupción y régimen económico

- 165 La corrupción, como todo fenómeno social, no puede ser comprendido sin considerar la perspectiva histórica, y en particular, el origen y la evolución del Estado.
- 166 El Estado colonial era un Estado corporativo. Su organización política estaba sustentada en el principio de que el rey otorgaba a sus vasallos españoles el poder de administrar el patrimonio conquistado. La conquista de tierras era ratificada por la conclusión de una «capitulación». Por este acto formal, el rey otorgaba a los conquistadores el poder de tomar posesión, en nombre de la Corona, de las nuevas tierras y de las personas que las habitaban, de incorporarlas a los dominios del rey a cambio del privilegio de explotarlas. Estas ventajas eran concedidas por el rey en contrapartida a los servicios que el beneficiario le había rendido o había prometido rendirle en el futuro. Este debía entregarle al rey los tributos y ser leal a la Corona. Así, entre el rey y los vasallos se constituyó una relación de tipo señor-vasallo que se reproducía en todos los niveles de la jerarquía social.

- 167 En efecto, en el marco de esta relación de orden patrimonial, el acceso a todo recurso económico debía ser objeto de un pedido ante una autoridad que tenía el poder de concederlo. Esta concesión era considerada como un favor que debía ser compensado por un servicio de orden personal.
- 168 Los funcionarios reales eran convertidos en cuasi propietarios de los bienes que administraban en favor del rey. El clero, los miembros de la Inquisición y del Tribunal de Comercio Colonial, los poseedores de minas, los propietarios de inmuebles, los corregidores, consideraban que sus obligaciones públicas eran en realidad derechos privados.
- 169 Esta organización del Estado colonial fue el resultado de una larga evolución. Desde el comienzo de la conquista, la Corona buscó delimitar y controlar el poder de los conquistadores que se repartían el botín de la guerra, constituido no solo por el oro y la plata, sino sobre todo por la tierra de los indios. Los conquistadores se convirtieron en señores feudales. Tenían cierta autonomía con relación a la Corona y un poder absoluto sobre los indios. Constituían un grupo social sólido.
- 170 De esta manera se reproduce una sociedad caracterizada por una relación señor-vasallo de honor y aristocracia. Pero la armonía aparente que reinaba entre los conquistadores fue destruida por las guerras civiles, motivadas por la lucha por el poder y los privilegios.
- 171 Dicho estado de cosas decidió a la Corona a organizar un poder central representativo de sus intereses y por encima del de los encomenderos. Esta empresa culminó con la fundación del virreinato del Perú, y el poder de los conquistadores-encomenderos fue reemplazado por el del virrey y los funcionarios.
- 172 El poder colonial se consolidó sobre la base de una administración centralizada y jerarquizada. Los encomenderos devinieron «corregidores» de los indios, encargados de administrar justicia y de representar al virrey en sus jurisdicciones. En tanto que rentistas, los encomenderos orientaron sus actividades hacia la agricultura, las minas y el comercio.
- 173 La implantación de la burocracia colonial se explica por la fuerte inmigración de españoles. Cada nuevo virrey que desembarcaba era acompañado por un grupo numeroso de españoles a la búsqueda de una «encomienda», de un cargo en la administración u otros privilegios. A medida que la Corona monopolizaba el poder y las riquezas (tierras, minas, etc.), se transformaba en

distribuidora principal de privilegios y cargos honoríficos. El prestigio social consistía entonces en poseer un puesto en la administración.

- 174 Sin embargo, a pesar de la centralización de la administración colonial, los funcionarios locales, los comerciantes ricos, los eclesiásticos y los grandes propietarios de tierras resistían. En efecto, ellos impedían frecuentemente la aplicación de los decretos, ordenanzas y leyes dictadas por la Corona. Compartían con la burocracia colonial las ventajas del principio según el cual la ley se acata pero no se cumple. Por ejemplo, los corregidores, los administradores y los notarios quedaban fuera de las leyes que limitaban sus derechos; se consideraban, por tanto, propietarios por el hecho de que habían comprado sus cargos.
- 175 De esta manera, los diversos grupos de poder, a menudo con intereses opuestos, provocaron la privatización del gobierno y la formación de sectores oligárquicos. Estos aceptaban su situación con relación a la monarquía, pero disputaban permanentemente el poder con la administración central mediante el mantenimiento constante de una corrupción generalizada.
- 176 En resumen, la estructura política colonial, por su carácter corporativo y discriminatorio, provocó una divergencia de intereses sociales e impidió la formación de una identidad nacional.
- 177 A fines del siglo XVIII, según Cotler, el arzobispo de Michoacán Manuel Abad y Quijó —después de haber señalado que la sociedad colonial estaba formada por españoles bastante ricos e indios, negros y mestizos bastante pobres— afirmó:

Por consiguiente resulta entre ellos y la primera clase aquella oposición de intereses y de afectos que es regular entre los que nada tienen y los que lo tienen todo, entre los dependientes y los señores: la envidia, el robo, el mal servicio de parte de unos; el desprecio, la usura, la dureza, de parte de los otros. Estas resultas son comunes, hasta cierto punto, en todo el mundo. Pero en América suben a muy alto grado, porque no hay graduaciones: son todos ricos o miserables, nobles o infames... En este estado de cosas, ¿qué intereses pueden unir a estas dos clases con la primera y a todas las tres con las leyes y el gobierno? La primera clase tiene el mayor interés en la observancia de las leyes que le aseguran y protegen su vida, su honor y su hacienda o sus riquezas contra los insultos de la envidia y los asaltos de la miseria. Pero las otras dos clases, que no tienen ni bienes ni honor ni motivo alguno de envidia para que otro ataque su vida y su persona, ¿qué aprecio harán ellas de las leyes que solo sirven para medir las penas

de sus delitos? ¿Qué afección, qué benevolencia pueden tener a los ministros de la ley que solo ejercen su autoridad para destinarlos a la cárcel, a la picota, al presidio o a la horca? ¿Qué vínculos pueden estrechar a estas clases con el gobierno, cuya protección benéfica no son capaces de comprender? (Abad & Queipo, 1963, pp. 204-205).

- 178 Una vez instalada la República, el deterioro del orden patrimonial de la Colonia provocó la pérdida de la legitimidad política del grupo social dominante y la destrucción del aparato de producción. Esto reforzó a los grupos de poder local y regional frente al poder central «nacional», bastante débil.
- 179 En este contexto, los jefes militares, rodeados por pequeños grupos de partidarios, ocuparon el primer plano de la escena política. Era suficiente tener un poco de dinero para organizar un grupo armado y hacerse del poder. A lo largo del siglo XIX, se establece un vínculo estrecho entre los grupos oligárquicos y las fuerzas militares. Este fenómeno determinó el perfil político y económico de la nueva República.
- 180 La desaparición de la burocracia colonial, la partida de los españoles y la eliminación de los criollos, partidarios de la Corona, dieron lugar al ascenso de las clases medias al poder. El desempleo debido a la parálisis del sector productivo empujó a los sectores pobres a buscar en la actividad militar y política la solución a sus problemas personales. Sus miembros se transformaron en soldados, funcionarios o ideólogos al servicio del caudillo militar en el poder. Desde allí podían obtener ventajas y escalar en la jerarquía social. Al mismo tiempo, los jefes militares buscaron acercarse a la población para ampliar su poder y su base social. Así se reconstituye la relación «señor-vasallo», que era propia del sistema colonial, en tanto base política de la organización social de la República en formación.
- 181 Así, el Estado republicano se convierte, igualmente, en un Estado patrimonial basado en la relación personal entre el señor y sus vasallos, entre el presidente o dictador y los ciudadanos. El Tesoro público era administrado y distribuido como un patrimonio personal. Los beneficiarios recibían estas ventajas en pago de los servicios personales que realizaban en favor de quien tenía el poder.
- 182 Uno de los objetivos del nuevo Estado peruano fue la reestructuración de los diversos grupos sociales. Esta orientación se evidenció en la voluntad política de constituir un Estado para todos los peruanos. En realidad, los grupos dominantes, social y económicamente, han utilizado el Estado para

realizar una política paternalista caracterizada por la distribución de ventajas pecuniarias, sinecuras y privilegios.

- 183 La mayor parte de la riqueza producida u obtenida por el país ha alimentado las arcas de los grupos sociales dominantes. La población en su mayoría no ha recibido más que servicios sociales elementales (sanidad, educación), mediante un sistema burocrático que se ha deteriorado visiblemente.
- 184 En razón de la crisis económica y política, el Estado no cumplió satisfactoriamente su función tradicional, principalmente con respecto a los sectores sociales menos favorecidos. No sorprende, en consecuencia, que la mayor parte del pueblo haya considerado al Estado como una entidad que le es hostil o simplemente enemiga.
- 185 El Estado es percibido como un botín para conquistar y aprovechar. Para los grupos dominantes se trata de continuar gozando de las ventajas que representa controlar el Estado, y para las otras clases sociales de utilizar al Estado en su lucha cotidiana por la supervivencia. Una mentalidad utilitaria e inmoral se ha desarrollado, los comportamientos son valorados positivamente en la medida en que sean idóneos para alcanzar una ventaja, un privilegio o un provecho cualquiera, prescindiendo de las normas sociales o jurídicas. La emancipación no ha constituido, por ende, una ruptura real y profunda con el sistema colonial.

3.7.7. Apreciación general

- 186 Resulta casi imposible describir, aun de manera esquemática, la amplitud e intensidad de la corrupción en la sociedad y Estado peruanos. Respecto de la administración pública, y en razón del origen y evolución del aparato estatal, no sorprende que los empleados y funcionarios públicos sean considerados como personas incapaces de solucionar los problemas nacionales y que actúen frecuentemente motivados por la obtención de beneficios indebidos. Los ejemplos de corrupción en la administración pública son numerosos. Tienen relación con el funcionamiento de las licitaciones y adjudicaciones, con la defraudación de los fondos públicos o de los recursos humanos y materiales del Estado y con el fraude fiscal.
- 187 Un caso notorio de corrupción institucionalizada es el de la administración de justicia. Todo empleado, funcionario o juez es considerado susceptible de ser sobornado. Del mismo modo, a todo procedimiento o decisión se le atribuye un precio determinado. En las zonas rurales, la administración de justicia está estrechamente ligada al poder local. Los campesinos

e indígenas no tienen las mismas posibilidades de acceder a la justicia. En la administración de justicia, no se distinguen claramente los pagos ilícitos de los que no lo son; el abogado es, con frecuencia, un intermediario necesario para encontrar una «solución» y no un auxiliar de la justicia; los peritos son pagados por las partes interesadas ya que el Estado no tienen los medios para hacerlo.

- 188 La descomposición moral de la policía es probablemente uno de los hechos que más ha marcado la conciencia social. Actualmente, la población tiene la sensación que la policía no cumple su función de proteger a las personas, los bienes y la seguridad pública. En efecto, no solamente esta es ineficaz sino que sus miembros son con frecuencia autores de delitos graves (tráfico de drogas, robos, secuestros, chantajes, lesiones, homicidios, etc.). Es frecuente, por ejemplo, que los campesinos y comerciantes paguen gratificaciones a los policías para asegurar su protección o evitar amenazas.
- 189 La crisis económica, el tráfico de drogas y la inseguridad pública han agravado la situación. Los bajos sueldos favorecen la corrupción, no solo de los agentes o subalternos sino también de los mandos superiores. El ejemplo más claro es el de la colusión de oficiales de alta graduación con malhechores y traficantes de drogas. Estos han logrado infiltrar a la policía, así como a otros sectores del Estado.
- 190 Esta revisión esquemática nos permite confirmar que la corrupción es un fenómeno social de orden político y económico. Su explicación no puede hacerse sin indagar sus orígenes en la historia de cada sociedad. No se puede pretender darle una respuesta única. Esta afirmación evidente nos permite rechazar la idea, bastante extendida entre los juristas y políticos latinoamericanos, que considera al derecho —y en particular al derecho penal— como un instrumento eficaz de lucha contra la corrupción. La elaboración de leyes penales cada vez más severas y las reformas del sistema judicial resultan siendo al final de cuentas medios que tienden a ocultar una realidad que se desea conservar para aprovechar mejor de ella. La solución es, por tanto, más de orden político y social que jurídico-penal.

3.8. Derecho procesal penal y derecho penal económico

- 191 Concretamente, la criminalidad económica no es fácil de descubrir. Se trata, frecuentemente, de actos que no perjudican a víctimas directas y que son en principio constatados por alguna denuncia. Además, es una delincuencia especializada, cuya represión demanda conocimientos profundos del orden

económico, exigiendo con frecuencia la competencia de jueces y tribunales especializados.

- 192 La complejidad de los hechos en materia económica, la multiplicidad de leyes sustantivas y formales y reglamentos, la frecuencia con que se cometen delitos económicos y el recurso de los delincuentes a medios cada vez más refinados para actuar han planteado la cuestión de la especialización de órganos de represión penal y la necesidad de que los agentes policiales, fiscales y jueces sean expertos en la materia, de manera que dominen bien los actos de investigación y de juzgamiento, así como para que dirijan y aprecien correctamente las contribuciones de peritos.
- 193 El proceso penal en materia de derecho penal económico presenta, en consecuencia, ciertas características específicas. Por ejemplo, la dificultad de acceder a las informaciones indispensables para incoar la acción penal e iniciar las investigaciones correspondientes, así como para llevar a cabo los debates y las valoraciones de las pruebas en el juzgamiento. Además, debido a la índole de los hechos y sus relaciones con otros ámbitos del derecho, se presentan cuestiones prejudiciales y de procedibilidad. Ello se pone en evidencia, en diversos casos, por la exigencia de informes técnicos a instituciones especializadas, antes del inicio de las investigaciones. Así, por ejemplo, en el caso de delitos tributarios y de delitos aduaneros, también se presentan particularidades respecto de las consecuencias jurídicas de los delitos económicos, como garantizar la efectividad de la pena de multa (frecuentemente aplicada), del decomiso, de la reparación civil y de las medidas aplicables a las personas jurídicas.
- 194 En esta perspectiva, en el derecho comparado se observa una evolución que tiende a la especialización tanto del personal como de los órganos administrativos encargados de investigar y juzgar los casos de derecho penal económico. Así, se crean servicios policiales, fiscalías, juzgados y tribunales económicos. Esta especialización tiene el efecto positivo de mejorar el nivel de la administración de justicia en la medida en que los órganos competentes adquieren mayor experiencia, de modo que sus actos y decisiones serán más sólidas y, por tanto, promoverán la seguridad jurídica. Sin embargo, no debe descuidarse el hecho de que una especialización exagerada puede conducir a un exagerado y estricto fraccionamiento, lo que constituye un riesgo serio de aislamiento material y doctrinario, de modo que se llega a creer necesario un alejamiento o relativización de las garantías procesales, del respeto de los derechos humanos y de la seguridad jurídica.

- 195 Por ejemplo, la previsión de procedimientos específicos para los órganos competentes en delitos económicos puede provocar un afán de establecer otros procedimientos especializados, lo que abre la posibilidad de que se restrinja el acceso a la justicia y se ignoren los principios del debido proceso.
- 196 En nuestro medio está muy poco desarrollada la especialización en el sentido que venimos de indicar. Es incipiente en la medida en que, en un ámbito más general, se han previsto órganos especializados en procesos contenciosos administrativos tributarios y aduaneros³¹. Estos órganos son competentes para tramitar y resolver procesos en los que participan el Tribunal Fiscal y la Superintendencia de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT. El objetivo es acelerar la solución de estos asuntos que tienen una gran importancia en la vida económica del país.
- 197 La especialidad de los jueces de nivel general (civil, penal, administrativo, constitucional, familiar, etc.) ha sido considerada en la Ley de Carrera Judicial, Ley N° 29277, que ha previsto como uno de los principios rectores la especialización del juez entendido y como una garantía para mantener su especialidad en determinada materia jurídica. Asegura la especialidad como una «garantía» (art. VI de su Título Preliminar) y como un «derecho» (art. 37). De esta manera, se dispone que la «especialidad de los jueces se mantiene durante el ejercicio a su cargo, salvo que, por razones de necesidad en el servicio de impartición de justicia, se requiera el cambio de especialización».
- 198 Un aspecto importante de la problemática es el que se refiere a las repercusiones en el proceso penal del reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas o empresas. Por la índole especial de estos entes colectivos, es indispensable prever medidas especiales tanto para garantizar sus derechos procesales, como se hace respecto de las personas naturales, como para asegurar la investigación, el juzgamiento y la condena o absolución.
- 199 Un ejemplo a indicar es el de España, en donde, dentro del marco de una reforma procesal amplia sobre la celeridad de la administración de justicia, se han dictado algunas reglas procesales relativas a las implicancias procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas³². Así, se han

³¹ Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 206-2012-CE-PJ, del 24 de octubre de 2012. Cfr. Salas Ferro, Percy, Crean Juzgados y Salas Tributarias, en *Informativo Caballero Bustamante*: http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/2012/Crean_Juzgados_Salas_Tributarias.pdf.

³² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

regulado, en especial, cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, al derecho de defensa de las personas jurídicas, a la intervención en el juicio oral y conformidad, así como los casos de rebeldía.

- 200 Lo mismo ha realizado el legislador chileno mediante la Ley N° 20.393 (artículos 20 y ss.), en la que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

SEGUNDA PARTE
DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. MARCO CONSTITUCIONAL

1.1. Introducción

- 201 En un Estado de derecho, el recurso al poder punitivo debe darse en plena armonía con la Constitución y las convenciones internacionales, por tanto, en respeto estricto de los derechos humanos y demás garantías civiles y políticas. De este modo, los órganos estatales competentes para dictar leyes y aplicarlas, con miras a prevenir o resolver conflictos personales o sociales, deben proceder sopesando debidamente los derechos fundamentales en conflicto, considerando el contexto social en que actúan.
- 202 Uno de estos factores, en relación con el derecho penal económico, es la regulación y el funcionamiento del mercado, marco en el que se desarrollan fundamentalmente las actividades de los actores económicos (personas individuales o entes colectivos). Su comprensión es indispensable para analizar mejor el desarrollo de la criminalidad económica y fundamentar o mejorar el sistema de control punitivo necesario para combatirla.
- 203 La regulación legal y constitucional del mercado tiene como finalidad garantizar su funcionamiento, controlarlo para que se desarrollen normal y equitativamente las actividades económicas, así como para impedir que sean distorsionadas por la injerencia excesiva y directa del Estado.
- 204 Dicho funcionamiento supone la libertad de los diversos actores del mercado (personas individuales o empresas), la cual va a reflejarse, en particular, en la libre competencia en cuanto a la producción e intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, no se trata de una libertad absoluta, por lo que la regulación del mercado implica su restricción.
- 205 Las limitaciones a la libertad económica están condicionadas porque su ejercicio tiene lugar, justamente, en el marco del mercado como espacio en el que se desarrollan las particulares relaciones de productores, comerciantes, inversionistas, financieros y consumidores. Se trata del juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios.

- 206 El mercado corresponde a cada sistema social, y tanto su constitución y orientación están condicionadas por la organización política y jurídica. Así, si bien se puede afirmar que no hay mercado sin Estado, este no debe atribuirse el poder ilimitado para interferir en su funcionamiento. En países como el nuestro esto se halla estrechamente relacionado con los principios y reglas correspondientes al régimen de economía social de mercado previsto en la Constitución.
- 207 Este contexto, caracterizado por la desigualdad social y económica, puede dar lugar a abusos del poder económico de los más fuertes en detrimento de los menos favorecidos, por lo que es indispensable establecer límites en su ejercicio y lograr, de esta manera, la máxima igualdad de oportunidades en la actividad económica. Además del aspecto económico, deben tenerse también en cuenta los objetivos sociales de distribución adecuada de la riqueza. Dos dominios destacan de manera evidente: el político constitucional y el administrativo.
- 208 Desde inicios del siglo XX, en el tránsito del Estado liberal al Estado social, se comenzó a introducir en las constituciones disposiciones previendo diversos derechos sociales en el mismo nivel que los derechos individuales. La cuestión de fondo era determinar el grado y la orientación de la intervención estatal en la vida económica. Se denomina «constitución económica» al conjunto de reglas referidas a los derechos que fundamentan y garantizan las actividades de los actores económicos y la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad económica, tanto de las instituciones reguladoras como de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer los conflictos que se dan entre los sujetos económicos (Duque, 1977, p. 52; Kresalja & Ochoa, 2009, p. 141).
- 209 Respecto del Perú, se afirma que «el sistema económico constitucionalizado es el de una economía del Estado social, es decir, el de una economía social de mercado con valores no solo económicos, que suele dejar un amplio margen de acción al poder político para configurar el modelo económico, resultado de la combinación de elementos heterogéneos, procedentes de distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático» (Kresalja & Ochoa, 2009, pp. 143, 201). Sin embargo, a diferencia de la Constitución de 1979 (arts. 4, 79, 115), la de 1993 fue orientada hacia un modelo neoliberal basado en la libertad, la propiedad y el mercado, por lo que se ha sostenido que la regulación del régimen económico se encuadra dentro de «un Estado de derecho post-social» (Ochoa, 1994, pp. 127 y ss.).

1.2. Régimen económico constitucional

- 210 El derecho penal económico está estrechamente relacionado con el sistema económico (Tiedemann, 2014, N° 35), cuyos fundamentos y límites están regulados en la Constitución. El régimen económico fijado en la Constitución constituye un aspecto importante del programa social atribuido al Estado. Es el marco jurídico en el que tanto las personas como el Estado mismo deben actuar en el ámbito económico. Todo ello está condicionado por la concepción social y democrática que, conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución, se encuentra en la base de la organización del Estado. De esta manera, se trata de garantizar los valores del Estado de derecho y las condiciones materiales que favorezcan su efectividad.
- 211 Condición esencial del Estado social y democrático es la economía social de mercado (art. 58 Cst.), la que se orienta —respetando la dignidad humana, la libertad y la justicia— hacia el bienestar social, la libertad del mercado y la intervención restringida y complementaria del Estado, de modo que se tienda hacia una distribución equilibrada de la riqueza, el respeto de la iniciativa privada, la vigencia de la libre competencia y la corrección de los abusos e insuficiencias que generen los participantes en la actividad del mercado. Respecto de esto último, el carácter social del Estado comprende que su neutralidad no implica su no intervención absoluta en el desarrollo del mercado, sino su participación supletoria y limitada en caso de urgencia y de necesidad en favor del interés general.
- 212 Así, se dispone en el artículo 60 que el Estado, solo autorizado por ley expresa y en razón de un «alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional», puede intervenir de manera subsidiaria, directa o indirecta, en la actividad empresarial.
- 213 La libertad de iniciativa privada estatuida en el artículo 58 está directamente vinculada con el derecho a actuar, de manera autónoma, en el mercado, emprendiendo y desarrollando las actividades de su interés con la finalidad de obtener beneficios materiales. Esto presupone el reconocimiento del derecho de propiedad (art. 2, incs. 8 y 16 Cst.), comprendido como el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes materiales e inmateriales. Este derecho, conforme al artículo 60 de la Constitución, debe ser ejercido respetando su función social.
- 214 Lo mismo ocurre con el de la libre contratación, consistente en la libertad de decidir sobre la celebración de un contrato, de elegir con quién suscribirlo y de determinar su objeto, y con la libertad de trabajo (art. 2, inc. 15 Cst.),

consistente en la autodeterminación respecto de la actividad laboral para escogerla, ejercerla y abandonarla, siempre que se tengan en cuenta las restricciones referentes a la seguridad nacional, la salud, el orden público y el interés público.

- 215 Relacionada de modo decisivo con esta libertad, se encuentran las libertades de empresa, comercio e industria, previstas en el artículo 59 de la Constitución, las que deben ser comprendidas como la libertad de organizar una entidad para producir bienes o prestar servicios, intercambiarlos o elaborarlos de acuerdo con las necesidades y demandas de consumidores y usuarios.
- 216 La posición de consumidores y usuarios en la actividad económica implica garantizar y fomentar el respeto de sus derechos. De acuerdo con el artículo 65 de la Constitución, el Estado debe asegurar el derecho a que sean debidamente informados sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado; asimismo, proteger su salud y seguridad.
- 217 En la perspectiva de la índole subsidiaria de la intervención del Estado en la economía, según el artículo 61, este debe evitar toda actividad que limite la libre competencia o que se oriente a establecer monopolios o crear posiciones económicas dominantes.
- 218 Así, de manera resumida, es de afirmar que la Constitución, en especial en sus disposiciones sobre el régimen económico, establece las directivas fundamentales concernientes a la organización, la estructuración y el funcionamiento del sistema económico. En especial, regula la libertad económica, comprendiendo la libertad de mercado, la libre competencia, la libertad de comercio, de industria y de trabajo, la libertad de empresa, los derechos y los deberes de los consumidores y de los usuarios, pero también la subsidiaridad y complementariedad de la intervención del Estado con miras a garantizar la distribución equitativa de la riqueza producida. De toda esta regulación, se debe deducir la conveniencia y oportunidad del recurso al derecho penal para reforzar las reglas que la establecen y, de esta manera, proteger los derechos e intereses económicos subyacentes (bienes jurídicos económicos individuales y colectivos).

1.3. Comparación con el régimen suizo

- 219 En Suiza, la «constitución económica» (Rhinow, 1988, art. 31, N° 1 y ss.), es decir, el conjunto de disposiciones constitucionales reguladoras de las relaciones entre el Estado y la economía, es el resultado de una serie

de reformas de diversa inspiración y cuya amplitud es compleja (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 878 y s.).

- 220 En la revisión completa de la Constitución, en 1874, se hizo, por primera vez, una referencia expresa a la libertad económica, al tratarse de la «libertad de comercio y de industria» (art. 31 aCst.) (Rhinow, 1988, art. 31 de la Constitución; Häfelin, Haller & Keller, N° 615; Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 887). Durante el período de transición del siglo XIX al XX, la Constitución suiza fue modificada varias veces con la finalidad de aumentar las competencias económicas de la Confederación y, de una manera limitada, restringir la libertad económica¹. El período de la posguerra fue decisivo para el desarrollo de leyes destinadas a controlar y reprimir ciertos comportamientos de índole económica. La reforma constitucional estaba entonces orientada a prever las medidas necesarias en época de crisis². De esta manera, se atribuyó a la Confederación una competencia general para regular la actividad económica (art. 31, inc. 2, aCst. suiza) (Rhinow, 1988, art. 31bis, N° 37 y ss.), sus atribuciones económicas³ fueron aumentadas y se le autorizó, en casos excepcionales a derogar el principio de la libertad económica⁴.
- 221 La reglamentación actual es el resultado de la última revisión de la Constitución suiza del 1 de enero de 2000. La mayor parte de las disposiciones son reunidas en la Sección 7, intitulada «Economía» (arts. 94 a 107 Cst. suiza) (Häfelin, Haller & Keller, 2012, N° 623; Fleiner, Misic & Töpferwien, 2013, N° 542 y s.): el artículo 94 prevé, de manera esquemática, los principios constitucionales directores de la economía; los artículos 95 a 107⁵ regulan, por un lado, el funcionamiento y las estructuras, como sectores

¹ Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 888, citan los ejemplos siguientes: «institución de un monopolio federal sobre el alcohol y restricción del número de restaurantes sirviendo bebidas alcohólicas (1985), creación de un monopolio federal para emitir billetes de banca (1981)». Cfr. Rhinow, 1988, art. 31 N° 128 y ss., sobre las restricciones de la libertad de comercio y de la industria en general.

² Rhinow, 1988, art. 31, N° 65 y ss. sobre la distribución de competencias entre la confederación y los cantones.

³ Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 890 dan los ejemplos siguientes: «la energía atómica (1957), el cinema (1958), la protección de inquilinos (1972, 1986), la protección de consumidores (1981)».

⁴ Constitucionalmente la Confederación está habilitada a derogar excepcionalmente el principio de la libertad: arts. 94 al. 4, 100 al. 3, 101 al. 2, 102 al. 2, 103 in fine et 104 al. 2 Cst.; Cfr. Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 889, N° 908.

⁵ Actividad económica lucrativa privada (art. 95), política en materia de concurrencia (art. 96), protección de consumidores (art. 97), bancos y seguros (art. 98), política monetaria (art. 99), política coyuntural (art. 100), política económica exterior (art. 101), aprovisionamiento del país (art. 102),

tradicionales de la política económica de la Confederación (en particular los arts. 95, 96, 100 y 101 Cst. suiza), y por otro, la competencia y las tareas que se refieren a los dominios específicos (por ejemplo, la Confederación es habilitada para tomar medidas para proteger a los consumidores, art. 97 Cst. suiza, o para legislar sobre los bancos y bolsas de valores, art. 98 Cst. suiza).

- 222 Otras disposiciones importantes figuran fuera de la sección «Economía»⁶. Se trata del principio de la libertad económica (art. 27 Cst. suiza), la garantía de la propiedad (art. 26 Cst.), la libertad de establecimiento (art. 24 Cst. suiza), las disposiciones sobre competencias como las relativas a la protección del medio ambiente y a la zonificación territorial (*aménagement*) (arts. 74 y 75 Cst. suiza), al trabajo a la seguridad social (art. 110 y ss. Cst. suiza), a la legislación sobre el derecho civil, comprendida la libertad contractual (art. 122 Cst. suiza) o al régimen financiero (arts. 126 y ss. Cst. suiza). Todas estas disposiciones constitucionales tienen una gran importancia para la economía, ya que reglamentan las actividades económicas. En sí, constituyen límites de la libertad económica, debido a que los actores son obligados a obrar conforme a la legislación vigente. Sin embargo, también representan una seguridad para el sistema económico, porque permiten prever ciertos peligros y comportamientos.
- 223 Si bien el artículo 27 de la Constitución suiza garantiza un sistema económico liberal (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 904), su buen funcionamiento solo puede ser asegurado si es completado con medidas estatales (fomento, coordinación, vigilancia, legislación). La intervención del Estado se dirige a salvaguardar la economía pública y a favorecer un contexto apropiado para la economía privada (art. 94, incs. 2 y 3 Cst. suiza), respetando ante todo el principio de neutralidad en la concurrencia (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 614; Mensaje, 1996, pp. 176 y s.).
- 224 El Tribunal Federal ya había deducido del artículo 31 de la versión anterior de la Constitución suiza, en relación con la libertad de concurrencia, los principios de la neutralidad del Estado en este dominio de igualdad de tratamiento de los comerciantes y de la unidad del espacio económico

política estructural (art. 103), agricultura (art. 104), alcohol (art. 105), juegos de azar (art. 106), armas y materiales de guerra (art. 107).

⁶ Respecto de las disposiciones citadas, consultar los comentarios en Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer & Vallender, 2014; cfr. Fleiner, Mistic & Töpferwien, 2013, Parte IV, Fundamental Rights and Freedoms.

suizo. Los jueces federales reconocieron a la libertad económica alcances más amplios que el de un derecho fundamental (derecho subjetivo ante el Estado), destacando que el Estado debía abstenerse de tomar medidas de intervención «en la libre concurrencia para asegurar o favorecer ciertas ramas de la actividad lucrativa o ciertas formas de explotación y que tienden a dirigir la actividad económica de acuerdo a un plan determinado» (ATF 103 Ia 586, c. 3c.; ATF 109 Ia 116 c. 4b). El Consejo federal, en cuanto él, ha afirmado que el conjunto de reglas constitucionales relativas a la economía contienen «una opción en favor de una economía que se inspira en la concurrencia y consciente de sus responsabilidades sociales» (Mensaje, 1981, pp. 1324 y s.).

- 225 La libertad económica, consagrada en el artículo 27 de la Constitución suiza, es un derecho constitucional que reconoce al particular la facultad de atacar ante la justicia las restricciones injustificadas (en el sentido del art. 36 Cst. suiza) que el Estado podría establecer con relación a la libertad de escoger y ejercer libremente una profesión y de denunciar las violaciones estatales a la libre concurrencia. Ella es concretada por una serie de leyes que reglamentan las relaciones de producción y de intercambio que hacen vivir el sistema económico. Hay que mencionar en especial la Ley Federal del 9 de octubre de 1992 sobre los derechos de autor y derechos conexos - LDA (RS 231.1), la Ley Federal del 19 de diciembre de 1986 contra la competencia desleal - LCD (RS 241), la Ley Federal del 6 de octubre de 1995 sobre los cárteles y otras resericciones a la competencia - LCart (RS 251), la Ley Federal del 6 de octubre de 1995 en el mercado interno - LMI (RS 943.02) y la Ley Federal del 20 de diciembre de 1985 concerniente al seguimiento de precios - LSPr (RS 942.20) (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 913 y ss.). La libertad económica tiene la doble función de derecho fundamental y de principio director del sistema económico y de la libre concurrencia. Esta segunda función implica el rechazo de una economía planificada (burocrática y centralizada), la garantía del establecimiento de una economía independiente del Estado, la protección de la concurrencia y el reforzamiento de la unidad federal del sistema. Esta función, llamada federativa⁷, tiene por finalidad establecer un mercado común, único y unificado (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, p. 909). Así, «la Constitución federal institucionaliza la libertad económica para asegurar a los agentes económicos la defensa de sus derechos individuales

⁷ Sobre la función federativa, cfr. Rhinow, art. 31, N° 52 y ss.; igualmente, Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 909.

y garantizar las condiciones generales necesarias para enmarcar el desarrollo de estos últimos» (Auer, Malinverni & Hottelier, 2006, N° 600).

- 226 La protección de esta libertad económica no es, sin embargo, absoluta y puede ser limitada, como toda libertad constitucional (art. 36 Cst. suiza), respetando el principio de la legalidad, de proporcionalidad y respondiendo a un interés preponderante. La Confederación y los cantones no pueden derogar la libertad económica salvo modificación de la Constitución o si esta lo prevé (art. 94, inc. 4 Cst.) (Häfelin, Haller & Keller, 2012, N° 719 y ss.; Auer, Malinverni y Hottelier, 2006, N° 962 y 992). Es el caso, verbigracia, de las medidas tomadas en el ámbito del crédito, de la moneda, del comercio exterior y de las finanzas públicas (art. 100, inc. 3 Cst. suiza)⁸, y de las medidas de política económica exterior (art. 101 Cst. suiza).
- 227 Según el mensaje del Consejo Federal, promover la prosperidad común implica fomentar «el progreso científico y económico, así como estimular la economía mediante las actividades desarrolladas por el Estado en materia de infraestructura (trabajos públicos, transportes, formación, política monetaria y de créditos)» (Consejo Federal, 1996, p. 299). La Confederación y los cantones son responsables social y políticamente. En este sentido, les incumbe favorecer, por ejemplo, la seguridad económica de la población (arts. 2, incs. 2 y 94 Cst. suiza). Cuidan en especial de tomar las medidas útiles para proteger a los consumidores (art. 97 Cst. suiza), luchar contra las consecuencias sociales y económicas perjudiciales para la libre concurrencia (art. 96 Cst. suiza)⁹, realizar una política monetaria favorable a «los intereses generales del país» (arts. 98 Cst. y 5, inc. 1 Ley Federal del 3 de octubre de 2003 sobre la Banca Nacional Suiza-LBN-RS 951.11), estimular el progreso científico (art. 64 Cst. suiza) y, por último, establecer las infraestructuras necesarias para las actividades económicas¹⁰.
- 228 En conclusión, considerando los fundamentos constitucionales, el derecho penal económico comprende tanto las disposiciones que protegen o refuerzan las intervenciones estatales como la prevención y represión de los comportamientos que ponen en peligro o afectan la libertad económica o la libre concurrencia.

⁸ Según el Consejo Federal, 1996, p. 311, «fuera de estos dominios, la política coyuntural debe estar basada en medidas compatibles con el principio de la libertad económica».

⁹ Llegado el caso, el Estado puede prohibir los cárteles.

¹⁰ En cuanto a las disposiciones citadas, consultar los comentarios en Ehrenzeller, Mastronardi, Schweizer & Vallender, 2014.

2. NOCIÓN DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

- 229 La denominación «derecho penal económico» se utiliza para designar el conjunto de disposiciones penales que conciernen de manera específica al dominio del sistema económico. La determinación de sus alcances está condicionada por la índole de este sistema y por la perspectiva que se adopte para apreciarlo. De este modo, es decisivo precisar el grado de intervención del Estado en la economía.
- 230 *Grosso modo*, se pueden considerar dos sistemas extremos: por un lado, aquellos en que el régimen económico está parcial o totalmente centralizado y planificado por el Estado; por otro, aquellos de corte liberal en los que rige la libertad de mercado, lo que implica que el Estado no intervenga en la economía.
- 231 En el primer caso, el derecho penal puede ser considerado como constituido por las normas penales que reprimen las violaciones de las reglamentaciones estatales de la producción y de la distribución de bienes y de servicios (por ejemplo, control de precios, creación de ganancias, protección de los sectores de la población económicamente débiles).
- 232 En el caso del sistema de libre mercado, el derecho penal económico puede ser descrito, por el contrario, como el conjunto de disposiciones jurídicas que prevén las infracciones contra el desarrollo del sistema económico y sus instituciones, así como las sanciones imponibles a sus autores.
- 233 Sin embargo, estas formas extremas de sistema económico no se presentan, generalmente, en estado puro. Después de la desaparición de los regímenes socialistas, los sistemas económicos se distinguen sobre todo por una mezcla de ambos sistemas en grados diferentes. Algunos se orientan, de acuerdo con las peculiaridades de cada país y de la ideología de quienes los dirigen, sea a favorecer, sin dejar de salvaguardar en cierta medida la libertad de mercado, una intervención estatal significativa, sea a imponer e impulsar la libertad de mercado, sin renunciar a que el Estado intervenga de manera limitada.
- 234 En este contexto de sistemas mixtos, el recurso al derecho penal estará referido tanto al reforzamiento de la regulación en los ámbitos de intervención estatal como a garantizar la estabilidad y el desarrollo del sistema económico y de sus instituciones.
- 235 Si se quiere seguir utilizando los criterios tradicionales, en consideración a nuestro sistema económico híbrido, se debe afirmar que esta última

descripción amplia de derecho penal económico es la que mejor corresponde a nuestro ordenamiento jurídico¹¹.

- 236 Esta delimitación del derecho penal económico respecto del derecho penal en general y de otras ramas específicas no tiene, evidentemente, la pretensión de ser un criterio de política criminal que permita valorar si el legislador ha abusado o no de su poder punitivo en su afán por garantizar la existencia y el funcionamiento del sistema económico que ha instaurado o promueve. Además, la orientación de política criminal que siga está fuertemente influenciada por la política económica que siga.

3. FUNCIONES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

- 237 Constituyendo el derecho penal económico parte del derecho penal en general, sus funciones generales no pueden diferir de las de este último, de modo que se presentan los mismos cuestionamientos relativos a los criterios que deben tomarse en cuenta para la determinación de esas funciones generales. Estos cuestionamientos están relacionados estrechamente con las diferentes concepciones sobre aspectos esenciales del derecho en general, y del derecho penal en particular.
- 238 Sin profundizar en la materia, y para los fines limitados de esta exposición, debe señalarse que en el debate teórico se presentan dos corrientes opuestas constituidas por concepciones no necesariamente idénticas. Las primeras tienen como denominador común la idea de que la finalidad de las disposiciones penales es la de motivar a las personas para que no cometan actos contrarios a los bienes jurídicos. Las segundas, abandonando el criterio de coerción psíquica y de bienes jurídicos, se basan en el criterio de que el objetivo es más bien el de restablecer, cada vez que se comete un comportamiento delictuoso, la validez de la norma así cuestionada, y asegurar en consecuencia la identidad normativa de la sociedad.
- 239 Según las primeras (Jescheck & Weigend, 1996, p. 7; Roxin, 2006, § 2, N° 1 y ss.), el derecho penal produciría un efecto de prevención general preventiva, en la medida en que, en razón de la existencia de un vínculo psicológico entre el mandato normativo y la manera de comportarse de las personas, las disposiciones penales motivarían a estas a comportarse conforme al orden jurídico. Esto supone, por un lado, que las personas (destinatarias

¹¹ En este sentido, hay que comprender las afirmaciones de Percy García, 2003, pp. 22 y s. y recibir los criterios de Tiedemann, 1969, N° 71, 78 y ss. y Tiedemann, 2014, N° 59 y ss.

de las disposiciones penales) tengan la capacidad de comprender y seguir los mandatos legales. Por otro, que la amenaza penal sea lo suficientemente persuasiva para ser eficaz.

- 240 Sobre estos dos puntos se han formulado tradicionalmente las principales críticas contra esta primera corriente. Se afirma que no toda persona tiene dicha capacidad y, por lo tanto, se debe ampliar la noción de capacidad o se debe excluir del derecho penal a las personas que no la poseen. Asimismo, se sostiene que tiene la desventaja de conducir hacia un abuso del poder punitivo en la medida en que será necesario recurrir a penas cada vez más severas, esperando que intimiden con mayor eficacia a los delincuentes potenciales.
- 241 La segunda corriente de opinión es patrocinada por ciertos partidarios del funcionalismo (Jakobs, 1991, I, N° 4 y ss., p. 15; cfr. Günther, 2002, pp. 215 y ss), quienes consideran que la intervención penal sobreviene demasiado tarde, una vez cometida la infracción. En consecuencia, niegan que las normas puedan motivar a las personas a actuar de una manera determinada y afirman que el derecho penal solo puede restablecer la validez comunicativa social de la norma violada. La índole de esta concepción es un positivismo sociológico que fundamenta la identidad normativa de la sociedad en la elaboración de esta normativa a partir del modo de organización de la sociedad en un momento determinado (*autopoiesis*: calidad del sistema a reproducirse el mismo y a mantenerse) (Jakobs, 1999, pp. 9 y ss.). Ello ha llevado a algunos a estimar que los defensores de este criterio propugnan una prevención general positiva.
- 242 Si bien hay que reconocer que esta última afirmación no tiene en cuenta que quienes se inscriben en la segunda corriente rechazan propugnar todo rol motivador de las disposiciones penales, cabe observar que es quizás exagerado sostener que el derecho penal solo interviene cuando el delito ya ha sido cometido. El hecho de que las disposiciones penales estén vigentes significa que desempeñan un papel social de acondicionador de los comportamientos de las personas y que tal vez muchas de estas no han pasado al acto delictuoso por saber que está prohibido y su realización puede generar la reacción punitiva del Estado. Además, la misma crítica se puede formular a la idea de que el derecho penal restablece la vigencia de la norma, pues para hacerlo su intervención también acaece una vez que dicha norma ha sido cuestionada. Cuando se habla de coerción, tampoco es acertado sostener que debe comprobarse, en relación con cada hecho concreto, la existencia de un vínculo psíquico real entre la comisión del acto y el mandato normativo. Basta con que la persona haya tenido la posibilidad

de conocer la prohibición y que el hecho de ejecutar el delito ponga en evidencia que no fue debidamente motivada por dicho mandato jurídico.

- 243 Además, tampoco es decisiva la diferencia respecto de lo que garantiza el derecho penal: la subsistencia y vigencia de los bienes jurídicos o la vigencia y validez de las normas jurídico-penales. Esto es así en la medida en que la protección de los bienes jurídicos pasa por el reforzamiento de las normas violadas y que el restablecimiento de la validez de estas concluye con la salvaguarda de los bienes jurídicos. Las diferencias se manifiestan más bien en las consecuencias vinculadas con los problemas analíticos y sistemáticos, concerniendo ciertas categorías dogmáticas (por ejemplo, la imputación objetiva, la culpabilidad, la participación).
- 244 Como ya hemos indicado, las funciones del derecho penal económico están condicionadas por la estructura y el funcionamiento del orden económico. La dinámica de este impone que el derecho penal económico se adapte de manera constante a sus cambios para no devenir en una carga para el desarrollo de la vida económica. Esa misma dinámica y la aparición o multiplicación de las necesidades individuales hacen necesaria la creación de normas para regular las condiciones indispensables para asegurar la producción de bienes, el comercio y los servicios. La intervención estatal debe buscar garantizar la existencia y la estabilidad del sistema económico.

4. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

- 245 El buen funcionamiento del sistema económico solo puede ser asegurado si el Estado reglamenta los mercados de manera eficaz. La libre circulación de capitales, de mercaderías y de servicios se manifiesta en el libre juego de la oferta y la demanda, poniendo así a los productores y los distribuidores en concurrencia. El Estado debe, por tanto, vigilar de manera atenta estas actividades para que el desarrollo del mercado no caiga en poder de «uno solo». En el cumplimiento de esta tarea recurre al derecho penal económico, mediante el cual prevé los comportamientos punibles en materia de concurrencia: concurrencia desleal (publicidad, violación del secreto de fábrica y de negocios, precios abusivos); carteles (fusiones, concentraciones y agrupaciones ilícitas de empresas, acuerdos y entendimientos desleales); corrupción activa y pasiva; atentados contra el derecho de la propiedad intelectual (permisos, topografías, diseños industriales, marcas y derechos de autor).

- 246 La economía moderna es un sistema en el cual los intercambios de bienes y de servicios se producen por intermedio de la moneda y otros instrumentos de pago (cheques, cartas de crédito, transferencias bancarias, etc.). Para garantizar este sistema de pago, es indispensable reprimir los actos que afectan o perturban su funcionamiento, tales como la fabricación, la falsificación o la puesta en circulación de falsas monedas o divisas y el abuso de cartas-cheques.
- 247 En los dominios bancario y bursátil, la «moneda de cambio» se presenta en la forma de títulos o títulos-valores (acciones y obligaciones nominativas o al portador, a opción, certificados de deudas, etc.). La estabilidad de las tasas de interés y de los cursos de acciones en las bolsas solo puede ser preservada si el Estado, quien controla los intercambios, reprime los comportamientos que los perjudican o ponen en peligro, por ejemplo; la fabricación y la falsificación de títulos-valores, el ejercicio de una actividad bancaria o bursátil sin autorización o el incumplimiento de los deberes de información y de vigilancia en estos ámbitos, el delito de abuso de información privilegiada o aun las falsas informaciones sobre empresas.
- 248 Además, la eficacia y la rapidez de las transacciones económicas se basan en gran parte en el sistema de créditos. Estos garantizan la liquidez a corto y largo plazo a quienes participan en la vida económica y el buen funcionamiento del tráfico de pagos. El otorgamiento de crédito, en especial a las pequeñas y medianas empresas, juega un papel esencial. La estafa, el abuso de cartas-cheques, la falsificación de títulos, los delitos cometidos en la quiebra (bancarrotas fraudulentas, gestión desleal, disminución de activos en detrimento de los acreedores, etc.) y el blanqueo de dinero son delitos que conciernen a este sistema de créditos y finanzas.
- 249 Los consumidores son los actores principales de la vida económica y es necesario sancionar las violaciones de sus derechos. Por ejemplo, mediante la Ley de Protección al Consumidor (DLeg N° 716), se han regulado tanto los derechos relativos a la información, la salud y la seguridad, como algunos otros similares en la perspectiva de los fines previstos en el artículo 65 de la Constitución. Así, se llega a reconocer a los consumidores y usuarios el acceso al mercado, la protección de los intereses económicos, la reparación por daños y perjuicios y la defensa corporativa como derechos fundamentales. En este marco, se reprimen diversos comportamientos, como la alteración y la especulación de productos, la publicidad engañosa, la producción y la comercialización de productos peligrosos para la salud

- de las personas, la falsificación y la venta de mercaderías, el *telemarketing* engañoso, la estafa, etcétera.
- 250 Importante para el funcionamiento correcto del mercado es el establecimiento de organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, competentes para supervisar, regular y fiscalizar las empresas que brindan servicios públicos (Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632). Por esto resulta indispensable reforzar a organismos como el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) o a entidades como el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERG), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y la Superintendencia Nacional de servicios de saneamiento (SUNASS), para que funcionen y defiendan debidamente a los usuarios y consumidores.
- 251 Hay que recordar que el régimen del libre mercado no excluye la intervención del Estado. Por el contrario, implica su participación, por un lado, para corregir las deficiencias de funcionamiento y las disparidades engendradas por las acciones de los actores poderosos, y por otro, para satisfacer las necesidades sociales que dicho régimen es incapaz de satisfacer. También es indispensable su intervención, por ejemplo, en el dominio de los precios para evitar una influencia abusiva del sistema de la oferta y la demanda. En materia de competencia desleal, por ejemplo, el Estado reprimirá el hecho de que un productor denigre los productos de otro, salde abusivamente sus precios o practique intereses usurarios.
- 252 Para cubrir los gastos relacionados con su actividad política y social, comprendido el dominio económico, el Estado necesita medios financieros que obtiene mediante los impuestos. Resulta, por tanto, indispensable reprimir las infracciones fiscales, aduaneras, así como los actos que perjudican el sistema de subvenciones.
- 253 Dudas quedan respecto de si deben incluirse los delitos patrimoniales en la noción de derecho penal económico. En efecto, si solo se considera el perjuicio económico que provocan, podrían integrarse al derecho penal económico numerosos delitos que implican ataques contra el orden económico solo en un segundo plano. Este sería el caso de los delitos contra la vida y la integridad corporal, por el hecho de que estos privan al sistema de fuerzas de trabajo y tienden así a disminuir el producto interno bruto. Por tanto,

es indispensable limitar el criterio de perjuicio económico considerando las relaciones directas entre los delitos y los fundamentos esenciales del modelo económico. Por ejemplo, si las infracciones que pueden perjudicar el sistema de créditos (por ejemplo, el abuso de cartas o de cheques, la falsificación de documentos, la quiebra fraudulenta, la gestión desleal, la disminución de activos en detrimento de acreedores o el lavado de dinero) afectan el patrimonio de las personas, sus alcances verdaderos dependen sin embargo de la manera en que el sistema de créditos está organizado. Así, la malversación de créditos públicos destinados a la construcción de centros de formación, creación de nuevos alojamientos o impulso de una economía local cuestionan de manera más significativa el sistema económico que la transmisión de falsas informaciones destinadas a obtener un crédito para la consumación.

- 254 En esta perspectiva, se puede afirmar que los delitos informáticos propiamente dichos no forman parte del derecho penal económico en la medida en que conciernen los intereses individuales y no interfieren en el funcionamiento del modelo económico.

5. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN FUNCIÓN DE LA EMPRESA

- 255 Las empresas, en especial las internacionales, desempeñan un papel muy importante en la actividad económica y en los dominios político y social. A partir de esta constatación, se ha tratado de determinar el ámbito del derecho penal económico, en particular los alcances en el ámbito de la determinación de los comportamientos que deben ser incriminados, teniendo en cuenta las relaciones entre las empresas y los demás actores de la vida comunitaria, comprendidos el Estado y las diversas entidades públicas (Tiedemann, 2014, N° 16 y ss.).
- 256 Respecto de las relaciones entre las empresas y el Estado, se consideran los vínculos que derivan de ciertas funciones estatales:
1. Los impuestos.
 2. La protección de los trabajadores.
 3. El medio ambiente.
 4. La protección de la libre competencia.
 5. Las tasas aduaneras en el comercio de mercaderías.

257 Las leyes generales dictadas para regular estas materias contienen disposiciones penales que sancionan comportamientos contrarios al derecho civil o administrativo. Además, se comprenden igualmente las disposiciones del Código Penal referentes, por ejemplo, a:

1. El lavado de activos.
2. La corrupción de agentes nacionales o extranjeros.
3. La elaboración y producción clandestina de productos.

En cuanto a las interrelaciones entre las empresas, se consideran las cuestiones correspondientes a:

1. La fijación de domicilio de las empresas multinacionales (aplicación de la ley en el espacio).
2. Las posibles concentraciones de empresas (carteles, desuniones, transferencia de patrimonios).
3. La lucha contra el espionaje económico.
4. El respeto de las reglas de la competencia.

258 Las relaciones entre las empresas y los consumidores e inversionistas permiten abarcar cuestiones que son, generalmente, reguladas en:

1. Las disposiciones que protegen a los consumidores de los riesgos relacionados con la fabricación, la distribución o la comercialización de productos alimenticios, medicamentos, bebidas y otras mercaderías, así como la prestación de servicios.
2. Las normas del Código Penal que protegen la salud de las personas que estarían expuestas a mercaderías de mala calidad o que reprimen la falsificación de mercaderías.

259 Se consideran, asimismo, las que reprimen comportamientos que atentan contra los inversionistas en las sociedades de capitales, por ejemplo:

1. La estafa.
2. La gestión desleal.
3. El delito de abuso indebido de información privilegiada.
4. Los delitos bursátiles.

260 En relación con los vínculos que unen a las empresas con los asalariados y las deficiencias de su organización, se comprenden las actividades que perjudican o ponen en peligro los derechos de los trabajadores mediante la

violación de las reglas de seguridad o el incumplimiento de sus obligaciones conforme a la legislación de seguros. Estas actividades afectan el valor económico de la fuerza de trabajo y perjudican la garantía del mercado de trabajo.

- 261 Las leyes especiales referidas a estas cuestiones son, evidentemente, complementadas por las disposiciones del Código Penal referentes a los delitos contra el patrimonio, la salud y la integridad corporal de las personas.
- 262 Las relaciones de las empresas con los acreedores y los deudores implican comportamientos que afectan los intereses de acreedores y deudores. En cuanto a los primeros, se comprenden las disposiciones del Código Penal que reprimen delitos en la quiebra. Estos delitos suponen, generalmente, la violación de las reglas del derecho civil, por ejemplo las que conciernen a las sociedades anónimas.
- 263 Respecto de los segundos, se incluyen, por ejemplo, las declaraciones falsas hechas para obtener un crédito. El contexto es, con frecuencia, la legislación bancaria y bursátil dirigida a salvaguardar los intereses de los actores económicos.
- 264 Se consideran, por ejemplo, los delitos de enriquecimiento ilícito, abuso de confianza, estafa, abuso de cartas de crédito, extorsión y usura.
- 265 Por último, se tiene en cuenta la necesidad de proteger a la empresa misma y a sus intereses. Por ejemplo:
 1. La protección de marcas y de patentes.
 2. La garantía de sus intereses relacionados con la utilización indebida de los derechos de la empresa por un tercero (falsificación de mercaderías, atentado contra el sistema informático).

6. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

6.1. Subsidiaridad

- 266 Debido a la gravedad de las sanciones penales, el derecho penal económico, de la misma manera que el derecho penal común, debe ser subsidiario, es decir, constituir el último medio al que debe recurrir el Estado (*ultima ratio*) (Tiedemann, 2014, N° 188 y ss.; cfr. Hurtado Pozo, 2008, N° 38; Roxin, 2006, § 2, N° 38; Jakobs, 1991, 2, N° 26.). En relación con esta especificidad, se plantea en derecho penal económico, en particular, la cuestión de despenalizar (en el sentido de «desjuridizar») las infracciones

llamadas «bagatelas», «que sirven, con frecuencia, de pretexto para efectuar una gran transferencia de competencias hacia la administración, en un marco siempre penal» (Roth, 1981, p. 390).

6.2. Accesoriedad

- 267 El derecho penal económico debe tener también un carácter de accesorio (Tiedemann, 2014, N° 2 y ss.) en razón de su relación estrecha con el sistema económico. Sin embargo, si bien sirve para reforzar la protección ya brindada a los bienes jurídicos por otras ramas del orden jurídico, goza de cierta autonomía. Esta autonomía se refiere, primero, a los efectos del derecho, pues las sanciones generalmente son aplicadas sin tener en cuenta las consecuencias que el mismo comportamiento puede acarrear conforme a otras ramas del derecho (derecho civil o administrativo); segundo, ella explica que las nociones propias a otros dominios del derecho no sean retomadas en el derecho penal económico, y por último, el derecho penal económico tiene cierta autonomía en la medida en que incrimina determinados comportamientos distanciándose de las demás ramas jurídicas y elabora nociones propias y adecuadas a sus peculiaridades.
- 268 Esta autonomía es, en realidad, propia a todo el derecho penal, pero no de la misma manera. Las infracciones contra el patrimonio constituyen un ejemplo típico en la medida en que las nociones de propiedad y de posesión no son las mismas que aquellas del derecho civil. Por el contrario, en derecho penal económico, ella es restringida por sus vinculaciones estrechas con el derecho económico. Por ejemplo, en caso del delito de contaminación de aguas, su comprensión está condicionada fuertemente por las disposiciones de la Ley de Recursos Hídricos¹².
- 269 Acaece igualmente que, en razón de cambios sociales, el derecho penal sea utilizado para garantizar ciertos bienes jurídicos que no están amparados por otros dominios del derecho, por ejemplo en el caso del financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 4-A de la Ley de Terrorismo N° 25475.

6.3. Fragmentariedad

- 270 Además, el derecho penal económico, como el derecho penal en general, es fragmentario (Tiedemann, 2014, N° 189). Solo debe incriminar los

¹² Ley N° 29338 del 30 de marzo de 2009, arts. 120 y ss. (Infracciones y Sanciones). En: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29338.pdf>.

comportamientos que perjudican o ponen en peligro de manera grave los intereses y las relaciones económicas. No obstante, la manera amplia de redactar los tipos legales relativos a los delitos económicos es objeto de muchas críticas, en el sentido de que extiende demasiado sus ámbitos de aplicación. Por esto, sería mejor recurrir a otros medios, como las sanciones administrativas o de orden civil. La CONASEV, por ejemplo, puede anular la autorización de crear una bolsa de valores o retirar la autorización de ejercer su actividad a una bolsa en caso de violación grave (art. 36 LBVM).

6.4. Código penal o legislación complementaria

- 271 Conforme a los objetivos de coherencia y eficacia buscados por la política criminal, se propone generalmente que las disposiciones por las que se incriminan actos económicos sean reunidas en el Código Penal. De esta manera, se les conocería mejor y, asimismo, sería evidente que también están sometidas a los principios del derecho penal común.
- 272 Diversos legisladores han seguido este modelo. Uno de los intentos más interesantes en la década de 1970 fue el Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán (Alternativ-Entwurf-Straftaten gegen die Wirtschaft) de 1977 (cfr. Lampe, Lenckner, Stree, Tiedemann & Weber, 1977; cfr. Tiedemann, 2014, N° 127 y ss.). Este fue utilizado como referencia por algunos legisladores (por ejemplo, el portugués). Sin embargo, en Alemania misma solo fue considerado parcialmente en la reforma del Código Penal. Tampoco lo ha tenido en cuenta el legislador suizo.
- 273 En su versión inicial, el Código Penal suizo¹³ ya preveía disposiciones relacionadas con el sistema económico. Se trata en particular de las relativas a los ataques contra el patrimonio, los que constituyen delitos de derecho penal económico en la medida en que perjudican o ponen en peligro el sistema económico o sus instituciones. Además, el Código comprendía también algunas disposiciones referidas directamente a las normas civiles o administrativas relacionadas con la economía, por ejemplo, los comportamientos que violan las reglas legales sobre la contabilidad (art. 325 CP suizo), o aquellos sobre la protección de los inquilinos de locales de habitación o comerciales (art. 325bis CP suizo).
- 274 Frente al fuerte aumento de la criminalidad económica, Suiza ha debido reaccionar mejorando sus leyes y dotándose de un arsenal de medidas penales

¹³ <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>.

destinadas a limitar este fenómeno. Así, se ha visto obligada a perfeccionar su legislación. Por ejemplo, ha previsto disposiciones sobre blanqueo de dinero (arts. 305bis y 305ter CP suizo), la manipulación de los cursos de los valores tratados en la bolsa (art. 161bis CP), la corrupción (arts. 322ter a 322octies CP suizo). También ha tenido que revisar y organizar sus autoridades de represión, para reforzar el control de su sistema económico.

- 275 En una perspectiva similar, en nuestro país, las disposiciones de derecho penal económico se encuentran sobre todo fuera del Código Penal, en particular desde que las disposiciones referentes a los delitos económicos fueran excluidas de dicho código. Sin embargo, en su parte especial, se preservan ciertas infracciones que pueden ser calificadas de económicas en tanto comportan un abuso de confianza, su ejecución implica contar con conocimientos económicos o perjudican gravemente intereses económicos generales y su ejecución no es violenta. Se trata, por ejemplo, de los artículos 196 y ss., 190 y ss. CP suizo (apropiación ilícita), 198 CP suizo (administración fraudulenta), 209 y ss. CP (insolvencia fraudulenta), 214 CP (usura), 244 y ss. CP suizo (delitos financieros), 271 y ss. CP suizo (elaboración y comercio clandestinos de productos).

7. DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

7.1. Noción

- 276 La noción de «derecho penal administrativo» se refiere al conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas y que incriminan ciertos comportamientos y prevén las sanciones penales correspondientes. Se distingue del derecho penal común por los fines que persigue. En efecto, a diferencia del derecho penal general, cuya finalidad es la protección de bienes e intereses jurídicos fundamentales, el derecho penal administrativo solo busca asegurar el funcionamiento correcto de la administración.
- 277 Mediante las leyes administrativas, el Estado interviene en la vida económica del país con la finalidad de promover el bienestar de las personas y reglamentar sus actividades en los diversos sectores de la vida comunitaria (orden público, comercial, fiscal, etc.). Numerosas disposiciones penales figuran en la legislación administrativa y tienen la finalidad de reforzar su respeto y aplicación. Dichas disposiciones forman parte del derecho penal económico.

- 278 Las infracciones penales serían los comportamientos que afectan bienes jurídicos protegidos, mientras que las infracciones administrativas violarían mandatos de la administración (Schmidt, 1948 p. 226). En Alemania, el legislador, siguiendo la doctrina, ha adoptado un sistema consistente en separar claramente las infracciones penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las infracciones a las prescripciones de orden (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales son sancionadas mediante una pena de multa penal (*Geldstrafe*) y una pena pecuniaria administrativa (*Geldbusse*), respectivamente.

7.2. Delitos e infracciones administrativas

- 279 Distinguir los delitos y faltas penales de los delitos e infracciones administrativas es tarea ardua e implica consecuencias prácticas bastante importantes. A pesar de las largas y complicadas discusiones teóricas, no se ha logrado establecer un criterio de distinción eficaz. Tampoco se han llegado a distinguir las penas de las sanciones administrativas. Ambas perspectivas no han sido, además, lo suficientemente diferenciadas. Todas estas divergencias se deben a las variadas concepciones teóricas (filosóficas, sociológicas, políticas, dogmáticas) en que se inspiran los diversos criterios que se han propuesto para llevar a cabo dichas distinciones.
- 280 En la perspectiva adoptada en la introducción general de este volumen, hay que admitir que a medida que el Estado se organizaba y consolidaba, también diversificaba sus técnicas dirigidas a controlar los ilegalismos. Esto comportó un desarrollo notable de la red administrativa encargada de ejercer el poder estatal necesario para llevar a cabo dicha finalidad, de manera tal que el poder administrativo, de índole monárquica, llegó a primar sobre el poder judicial (con pretensiones de independencia frente a la Corona). El Estado moderno tuvo la misma necesidad, pero su poder administrativo fue restringido por el sistema democrático, basado de manera esencial en la división de poderes y en la búsqueda de un mayor respeto de los derechos de los ciudadanos.
- 281 Sin pretender, debido a la índole de este libro, describir exhaustivamente la evolución de los criterios teóricos, es de señalar algunos puntos de referencia. Inicialmente, en el marco de la concepción del derecho natural (Feuerbach, 1996, pp. 175 y ss.; Mattes, 1979, pp. 144 y s.), se consideró, por un lado, el llamado delito natural (lesión o puesta en peligro concreto de los derechos subjetivos individuales), y por otro, la denominada infracción policial (injusto creado por el Estado). Estas eran calificadas de moral

- y jurídicamente indiferentes, de existencia temporal por ser creaciones artificiales estatales.
- 282 Con el surgimiento del Estado social (*Sozialstaat*) o Estado de bienestar (*Welfare State*), se atribuyó al Estado la función amplia de promover y salvaguardar el bienestar de la comunidad, sin descuidar de garantizar, como el Estado liberal, los derechos individuales. De este modo, se distinguen los deberes referidos a la libertad personal de los deberes procedentes de la administración, preocupada de promover tanto el bien común como los intereses estatales y de garantizar el buen orden (Goldschmidt, 1902). Los delitos constituyen atentados contra bienes jurídicos; las infracciones administrativas, actos contra la administración que impiden o dificultan que esta alcance sus finalidades en favor de la comunidad. La sanción administrativa, impuesta por la misma administración, no comporta desaprobación moral por estimarse que su comportamiento es una simple desobediencia. Esta no representa una manifestación de un carácter peligroso del responsable, como es, por lo contrario, el caso de los autores de delitos. La pena que se impone a estos expresa, en consecuencia, una deshonra, lo que no sucede con la sanción administrativa.
- 283 En contra de estos criterios esencialistas, se proponen criterios formales (Merkel, 2004, pp. 347 y ss.), considerando que es imposible distinguir materialmente los delitos de las infracciones administrativas. La distinción depende de la manera como cada legislador califica los comportamientos. Este, al distribuir la competencia entre los órganos judiciales y las instancias administrativas, tendría en cuenta la índole de los hechos que merecen una sanción. De esta manera, por ejemplo, según el monto o la modalidad del comportamiento, un incumplimiento del deber fiscal puede ser considerado un delito fiscal o una infracción tributaria.
- 284 Desde la perspectiva de la pena (Cerezo Mir, 1975, pp. 159 y ss.), se sostiene que la gravedad de esta es el factor determinante para calificar un comportamiento de delito o de infracción administrativa. Así, se vuelve a dejar en manos del legislador el poder inmenso de proceder a tal discriminación. Esto obliga a algunos a considerar un matiz recurriendo a un factor sustancialista: la significación ético-social del elemento ilícito del acto cometido.
- 285 No obstante, hay que admitir que esta distinción no se basa en un factor esencial sino que se trata solo de una gradación del reproche que esas infracciones suscitan. En realidad, la calificación de un acto incriminado

como infracción penal o contravención depende del legislador, sin que esto implique, como señala la Corte Europea de Derechos Humanos, reconocerle un poder arbitrario. En este contexto, se debe aceptar que no hay tampoco diferencia de fondo entre la multa administrativa y la pena pecuniaria del derecho penal común, pues ambas consisten en el pago de una suma de dinero determinada.

7.3. Garantías procesales

- 286 En consideración a que la distinción entre las infracciones penales administrativas y las infracciones penales comunes carecen de circunstancias materiales específicas, el legislador dispone de un amplio poder, que puede dar lugar a abusos y hacer superfluo el control que se establece para hacer respetar ciertas garantías del debido proceso. En el nivel de la Unión Europea, dicho control se estatuye, por ejemplo, en los artículos 6 y 7 CEDH (arts. 8 y 9 CADH). Para descartar el riesgo de que los Estados miembros escamoteen la aplicación de esta convención (calificando una infracción de administrativa en lugar de penal), la Corte Europea de derechos humanos ha reivindicado expresamente su poder de decidir libremente si la causa sometida es o no de índole penal. Según su jurisprudencia, para determinar si una infracción forma parte de la «materia penal», sin ignorar la calificación dada por el Estado concernido, se debe tener en cuenta, por un lado, la naturaleza de la infracción, las personas que pueden ser sancionadas (todos o un número limitado por un estatus especial) y la finalidad tanto preventiva como represiva, y por otro, la severidad y la naturaleza de la sanción impuesta al prevenido. Para considerar que el asunto es penal basta que uno de los dos extremos señalados sea realizado.

8. DERECHO PENAL FISCAL

8.1. Clasificación y extensión

- 287 El derecho penal fiscal busca proteger los créditos en tanto impuestos de la colectividad pública y, de manera indirecta, la repartición correcta de la carga fiscal entre los contribuyentes.
- 288 En el artículo 74 de la Constitución se dispone que, por un lado, los tributos solo se crean, modifican, derogan, o se establecen exoneraciones, mediante leyes o decretos legislativos y, por otro, que los aranceles y tasas se regulan por decretos supremos. Asimismo, se establece que los gobiernos regionales y locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones

- y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. Finalmente, se declara como garantías tanto que al ejercerse la potestad tributaria deben respetarse los principios de reserva de la ley, de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona, como que ningún tributo debe tener carácter confiscatorio.
- 289 La parte especial del Código Penal no prevé delitos fiscales. Estos están contenidos en leyes complementarias. Sin embargo, las disposiciones generales del Código Penal son aplicables a hechos punibles previstos en otras leyes, comprendidas, en consecuencia, las que conciernen a infracciones y delitos tributarios.
- 290 La regulación de las infracciones fiscales, comprendiendo las faltas o contravenciones (violaciones a las disposiciones de la ley penal tributaria) y los delitos, se hallan regulados, por un lado, en el Decreto Legislativo N° 813 (Ley Penal Tributaria) del 20 de abril de 1996, modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1114 del 5 de julio de 2013, y, por otro, en la Ley N° 28008 (Ley de los Delitos Aduaneros), modificada a través del Decreto Legislativo N° 1111 del 29 de junio de 2012.
- 291 De acuerdo con el artículo 164 CT, la infracción tributaria consiste en «toda acción u omisión que importe la violación de normas tributarias, siempre que se encuentre tipificada como tal en el presente Título o en otras leyes o decretos legislativos». Su objetivo es reforzar la buena marcha de la administración tributaria. Por tratarse de una falta, la pena aplicable al infractor es la de multa o de carácter administrativo, como el cierre de locales, suspensión de autorizaciones y su imposición es de competencia de la autoridad administrativa. A diferencia del delito tributario, la responsabilidad prevista en caso de infracción es de índole objetiva.
- 292 Según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 813, comete defraudación tributaria quien, «en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes». El agente afecta las finanzas del Estado al impedir o disminuir la recaudación de los tributos legales. Se trata de un delito grave que se reprime con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con 365 a 730 días-multa.
- 293 Se trata de un delito especial porque solo puede cometerlo quien está obligado a cumplir la prestación tributaria en tanto contribuyente o responsable. El primero es la persona que realiza o respecto de la cual se

ejecuta el hecho generador de la obligación fiscal. El segundo carece de la condición de contribuyente, pero tiene la obligación de cumplir con la que este último tiene (por ejemplo, padres, tutores, curadores, representantes legales, administradores, mandatarios, síndicos, interventores).

- 294 Son considerados responsables solidarios, por haber actuado con dolo, negligencia grave o abuso de facultades, los representantes legales o designados por las personas jurídicas, los administradores o quienes tengan disponibilidad de los bienes de los entes colectivos sin personería jurídica, los mandatarios, administradores, gestores de negocios y albaceas.
- 295 El defraudador del fisco debe actuar dolosamente y con la finalidad de obtener provecho. De manera coherente, se admite que, en caso de error, este puede ser subsanado. Entonces, se configuraría solo una infracción tributaria.
- 296 En el artículo 2 de la Ley Penal Tributaria se prevén dos modalidades de defraudación. La primera consiste en ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir el tributo a pagar. La segunda, en no entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubiesen efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes o reglamentos pertinentes.
- 297 Mediante el Decreto Legislativo 1114, se introdujeron formas agravadas de defraudación tributaria reprimidas con pena de ocho a doce años de privación de libertad y de 730 a 1460 días-multa. Dichas formas agravadas consisten, por un lado, en obtener exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de aquellos, y por otro, simular o provocar estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos.
- 298 Una modalidad autónoma y relacionada con las obligaciones contables es prevista en el artículo 5. Conforme a esta disposición, se castiga con pena privativa de libertad de dos a cinco años y 180 a 365 días-multa a quien, estando obligado por las disposiciones tributarias a llevar libros y registros contables:
- a. Incumpla totalmente con dicha obligación.
 - b. No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros.

- c. Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.
 - d. Destruya u oculte total o parcialmente los libros o registros contables o los documentos relacionados.
- 299 Debido a la vinculación frecuente de la comisión de infracciones y delitos tributarios en el marco de las actividades de las personas jurídicas o negocios unipersonales, se ha previsto la aplicación de consecuencias accesorias a estos entes colectivos. Para estos efectos, debe demostrarse que los titulares conocían de la intención de cometer delito y que las sanciones no necesariamente recaen sobre los que cometieron el delito. Se trata de las siguientes medidas:
- a. Cierre temporal o clausura definitiva del establecimiento, oficina o local en donde se desarrolle sus actividades. Cierre de dos a cinco años.
 - b. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas.
 - c. Disolución de la persona jurídica.
 - d. Suspensión para contratar con el Estado hasta por cinco años.
- 300 La instrucción, juzgamiento y condenación de los responsables de delitos tributarios está a cargo de la administración de justicia ordinaria (art. 189 CT). En razón de las especificidades de la reglamentación tributaria, se prevén ciertas reglas especiales. Por ejemplo, se restringe el ejercicio de la acción penal en ciertas situaciones relacionadas con deudas originadas por la realización de comportamientos constitutivos de delito tributario, considerando que aún no se ha iniciado la investigación dispuesta por el Ministerio Público o que el órgano administrador del tributo no comience algún procedimiento de fiscalización relacionado con el tributo.
- 301 Esta restricción del ejercicio de la acción penal es igualmente aplicable en caso de irregularidades contables o falsedades documentales objeto de regularización. Esta consiste en el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En todos los casos, la deuda tributaria comprende el tributo, los intereses y las multas.
- 302 De acuerdo con el artículo 190 CT, las penas por delitos tributarios se aplican sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la imposición de las respectivas sanciones administrativas.

8.2. Ejemplo ilustrativo: legislación suiza en materia fiscal

- 303 Una de las características del sistema fiscal suizo es la distinción que se hace entre la evasión fiscal (sustracción consumada), simple contravención castigada con una multa por la administración fiscal cantonal (art. 175 al. 1 LIFD), y el fraude fiscal (uso de documentos falsos para cometerlo), delito reprimido con pena privativa de libertad o de una multa no mayor de 30 000 francos suizos por la autoridad penal competente (art. 186 al. 1 LIFD).
- 304 Esta distinción ha producido dificultades, pues hasta en el año 2009, a causa de la doble incriminación en materia de ayuda judicial, Suiza solo colaboraba con otros Estados si un delito era igualmente punible según la ley suiza. Así, dado que la evasión fiscal no constituye un delito, se le excluía expresamente del catálogo previsto en la EIMP¹⁴. En consecuencia, un pedido de ayuda judicial era inadmisibile si el proceso concernía un acto que tendía a disminuir recetas fiscales o contravenía las medidas de política monetaria, comercial o económica. Procedía, sin embargo, una demanda de ayuda en el sentido de la tercera parte de la EIMP si el procedimiento tenía como objeto una estafa en materia fiscal (art. 3 al. 3 EIMP). Diversos acontecimientos han llevado a que Suiza renegocie esta distinción en el ámbito internacional. Actualmente ha aceptado ampliar la noción de fraude fiscal, en el sentido de admitir que la evasión fiscal puede también dar lugar a la ayuda internacional en materia penal.

¹⁴ Ley Federal del 20 de marzo de 1981 sobre la asistencia mutua internacional en materia penal (RS 351.1).

TERCERA PARTE
LEY PENAL

1. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

305 El derecho penal económico, como rama del derecho penal común, está sometido al principio: «No hay delito, no hay sanción sin ley penal» (Hurtado Pozo, 2008, N° 117 y ss.). Sin embargo, las dificultades ya presentes en la aplicación del derecho común son mayores en el dominio del derecho penal económico. En efecto, el carácter específico de la técnica legislativa utilizada en la elaboración de los tipos legales y la finalidad de las normas del derecho penal económico implican cuestionamientos a la aplicación estricta del principio de la legalidad. Solo analizaremos algunos aspectos de esta problemática.

1.1. Interpretación

306 La constatación del carácter accesorio del derecho penal económico nos ha permitido destacar los vínculos estrechos de este con las otras ramas jurídicas, en particular con el derecho económico. La cuestión del auxiliar del derecho penal económico es determinante para su interpretación y para decidir sobre los alcances de los reenvíos propios a las leyes en blanco. Así, el hecho de circunscribir la función del derecho penal a la de reforzar los otros dominios jurídicos conduce a afirmar que son las nociones de estos últimos las que permiten interpretar mejor las normas penales. Es una cuestión, por tanto, de saber en qué medida dichos conceptos deben ser admitidos.

307 Al contrario, una corriente doctrinal estima que las disposiciones del derecho penal económico deben ser interpretadas en un sentido estrictamente económico, es decir, independientemente de los criterios admitidos en el derecho privado, comercial o administrativo. En este sentido, por ejemplo, la noción de director o gerente debe ser establecida de acuerdo con las necesidades de prevención penal, sin aferrarse a la definición dada por la legislación no penal. Se trata de una manifestación particular de la concepción que preconiza la autonomía del derecho penal frente a las demás ramas jurídicas.

308 No se puede dejar de constatar que las situaciones jurídicas tomadas en consideración por el derecho penal económico son también reguladas por las otras ramas del orden jurídico. Por tanto, los criterios de las leyes civiles o administrativas entran en consideración, en particular, si se refieren estrictamente a los dominios concernidos. Por ejemplo, para determinar el contenido de una autorización establecida por la Sociedad de Bancos y Seguros, obligatoria para abrir un banco, es indispensable referirse a las disposiciones de la ley que regula las competencias de esa entidad. Por el contrario, cuando tal referencia no existe, como en el caso de las nociones de patrimonio, propiedad o posesión, el derecho penal económico tiene una cierta autonomía en la determinación del sentido o contenido. Sin embargo, es imposible fijar un límite preciso. Por tanto, la recepción o el rechazo de los criterios no penales deben hacerse caso por caso, teniendo en cuenta la estructura de las disposiciones legales y el tipo del comportamiento incriminado.

2.2. Fraude a la ley

309 La formulación de los tipos legales puede, a veces, favorecer un procedimiento reprobable denominado fraude a la ley. Este tiene lugar cuando una persona obra, intencionalmente, de una manera que parece, a primera vista, conforme a la ley, pero con el fin de esquivar las obligaciones impuestas por una disposición legal o lograr un resultado más favorable para sí (cfr. Tiedemann, 1992, § 264, N° 109). Dicho de otra manera, se trata de la ejecución de un comportamiento que no está expresamente previsto en un tipo legal, pero que es contrario a la finalidad de protección de la disposición legal.

310 En consecuencia, es necesario examinar si la norma eludida tiende a prohibir el resultado. Si este es el caso, todo comportamiento dirigido a alcanzar el mismo objetivo por otros medios es contrario a la norma y por tanto prohibido: el fraude a la ley es así efectivo. Por el contrario, si la norma solo prohíbe recurrir a ciertos medios para alcanzar un objetivo que no prohíbe, la norma no es eludida y, por tanto, el resultado es lícito y el comportamiento del autor no es reprimido¹.

¹ Steinauer, 2009, N° 308; cfr. a título de ejemplo: ATF 115 II 72, SJ, 1989, pp. 317 y ss., acción de reparación de perjuicios basada en la violación del secreto bancario: imposibilidad de reclamar la devolución de una multa.

- 311 Para sancionar el fraude a la ley, dos soluciones han sido propuestas. La primera consiste en integrar, en la parte general del código (según la técnica utilizada para prever la tentativa, la complicidad, por ejemplo), una disposición en la que se regule como categoría particular el «fraude a la ley», que se aplicaría en relación con todo comportamiento con el que se busque eludir la represión prevista en una disposición y que contradice el objetivo de esta última. Esto implicaría una ampliación del tipo legal concernido. En buena cuenta, se trataría de una disposición semejante a las que, hace un tiempo y en algunas legislaciones, se establecieron autorizando la aplicación de la analogía. Por ejemplo: «Quien defraudare o hiciera uso abusivo de leyes penales o de leyes tomadas en referencia por aquellas, será penado de acuerdo con tales leyes» (Vogel, 1994, p. 325).
- 312 La segunda plantea prever, respecto de algunos delitos, una disposición específica para reprimir el fraude a la ley. Esta que consistiría en describir el comportamiento a reprimir con referencia directa al tipo legal previsto en la disposición cuyo fraude se busca evitar, o en remitir a disposiciones no penales (por ejemplo, administrativas) en las que se especifica el comportamiento que se considera necesario reprimir. La primera opción no descarta el riesgo de que el legislador recurra a fórmulas generales y que el juez las aplique analógicamente. Lo mismo se puede decir en relación con la segunda opción, con la agravante de que el recurso a la técnica de leyes en blanco agrava el riesgo de violación del principio de la legalidad (Tiedemann, 2014, N° 244; Stöckel, 1977, pp. 134 y ss.).
- 313 Sin embargo, debido a la imposibilidad de respetar de manera absoluta la originaria concepción del principio de legalidad (Hurtado Pozo, 1992, pp. 21 y ss.) y la índole específica de los delitos económicos, resulta inevitable recurrir a cláusulas generales y a remisiones a otras leyes para configurar los tipos legales, por lo que el recurso a estas técnicas legislativas debe ser restringido y prudente. En su aplicación, los jueces deben proceder con cautela y favoreciendo el respeto efectivo del principio de legalidad, para salvaguardar los límites que de todas maneras establece el texto legal (su posible sentido).
- 314 Un ejemplo interesante es el llamado «contrabando fraccionado». Este comportamiento es cometido por quien, en lugar de contrabandear de una sola vez cierta cantidad de productos, decide, para facilitar la ejecución y evitar la sanción penal, hacerlo en varios actos seguidos que serían, tomados aisladamente, solo infracciones administrativas debido a que el importe de cada uno no superaría el límite de cuatro unidades impositivas tributarias

- (señalado en el art. 1 de la Ley N° 28008, modificada por el DLeg N° 1111 del 29 de junio de 2012). Según el artículo 3 de esta misma ley: «Incorre igualmente en los delitos contemplados en los tipos penales previstos en los artículos anteriores y será reprimido con idénticas penas, el que con unidad de propósito, realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, que aisladamente serían considerados infracciones administrativas vinculadas al contrabando».
- 315 Cuando el contrabandista procede de la manera descrita en el artículo 3, tiene la finalidad de evitar la aplicación del artículo 1, asumiendo el riesgo de ser reprimido solo como autor de contravenciones administrativas sancionadas de acuerdo con el artículo 33 de la Ley N° 28008, en el que se establece que «el valor de las mercancías no exceda 4 Unidades Impositivas Tributarias». También evitaría la aplicación del art. 49 CP, que prevé el delito continuado, ya que esta categoría penal implica que el agente haya cometido varios delitos. Es decir, que en el caso que analizamos no cabe sumar (García Cavero, 2012, p. 795) los montos inferiores a cuatro unidades impositivas para admitir que se ha cometido un delito único, cuyo monto sería superior a este límite.
- 316 Contradiendo este criterio, y en el afán de reprimir al contrabandista, el legislador ha previsto la forma particular del «contrabando fraccionado». En buena cuenta, se trata de un caso *sui generis* de «delito continuado» (art. 49 CP), caracterizado por la magnitud pequeña de los diversos actos de contrabando (monto menor de cuatro unidades impositivas tributarias), la unidad del propósito que motiva al agente y que los realice «en forma sistemática y por cuantía superior a cuatro Unidades Impositivas Tributarias»². Así, se asemeja al «delito continuado» pero, a diferencia de este, no se le considera como una forma agravada, ya que se prevé la aplicación de la misma pena correspondiente al delito de contrabando cometido (arts. 1 y 2 de la Ley N° 28008). Salvo en la medida en que varias infracciones administrativas cometidas con la «misma resolución criminal» (art. 49 CP, es decir con «unidad de propósito»: art. 3 de la Ley N° 28008) son consideradas como «un solo delito de contrabando».

² Pajuelo Beltrán. En: <http://www.monografias.com/trabajos29/contrabando/contrabando.shtml>. Álvarez Isla, 2013, p. IX-4.

- 317 Sin embargo, esta regulación es trastocada con las directivas referentes a los procedimientos administrativos de control de contrabando. En el denominado Procedimiento Específico: IPCF-PE.00.01, Inmovilización-incautación y sanciones aduaneras, se establece (punto 13) que «se presume la comisión del contrabando fraccionado cuando se verifica una serie de infracciones administrativas vinculadas al contrabando, realizadas por la misma persona, en un solo acto o en varios, en montos que sumados superan las dos (02) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Para ello se requiere comprobar que las resoluciones, que aplican las sanciones por infracciones administrativas vinculadas al contrabando, hayan quedado firmes o consentidas, para este efecto, se debe consultar el módulo SIGEDA. El intendente de aduana de la circunscripción designa al personal encargado de verificar esta información». Finalmente, se estatuye que «en tal caso, se debe formular un informe técnico legal, adjuntando las resoluciones administrativas autenticadas en que aparezcan las sanciones aplicadas, con todos sus actuados, el mismo que debe ser remitido al Ministerio Público».
- 318 De modo que, para aplicar el artículo 3 de la Ley de Delitos Aduaneros, es indispensable que se haya castigado, en cada caso, la infracción administrativa, y que las decisiones dictadas hayan quedado firmes. Esto implicaría que, cuando se descubra que alguien ha cometido varias infracciones en diversas ocasiones, no es de aplicación el artículo 3. El agente debería ser sancionado por las infracciones administrativas en que ha incurrido.
- 319 Este ejemplo recuerda al caso alemán denominado el «caviar ruso». La ley preveía una tasa de importación más elevada cuando el caviar estaba envasado en pequeñas latas, pues era de mejor calidad. Para pagar menos tasas, un importador procedió al transporte de caviar de buena calidad en barriles (Tiedemann, 2014, N° 237 y ss. y referencias citadas). Este comportamiento no era conforme al tipo legal, pero era sin embargo contrario a la *ratio* de la disposición penal. En este caso, el comportamiento del autor solo podía ser sancionado aplicando la ley por analogía³.
- 320 También se puede citar el caso suizo del artículo 36 de la Ley Federal sobre Material de Guerra (LFMG)⁴. Según esta disposición, el hecho de contravenir, intencionalmente, «de una u otra manera la presente ley, a una de sus disposiciones de ejecución cuya violación es declarada punible,

³ Tiedemann, 2014, p. 140, indica que el Reichsgericht ha confirmado la sentencia por la que el importador había sido condenado, pues la Ley Nacional Socialista que derogó la prohibición de la analogía acababa de entrar en vigencia.

⁴ Ley Federal del 13 de diciembre de 1996 sobre el material de guerra (RS 514.51).

o a una decisión referente a las disposiciones del presente artículo sin que su comportamiento sea sancionable en virtud de otra disposición», constituye una contravención y es reprimida con detención o una multa no mayor de 100 000 francos suizos. Esta descripción tan amplia y vaga del comportamiento incriminado permite de sancionar los comportamientos que solo se asemejen, sin reunir todos los elementos del tipo legal, a los comportamientos declarados expresamente punibles. Por esto, la interpretación de la expresión «de una u otra manera» debe ser interpretada con cautela para evitar sobrepasar los límites del lenguaje utilizado por el legislador (el posible sentido del texto legal).

- 321 Por la falta de disposición expresa que prohíba el fraude a la ley, puede presentarse con frecuencia un problema de interpretación del tipo legal concernido, en particular en relación con la comprensión de un elemento normativo o de una cláusula general. En consecuencia debe interpretarse el texto legal de modo a determinar si el comportamiento realizado constituye un acto comprendido en el margen de libertad que deja la ley o si constituye un acto que se aleja del objetivo perseguido por la disposición que se quiere defraudar. El contexto en el que obra el autor es esencial. Este puede buscar, por ejemplo, adoptando un comportamiento al límite de la legalidad, limitar sus gastos para obtener una ganancia más grande. O, por el contrario, puede actuar de manera inapropiada para obtener fraudulentamente un beneficio económico o sustraerse a una obligación patrimonial. Es permitido, verbigracia, domiciliarse en el extranjero para pagar menos impuestos; este comportamiento es prohibido, al contrario, si se trata solo de una simulación. Lo mismo es cuando, respecto del ejemplo suizo, una persona exporta piezas separadas de armas con la finalidad de pagar menos tasas aduaneras o de eludir una prohibición de comercialización y que, en seguida, las armas son reconstituídas para utilizarlas en el país importador.

3.3. Leyes en blanco

- 322 La problemática de este tipo de leyes (Binding, 1965, pp. 161 y ss.; Tiedemann, 1969, p. 94 y ss.) está vinculada estrechamente con los orígenes mismos del derecho penal económico, constituido en un inicio por la legislación dictada durante períodos de crisis y urgencia (p. ej., en Alemania, después de la primera guerra mundial). Las normas penales de entonces reenviaban a otras disposiciones para completar caso por caso la descripción de los comportamientos punibles. Actualmente, esta técnica legislativa subsiste tanto en el Código Penal como en la legislación complementaria.

- 323 El recurso a leyes en blanco está condicionado por el cambio frecuente y profundo de las actividades económicas y de las relaciones que se derivan. Esto hace indispensable que los órganos estatales (sobre todo, la administración) mantengan el poder de determinar los elementos constitutivos de los tipos legales previstos en la ley principal.
- 324 La ley en blanco es aquella que incrimina el comportamiento delictuoso de manera incompleta, sea reenviando, expresa o tácitamente, a otra disposición en que se prevé la sanción o en la que se completa la descripción incompleta inacabada que se ha hecho de dicho comportamiento.
- 325 La disposición a la que se remite puede ser de índole penal o no, así como del mismo rango o de niveles diferentes. En el primer caso, se habla de leyes en blanco impropias y, por tanto, no representa en principio una dificultad respecto del principio de la legalidad. Se habla de leyes en blanco propias cuando las leyes en cuestión son de rango diferente. Por ejemplo, cuando la lista de estupefacientes que pueden dar lugar al tráfico de drogas es establecida en un reglamento administrativo dictado mediante un decreto ministerial. Este elemento que completa el tipo legal del delito en cuestión debe estar establecido en una ley, pues esta es el medio que supone el principio de legalidad.
- 326 Sin embargo, la reserva absoluta establecida mediante este principio no debe ser comprendida como una exclusión de toda remisión a otras leyes, aun extrapenales. Esto debe hacerse en todo caso sin desnaturalizar la descripción incriminadora realizada en la ley principal. Por el contrario, es incorrecto que se modifique la descripción legal del comportamiento integrado bajo el pretexto de que necesita ser reglamentada.
- 327 Se pueden citar como ejemplo el delito de contaminación del ambiente, consagrado en el artículo 304 CP. De conformidad con esta disposición, será reprimido quien, «infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental». Igualmente, el artículo 306 del Código Penal, en cuanto prevé la represión de quien «contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, utiliza desechos sólidos para la alimentación de animales destinados al consumo humano...».

- 328 Asimismo, el artículo 288-C del Código Penal, relativo al delito de producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales⁵. El comportamiento punible es el hecho de producir o comercializar «bebidas alcohólicas informales, adulteradas o no aptas para el consumo humano». Para saber cuáles son estas bebidas ilegales, deben consultarse las definiciones señaladas en el artículo 3 de la misma ley⁶.
- 329 En el derecho foráneo pueden destacarse las siguientes disposiciones suizas: artículo 47 LDAI⁷, que reprime, entre otros, el hecho de fabricar productos alimenticios de manera de poner en peligro la salud, que es completado por el artículo 3 de la misma ley, en el que se define la noción de sustancia alimenticia. Asimismo, el 23 LSP⁸, que sanciona la práctica de precios abusivos, sea no obedecer el mandato de reducir los precios (let. a), aumentar el precio a pesar de la prohibición de hacerlo (let. b) o sobrepasar un precio fijado consensualmente (let. c), no puede ser comprendido sino refiriéndose a las normas por las que se ha fijado la reducción o incremento de los precios.
- 330 Una vez admitido el papel de las leyes en blanco en derecho penal económico, se impone reflexionar sobre el respeto del principio de la legalidad. En la medida en que el tipo legal solo describe parcialmente el comportamiento delictuoso, se puede deducir que el deber de prever de manera expresa la infracción, en el sentido del artículo 1 del Código Penal, no es totalmente respetado («un acto expresamente reprimido por la ley»). Esta exigencia, también válida en derecho penal económico, busca reforzar la seguridad jurídica.
- 331 Una dificultad se plantea por el hecho de que el principio de legalidad no debe ser más comprendido en sentido estricto, como en sus orígenes, pues la complejidad de los comportamientos humanos y la imprecisión del lenguaje (vago, polisémico, ambiguo) hacen imposible describir de manera exhaustiva y precisa los comportamientos incriminados. Así, la técnica de redacción de las leyes se caracteriza más bien por la manera general y esquemática como se describen esos actos, y el recurso a las leyes en blanco

⁵ Disposición incorporada mediante la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29632, Ley para erradicar la elaboración y comercialización de bebidas alcohólicas informales, adulteradas o no aptas para el consumo humano, publicada el 17 diciembre de 2010.

⁶ Esta ha sido reglamentada mediante el DS N° 005-2013-PRODUCE, del 23 de agosto de 2013.

⁷ Ley Federal del 9 de octubre de 1992 sobre los productos alimenticios y los objetos de uso cotidiano (RS 817.0).

⁸ Ley Federal del 20 de diciembre de 1985, concerniente a la vigilancia de precios (RS 942.20).

es frecuente, lo que ofrece al juez un margen de interpretación bastante amplio.

- 332 El reenvío en las leyes en blanco puede realizarse en referencia a otras leyes (leyes en blanco impropias) o a disposiciones administrativas (leyes en blanco propias). En el primer caso, el reenvío a una norma del mismo rango no falta el respeto al principio de la legalidad. En la segunda hipótesis, por el contrario, el método es más discutible, porque el carácter penal del comportamiento dependería entonces de una decisión de orden administrativo. Este reenvío podría ser percibido como una violación del principio de legalidad, salvo que los elementos que hacen el comportamiento punible ya estén suficientemente determinados por la ley penal y, en consecuencia, la disposición administrativa solo responda a ciertas cuestiones de fondo de la incriminación como tal.
- 333 De los problemas producidos por la utilización de leyes en blanco, hay que distinguir aquellos que se relacionan con el empleo de elementos normativos en la redacción de los tipos legales. Estos elementos, en oposición a los elementos descriptivos, se refieren a factores que no pueden ser determinados mediante los sentidos, porque suponen realizar un juzgamiento de valor, sea jurídico (art. 185 CP, «bien... ajeno»), moral o social (art. 196 CP, «forma fraudulenta»).
- 334 Las cláusulas generales son también un caso particular, pero en realidad constituyen una categoría extrema de elemento normativo. Se puede señalar como ejemplo, en derecho penal económico, los términos *comerciante*, *proveedor*, *cliente*, *deudor*, *empresa*.
- 335 En conclusión, las imprecisiones y los reenvíos indicados son inevitables en derecho penal económico, pero esto no significa que el principio de legalidad debe ser abandonado o relativizado al extremo de hacerlo superfluo. El texto legal, a pesar de sus imprecisiones, constituye siempre el límite de la interpretación. El intérprete dispone de un margen de libertad que le permite formarse una opinión, de decidir en el sentido que le atribuirá y de escoger tanto los argumentos a invocar como la manera de presentarlos. Su libertad no es, sin embargo, ilimitada, ya que, estando ligado a la ley como todo otro destinatario, su decisión debe integrarse en el orden jurídico. En derecho penal económico, tomando en cuenta sus particularidades, la interpretación de las disposiciones legales debe hacerse de manera estricta. Así, los elementos normativos, y en especial, las cláusulas generales, deben ser comprendidos en el sentido generalmente reconocido.

2. TIPOS LEGALES DE RECUPERACIÓN (*AUFGANGTATBESTÄNDE*)

- 336 Una crítica formulada en contra de la legislación penal económica se refiere a los tipos legales llamados «de recuperación» (*Aufgangtatbestände* o *Aufgreifstatbestände*, *catch-all clauses*) (Tiedemann, 2014, N° 190 y ss.). Se trata de disposiciones subsidiarias, cuyas condiciones son simplificadas, y que son aplicadas cuando el comportamiento del autor no está comprendido por una disposición penal. Ellas requieren un menor esfuerzo probatorio, haciendo posible la punición del agente.
- 337 A título de ejemplo, en el marco de las infracciones contra el patrimonio, el artículo 192 del Código Penal (apropiación irregular) entra en consideración cuando el comportamiento del agente no está comprendido por otra disposición (art. 185 CP: hurto; art. 190 CP: apropiación común). Es, igualmente, el caso de la incriminación del cohecho activo genérico (art. 397) dirigido a completar la represión de formas de corrupción que no caigan plenamente en alguna de las otras disposiciones.
- 338 También puede indicarse la figura de la falsedad genérica (art. 438 CP) respecto de la falsificación de documentos (art. 427 CP). De acuerdo con esta última disposición, se reprime a quien «hace en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento...». En el artículo 438, por su parte, se dispone: «El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa...».
- 339 En la actividad económica, se presenta con cierta frecuencia la manipulación de documentos informatizados, archivados en especiales bases de datos, para defraudar en el marco de la actividad empresarial. Dichos documentos son representaciones «de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenado en un medio idóneo para permitir su uso posterior» (Pinochet Cantwell, 2006, p. 423; Canelo *et al.*, 2004, pp. 85 y ss. Cfr. Bramont-Arias Torres, 1997, p. 27, 29 y ss.). Estos datos pueden ser vistos y leídos con la ayuda de equipos especiales y reproducidos en copias impresas, esencialmente iguales al documento original, respecto de las cuales se admite, en general, que solo

se diferencian de los documentos en papel en cuanto a su corporeidad⁹. Su valor ha sido reconocido de manera fragmentaria en diversos ámbitos mediante diversas disposiciones legales¹⁰. Una referencia importante es el artículo 234 del Código Procesal Civil, según el cual: «Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de *soportes informáticos*, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado».

- 340 Debido a que no caen del todo en la noción de documento implícita en el artículo 427, no resulta claro si se puede hacer un documento informático falso o imitar uno verdadero. Pero no cabe duda de que sí pueden ser utilizados para cometer falsedad «simulando, suponiendo, alterando la verdad». Comportamiento previsto en el artículo 438 del Código Penal: falsedad genérica. Esta disposición subsidiaria cumple el papel de reprimir a quien «de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa»¹¹. El proceder debe ser significativamente más que una simple mentira o falsedad inocua, de modo que comporte efectos jurídicos a semejanza de los provocados

⁹ Aguilar Cabrera, Daniel, *Valor probatorio y efectos legales del documento informático*. En: <http://www.monografias.com/trabajos97/valor-probatorio-y-efectos-legales-del-documento-informatico/valor-probatorio-y-efectos-legales-del-documento-informatico.shtml>.

¹⁰ La Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287), en su art. 2, inc. 2.1, regula los valores desmaterializados. El DLeg N° 681 valida el uso de tecnologías avanzadas en materia de micrograbación. Además, en su cap. V, art. 14, prevé que las empresas de derecho privado pueden organizar sus archivos mediante las tecnologías de las microformas. El DLeg N° 702 y el DL N° 26095 (y su Reglamento) incluyen dentro de la legislación de telecomunicaciones los documentos electrónicos. El DLeg N° 773 (que aprueba el Nuevo Código Tributario), reconoce expresamente las normas vigentes sobre efectos legales y valor probatorio de las microformas que incluyen documentos informáticos.

¹¹ Disposición que, con ciertas variaciones de redacción, reproduce lo dispuesto en el art. 227 CP de 1863, respecto del cual José Viterbo Arias, después de indicar que «nuestro Código y el argentino, entre los que estudiamos, son los únicos que contienen esta disposición subsidiaria», enumeraba a título de ejemplo una serie de casos en los que era aplicable. Además, justificaba la manera en que el legislador buscaba evitar «vacíos», diciendo que lo había hecho «por ser imposible prever la multitud de formas que la mala fe puede tomar». Su mantenimiento en el código vigente se explica mejor si se considera que permite abarcar las nuevas y modernas formas de describir y constatar hechos en diversos tipos de documentos.

- mediante la falsedad de documentos reprimida según el art. 427 CP. Esto sucede porque se da lugar a una apreciación o un juicio equivocados sobre «la situación de hecho que el documento probaría» (Molinario-Aguirre Obarrio, 1999, p. 518).
- 341 También cabe citar el caso del artículo 3 de la Ley de Delitos Aduaneros que reprime el contrabando fraccionado, consistente en la comisión de varios delitos de contrabando unidos por «un mismo propósito» y relacionado con la represión de la infracción tributaria (art. 33 de esta misma ley), caracterizada porque el monto del valor tributario de la mercadería contrabandeada no supera el límite señalado para describir el delito de contrabando (cuatro UIT, art. 1 de la indicada ley). Con esto se crea una especie de cascada: si no se reprime al agente como autor de contrabando, se le puede sancionar por contrabando fraccionado y, en caso de faltar uno de los elementos, por infracción tributaria.
- 342 Los autores alemanes se refieren con frecuencia a la represión de la violación del deber de tener libros de contabilidad o de establecer un balance (§ 283 pf. 1, pp. 5 a 7). Esta infracción, severamente reprimida con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años, implica que la empresa se encuentra en crisis. No obstante, si la empresa no se halla en esta situación, el comportamiento es también sancionado, aunque menos severamente según el § 283b. Esta disposición constituye un *Auffangtatbestände*, ya que extiende la protección del § 283 a los casos de violaciones realizadas en tiempo normal. La alternativa de no reprimir aplicando el criterio *in dubio pro reo*, en caso de duda sobre si existe una situación de crisis, es difícilmente aceptable (Tiedemann, 2014, N° 191).
- 343 La situación que viene de ser presentada debe ser distinguida de la «determinación alternativa de los hechos» (Escobar Antezano, 2009, pp. 103 y ss.). Esta existe cuando los jueces, al momento de juzgar, admiten que el imputado es, seguramente, responsable de dos infracciones, pero no logran establecer cuál de las dos ha sido cometida. Por ejemplo, cuando no llegan a precisar si el acusado poseía la cosa de un tercero porque la ha robado o la ha recibido como reducidor. La determinación alternativa de los hechos interviene solo si las infracciones en cuestión son equivalentes en el nivel normativo y si no hay ninguna posibilidad de que el imputado quede impune.

344 También hay que tener en cuenta la categoría de la «desvinculación procesal», establecida en el artículo 285-A CPP¹² y consistente en la facultad del juzgador de variar la calificación de los hechos realizada por el fiscal en su escrito de acusación (art. 225 CPP). Este cambio puede tener lugar al dictarse el auto de inicio de la instrucción, el auto de enjuiciamiento o la sentencia condenatoria. La desvinculación procede solo si no implica modificación de los hechos establecidos por el fiscal y hay homogeneidad del bien jurídico. En esta perspectiva, se ha establecido como causa de nulidad la condena por hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal; dicho de otra manera, que no sido objeto de proceso de acuerdo con el artículo 298 del Código Procesal Penal.

3. DELITOS ESPECIALES

345 Los delitos económicos son en gran parte delitos especiales, es decir que solo pueden ser cometidos por un círculo determinado de personas, las cuales tienen una relación particular con el bien jurídico protegido. La realización de la infracción supone así la violación de un deber especial del agente, en razón de una de sus calidades personales. Esta calidad está expresa o implícitamente establecida en la ley como elemento del tipo legal. Según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 813, por ejemplo, la defraudación tributaria solo puede ser obra de la persona obligada a pagar los tributos establecidos en la ley. Los únicos que pueden ser responsables del delito de concentración crediticia, de acuerdo con el artículo 244 del Código Penal, son el director, el gerente, el administrador, el representante legal, el miembro del Consejo de Administración, el miembro de Crédito o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra.

346 La comprobación de esta calidad especial del autor es indispensable, pero no suficiente. Esto depende de la manera como está descrito el delito especial. Así, en el caso de la administración fraudulenta de personas jurídicas (art. 198, inc. 8, modificado por el art. 1 de la Ley N° 29307, del 31 de diciembre de 2008), se reprime a quien: «[...] ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes[...]». Por lo tanto, solo pueden ser autores los administradores o representantes

¹² Modificación del 17 de agosto de 2004. Cfr. Ejecutoria del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490-2006/La Libertad, Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 y STC Exp. N° 00031-2009-PHC/TC, Ayacucho.

- de la persona jurídica. Sin embargo, si consideramos el caso previsto en el inciso 8 («usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica»), no basta que tengan este estatus al interior de la persona jurídica, sino que es indispensable que tengan la facultad, el poder de usar y disponer de los bienes de la empresa con la finalidad de lograr los fines sociales de esta. Por tanto, solo los funcionarios de la persona jurídica que tengan dicha categoría y poder pueden ser considerados agentes potenciales del delito de administración fraudulenta.
- 347 La cuestión central está relacionada con la acción indicada en el verbo típico: «usar». Es decir, según el Diccionario de la Real Academia Española, emplear, utilizar, «hacer servir una cosa para algo». De este modo, el agente debe desviar los bienes de la empresa de su destinación de cumplir los fines de la empresa. Puede hacerlo mediante actos de comisión (mediante el uso directo o la disposición de bienes), así como también absteniéndose de hacer lo necesario para que terceros se aprovechen indebidamente del patrimonio de la empresa (García Cavero, 2007, p. 402).
- 348 Estos problemas de interpretación resultan de los fines perseguidos por el legislador al prever esta octava forma de administración fraudulenta. La cuestión está relacionada, como en el caso del delito informático, con el tipo legal concernido. Su previsión explícita es necesaria debido a que el comportamiento tipificado no puede ser considerado como hurto de uso (art. 187 CP), ni como apropiación ilícita (art. 190 CP). En el primer caso, porque no se da la sustracción del bien que se usa contra la voluntad de la agraviada. En el segundo caso, debido a que no es indispensable la apropiación del bien, que continúa en propiedad de la empresa. Basta con que el agente use el bien ajeno para sus fines personales y, por tanto, en provecho de sí mismo, así como en perjuicio de la agraviada.
- 349 Junto a estos delitos propios, existen los llamados delitos especiales impropios, denominados así porque el comportamiento es incriminado paralelamente como delito común. Se trata en buena cuenta de un caso agravado en razón del deber especial que el agente viola, además del general presupuesto, el delito de base. Es el caso del delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190, cuya pena es aumentada cuando el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial.

- 350 Esta calificación debe realizarse con mucho cuidado en vista de la, a veces, imprecisa redacción de los tipos legales. Así, por ejemplo, tratándose del delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores, parecería que, en el primer párrafo del artículo 251-A, se prevería un delito genérico, y en el segundo, un delito especial impropio. Si se interpreta debidamente el texto legal, se llega a un resultado diferente.
- 351 Esta disposición dice: «El que obtiene un beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico en forma directa o a través de terceros, mediante el uso de información privilegiada...», lo que literalmente indica que cualquiera («el que») puede cometer el delito. Sin embargo, como su ejecución implica que se trate de una «información privilegiada», resulta indispensable que quien la utiliza en su favor debe haberla obtenido por su especial situación personal. Esta se halla determinada por los especiales requisitos condicionados por los deberes de confidencialidad y abstención que tiene el iniciado o *insider* (Reaño, pp. 11 y ss.), previstos en el artículo 43, letra a, b y c de la Ley del Mercado de Valores, concordado con el artículo 40 de esta misma ley. Se trata, en consecuencia, de un delito especial propio, ya que el caso establecido en el segundo párrafo del artículo 251-A sería una simple forma agravada, debida a los cargos especiales que tienen las personas mencionadas. Dicho párrafo dice: «Si el delito a que se refiere el párrafo anterior es cometido por un director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros...».
- 352 Esta particularidad del derecho penal económico de estar constituido en gran parte por leyes especiales debido al tipo de relaciones que regula generalmente origina que se presenten innumerables problemas de aplicación de los criterios propios al derecho penal común, lo que ha generado las tendencias dirigidas a renovarlos o sustituirlos que ya hemos mencionado. Se cuestiona, por ejemplo, si los *extranei* pueden participar en delitos especiales y de qué manera deberían ser sancionados, si el *intraneus* instiga un *extraneus* a cometer el comportamiento incriminado como delito especial cuando es este quien solo domina el hecho o, en caso contrario, es un *extraneus* quien incita un *intraneus* a realizar dicho delito. Tratándose de cuestiones relativas a la participación delictuosa, la regla establecida en el artículo 29 del Código Penal desempeña un papel muy importante.

4. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

- 353 Otra particularidad del derecho penal económico es el recurso a la incriminación de comportamientos ilícitos peligrosos en sí mismos, cuya simple ejecución basta para consumir la infracción. En este caso, es superfluo que se produzca un resultado (daño o puesta en peligro concreto del objeto de la infracción) diferenciado de la acción.
- 354 Aunque esta técnica legislativa concierne también al derecho común, su empleo en el ámbito del derecho penal económico se explica por la índole de la mayor parte de los bienes jurídicos económicos, que revisten ante todo un carácter colectivo o supraindividual. La finalidad no es proteger directamente individuos o evitar perjuicios materiales, sino más bien garantizar una cierta seguridad para que las instituciones e intereses colectivos se consoliden y desarrollen normalmente. El comportamiento reprimido constituye así una perturbación social por el peligro que representa en sí mismo, de modo que es indispensable prohibir su simple realización. Los bienes jurídicos son cuestionados sin que sea realmente afectado de alguna manera el objeto de la infracción en el que se manifiestan.
- 355 El lavado de activos (art. 1 DLeg N° 1106) es una infracción de peligro abstracto. Su realización supone que el acto de blanqueo sea apropiado para «evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso», sin que sea indispensable una obstaculización efectiva. Así, se puede afirmar que el comportamiento reprimido es una puesta en peligro abstracta de la administración de justicia, encargada de identificar, incautar o decomisar dichos bienes.
- 356 La falsificación de documentos («si de su uso pudo resultar algún perjuicio», art. 427 CP), es concebida como una infracción contra el interés colectivo de la *publica fides* y constituye una infracción de puesta en peligro, dirigida a proteger a los particulares en sus relaciones de negocios, en beneficio de la colectividad (Corboz, 2010, N° 2 ad art. 251 CP). Se trata de una puesta en peligro abstracta de la administración de justicia (Corboz, 2010, N° 3 ad art. 305bis CP).
- 357 Para evitar una ampliación excesiva de la represión mediante la previsión de delitos de peligro abstracto, se requiere, en derecho penal económico en especial, examinar si el bien jurídico está o no vinculado de manera más o menos directa con intereses individuales o posibles de ser individualizados. Por ejemplo, en el caso del delito de abuso de información privilegiada, resulta comprensible justificar la represión del comportamiento, porque

la libertad de intercambios en el mercado bursátil no es protegida como bien jurídico autónomo, sino más bien en función de sus relaciones con bienes individuales como el patrimonio o la libertad de decisión. Se trata de los derechos de los inversionistas a participar en dicho mercado de manera libre e igual.

358 Por el contrario, en los casos de contravenciones fiscales, ese vínculo con intereses individuales casi no existe o es extremadamente difuso. La creación de un peligro directo para bienes individuales o bienes colectivos es superflua. En el caso de la defraudación tributaria (art. 1 DLeg N° 813), en el hecho de, fraudulentamente, dejar de «pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes», no se percibe de qué manera significativa y directa se comprometen negativamente los intereses individuales de las personas. Sobre todo si los intereses garantizados son explicados diciendo que la comisión de dicho ilícito «afecta de manera significativa a la sociedad, por cuanto perjudica el proceso de ingresos y egresos a cargo del Estado, imposibilitando que este pueda cumplir con su rol principal de brindar los servicios básicos a los miembros de la sociedad y generando además planos de desarrollo global»¹³.

359 Valga la pena dar un ejemplo foráneo para comprender el problema. El artículo 161bis del Código Penal suizo reprime a quien, con el designio de influir notablemente el curso de los valores mobiliarios tratados en bolsa suiza para procurarse o procurar a un tercero un enriquecimiento ilícito, difunde con mala fe informaciones engañosas. La manipulación efectuada por el autor no debe influir realmente en el curso de los valores mobiliarios, pues basta que, según la ley, tenga la voluntad específica de provocar este resultado (elemento subjetivo del tipo legal). Los intereses de los inversionistas (participantes en la actividad bursátil) son solo indirectamente concernidos en la medida en que el curso de la bolsa no desempeñaría su función de indicador fiable del valor de los bienes negociados. Se trata más bien de garantizar «la confianza que estos tienen en la integridad y el funcionamiento correcto y sin discriminaciones del mercado de capitales»¹⁴, que corre el riesgo de ser perturbado por los actos dirigidos a manipular el curso de valores. Estas variaciones, manipuladas e injustificadas del curso de valores, pueden, efectivamente, producir desconfianza en el público respecto de la calidad de un título valor y el crédito del emisor de dicho título puede

¹³ Exposición de motivos del DLeg N° 813, Ley Penal Tributaria, en Código Penal digital, *Gaceta Jurídica*, 5ª ed., Lima, 2014, p. 564.

¹⁴ Mensaje, 1993, p. 1327; Iffland, 1994, p. 35, 49 y ss.

ser perjudicado. La posible afectación de estos intereses diversos permite caracterizar el hecho de manipular y explica la necesidad de reprimirlo penalmente.

- 360 En casos de este tipo, propios al derecho penal económico, la trascendencia de cierto peligro se materializa por la acumulación de los comportamientos individuales. Así, aun cuando estos, tomados por separado solo tienen un efecto mínimo sobre el sistema económico, es imperativo sancionarlos penalmente si se le quiere proteger en sus elementos esenciales (por ejemplo, sistema tributario, libre concurrencia, sistema de crédito, sistema monetario).
- 361 La previsión de infracciones de peligro abstracto amplía sensiblemente el campo de intervención del derecho penal y abre la posibilidad de abusar del poder punitivo. Sin embargo, su utilización es positiva en la práctica para proteger bienes e intereses colectivos o institucionales: por un lado, solo extiende la esfera de represión para permitir la incriminación de los ataques indirectos, y por otro, hace más eficaz la persecución penal, en la medida en que es suficiente probar la ejecución del comportamiento incriminado, para que la puesta en peligro sea considerada.

CUARTA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

1. INTRODUCCIÓN

- 362 El desarrollo legislativo orientado a incriminar nuevas formas delictivas en el ámbito económico en general, y en particular, en el de las actividades de producción, comercialización y servicios de las empresas, ha condicionado la evolución de los criterios interpretativos destinados a determinar las condiciones de la punibilidad. La manera como estas han sido establecidas ha estado estrechamente vinculada sobre todo a los delitos contra la persona, por lo que resultaban inadecuadas respecto de los nuevos tipos legales destinados, cada vez más, a asegurar los bienes e intereses económicos de orden colectivo.
- 363 En este contexto, se originó y desarrolló una tendencia dirigida a renovar y completar las categorías jurídico-penales o a crear otras nuevas. Mediante la interpretación, marcada por criterios de política criminal y concepciones sociológicas, se fueron reconstruyendo las condiciones de punibilidad de modo de renovar significativamente la denominada teoría del delito.
- 364 Era necesaria esta renovación para responder mejor a las necesidades técnicas que surgían en los procesos penales en materia económica. Y a ello se han dedicado, desde hace algún tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia. La teoría de la imputación objetiva, las concepciones del dolo y el error, las doctrinas de la autoría y la participación en delitos comunes y especiales —por mencionar solo algunos de los ámbitos afectados— han sido, de este modo, adaptadas a los nuevos delitos patrimoniales y económicos cometidos en estructuras de empresa. No es un fenómeno propio al derecho actual. Bien por el contrario, se ha producido de manera semejante a lo largo de la historia y siempre condicionado por la situación social, económica, cultural y doctrinal de cada época.
- 365 No se trata, en consecuencia, de exponer una teoría del delito *sui generis* y propia del derecho penal económico, sino más bien de explicar las especificidades que han ido asumiéndose de acuerdo con las nuevas exigencias planteadas con la finalidad de tener en cuenta las peculiaridades de los delitos económicos y del medio en el que son cometidos. El objetivo

es el mismo que el de la dogmática en general: generar un complejo de criterios, partiendo de la ley, que permitan aplicarla de manera racional, coherente, fundamentada y justa. Considerando los alcances limitados de esta obra, solo serán tratados algunos de los múltiples aspectos de esta problemática. Para ello, tendremos en cuenta el esquema de los llamados elementos del delito, tomando en consideración las variaciones que se han producido debido a las circunstancias antes invocadas. Es decir, los temas estarán relacionados y, por tanto, presentados como temas de tipicidad, ilicitud y culpabilidad, sin descuidar de utilizar, cuando se estime conveniente, a los aportes dogmáticos de las últimas décadas.

2. TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

2.1. Imputación objetiva

- 366 Mediante el criterio de la imputación, se busca determinar si, mediante su accionar, el agente ha realizado el tipo legal, de modo que pueda atribuírsele este hecho de relevancia penal como obra suya¹. Sobre esta constatación, se procederá enseguida a determinar si esta acción típica puede serle imputada como ilícita y culpable².
- 367 No se trata más de resolver el problema de la causalidad, comprendido en el análisis de la imputación objetiva. Esto se debe a que la intervención penal no tiene la finalidad de reprimir a las personas por el daño causado a terceros, sino más bien por el hecho de crear o aumentar riesgos que perjudiquen bienes jurídicos ajenos.
- 368 La imputación del comportamiento y, en los casos necesarios, de las modificaciones producidas en el mundo cuando estén previstas en el tipo legal concernido, tiene lugar a través de criterios meramente normativos, jurídicos: el autor debe comportarse de manera de crear o aumentar un

¹ En el Perú, hay tesis dedicadas a esta tema: Caro John, 1996; Paredes Vargas. Asimismo, Abanto Vásquez, en Roxin, 1997, pp. 14 y ss.; Villa Stein, 2008, pp. 223 y ss.; cfr. Castillo González, 2009, I, pp. 430 y ss. De manera más amplia, se afirma que se trata de precisar las propiedades generales y objetivas para calificar una acción de imputable, Jakobs, 1995, § 7, N° 4.

² Frisch, 2004, pp. 87 y ss.; García Cavero, 2008, pp. 324 y ss.; Kindhäuser, 2006, vor §§ 13, N° 101 y ss.; sentencia del 12 de enero de 1998, RN N° 1767-97 Lima, en la que se menciona la imputación objetiva, pero la impunidad del procesado se debe a la aplicación del principio de la legalidad. Tampoco es correcto el razonamiento de los jueces en la medida en que dicen seguir los criterios de la imputación objetiva. Más bien el exceso en que incurre el instigado no es reprochado al instigador porque no está comprendido en el doble dolo que caracteriza la instigación, según la sentencia del 9 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en Vargas, 1999a, p. 168.

peligro, este peligro ilícito debe materializarse en el resultado y debe tratarse del peligro considerado en el tipo legal.

2.2. Relación de causalidad e imputación objetiva

2.2.1. Introducción

- 369 El punto de partida del análisis de las condiciones de punibilidad (teoría del delito) ha sido durante mucho tiempo, siguiendo los criterios iniciales establecidos por la denominada escuela clásica del derecho penal, el criterio de la acción. Como primer elemento del delito, era percibido sobre todo como un suceso acaecido en el mundo externo y causante de una modificación perjudicial a los intereses de terceros. La acción penalmente relevante era aquella indicada en el verbo central del tipo legal (matar, lesionar, apoderarse, falsear). Como uno de sus factores esenciales era considerada la relación de causalidad. Para explicarla se plantearon y presentaron diversos criterios, como los de la causalidad natural y la causalidad adecuada. Sus promotores los han planteado como explicaciones del suceso causal, y por esta razón, han sido criticados por sus opositores desde una perspectiva calificada de «normativa». Sin entrar en la complejidad del contexto general en que se desenvuelven estas ideas, es indispensable recordar que ninguna de las concepciones constituye una explicación científica (menos natural) de la «causalidad». El refinamiento de las ideas desde aquella denominada «causalidad natural» hasta la de la «relevancia», pasando por la de la «causalidad adecuada», revela el afán de precisar bajo qué condiciones mínimas debe considerarse la acción típica como obra de quien la realizó. La culminación de estos esfuerzos hasta el momento es la concepción de la imputación (objetiva y subjetiva), que ha tenido como terreno propicio el ámbito del derecho penal económico.
- 370 De esta manera, se busca superar no solo las dificultades planteadas a través de las concepciones sobre la causalidad, sino tratar mejor las cuestiones relevantes a la tipicidad cuando se trata de la imputación objetiva. Sin embargo, para ubicar mejor la cuestión, resulta necesario presentar algunas consideraciones sobre la causalidad.
- 371 En cuanto al derecho penal económico, hay que destacar, ante todo, el hecho de que comprende principalmente delitos de peligro abstracto. Esto, como hemos visto, da lugar a fuertes críticas a partir, sobre todo, del principio de lesividad. En este tipo de delitos, no se plantea la cuestión de la causalidad, la cual concierne la ejecución de delitos de resultado (de lesión

- o de peligro concreto). En tanto delitos formales o de pura actividad, los primeros son realizados mediante la simple ejecución de la acción prevista en el tipo legal. Una excepción está constituida por los tipos legales llamados «de aptitud», que requieren, por un lado, la ejecución de un comportamiento peligroso (apreciación *ex ante*), y por otro, la posibilidad de que la situación de peligro se presente (apreciación *ex post*). Conviene entonces determinar la «capacidad» del comportamiento para crear la situación de peligro y no de probar que esta se haya realmente presentado.
- 372 Según el artículo 288, el autor debe producir, vender, poner en circulación, importar o tomar en depósito «alimentos, aguas, bebidas o bienes destinados al uso o consumo humano, a sabiendas de que son contaminados, falsificados o adulterados». La exigencia de que el «objeto del comportamiento incriminado» tenga que ser un bien contaminado, falsificado o adulterado (no conforme a las reglas destinadas a proteger la vida y la salud de los consumidores o usuarios) muestra que se reprime debido al peligro que representan (delito abstracto). Este peligro se constata comprobando la «potencialidad» del comportamiento, sin que sea necesario constatar que alguien corrió el riesgo de sufrir un daño en su vida o salud de manera concreta.
- 373 Los criterios para explicar los problemas relacionados con la causalidad son muy diversos. Algunos ejemplos son el de la teoría de la equivalencia de condiciones (Hurtado Pozo, 2011, N° 495 y ss.), de la teoría de la causalidad adecuada (Hurtado Pozo, 2011, N° 512 y ss.) y de la teoría de la relevancia. Siendo estos insuficientes para determinar de modo satisfactorio las cuestiones implícitas a esta problemática, se ha ideado el criterio de la imputación objetiva. Su objetivo va más allá de responder a si se da o no la causalidad, sino más bien se orienta a determinar si el comportamiento y sus efectos deben o no ser atribuidos al autor, en tanto realización del tipo legal.
- 374 En la perspectiva tradicional del tratamiento del vínculo causal, se afirmaba que la teoría de la equivalencia de las condiciones solo puede dar soluciones satisfactorias si está previamente establecido que el acto es apropiado para provocar el resultado. Así por ejemplo, en el caso de ingestión de medicamentos como *Thalidomide* o *Contergan* (Bruns, 1972, pp. 317 y ss.) bajo receta médica durante el embarazo, subsisten dudas sobre si a estos se debe que el niño presente malformaciones al nacer, en la medida en que no hay pruebas científicas de que creen riesgos para que se produzcan este tipo de perjuicios (Hurtado Pozo, 2011, N° 501).

- 375 Según la teoría de la causalidad adecuada, el comportamiento del autor debe ser apropiado, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia general de la vida, para producir o favorecer el resultado considerado. Por el contrario, dicha relación está excluida si ese resultado no se realiza debido a causas concomitantes excepcionales o que aparecen como propias de un comportamiento extraordinario, insensato o extravagante e inesperado, concepción criticada por la imprecisión de las expresiones «curso ordinario de las cosas» y «experiencia general de la vida». Estos criterios normativos se dirigen más a establecer las condiciones en las que debería considerarse al comportamiento como obra del agente que a explicar «materialmente» la relación entre el agente, su comportamiento y el cambio del mundo exterior producido.
- 376 Esta explicación permitió que se perfilara la noción de la relevancia, por la que se busca precisar que debe tenerse en cuenta la significación del comportamiento y del desarrollo causal para el derecho penal. Con este objeto se debe considerar la finalidad protectora de la norma y las especificidades de los tipos legales. De la misma manera que la teoría de la causalidad adecuada, considera las condiciones del proceso causal conformes al tipo legal para fundamentar la responsabilidad y deja abierta la posibilidad de tener presente el fin de protección de la norma y las particularidades de cada tipo legal (Wessels & Beulke, 2001, N° 176). Con ello se facilitó el planteamiento de que la cuestión era más bien la de fijar bajo qué condiciones procede la imputación en el marco del injusto típico objetivo (*objektives Unrechtstatbestand*).

2.2.2. Causalidad como base

- 377 Como el azar es el límite de la previsibilidad y a nadie se le puede exigir que se comporte de una manera determinada si, conforme a las circunstancias, le resultan imprevisibles las posibles consecuencias de su comportamiento, el límite de la imputación debe ser la comprobación de un mínimo de conexión entre su actuar y esas consecuencias. Con este objeto, se recurre al criterio de la conformidad con las leyes naturales y de la experiencia, criterio normativo expresado en la dogmática alemana con la fórmula: *Formel von der gesetzmäßiges Bedingungen* (Stratenwerth, 2005, § 9 N° 21; Armin Kaufmann, 1971, pp. 572 y ss.). Las modificaciones del mundo exterior siguen temporalmente de manera sucesiva a la conducta realizada de acuerdo con una ley de la naturaleza y llegan a constituir el estado fáctico

- considerado como resultado en una disposición penal (Engisch, 2008, p. 50).
- 378 Esta mínima relación de causalidad existe o no y es equivocado hablar, como se hacía en un época, de interrupción de la causalidad. Se recurría a este criterio con la finalidad de excluir en ciertas circunstancias la responsabilidad del agente. Se trataba de los llamados cursos causales hipotéticos y alternativos. Así, respecto de los primeros, es inadmisibles excusar al torturador que lesiona a la víctima porque si él no lo hubiera hecho, dado el sistema totalitario en que actuaba, otro hubiera de todas maneras practicado la tortura (Kühl, 2000, § 4, Nº 20a.). En cuanto a los segundos, cuando el resultado se produce por la comisión de un primer acto, pero que se hubiera igualmente producido por la ejecución de un segundo (intervención de un tercero). Lo relevante es que si se suprime el acto del agente, la muerte no se hubiera producido en el momento en que tuvo realmente lugar. No es cuestión de referirse a la «muerte de otro» (respecto del tipo legal) sino al fallecimiento de la víctima en el caso concreto.
- 379 En el campo de las actividades empresariales, con relativa frecuencia se ha admitido como causa de un perjuicio todas las manifestaciones de voluntad que intervinieron en la toma de una decisión colectiva (*Kollektiventscheidung*), aun si una de ellas no es decisiva (*Mehrfachkausalität*). En este sentido, no debería afirmarse que la causalidad no se da cuando los agentes actúan separadamente de manera apropiada para realizar el perjuicio típico. No es suficiente recurrir al criterio de la equivalencia de condiciones para afirmar lo contrario.
- 380 Tampoco se puede sostener la falta de causalidad respecto de los denominados cursos causales anómalos (concausas) y de los casos de intromisión dolosa o culposa de terceros en el desarrollo de los hechos.
- 381 Las dificultades que presentan estos casos no conciernen a la causalidad, sino más bien a la imputación objetiva, es decir, de determinar bajo qué condiciones debe ser admitido que el tipo legal ha sido realizado y que este hecho es obra del agente.
- 382 Por el contrario, y también conforme a los criterios de las leyes naturales, existe relación de causalidad, por ejemplo, cuando el resultado perjudicial que el agente busca producir es realizado antes por la intervención de un tercero. Este no interrumpe el desarrollo de los hechos generados por el primero, sino que se dan dos procesos causales independientes que constituyen la base para determinar la imputación objetiva de los hechos

a cada uno de los autores y en la perspectiva de los tipos legales respectivos (por ejemplo, homicidio y tentativa de homicidio). Lo mismo acontece cuando la injerencia intencional de un tercero reemplaza, en cuanto a sus efectos, la acción del primer autor, salvo que este no haga sino reforzar el efecto perjudicial del primer comportamiento.

- 383 No basta además «comprobar» que el comportamiento sea causa del resultado para admitir que el comportamiento es típico, pues esto puede darse en caso de un comportamiento anodino o cotidiano; por ejemplo, el hecho de prestar un hacha a una persona torpe, la que por descuido se lesiona al utilizarla. En este caso, es evidente que la acción de prestar el hacha (causa natural de la lesión) no realiza el tipo legal que prevé el delito de lesiones corporales (art. 121 CP). Tradicionalmente, se consideraba que debía tenerse en cuenta si el agente actuó o no con dolo. En caso afirmativo, se exigía que el agente tenga conciencia del desarrollo causal y, en los culposos, la constatación de la posibilidad de prever el resultado. En consecuencia, en los ejemplos citados, las personas en cuestión no eran punibles por falta de dolo o de culpa (Baumann, Weber & Mitch, 2003, § 14, N° 100).

2.2.3. Creación de riesgo no permitido

- 384 Dada la complejidad de las relaciones sociales, sobre todo en sociedades en que la industria, el comercio y las comunicaciones son altamente tecnificadas, todo comportamiento humano implica una intromisión en el ámbito de terceros. Además, hay que considerar que muchas actividades indispensables para el normal funcionamiento y desarrollo de la vida comunitaria implican diversos peligros. Por ejemplo, la construcción de edificios, la fabricación de medicamentos o la circulación de vehículos automotores suponen la creación de situaciones de las que pueden resultar perjuicios para los bienes de terceros. Sería entonces desmesurado pretender sancionar la creación o el aumento de todo riesgo. Esta situación obliga a que el derecho penal solo intervenga cuando el comportamiento comporte sobrepasar el límite de lo autorizado o tolerado (Roxin, 2006a, § 11, N° 39, pp. 59 y ss.).
- 385 Debido a que la actividad riesgosa es positiva para la comunidad, debe ser tolerada dentro de un margen de riesgo que solo podría ser eliminado en caso de que solo sea posible hacerlo mediante esfuerzos desproporcionados a las ventajas que implica la actividad en cuestión. El límite de dicho riesgo debe ser fijado *in concreto*, considerando las circunstancias materiales y

personales, ponderando los intereses en conflicto (Mir Puig, 2001, pp. 407 y ss.; Frisch, 2004, pp. 220 y ss.), así como respetando las reglas técnicas fijadas legalmente o resultantes de la praxis cotidiana (en general o en la de ciertos sectores determinados, *lex artis*). El riesgo que no sobrepasa este límite es denominado «riesgo permitido» (Oehler, 1961, pp. 232 y ss.; Rehberg, 1962; Roeder, 1969; Jakobs, 1991, 7/35 y ss.). Se trata, por ejemplo, de los límites de velocidad en el tráfico de vehículos, las prescripciones sobre la manipulación y transporte de explosivos, sustancias químicas, de la conservación doméstica de medicamentos o sustancias tóxicas, la construcción o demolición de inmuebles.

- 386 Hay que destacar, igualmente, que con mayor frecuencia (principalmente en derecho penal económico) se incriminan comportamientos describiéndolos de tal manera que se engloban acciones que no merecen ser desvaloradas o desaprobadas penalmente. Estos comportamientos pueden ser calificados de neutros según el ordenamiento normativo vigente.
- 387 Además, hay que recurrir también, y en vista de que innumerables actos cotidianos pueden dar lugar o ser utilizados para cometer delitos (Jakobs, 1998, pp. 140 y ss.; Jakobs, 1995, 7/56 y ss. y 24/17 y ss.; Lesch, 1995, pp. 34 y ss.; Robles Planas, 2003, pp. 32 y ss.; Feijóo Sánchez, 1999, pp. 18 y ss.; Blanco Cordero, 2001, pp. 26 y ss.), al criterio de que se debe confiar que los otros respeten las prohibiciones. El hecho de que esto no suceda constituye un riesgo tolerado.
- 388 Una acción socialmente adecuada, aun cuando reúna las condiciones de un tipo legal, no debe servir de base para pretender imputarla penalmente a su autor. Este no hace sino obrar conforme a los patrones sociales de comportamiento. No se da una situación de riesgo prohibido, por lo que resulta penalmente irrelevante, a pesar de que es «formalmente típica».

2.2.4. *Agente responde por crear un peligro*

- 389 El peligro no permitido puede ser el resultado de una acción o de una omisión. En el primer caso, el agente se entromete activamente en el ámbito de otro. En el segundo, el agente no evita la generación del riesgo a pesar de tener el deber de intervenir. Estos comportamientos se desarrollan en interactividad con terceros y en contextos determinados, por lo que debe determinarse, ya que la responsabilidad por la creación del riesgo no permitido puede corresponder indistintamente a quienes participan o a quien debe atribuírsele precisamente.

2.2.4.1. Principio de confianza

- 390 Con este objeto es de tener en cuenta el denominado *principio de confianza*, consistente en que a quien interactúa socialmente de manera correcta no se le debe exigir que prevea que se producirá un resultado perjudicial prohibido debido al comportamiento inadecuado de un tercero. Esto implica que se parte del supuesto que se tiene, correctamente, de que el tercero obrará conforme al orden jurídico. Así, se espera que quien obre a continuación del acto realizado (fabricación de un explosivo), lo hará cumpliendo con la precaución necesaria (para conservarlo en depósito o transportarlo), o que quien ha ejecutado un acto previo (esterilizar un instrumento médico) lo ha efectuado correctamente, por lo que el perjuicio ocasionado al ser utilizado por un tercero (cirujano en una operación) no puede ser imputado a este si la esterilización no fue, en realidad, realizada debidamente.
- 391 Especial importancia tiene este criterio en el derecho económico cuando, a diferencia de lo que sucede en la vida corriente, los interactuantes forman parte de una relación institucionalizada, por ejemplo en el seno de una empresa. Estos obran de acuerdo con los papeles que desempeñan y, por tanto, del análisis de los deberes de cada uno se precisará en qué consistirá la confianza que uno debe tener respecto del otro.
- 392 El criterio de confianza es útil igualmente para fijar el límite de tolerancia del riesgo y en qué momento debe, sin embargo, tomarse medidas de precaución para descartar el peligro. Ese momento se da cuando se percibe de manera concreta que la persona en quien se confía no se comportará manifiestamente de la manera como se espera, no tiene la capacidad necesaria o quien actúa tiene la obligación de compensar las incorrecciones en que incurra el otro. Entonces, deberán tomarse las precauciones indispensables.
- 393 En la organización y el funcionamiento de la empresa, como en todo comportamiento colectivo, es significativa la división de tareas y responsabilidades. El éxito de la labor común depende de que cada uno cumpla sus deberes, lo que los demás esperan que suceda. En el caso de la empresa, en especial, se debe analizar el cumplimiento de los deberes y la confianza recíproca con relación a que las interacciones se dan en sentido vertical, debido a la estructura jerárquica que se presenta. Si bien los inferiores tienen mayormente confianza en que sus superiores se comportarán debidamente, los deberes de control y vigilancia que estos tienen respecto de sus inferiores hacen que la relación sea diferente: desconfianza en que obrarán de modo debido.

- 394 En caso de delegación de funciones o tareas, depende del contenido del acto de delegación. Quien las delega debe controlar al delegado en razón a que está en juego si su selección ha sido conveniente. La delegación no debe crear o aumentar los riesgos propios a la labor colectiva.

2.2.4.2. Prohibición de regreso

- 395 El simple hecho de que un comportamiento esté relacionado con el proceder peligroso de otro no basta para que se le pueda imputar también a él este comportamiento. Este es el caso cuando un tercero utiliza unilateralmente el comportamiento inocuo cometido (comerciante que vende un arma conforme a ley) para cometer un delito (matar una persona). Asimismo, el hecho de prestar un servicio autorizado socialmente (proporcionar asesoría fiscal) a un empresario, quien comete una defraudación tributaria, salvo que se haya contribuido a la creación o aumento del riesgo no permitido. En la medida en que se limitan a cumplir los servicios que prestan, obran legalmente y no sobrepasan el límite del peligro autorizado, no se les puede imputar responsabilidad por el acto del tercero (Reyes Alvarado, 1996, pp. 50 y ss.; Rudolph, 1998, pp. 53 y ss.; Feijóo Sánchez, 1999b, pp. 19 y ss.; López Díaz, 1996, pp. 62 y ss.).
- 396 La cuestión es cómo limitar los alcances de la intervención de quien comete el comportamiento neutro, estereotipado o socialmente adecuado. Al respecto, deberá plantearse si existen o no deberes especiales que impongan la obligación de evitar el comportamiento delictivo («materialmente favorecido»), qué grado de conocimiento se tiene sobre los objetivos del tercero o en qué medida el comportamiento ordinario se adecúa a la ejecución del delito. En principio, es penalmente irrelevante que el ejecutor del acto inocuo sabía, suponía o podía prever la explotación delictiva de su comportamiento o de su prestación por parte del delincuente.

2.2.4.3. Responsabilidad personal de la víctima

- 397 Hay que destacar que el hecho de actuar a propio riesgo, infringiendo medidas de autoprotección o la puesta en peligro voluntaria de sí mismo, no es penalmente relevante, por tanto la injerencia de un tercero en este acto tampoco concierne al derecho penal.
- 398 Tratándose de un comportamiento colectivo, es de considerar la responsabilidad de cada uno de los participantes, ya que la manera de actuar de uno o de algunos de estos puede crear la ocasión para que otro,

responsablemente, ejecute un comportamiento peligroso para sí mismo. A partir de entonces surge su responsabilidad personal, es decir, asume la responsabilidad por el acto que realiza. De este modo, si padece algún perjuicio, este no debe ser imputado a los demás participantes, aun cuando sus actuaciones determinaran o dieran ocasión para que el lesionado, consciente y voluntariamente, practicara el comportamiento peligroso, salvo que se trate de una persona que padece incapacidad debido a la edad, salud mental o, que en el momento de los hechos, carecía de plena consciencia del riesgo en que incurría (posibilidad de autoría mediata). Las reglas del consentimiento válido son decisivas en el esclarecimiento de la situación. Estas se basan en la autorresponsabilidad de la víctima, que es afectada en caso de ser instrumentalizada por el agente en una relación de superioridad o dependencia e, igualmente, cuando el agente tiene deberes de garante respecto de la víctima (padres en relación con sus hijos menores).

2.2.5. Realización del riesgo no permitido

- 399 Imputar el comportamiento al agente como si fuera el previsto en el tipo legal, en el caso de los delitos formales o de pura actividad, depende estrictamente de que sea la materialización del peligro que él ha creado o aumentado. En los delitos de resultado (lesión o peligro concreto) es, además, indispensable comprobar que el resultado concretiza el riesgo no permitido creado. De no darse plenamente este vínculo objetivo, según las circunstancias, solo podría darse una tentativa, ya que no se presenta el perjuicio del resultado valorado negativamente (Rudolph, 2009, Vor § 1, N° 63.). La constatación que se haga debe ser *ex post*, es decir, considerando los factores conocidos una vez ejecutado el comportamiento, mientras que la comprobación del peligro no permitido tiene lugar *ex ante*, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas en el momento en que fue ejecutado.
- 400 No se debe imputar objetivamente la realización del resultado a quien disminuye el peligro y así evita uno mayor (Stratenwerth, 2005, § 9, N° 31; Samson, 1972, pp. 86 y ss., 101 y ss.). Salva a la víctima de sufrir lesiones graves, pero da ocasión para que sufra una lesión leve. Su comportamiento es atípico y, por tanto, no se plantea la cuestión de si el agente actuó bajo el amparo de una causa de justificación. Este recurso se presenta, por el contrario, cuando se produce una sustitución de peligros. Por ejemplo, cuando se priva de libertad a una persona para impedir que sea atacada físicamente (Roxin, 2006a, § 11, N° 42 y ss.). La imputación de su comportamiento procede, pero cabe preguntarse si su actuar es lícito.

- 401 De acuerdo con lo explicado hasta ahora, también hay que rechazar dicha imputación cuando el perjuicio se produce por la intervención de un tercero o de la misma víctima. En lugar de hablar erróneamente de interrupción de la relación causal, hay que apreciar que se dan dos posibilidades: por un lado, la causalidad no es apropiada y entonces no se puede imputar el resultado al agente, y por otro, la causalidad existe y, en consecuencia, la cuestión de la responsabilidad penal subsiste en el fondo. Se trata, en buena cuenta, de una delimitación de los ámbitos de responsabilidad personal.
- 402 Por esto, aunque el resultado hubiese podido tener lugar en otras circunstancias, debe imputársele. Es el caso, por ejemplo, cuando uno de los participantes en el proyecto delictuoso, defraudar una empresa, es reemplazado en el momento de pasarse al acto. Al sustituido también podría imputársele el comportamiento realizado. Lo mismo debe admitirse respecto de la doble causalidad (cada uno realiza un acto propio para producirlo).
- 403 Casos problemáticos se presentan cuando existen varias fuentes de peligro y resulta complicado determinar cuál de estas es la que generó el perjuicio. El ejemplo muy citado es el del camionero que al sobrepasar a un ciclista no respeta la distancia reglamentaria, circunstancia en la cual el ciclista, en estado de ebriedad, realiza una falsa maniobra que da lugar a un accidente: la llanta trasera del camión lo aplasta. Este resultado se hubiera producido, muy probablemente, aun si el chofer hubiera respetado la distancia reglamentaria (Roxin, 2006a, § 11 N° 76; Cramer & Steinberg-Lieben, en Schönke & Schröder, 2006, § 15, N° 174). Según el criterio dominante (Jakobs, 1991, 7/98 ss.; Schröder, en LK, § 16 N° 190; Cramer & Steinberg-Lieben, en Schönke & Schröder, 2006, § 15, N° 171), la causalidad solo debe admitirse si hay plena seguridad (o una alta probabilidad) de que el resultado hubiera sido evitado de no haberse cometido el comportamiento prohibido. En el ejemplo propuesto, si el camionero hubiera respetado la distancia reglamentaria, el principio *in dubio pro reo* entraría en consideración. La inconsistencia de este criterio radica en que es imposible probar dicha hipótesis, porque el caso no podría ser reconstruido nunca en las mismas condiciones. Por esto se ha pensado que, más bien, debería plantearse la cuestión de si se puede eliminar la duda existente respecto de la relación entre riesgo y resultado y, si esto no es factible, no convendría imputar la muerte al chofer porque es imposible establecer que el ciclista hubiera muerto en el accidente aun cuando hubiera actuado conforme a derecho. Sin embargo, algunos sostienen que no se puede descartar del todo que dicha relación exista con respecto al incremento del riesgo; basta que

el agente esté vinculado con la situación de peligro para que se le pueda imputar el resultado, porque mediante su intervención, este ha privado a la víctima del margen de probabilidad que aún tenía de sobrevivir.

- 404 Se le imputaría el resultado porque, en lugar de respetar el riesgo permitido, lo ha aumentado, y que el resultado es la concreción de la intensificación del peligro (teoría del riesgo) (Roxin, 2006a, § 11, N° 77 y ss.). Se discute mucho esta tesis, a pesar de que es aceptada por un buen número de autores (Jescheck y Weigend, 1996, § 55, II 2 b aa; Rudolphi, en SK, AT 1, Vor § 1, N° 65 y ss.; Puppe, 1983, pp. 287 y ss.). Sin embargo, no cabe invocar el principio *in dubio pro reo* porque lo decisivo es que el agente haya aumentado realmente el riesgo de manera prohibida (Roxin, 2006a, § 11, N° 96).

2.2.6. Riesgo prohibido por la norma

- 405 Para superar esas dificultades, se recurre con mayor acierto al criterio que afirma que el factor decisivo es que el resultado debe ser uno de aquellos que la norma, que prohíbe la creación del peligro, busca evitar que se produzcan. En otras palabras, el peligro creado o aumentado debe contradecir la finalidad de protección específica de la norma incumplida. Por ejemplo, la lesión que sufre un peatón a causa de un hueco en la acera no debe ser imputada al propietario del restaurante que no ha iluminado la entrada de su establecimiento, cercano al hueco que ocasiona el accidente. La norma que ha sido incumplida no tiene la finalidad de evitar daños como el padecido por el peatón, de modo que poco importa que el comportamiento conforme al derecho hubiese o no evitado la producción del resultado. Lo mismo se puede decir en el caso del automovilista que conduce a velocidad excesiva y luego disminuye la velocidad al límite autorizado, ocasión en la que atropella y lesiona un peatón. El exceso de velocidad es causa del resultado en la medida en que condiciona el hecho de que el vehículo se encuentre en el lugar del accidente justo en el momento en el que el peatón cruza la calzada. Sin embargo, el accidente y las lesiones consecutivas no constituyen la materialización del riesgo que implica el exceso de velocidad (Roxin, 2006a, § 11, N° 85 y ss.; cfr. Baumann, Weber & Mitch, 2003, § 14, N° 88 y ss.). Las reglas en las que se fijan los límites de velocidad no tienen por objeto asegurar la puntualidad en las citas o que las personas que se trasladan en vehículos pasen por un lugar a una hora determinada.

2.2.7. *Imputación en el caso de delitos especiales*

- 406 Los criterios planteados y explicados precedentemente conciernen en principio a la mayor parte de delitos. Sin embargo, recurrir a ellos supone tener en cuenta ciertos casos particulares; por ejemplo, en los delitos de omisión (respecto de los cuales no es posible concebir el vínculo objetivo de causalidad) o culposos (en los que confluyen los criterios de la imputación objetiva en la determinación de la culpa). Mención especial, en el ámbito del derecho penal económico, exigen los delitos especiales, que se caracterizan por que el tipo legal exige que el agente sea titular de un particular deber, de modo que el comportamiento típico implica la violación de este deber (por ejemplo, deber de funciones, deber de tributar). Esta violación debe ser posible dentro del marco normativo en que se estatuye el deber, del cual dependen la intensidad y permanencia de la obligación de actuar de acuerdo con el deber concernido.
- 407 El papel decisivo que desempeña el cumplimiento o no del deber en la calificación e imputación de los delitos especiales condiciona que estos sean tipificados generalmente como delitos de pura actividad, por tanto, sin considerar la producción de un resultado (delitos de infracciones de deber). Basta, en consecuencia, imputar el comportamiento típico. Por el contrario, si el tipo prevé un resultado determinado, es indispensable comprobar que este no corresponda a la situación que se busca instaurar o mantener con la imposición del deber en cuestión. La vinculación es de índole específicamente normativa y desempeña un papel menor el hecho de que sea la materialización del peligro prohibido creado o aumentado por el agente.

2.2.8. *Jurisprudencia*

- 408 Mediante la imputación objetiva, se pone en evidencia el aspecto valorativo-normativo de la atribución del comportamiento y de sus efectos perjudiciales al agente como si fueran su obra personal. Esto era oculto cuando se trataba de resolver el problema como si fuera una cuestión de relación de causalidad. El problema es más amplio y su análisis supone apreciar los objetivos de la represión, que son determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que se basa el mismo derecho penal. Deben, pues, ponerse en evidencia los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo del Estado.

409 La Corte Suprema de Justicia ha dictado diversas resoluciones, en las que admite algunos criterios de la teoría de la imputación objetiva con la finalidad de excluir la responsabilidad por la pura causalidad. Así, por ejemplo, en la ES del 16 de setiembre de 2004, RN N° 2270-2004, La Libertad, se resolvió un caso de participación en el delito de enriquecimiento ilícito: un funcionario bancario facilitó el curso y destino de varias operaciones de traslado del dinero, producto de actividades delictivas cometidas por el presidente de un Consejo Regional, a través de la recepción y visado de cheques, en el marco de la regulación bancaria. Los jueces afirmaron que: «existe un ámbito de actuación del interviniente que es inocua y cotidiana, y que solo 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 la que otros realizan el tipo». De manera similar, se pronunciaron en la ES del 7 de marzo de 2000, RN N° 4166-99, Lima, para lo cual recurrieron a los conceptos de rol social y de prohibición de regreso. Se trataba del caso de un taxista, cuyos servicios fueron solicitados por un desconocido, quien lo condujo hasta un inmueble en el que otros sujetos lo esperaban para trasladar cosas que habían robado. Sostuvieron los magistrados que el encausado «se limitó a desempeñar el rol social de taxista, por lo que su comportamiento debe calificarse como inocuo, pese a que en algún momento del desarrollo de la acción tuvo conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes». Asimismo, en la ES del 25 de noviembre de 2004, RN N° 552-2004 Lima, trataron un caso de tráfico ilícito de drogas, denominado caso del «camionero», acudiendo a tres criterios de imputación objetiva: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso. Señalaron que: «el acusado, dentro de su rol social 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 al aceptar transportar la carga de paquetes de hojas de coca camuflados, al hacerlo en la confianza de que los demás realizaban una conducta lícita; y, en tanto él no era dueño del camión, sino solo el chofer asalariado, su deber de control sobre los demás se encuentra limitado». Por último, en la ES del 24 de noviembre de 2004, el RN N° 608-2004 Ucayali, nuevamente en un caso de tráfico ilícito de drogas, caso llamado de la «arrendadora», sostuvieron que: «la actuación de la propietaria de un inmueble, donde se arrendaban cuartos, no configuraba participación delictiva en la conducta de sus inquilinos que traficaban con drogas; incurriendo la arrendadora dentro de una conducta socialmente adecuada y dentro de un ámbito de confianza» (cfr., Mendoza Llamacponcca, 2007, pp. 29 y ss.).

- 410 Según esta segunda concepción, el resultado es imputado al autor cuando se presentan las cinco condiciones siguientes: (i) existencia de una relación de causalidad según los criterios de las leyes naturales; (ii) la creación o aumentación de un peligro no autorizado por el orden jurídico; (iii) la atribución del peligro al autor del comportamiento; (iv) la realización del peligro en el resultado del comportamiento, y (v) la concreción del riesgo prohibido por la norma. Esto implica que se tenga en cuenta el conjunto de las condiciones normativas que determinan el límite a partir del cual el resultado previsto por una disposición legal puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado, sin recurrir como correctivos a las nociones de intención o negligencia. Estas condiciones son directamente deducidas del tipo legal y los criterios normativos así establecidos sirven para resolver correctamente los casos en los que las teorías de la causalidad no aportaban solución satisfactoria, pero sin abandonar en cierta manera el criterio de la causalidad natural (Hurtado Pozo, PG, N° 517).
- 411 El método de análisis de la imputabilidad objetiva supone el enfoque siguiente: el punto de partida es la constatación que era previsible, conforme a las leyes naturales generales, que el comportamiento da lugar al resultado; enseguida, hay que ver si las condiciones de imputación indicadas precedentemente se presentan. En la afirmativa, se puede admitir que el autor cumple las condiciones de la disposición legal. Así, su comportamiento y el resultado pueden serle imputados objetivamente.
- 412 El contenido ilícito de las infracciones económicas y el objeto que se busca proteger difieren respecto del derecho penal común, en consecuencia, los criterios de causalidad también. Un dominio particular, en el que se ha analizado las cuestiones de causalidad y de imputación objetiva, es el de la responsabilidad por vicio en el producto, en el que las dificultades provienen del hecho de que los expertos no logran probar que los daños o peligros concretos son provocados por la producción y la distribución de ciertas mercaderías (alimentos, medicamentos o artículos de uso corriente). El caso alemán denominado como *Lederspray* (Voir BGHSt 37, pp. 106 y ss.; Tiedemann, 2014, § 4, N° 277) es muy conocido y discutido. Se trata de un caso en el que la utilización de un spray para zapatos y otras mercaderías en cuero ha sido considerado como el origen de perturbaciones en la salud, en especial de edemas pulmonares. Después de haber sido informado del peligro, el fabricante no cesó su fabricación ni lo retiró del mercado. La empresa debió finalmente tomar medidas, bajo la presión del Ministerio de la Salud. La relación efectiva entre el empleo del producto y los perjuicios causados a la salud no fue jamás probada de manera indubitable, debido a

que los expertos se habían pronunciado tanto a favor como en contra de tal relación de causalidad.

- 413 Para sobrepasar este tipo de dificultades, fueron propuestos algunos criterios. Por ejemplo, el de índole estadístico (causalidad general), permitiendo demostrar la existencia de la relación probable entre el acto y el resultado (Stratenwerth, AT I, § 9, N° 21; Kaufmann, pp. 572 y ss.; Hurtado Pozo, PG, N° 501). En el caso *Lederspray*, el Tribunal Federal alemán afirmó que era suficiente constatar la ausencia de toda otra causa sustitutiva o de reserva (*Ersatz- oder Reserveursachen*) (BGHSt 37, 106, responsabilidad por el productor: caso *Lederspray*). El factor determinante es, por tanto, la comprobación de que el producto es de tal naturaleza que pueda causar perjuicios a la salud, sin que sea indispensable conocer precisamente las razones. Esto corresponde a admitir que basta una relación entre la evolución de la enfermedad y el tratamiento médico. Esta concepción del Tribunal Federal alemán ha sido aceptada por una gran parte de la doctrina (Tiedemann, 2014, § 4, N° 277; Schünemann, LK, § 25, N° 196); sin embargo, también ha sido criticada en el sentido de que no existe ninguna relación de causalidad en este caso y que la constatación de una aptitud general para causar el perjuicio (causalidad llamada estadística o general) es demasiado indeterminada (Hassemer, 1979, pp. 27 y ss.).
- 414 Para limitar los casos presentados en este tipo de problemas, se han propuesto ciertas medidas, como la de renunciar a reprimir los casos leves (casos bagatelas), fijar valores límites en las disposiciones de orden administrativo o establecer la obtención de autorizaciones administrativas u otro tipo de condiciones.

3. ERROR

3.1. Aspecto subjetivo del tipo legal

- 415 El error en que incurre el agente al momento de actuar puede concernir uno de los elementos del tipo legal objetivo (error de tipo) o al carácter ilícito del comportamiento típico (error sobre la ilicitud). Definir estos tipos de error depende de la percepción que se tenga del dolo. Tradicionalmente se considera que está constituido por la consciencia (aspecto cognitivo) y por la voluntad (aspecto volitivo). De acuerdo con este segundo elemento, se distinguen el dolo directo, el indirecto y el eventual. Estos factores han sido, en principio, percibidos en su índole de fenómenos síquicos. Sin embargo, con la inserción del tercero, se ha producido un proceso de normativización.

- 410 Según esta segunda concepción, el resultado es imputado al autor cuando se presentan las cinco condiciones siguientes: (i) existencia de una relación de causalidad según los criterios de las leyes naturales; (ii) la creación o aumentación de un peligro no autorizado por el orden jurídico; (iii) la atribución del peligro al autor del comportamiento; (iv) la realización del peligro en el resultado del comportamiento, y (v) la concreción del riesgo prohibido por la norma. Esto implica que se tenga en cuenta el conjunto de las condiciones normativas que determinan el límite a partir del cual el resultado previsto por una disposición legal puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado, sin recurrir como correctivos a las nociones de intención o negligencia. Estas condiciones son directamente deducidas del tipo legal y los criterios normativos así establecidos sirven para resolver correctamente los casos en los que las teorías de la causalidad no aportaban solución satisfactoria, pero sin abandonar en cierta manera el criterio de la causalidad natural (Hurtado Pozo, PG, N° 517).
- 411 El método de análisis de la imputabilidad objetiva supone el enfoque siguiente: el punto de partida es la constatación que era previsible, conforme a las leyes naturales generales, que el comportamiento da lugar al resultado; enseguida, hay que ver si las condiciones de imputación indicadas precedentemente se presentan. En la afirmativa, se puede admitir que el autor cumple las condiciones de la disposición legal. Así, su comportamiento y el resultado pueden serle imputados objetivamente.
- 412 El contenido ilícito de las infracciones económicas y el objeto que se busca proteger difieren respecto del derecho penal común, en consecuencia, los criterios de causalidad también. Un dominio particular, en el que se ha analizado las cuestiones de causalidad y de imputación objetiva, es el de la responsabilidad por vicio en el producto, en el que las dificultades provienen del hecho de que los expertos no logran probar que los daños o peligros concretos son provocados por la producción y la distribución de ciertas mercaderías (alimentos, medicamentos o artículos de uso corriente). El caso alemán denominado como *Lederspray* (Voir BGHSt 37, pp. 106 y ss.; Tiedemann, 2014, § 4, N° 277) es muy conocido y discutido. Se trata de un caso en el que la utilización de un spray para zapatos y otras mercaderías en cuero ha sido considerado como el origen de perturbaciones en la salud, en especial de edemas pulmonares. Después de haber sido informado del peligro, el fabricante no cesó su fabricación ni lo retiró del mercado. La empresa debió finalmente tomar medidas, bajo la presión del Ministerio de la Salud. La relación efectiva entre el empleo del producto y los perjuicios causados a la salud no fue jamás probada de manera indubitable, debido a

que los expertos se habían pronunciado tanto a favor como en contra de tal relación de causalidad.

- 413 Para sobrepasar este tipo de dificultades, fueron propuestos algunos criterios. Por ejemplo, el de índole estadístico (causalidad general), permitiendo demostrar la existencia de la relación probable entre el acto y el resultado (Stratenwerth, AT I, § 9, N° 21; Kaufmann, pp. 572 y ss.; Hurtado Pozo, PG, N° 501). En el caso *Lederspray*, el Tribunal Federal alemán afirmó que era suficiente constatar la ausencia de toda otra causa substitutiva o de reserva (*Ersatz- oder Reserveursachen*) (BGHSt 37, 106, responsabilidad por el productor: caso *Lederspray*). El factor determinante es, por tanto, la comprobación de que el producto es de tal naturaleza que pueda causar perjuicios a la salud, sin que sea indispensable conocer precisamente las razones. Esto corresponde a admitir que basta una relación entre la evolución de la enfermedad y el tratamiento médico. Esta concepción del Tribunal Federal alemán ha sido aceptada por una gran parte de la doctrina (Tiedemann, 2014, § 4, N° 277; Schünemann, LK, § 25, N° 196); sin embargo, también ha sido criticada en el sentido de que no existe ninguna relación de causalidad en este caso y que la constatación de una aptitud general para causar el perjuicio (causalidad llamada estadística o general) es demasiado indeterminada (Hassemer, 1979, pp. 27 y ss.).
- 414 Para limitar los casos presentados en este tipo de problemas, se han propuesto ciertas medidas, como la de renunciar a reprimir los casos leves (casos bagatelas), fijar valores límites en las disposiciones de orden administrativo o establecer la obtención de autorizaciones administrativas u otro tipo de condiciones.

3. ERROR

3.1. Aspecto subjetivo del tipo legal

- 415 El error en que incurre el agente al momento de actuar puede concernir uno de los elementos del tipo legal objetivo (error de tipo) o al carácter ilícito del comportamiento típico (error sobre la ilicitud). Definir estos tipos de error depende de la percepción que se tenga del dolo. Tradicionalmente se considera que está constituido por la consciencia (aspecto cognitivo) y por la voluntad (aspecto volitivo). De acuerdo con este segundo elemento, se distinguen el dolo directo, el indirecto y el eventual. Estos factores han sido, en principio, percibidos en su índole de fenómenos síquicos. Sin embargo, con la inserción del tercero, se ha producido un proceso de normativización.

Este implica, en lugar de precisar su constitución subjetiva, la fijación de las exigencias que permiten imputar como dolo el hecho de representarse como posible el resultado perjudicial y no modificar o abandonar su comportamiento a pesar de poder hacerlo.

- 416 Estas exigencias muy normativizadas eran el consentimiento, la asunción y la aceptación del perjuicio posible representado, conocido por el agente como efecto de su comportamiento riesgoso. Ellas eran tratadas como si fueran el querer del agente, y así se mantenía el elemento volitivo del dolo. Una corriente teórica, en el afán de normativizar del todo los «elementos del delito», otorga la primacía al conocimiento con que actúa el agente al cometer su comportamiento. El dolo es definido como la imputación del conocimiento necesario para que el autor reconozca suficientemente que su actuación producirá consecuencias que cuestionan la vigencia de expectativas sociales elementales, de manera que, si quiere mantenerse fiel al derecho, tendrá que desistir de emprender dicha actuación o interrumpir el suceso riesgoso (García Cavero, 2007, pp. 489 y s.).
- 417 Estas modificaciones conceptuales, fuera de las concepciones de fondo que las inspiran, son promovidas por necesidades de política criminal tendientes a enfrentar de manera más eficaz nuevas formas de delincuencia y maneras de ejecutarlas. Esto es particularmente evidente en el ámbito del derecho penal económico. Por ejemplo, en este, debido a la frecuente pluralidad de participantes en los comportamientos delictuosos (cometidos por o en la empresa) y a cada uno de los cuales es de asignar una responsabilidad, se da la necesidad de asignar conocimiento en relación con resultados alejados en el tiempo en que actuó alguno de los intervinientes (en el caso de la responsabilidad por el producto); también se evidencia en el hecho de que en el propio injusto se incluyan elementos de infracción normativa de otros órdenes jurídicos, lo que ha obligado a modificar de manera progresiva «la comprensión clásica sobre el dolo, sus elementos, el objeto del mismo y el significado de su ausencia, el error» (Miró Llinares, 2013, p. 261).
- 418 El problema es múltiple. Destaquemos al menos dos puntos. El primero es que el análisis implica de todas maneras el conocimiento que debe tener el agente, si bien no para tener en cuenta la relevancia que él mismo le atribuye, sí para valorarlo socialmente, para determinar su sentido social. Sin embargo, no es posible hacer esto sin calar en la amplitud y el grado de conocimiento que debe tener respecto de lo que realiza. De esto dependerá que se le impute como dolo este conocimiento, lo que recuerda los esfuerzos

de equiparar a la noción de querer las de asentamiento, consentimiento, asunción.

- 419 El segundo es el hecho de que esta esquematización del dolo conduzca a una abstracción formal extrema de las condiciones para admitir su existencia que desemboque en el reconocimiento de un tipo de responsabilidad objetiva. Este riesgo aumenta cuando se incorpora, por las razones de política criminal antes invocadas, el criterio de la «ignorancia deliberada» (*Willfullblindness*), según la cual esta merece igual tratamiento que el dolo porque la total indiferencia hacia el conocimiento de algo puede equipararse valorativamente a conocerlo (Ragués i Vallés, 2008, pp. 290 y ss.). Nuevamente aquí surge la atingencia sobre si la indiferencia no implica también la consideración de criterios relativos al dolo eventual, aunque la diferencia fundamental es que la ignorancia deliberada supone precisamente la falta de conocimiento del agente. Se trataría de un cuarto tipo de dolo rayano con la responsabilidad objetiva.

3.2. Error de derecho o sobre la ilicitud

- 420 Conforme a la legislación (art. 14 CP), la doctrina dominante y la jurisprudencia, hay que distinguir entre error de hecho o tipo legal y error de derecho o sobre la ilicitud. El primero consiste en desconocer uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal: el dolo es excluido por la ausencia de conciencia (elemento de la intencionalidad) y el agente queda impune. El segundo consiste en equivocarse sobre un juicio de valor (conforme o no con el orden jurídico) relativo al hecho plenamente conocido por el autor del comportamiento. Hay que distinguir el error inevitable, excluyente de la culpabilidad, del error evitable que solo atenúa la culpabilidad. Este tipo de error desempeña un papel importante en el derecho penal económico.
- 421 El error de derecho debe ser apreciado de manera especial, pues el derecho penal económico está constituido en gran parte por leyes complementarias y se recurre con frecuencia a las leyes en blanco. Los mandatos y las prohibiciones previstos en estas leyes conciernen a dominios particulares cuyo desconocimiento será alegado muchas veces. La ignorancia de las disposiciones de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) podrá ser invocada más fácilmente que la de las normas penales reprimiendo la falsificación de documentos. Sin embargo, la admisión de un error

- de derecho es muy limitada, pues los criterios de aplicación son bastante estrictos.
- 422 Desde el punto de vista histórico, es de recordar que inicialmente se tendía a flexibilizar el principio del conocimiento del carácter ilícito del comportamiento. En este sentido, se admitió que el hecho de ignorar la ley no penal (sea civil o administrativa) constituía un error de hecho y que, en consecuencia, no había intención. El error no podía concernir la ilicitud en aplicación del criterio *error iuris nocet*.
- 423 Respecto de las leyes penales en blanco, es de determinar si la conciencia debe o no debe comprender las circunstancias reguladas en la disposición por la que se completa la descripción en el tipo legal en blanco. Tratándose de leyes penales en blanco impropias (referencia a otra ley del mismo tipo), el autor debe tener conciencia de la posibilidad de conocer los elementos fijados en las dos leyes penales que se complementan, en la medida en que estas determinan conjuntamente el contenido ilícito del comportamiento.
- 424 En caso de disposiciones penales en blanco propias, la incriminación penal es completada por leyes no penales que precisan los elementos, contribuyendo a reforzar la interpretación de la norma penal. Por esto, se admite que basta que el agente conozca los elementos previstos en esta última. Ciertas leyes penales en blanco prevén, por ejemplo, circunstancias cuyo conocimiento es indispensable para la configuración del dolo, a la manera de leyes en las que se fijan ciertos límites. Así, en el delito de usura (art. 214 CP), el agente debe tener conciencia de que obliga a la víctima a pagar un interés superior al «fijado por la ley», lo que puede resultar complicado de saber en la medida en que la tasa de usura corresponde a una tasa superior en la mitad a la tasa de interés corriente que cobran los bancos por sus créditos de libre asignación. Esta tasa es precisada en realidad por el mismo mercado financiero, ya que la Superintendencia Financiera no hace sino certificar la tasa de interés corriente y la tasa de usura. Para mejor interpretar y aplicar el artículo 214, debe admitirse que el límite es aquel fijado por el indicador TAMN o TAMEX del día hábil anterior a la celebración del negocio (García Caveró, 2007a, p. 576). Dificultades de índole similar se pueden presentar respecto de los artículos 308 y ss. (delitos contra los recursos naturales) en cuanto al conocimiento o no del origen no autorizado de las especies objeto de tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida (Ley N° 28611, Ley General del Ambiente del 15 de octubre de 2005).

- 425 Otro problema con particular repercusión en el derecho penal económico, debido a que es frecuente en los tipos legales, es la comprensión de los elementos normativos (referencias numerosas a criterios financieros, comerciales o empresariales, por ejemplo). En doctrina se admite en general que, a condición de analizar en detalle la naturaleza de estos elementos en el contexto propio de cada tipo legal, su desconocimiento o incorrecto entendimiento debe ser tratado como un error de hecho y que el error sobre la ilicitud solo se presenta si el autor cree que su comportamiento está cubierto por una causa de justificación (cfr. Roxin, 2006, § 12, N° 92).
- 426 Aunque no concierne un claro delito económico, considerando que se puede presentar relacionado con alguno de este tipo, cabe señalar un caso de abuso de autoridad (art. 376 CP), tomado de la jurisprudencia nacional³. Los jueces consideraron, en primer lugar, como típico y antijurídico el hecho que los procesados, funcionarios, se negaron a proporcionar a los agraviados tanto las copias certificadas de los expedientes que motivaron la declaración de nulidad del contrato de concesión de peaje como las copias de otros informes relacionados con el asunto. Este comportamiento comportó la vulneración del artículo 155 de las Normas Generales de Procedimiento Administrativo y el artículo 3, inciso f, del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa. En segundo lugar, estimaron que no eran punibles debido a que «lo hicieron en la creencia de que su conducta era lícita, pues siendo funcionarios públicos que no tienen la condición de abogados, precisamente requieren permanente asesoría jurídica, dándose en el caso la presencia de la figura del error de prohibición, contenida en el segundo párrafo del artículo catorce del Código sustantivo, el que se presenta cuando el autor cree que actúa lícitamente o cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su acto por confiar en los informes de los especialistas consultados».
- 427 Un caso muy conocido, en el ámbito internacional, de error de derecho en el marco de los negocios es el llamado *Slips dorés SAWECO*⁴. En 1971, una empresa suiza publicó en dos periódicos de Zúrich un anuncio publicitario de slips bajo la forma de lotería. Slips «dorados», cuyo color tornaba al dorado cuando eran lavados normalmente, eran disimulados en estantes de tiendas y permitían a los clientes ganar 100 francos suizos a la ocasión de comprarlos y si una vez lavados tomaban el color amarillo. La empresa

³ Exp. N° 97-17273 Chiclayo, 5 de agosto de 1999.

⁴ ATF 98 IV 293; JdT 1973 IV pp. 143 y ss.

colocó estantes con 45 slips de tres tipos y la inscripción «slips dorados», de los cuales, en promedio, solo tres eran dorados.

- 428 La empresa fue sancionada por violaciones a las disposiciones de la Loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels (LLP)⁵ y los jueces federales rechazaron la alegación de que la empresa había actuado bajo la influencia de un error de derecho. El argumento, conforme a la jurisprudencia suiza, constante y uniforme, consistió en decir que «solo quien comete un crimen o un delito cuando tiene razones suficientes de creer que su acto no es del todo ilícito puede invocar el error de derecho» y que «no basta que el autor haya tenido razones de creer que no era punible»⁶. En su opinión, una «razón es suficiente cuando nada puede reprocharse al autor del hecho respecto de su error de derecho porque este proviene de circunstancias que hubieran podido inducir en error a cualquier persona concienzuda»⁷. El Tribunal Federal destacó, asimismo, que un problema jurídico particularmente complejo que el autor no puede resolver solo y que lo obliga a consultar un consejero jurídico puede constituir circunstancia que excluye la posibilidad de apreciar la ilicitud del comportamiento⁸.

4. PARTICIPACIÓN DELICTUOSA

4.1. Introducción

- 429 Aun cuando los tipos legales prevén la comisión de infracciones como la obra de una sola persona («el que»), es frecuente que sea ejecutada por dos o más personas. Esta intervención colectiva es, generalmente, tratada en nivel horizontal, distinguiendo la participación secundaria (instigador y cómplice) de la participación principal (coautores y autor mediato). La preocupación es la de precisar tanto el carácter accesorio de la participación como la individualización de la responsabilidad de cada participante con miras a la fijación de la pena.
- 430 En esta perspectiva, adoptada en nuestro Código Penal, se supone siempre la comisión de un delito intencional. De acuerdo con un criterio objetivo, los actos de los participantes son percibidos como las causas de la ejecución de la infracción. Al contrario, según el criterio subjetivo, los grados de

⁵ RS 935.51.

⁶ ATF 98 IV 303; JdT 1973 IV p. 149.

⁷ ATF 98 IV 303; JdT 1973 IV p. 149.

⁸ ATF 98 IV 303; JdT 1973 IV p. 149.

intervención dependen de la voluntad con la que cada uno participa (autores, *animus actoris*; cómplices, *animus soci*).

- 431 Estos criterios, además de ser rechazados mayoritariamente por su índole unilateral, resultaban insuficientes para fundamentar la necesidad de reprimir ciertos tipos de comportamientos colectivos que tienen lugar en el contexto de entidades organizadas, caracterizadas por su sistema complejo y jerarquizado; por ejemplo, en la administración, en las empresas y otras entidades colectivas. Así, la manera de definir los coautores no permitía considerar como tales a los directivos de la empresa conjuntamente con los trabajadores que habían ejecutado el comportamiento típico. Resultaba también ineficaz recurrir a la noción de autoría mediata, y más todavía aplicar los criterios de la complicidad.
- 432 Por esto se realizaron esfuerzos para, de acuerdo con criterios de política criminal, modificar o flexibilizar los criterios extremos y formales promovidos por sectores de la doctrina. De esta manera, por ejemplo, se elaboró e impuso el criterio del dominio del hecho, que no exige, para calificar a alguien de autor, que este ejecute total o parcialmente el comportamiento descrito en el tipo legal. Basta más bien que se integre e intervenga de manera de ejercer y mantener el control (fáctico o funcional) del desarrollo de los sucesos, con lo que se busca sobrepasar la dificultad, supuesta por la aplicación sobre todo de criterios objetivos formales, de reprimir en tanto autores a quienes no participan de manera directa en la ejecución concreta del delito por terceros. A pesar de esta flexibilización, el recurso a factores materiales dificulta, sobre todo en el ámbito del derecho penal económico, la imputación de responsabilidad respecto de ciertos comportamientos cometidos en y mediante la empresa.
- 433 Sin que los nuevos planeamientos comporten soluciones radicalmente diferentes a las obtenidas mediante los criterios criticados, ellos implican, en algunos aspectos, respuestas que conducen a ampliar la represión de acuerdo con criterios de política criminal, sobre todo en el ámbito de la nueva delincuencia económica. El contexto ideológico en que se dan estas nuevas propuestas es el de acentuar cada vez más la normativización de las condiciones de punibilidad en general. El riesgo es que se extienda su aplicación al resto de dominios, en los que como resultado de una larga evolución orientada a mejor respetar la dignidad y los derechos de las personas, se ha logrado un buen nivel de refinamiento y precisión en la determinación de la responsabilidad penal individual.

4.2. Participación horizontal y vertical

- 434 A partir de la sustitución del criterio de la «noción de dominio del hecho» por el de la «competencia por el hecho», se plantea que lo determinante, en lugar de saber quién tuvo el dominio del hecho en función de su mayor cercanía al perjuicio de los intereses de terceros, es precisar quién tiene la competencia respecto de la realización del comportamiento penalmente relevante. Para ello se deben tener en cuenta los criterios según los cuales se ordenan los contactos sociales asumidos por el derecho penal. En breve, lo decisivo sería fijar «quién es competente, en términos jurídico-penales, por el hecho penalmente relevante» (García Cavero, 2013, p. 357).
- 435 En razón de la distinción que hacen los promotores de este criterio entre el rol general de ciudadano y el rol especial en función de las «instituciones sociales elementales» (por ejemplo, la familia) que relacionan a las personas entre sí, ellos deducen que, respecto del primero, todas las personas que intervienen son competentes para cometer los delitos calificados de dominio, mientras que en cuanto al deber especial, afirman que solo es competente quien se encuentra obligado por la institución social elemental que lo vincula con los demás. La apreciación normativa implica determinar, como factor decisivo, si la competencia que tiene el agente es preferente respecto de los otros. Por tanto, resulta imposible una competencia institucional conjunta. En cuanto a los otros participantes, se recurre al dominio del hecho, de modo que es autor quien tiene una competencia preferente por el comportamiento, en cuanto realizó el delito con un dominio cuantitativamente mayor en el contexto social específico (García Cavero, 2013, p. 359).
- 436 En el ámbito de la distinción entre los autores y los cómplices, en un plano horizontal, es de gran utilidad recurrir al criterio de la prohibición de regreso, en el sentido considerado en la determinación de la imputación objetiva. Recordemos que se requiere, por un lado, que el comportamiento de la persona en cuestión haya creado o aumentado un riesgo no autorizado y que, apreciado *a posteriori*, haya sido eficaz respecto del comportamiento tipificado, y por otro, que el comportamiento que realiza sea doloso y que obre con la intención de que se concrete el hecho principal típico. Así, el acto de complicidad debe consistir en facilitar o fortalecer la comisión del delito. De no serlo, resultaría inidóneo y la colaboración sería imposible. En este caso, resulta probable la denominada complicidad intelectual y se plantea la cuestión de la complicidad por omisión (deber de garante).
- 437 Sin embargo, y dado que para efectuar la imputación no resulta conveniente considerar la condición causal del comportamiento peligroso prohibido,

se restringe este criterio tradicional sobre todo respecto de circunstancias en que los intervinientes actúan en un contexto de interacción organizada jerárquicamente, de toma de decisiones en niveles diferentes, de una particular división del trabajo. Ello implica en buena cuenta precisar las condiciones en las que se califica de no autorizado el riesgo aumentado o creado. Al respecto, se recurre al criterio denominado de las «conductas neutrales». Estas comprenderían los «negocios usuales propios de la vida diaria» y los «servicios profesionales convencionales, estereotipados» (se atienen a las normas mayoritariamente observadas en determinados contextos). En cuanto a los primeros —por ejemplo, la venta de herbicidas (productos altamente tóxicos y mortales)—, el hecho de comercializarlos no debe dar lugar a imputación penal respecto del vendedor, distribuidor o productor, por más que el producto haya sido el medio para matar a una persona. Respecto de los segundos, resulta relevante, por ejemplo, en el caso del asesoramiento técnico de abogados o ingenieros. Es irrelevante para la imputación si el acto de asesoramiento (en el dominio tributario o de la construcción, respectivamente) del profesional se mantiene en el marco de los estándares generales de la profesión, del contrato suscrito (por ejemplo, no debe instruir al asesorado sobre la mejor manera de evitar el pago de los tributos legales). Así, el empleo con finalidad delictuosa que realice el asesorado de las informaciones, consejos, instrucciones prestadas por el asesor no debe considerarse apropiado para imputarle una participación delictuosa (García Cavero, 2005, p. 8).

- 438 La imputación sí resulta factible si el asesor se sitúa en un contexto claramente delictivo (García Cavero, 2007, p. 735; Jakobs, 1996, p. 90; Derksen, 1992, p. 84), lo que será determinable teniendo en cuenta los conocimientos que el técnico tenga de las circunstancias del hecho, por ejemplo, de la manera en que su intervención pueda fomentar la tendencia del actor a la comisión del delito (Roxin, 2006, § 24, N° 28). Por tanto, resulta indebido que invoque el «principio de confianza» respecto de que el tercero no cometerá un delito.
- 439 La percepción vertical está muy condicionada por la realidad compleja de las actividades modernas, que tienen lugar, sobre todo, en el marco de empresas, lo que es de gran importancia para el derecho penal económico. La cuestión es saber si, por un lado, el superior del agente es igualmente responsable de la infracción que este último ha cometido, y por otro, si en caso de delegación al subordinado de parte del superior, este puede ser exceptuado de pena.

440 La solución se da recurriendo al criterio del dominio del hecho, como lo hace la doctrina mayoritaria, o al de la competencia por el hecho. La apreciación normativa de este último determina que el factor decisivo sea que se considere si la competencia que tiene el agente es preferente respecto de las demás. En la perspectiva de organización vertical como la de las empresas, es determinante precisar las diversas competencias para discriminar las responsabilidades de los intervinientes, comprendiendo los casos en los que se trata de la toma de decisiones colectivas relativas a la ejecución de comportamientos que pueden consumir tipos legales. La responsabilidad de los superiores por los actos delictuosos cometidos por los subordinados es explicada con referencia a la noción de dominio de organización (Roxin, 1963, p. 193 y ss.; cfr. Graven, 1985, pp. 497 y ss.).

4.3. Autor mediato amplio

441 La ampliación de la noción de autor mediato consiste en que el superior es responsabilizado en virtud del dominio que tiene sobre el sistema de organización de la entidad colectiva y sus miembros. El autor directo (inmediato) de la infracción, debido al poder del superior sobre la organización, deviene un factor intercambiable y hasta sin importancia. En la medida en que la responsabilidad de este disminuye, la del superior aumenta, lo que da una dimensión normativa al concepto ampliado de autor mediato. En consecuencia, esta noción no solo es de índole material.

442 El poder de facto decreciente hacia abajo de la jerarquía es compensado por una gran responsabilidad de aquellos que se encuentran en la parte superior de la pirámide de la organización. Se habla de imputación del comportamiento total (Dencker, 1996, pp. 125 y ss.) sobre la base de la organización criminal y según los aportes individuales. En lugar de las categorías tradicionales, se habla de tres nuevos niveles de participación: el primero es el más elevado y corresponde a los autores que planifican y organizan la actividad (autores por mando, *Führungstäter*); el segundo está constituido por los mandos intermedios que ejercen un control sobre un sector de la organización (*Organisationstäter*), y el tercero, el más bajo, comprende los autores directos (*Ausführungstäter*) que desempeñan un papel auxiliar en la actividad global (Cfr. Ambos, 1998, p. 237).

443 Esta noción amplia de autor mediato es muy discutida. Ha sido aceptada con mayor facilidad para justificar la represión de delitos cometidos en un contexto político. En Alemania, por ejemplo, para los crímenes cometidos

durante el período nazi o por los centinelas del muro de Berlín durante la época de la República Democrática Alemana. Por el contrario, esta noción ha sido rechazada en el dominio de la responsabilidad penal de la empresa. Roxin (2003, § 25, N° 138), promotor principal de la noción de autor ampliada, considera que la condición de organización interna de la empresa, contraria al orden jurídico, no se presenta frecuentemente en las empresas que realizan, en general, sus actividades en el marco de dicho orden. No es cuestión entonces de organización, sino de responsabilidad de los miembros de la empresa que han ejecutado la infracción. Tiedemann (2014, N° 363), por el contrario, prefiere hablar de una extensión de la noción de autor mediato cuando no existe decisión criminal conjunta entre las personas concernidas de la misma empresa. Sin embargo, la pertenencia del agente a la misma empresa asegura una relación objetiva que va más allá del simple vínculo subjetivo (consistente en la concertación entre los intervinientes) y permite integrar la persona a la actividad delictuosa.

4.4. Actuar en lugar de otro

444 La situación fáctica presupuesta en el artículo 27 consiste en que el delito es cometido por quien, actuando como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad, carece de la calidad especial que el tipo legal exige que posea el agente. Por ejemplo, en el caso de defraudación tributaria, el director de la sección de contabilidad incumple en pagar los impuestos que la empresa debe cancelar al fisco, la cual es en realidad la titular de la obligación tributaria⁹.

445 La cuestión jurídica que se plantea es la de la impunidad, por un lado, de la empresa por excluirse de responsabilidad penal por falta de capacidad de acción en derecho penal, y por otro, del autor material por no poseer la condición personal exigida en el tipo legal (titular del deber fiscal).

⁹ De manera un poco más clara, el art. 29 CP suizo, por ejemplo, estatuye que cuando el tipo legal prevé como elemento constitutivo o circunstancia agravante especial la violación por el agente de un deber particular que, en el caso, solo incumbe a la entidad colectiva (persona moral, sociedad, empresa) en nombre de la cual ha obrado el autor. Tal deber será imputado a este último. En ese caso, es necesario que el agente haya actuado en calidad de órgano de una persona moral o de miembro de tal órgano (let. a); en calidad de asociado (let. b); en calidad de colaborador de una persona moral, de una sociedad o de una empresa de razón individual disponiendo de un poder de decisión independiente en el sector de actividad a su cargo (let. c), o en calidad de dirigente de hecho que no es ni un órgano o un miembro de un órgano, ni un asociado ni un colaborador (let. d).

- 446 Para superar esta deficiencia, se buscó ampliar los tipos legales concernidos mediante una interpretación dirigida a comprender en el círculo de autores a quienes carecían de la condición personal típica. Ante las dificultades de aplicar este proceder, se planteó la necesidad de modificar dichos tipos legales, incluyendo cláusulas particulares relativas a la condición personal típica o una cláusula general aplicable a todos los casos en que se delimitaba de manera especial el círculo de los posibles autores del delito. Esta última solución de la cláusula general ha sido adoptada en el Código de 1991, mientras que el legislador de 1924 recurrió más bien a las cláusulas particulares.
- 447 La referencia a que el agente realice el comportamiento previsto en el tipo legal significa que ejecute el comportamiento delictuoso y no a que realice el tipo legal (comprendida la calidad del agente). Así, se evita que el representante de la empresa o sociedad permanezca impune y que no se responsabilice penalmente a su representada.
- 448 De esta manera, se garantizó el respeto del principio de la legalidad. Asimismo, se consideró que se superaban las dificultades que implicaba el hecho de no admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, más ampliamente de las empresas en general.
- 449 Mediante el artículo 27 no se pretende regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino más bien resolver una cuestión más relacionada con la participación delictuosa en el dominio de los delitos especiales. Es decir, de delimitar la responsabilidad de quien, sin tener la calidad especial exigida en el tipo legal correspondiente (*extranei*), realiza materialmente el comportamiento típico.
- 450 Esta delimitación se deduce del texto mismo de la disposición, pues, exige que se trate de «los elementos especiales que fundamentan la penalidad». Por tanto, no es aplicable a los delitos especiales impropios. Respecto de estos, el agente será reprimible por el delito común, cuya represión ha sido agravada de manera particular.
- 451 El agente puede tener la calidad de representante sea de hecho o de derecho. En el primero, dirige o administra la persona jurídica o la sociedad de hecho. En el segundo caso, significa que la ha adquirido o la mantiene en cumplimiento de exigencias legales. El agente asume el papel de la representada mediante la autorización de hacerlo en el ámbito de actividad correspondiente.

Al respecto hay que tener en cuenta que, según el artículo 27, el agente debe actuar como si fuera («como tal») órgano de representación autorizado de una persona jurídica o un socio representante de una sociedad, de modo que, por ejemplo, si la autorización adolece de un vicio que la haga nula o anulable, basta que el agente (representante) actúe como tal para que pueda considerársele penalmente responsable.

- 452 El texto del artículo 27, formalmente, implica una restricción de sus alcances en la medida en que prescribe que es inaplicable en el caso de actuaciones en lugar de otro entre particulares, así como porque excluye otras formas de representación a pesar de que, aun cuando no tienen la función de órganos de la persona jurídica, desempeñan tareas también importantes.
- 453 Otra limitación de su aplicación se debe a que no se refiere a las agrupaciones sin personalidad jurídica o que no han cumplido con las disposiciones del Código Civil o de la Ley General de Sociedades; por ejemplo, con el trámite de inscripción en Registros Públicos. Esta regulación restrictiva contradice la finalidad que se atribuye a disposiciones como el artículo 27: la de completar la represión de los delitos especiales propios cuando son cometidos al amparo o en favor de las actividades de entes colectivos. Además, la disposición pierde gran parte de su eficacia debido a la informalidad que reina en nuestro país.
- 454 En el caso de que el delito sea obra de varios individuos, cada uno puede estar implicado conforme a los presupuestos de la disposición explicada, pero también puede ser alguien que reúna realmente la calidad exigida al autor por el tipo legal. Sus responsabilidades serán determinadas conforme a las reglas de la participación delictuosa.

4.5. Jurisprudencia

- 455 Los jueces han señalado expresamente que, según nuestro ordenamiento penal, no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al mismo tiempo que afirman que son responsables, por el contrario, las personas que actúan en nombre de estas. Por tanto, consideran inaceptable tener como denunciado a una persona jurídica. En este sentido y partiendo de la afirmación que la persona jurídica «no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*», destacan que «en todo caso dicho atributo [recae] solo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra la persona jurídica, debiendo identificarse

en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella»¹⁰.

- 456 Confirman y aclaran estos criterios, afirmando que «[si] bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, ya que esta calidad solo la puede tener la persona física; también lo es que una vez identificada la persona que actuó como órgano de representación, como socio representante autorizado de una empresa, recayendo dicha función en la persona del encausado, al haber actuado en su condición de administración y representante legal de una empresa, le recae responsabilidad a título de autor en virtud de lo establecido por el artículo 27 CP»¹¹.
- 457 Los jueces precisan la incondicionalidad de la acción penal respecto de los representantes de la persona jurídica, sosteniendo que la «acción civil no enerva la responsabilidad penal que pudiera alcanzar a los directores y gerentes de una sociedad. La acción penal no puede estar subordinada a los acuerdos previos de una junta general ordinaria o extraordinaria de accionistas, puesto que de ser así, importaría condicionar el ejercicio de la acción penal, el actuar del Ministerio Público y del Poder Judicial a la decisión de una asamblea privada»¹².

4.6. Responsabilidad penal en decisiones colectivas tomadas en el seno de la empresa

- 458 Las decisiones atribuidas a la empresa son materialmente tomadas por el acuerdo de voluntad de sus órganos competentes. Siendo el resultado de acuerdos colegiados, en la mayor parte de los casos, se ha debido prever (tanto en los estatutos de la empresa misma, como en la legislación societaria y en la legislación mercantil) las condiciones de responsabilidad civil referente a la licitud o ilicitud de las decisiones colectivas (Ley General de Sociedades, artículos 177 a 184). Según el artículo 177 de esta ley, «los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los actos realizados con dolo,

¹⁰ Consulta N° 3963-96-Ancash de 24-10-97. Guía Rápida de J. P. y PP. G.J. p. 45., Exp. N° 2507-99. Rojas Vargas, 2002, p. 309.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. Exp. N° 3469-99. Santa - Chimbote. Chocano Rodríguez, Valladolid Zeta, 2002, p. 105.

¹² Exp. N° 1857-96 Lima (Ejec. Sup.). Caro Coria, p. 179.

abuso de facultades o negligencia grave. [...] Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que estos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciare por escrito a la junta general». En el artículo 180, se dispone: «Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. [...] El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto. El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director [...]». Además, de manera general se prescribe en los artículos 170 y 171, respectivamente, por un lado que «el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio debe pedir que se consigne en el acta su oposición. Si ella no se consigna en el acta, solicitará que se adicione al acta, según lo antes indicado. El plazo para pedir que se consigne las observaciones o que se incluya la oposición vence a los veinte días útiles de realizada la sesión». Y, por otro, que: «Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal [...]».

- 459 Esto implica, que lo fundamental para determinar la posición de garante, conforme se afirma en la doctrina «[...] es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y no su ostentación formal» (Silva Sánchez, 1995, p. 372).
- 460 Si bien estas reglas condicionan la fijación de la responsabilidad penal respecto de las decisiones colegiadas relacionadas con comportamientos ilícitos, no son decisivas en su determinación. Es decir, de la atribución de responsabilidad civil a los que tomaron la decisión conjuntamente no se debe deducir automáticamente su responsabilidad penal. Papel importante desempeñan en todos los casos de participación, pero igualmente cuando, por ejemplo, un miembro colegiado por ausencia no ha contribuido positivamente a la toma del acuerdo. Un problema de prueba casi insalvable se presenta en los casos en los que la votación es secreta y, por tanto, se aplicará la regla *in dubio pro reo* si la decisión fue aprobada por mayoría. Si se dio la unanimidad, los problemas probatorios desaparecen y todos los votantes pueden ser objeto de imputación por el resultado producido.

- 461 La responsabilidad supone, en todo caso, recurrir a la posición de garante de dichas personas, debido al dominio que ejercen dada su condición de superior y al poder de mando sobre los colaboradores. Por esta relación jerárquica, es igualmente garante respecto de las acciones de sus subordinados.
- 462 Dada la estructura, generalmente compleja y jerárquica de las empresas, resulta bastante complicado determinar el grado de responsabilidad penal por la participación en la toma de decisión colegiada que conduce a la ejecución del delito¹³. Aumentan las dificultades debido a las diversas formas en que se puede proceder a votar: por un lado, a favor, en contra, en blanco y, por otro, abstenerse de votar o no concurrir a la votación. Para esto, valga la pena recordarlo, será determinante la constatación de la creación de un riesgo no autorizado o la aumentación indebida de uno ya existente, de acuerdo con las reglas de la imputación objetiva. En todo caso, es además indispensable que se tome el acuerdo ilícito.
- 463 Tratándose de una votación abierta y simultánea que permite conocer el contenido de los votos, solo a los participantes que se pronunciaron a favor de la decisión irregular se les podrá imputar el resultado, en consecuencia no a aquellos que se opusieron. El fundamento es que los primeros son los que crean un riesgo no permitido. No basta, por tanto, reprochar a los otros que con su sola presencia determinaron la existencia del quórum necesario para que se tome la decisión.
- 464 Si la votación no es simultánea, carece de significación si el voto se emitió antes o después que se haya alcanzado la mayoría necesaria para su aprobación. El factor determinante es el momento en que se efectiviza la decisión adoptada, instante en que se vulnera el derecho, pues entonces coexisten las condiciones que darán lugar al resultado. El mismo criterio se aplica en el caso de la denominada «conformidad informal».
- 465 En el caso de que la persona concernida se pliega a la posición de la mayoría, debe responder por el asentimiento que presta, en consideración a que la emisión del voto individual se constituirá en «[...] la objetivación

¹³ La responsabilidad penal no puede alcanzar *per se*, a todos los integrantes del órgano en cuestión, sino que debe siempre valorarse la posibilidad de que uno o varios integrantes resulten exonerados por completo de dicha responsabilidad, al contrario de lo que en doctrina italiana se conocía como delito colegial, categoría respecto de la cual algunos autores han tratado de sentar la responsabilidad incluso del miembro disidente del cuerpo colegiado, quien también respondería penalmente por los delitos cometidos por los restantes integrantes cuando, sin demora, no haya hecho constar en acta su disensión o no haya puesto el hecho en conocimiento de quien correspondiera. RENDE, citado por Suárez González, 1994, p. 45.

—o externalización— de que una declaración de voluntad es coincidente en igualdad de contenido y de fin con otras declaraciones de voluntad que consideradas en su conjunto son expresión de la voluntad del órgano» (Suárez González, 1994, p. 52).

- 466 Esto nos lleva a plantearnos la cuestión de los casos de quienes votan en blanco, en contra de la decisión ilícita o se abstienen. En principio, no deben ser objeto de imputación. No es de olvidar que no hay deber jurídico alguno de impedir que se adopte dicho acuerdo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en derecho penal, a diferencia de lo que se admite en derecho mercantil, el factor decisivo es la de probar si se da o no una conducta promotora, favorecedora a la comisión del delito. Por ejemplo, quien promueve entre los demás votantes la adopción de la decisión ilícita, luego se abstiene de votar o no concurre a la votación, voluntariamente o no. Es cuestión entonces del «efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto» (Suárez González, 1994, p. 52).
- 467 El factor decisivo no es el sentido formal del voto, sino su sentido material. Dicho de otra manera, debe valorarse la significación de la voluntad que se expresa mediante el acto de votar, ya que para atribuir responsabilidad penal es de constatar si se conoció que el acuerdo era contrario al orden jurídico.
- 468 En el caso de abstención de impedir se ejecute el delito, mediante inasistencia a la reunión en la que debe tener lugar la votación, la posibilidad de imputar responsabilidad penal a quien se abstiene depende de que tenga el deber de garante de impedir la realización del comportamiento (comisión por omisión). Este deber no consiste en una supuesta obligación general de policía de salvaguardar que terceros obren conforme a derecho, tampoco de controlar que los demás miembros del colegiado (directorio, junta directiva) obren correctamente. El deber de garante debe surgir de una fuente material o, siguiendo la terminología del artículo 13, de la ley, un contrato o un comportamiento precedente. De modo que, en la materia que tratamos, la obligación de garante, verbigracia, de cada uno de los miembros del directorio de la empresa, puede tener como fuente los artículos 171, 177 y 180 de la Ley General de Sociedades, en los que se les atribuye el deber de proteger los intereses de la empresa. Los mismos criterios de la comisión por omisión deberán utilizarse para responsabilizar a un representante de la empresa por el hecho de no haber impedido, después de haberse opuesto a que se adopte la decisión ilícita, que esta sea ejecutada.

- 469 Por otra parte, hay que recordar que la decisión debe ser materializada, ejecutada, pues en caso contrario el simple hecho de votar solo puede constituir un acto preparatorio. En comparación con el *iter criminis* común, la toma de la decisión en el órgano colegiado, en el ámbito de la criminalidad empresarial, puede ser como la fase de ideación, resolución y determinación.
- 470 Tampoco puede atribuirse responsabilidad penal a quien votó en contra o no asistió a la reunión en la que se tomó la decisión ilícita, por no haber solicitado su reconsideración o anulación.
- 471 La determinación de los niveles de participación delictiva dependerá de si la toma de decisión constituye o no un elemento del tipo legal y así mismo del papel que se le ha atribuido.

4.7. Delito colegial

- 472 El llamado «delito colegial», discutido casi únicamente en Italia, es el caso en el que la ejecución del delito está vinculada con una decisión adoptada mediante un acuerdo de un órgano colegiado y, en consecuencia, se supone la responsabilidad de todos sus miembros. Al discutirse este tipo de responsabilidad, se recurría a criterios de derecho civil (Conti, 1988) para excluir a alguno de los colegiados de esta responsabilidad colectiva. Con este fin, por ejemplo, se invocaba el desconocimiento del acuerdo, la oposición a su adopción o el hacer lo posible para evitar que se ocasione el daño¹⁴.
- 473 Según una parte de la doctrina italiana, se trata de un delito plurisubjetivo o de participación necesaria, en el sentido que para que se realice el tipo legal es indispensable la intervención de varias personas. El número de estas debe ser el mínimo que corresponde al quórum para que el acuerdo colegial sea válido. No es cuestión de individuos que se juntan con la finalidad de cometer el delito, sino que el círculo de personas concernidas está constituido legalmente en órganos colegiados de un ente colectivo (persona jurídica privada o pública). Estas son tratadas como coautores por el delito cometido en el ejercicio de sus funciones.
- 474 De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, y en particular considerando la legislación civil y mercantil, el rechazo de esta figura debe ser total, por ir en contra del carácter individual de la responsabilidad penal, que no puede

¹⁴ Criterio surgido en Italia, en el contexto del análisis de quiebra, cfr. Faralido Cabana, 2000, pp. 261 y ss.

consistir en una de carácter solidario. Debido a que las condiciones de las responsabilidades mercantil y penal son totalmente diferentes, los acuerdos asumidos en forma colegiada no pueden generar automáticamente la responsabilidad penal de cada uno de los integrantes del órgano colegiado. Sin embargo, esto no implica la impunidad. Siendo personal la responsabilidad penal, es indispensable determinar la responsabilidad individual de cada uno de ellos. Para esto, son de distinguir diversas hipótesis que deben ser analizadas según los criterios de la autoría y la participación delictuosa.

- 475 Como impugnación adicional, se debe además destacar que la elaboración italiana de la noción de delito colegial parte de una hipótesis equivocada. No se tiene en cuenta que los delitos que se imputen a los miembros del órgano colegial pueden haber sido cometidos por una sola persona natural (Conti, 1988, p. 18; Suárez González, 1994, pp. 47 y ss.).

QUINTA PARTE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

QUINTA PARTE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

1. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

1.1. Introducción

1.1.1. *Societas delinquere non potest*

- 476 El Código Penal de 1991 y sus antecesores de 1863 y 1924 tienen como base la responsabilidad penal personal e individual. Esto conlleva a que se considere que la persona física o natural se encuentra en el centro del sistema penal y que esta sea reconocida como la única capaz de cometer actos, de obrar culpablemente y de ser objeto de la ejecución de penas, calidades que no tienen los entes colectivos (personas jurídicas, empresas), por lo que no deben ser responsabilizadas penalmente.
- 477 En este sentido, se sostiene que, aun cuando se atribuya a las personas jurídicas todos los derechos y los deberes que no están condicionados a la índole propia de la persona natural, se les tiene por incapaces, por definición, de actuar. Si un acto puede serles reprochado es porque ha sido cometido por uno de sus órganos. Asimismo, que por carecer de las capacidades psíquicas de comprender el carácter ilícito de los comportamientos, y de determinarse según esta apreciación, se les considera incapaces de obrar culpablemente. En consecuencia, no pueden ser objeto de pena (fundada en la culpabilidad), la que solo está dirigida a las personas naturales con el fin de resocializarlas.
- 478 Comentando el Código Penal de 1863, Viterbo Arias manifestó que «el hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y apartarse del segundo, así debe proceder en la generalidad de los casos, y así ha de considerarlo el legislador, que establece principios generales también fundados en la naturaleza de aquel» (tomo I, 1900, p. 23). De acuerdo con las ideas de entonces, no concibió la posibilidad de que los entes colectivos pudieran ser responsables penalmente. En lo esencial, esta concepción fue mantenida en el Código Penal de 1924. Sin embargo, el legislador no dejó de considerar ciertos casos en los que la persona jurídica se encuentra vinculada con comportamientos delictuosos.

- 479 La concepción opuesta se funda en la percepción realista de las personas jurídicas. A manera de referencia, recordemos que, en concordancia con las ideas de Gierke, los individuos y las agrupaciones deberían ser tratados como «fenómenos naturales» capaces de voluntad y acción (Hafter, 1903, p. 45), por lo que para combatir eficazmente la delincuencia deberían ser comprendidos como objeto de la reacción penal (Hafter, 1903, p. 65). Así, se les concibe como una unidad cerrada y real con una voluntad especial conformada por las voluntades de los individuos que la integran, los que actúan en un ámbito distinto de la esfera de la actividad puramente individual (Hafter, 1903, p. 47). Para los efectos del derecho penal, la existencia real del espíritu, de la conciencia y de la voluntad comunes de la agrupación, se manifiestan realmente a través del espíritu, de la conciencia y de la voluntad de los miembros individuales. Dicha unidad colectiva es un producto diferente de los individuos.
- 480 La unidad colectiva está condicionada por la organización (Hafter, 1903, p. 50), factor social preexistente al derecho. La organización implica la configuración de un ser inmaterial mediante la expresión de voluntades individuales que constituyen la voluntad común de actuar y de organizarse. En consecuencia, la persona jurídica es capaz de cometer delitos en la medida en que interviene en la vida social exteriorizando su voluntad a través de dicha voluntad común, surgida de la organización de las voluntades individuales. Estos criterios no han sido aceptados, pero han influido, aunque de manera relativa, en la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o empresas.
- 481 En oposición a la percepción técnica de la responsabilidad penal de las empresas, la opinión comúnmente expresada se orienta a atribuirles una responsabilidad propia y aun de índole penal. No es raro que se les reproche haber contaminado un curso de agua y exigir que deben reparar los perjuicios causados. Así, se les tiene como culpables por lo que «han hecho». Esto implica una percepción social, expresada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio del poder difuso específico a ella. Dicho poder es generado por la estructura organizativa de la persona jurídica. Por tanto, la responsabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

1.1.2. *Incoherencia del sistema*

- 482 El rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta incoherente respecto de las responsabilidades que se les atribuye en los ámbitos del derecho civil y derecho administrativo. En el primero, se les considera, tanto legislativa como doctrinariamente, poseedoras de voluntad y titulares de un patrimonio. En el segundo, se les estima responsables de comportamientos contrarios a la regulación legal y se les impone sanciones de índole verdaderamente punitiva. La atribución de este tipo de responsabilidad implica despersonalizar esta imputación haciéndola pasar de la persona natural al ente colectivo.
- 483 Así, destaca la incongruencia entre negar a las personas jurídicas la capacidad de actuar y de ser responsable penalmente y, al mismo tiempo, admitir que son capaces de firmar contratos, de ser designadas tutores, gerentes de empresa o albaceas, de recibir multas administrativas que en nada se diferencian de la multa prevista en el Código Penal, de incurrir (como lo hemos señalado anteriormente) en infracciones y, simultáneamente, reprimir al autor material; de denunciar, perseguir y sancionar a las personas jurídicas como tales, sobre la base de leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales relativamente análogas a algunas reguladas en leyes penales comunes. En la Resolución Jefatural N° 198-94-INDECOPI, se dice «una obra [...] es copiada inmediatamente por otras empresas» y dispone el «cese inmediato de la actividad ilícita» de la empresa denunciada¹.
- 484 Frente a esta realidad, y a la constatación de que, con frecuencia, la comisión de delitos por personas individuales, miembros de las personas jurídicas, y que estas se benefician con dichas actividades delictuosas, se planteó la necesidad de imponerles ciertas medidas para incitarlas a tomar iniciativas dirigidas a evitar convertirse en el contexto o en el instrumento de este tipo de delincuencia. De acuerdo con este criterio de política criminal, se incluyó en los códigos penales las denominadas «consecuencias jurídicas».

¹ Cfr. Raventos, pp. 201 y ss.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. Introducción

- 485 La denominación «consecuencias accesorias» proviene de los proyectos españoles de 1980 y 1983, que sirvieron de modelo a nuestro legislador. Están previstas en el Título VI del Libro Primero del Código Penal, junto con la reparación civil. Siendo de índole diversa estos dos grupos de medidas, hubiera sido mejor regularlas separadamente, como se hizo en el Código Penal español de 1995 (Títulos V y VI del Libro Primero).
- 486 En el texto original del Código, su regulación fue establecida en solo cuatro disposiciones: en los artículos 102 y 103 se regula el decomiso de los efectos e instrumentos del delito; en el artículo 105 se establece la privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica «como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de la actividad por sus funcionarios o dependientes». El objetivo perseguido no es el de mostrar a la persona jurídica que ‘el delito no es un buen negocio’, sino simplemente de asegurar el pago de la reparación civil impuesta al autor individual. La disposición dice que la privación de beneficios se decretará cuando sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil» de quienes son castigados como responsables del delito, «si sus bienes no fueran suficientes». No es difícil imaginar que una empresa practicando una política dirigida a obtener la máxima ganancia no sea conducida a promover, directa o indirectamente, actos de dicha naturaleza, o a calcular entre sus pérdidas el pago de reparaciones civiles impuestas a sus miembros.
- 487 El catálogo de «consecuencias accesorias» figura en el artículo 105. Las medidas previstas fueron inicialmente previstas en los proyectos de septiembre de 1989 (art. 105), de julio de 1990 (art. 106) y de enero de 1991 (art. 105), de acuerdo con el anteproyecto español de 1983. En la exposición de motivos del proyecto definitivo se afirmó que «resaltan por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales».
- 488 De modo insatisfactorio y dentro del contexto actual, se ha propuesto, mediante el Proyecto de Ley N. 3851/2014-CR, la modificación del artículo 105. Refiriéndose a la necesidad de extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas para mejor combatir la corrupción y estimando que las sanciones previstas en el Código Penal son insuficientes, los autores de

dicho proyecto proponen modificar el mencionado artículo en el sentido de prever la obligación de imponer dichas «medidas», sin perjuicio de la sanción aplicable a los autores individuales, cuando «el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo». Las medidas son casi las mismas que las estatuidas en la disposición vigente, pero se agrega la «multa de hasta seis veces el beneficio obtenido por la persona jurídica como producto del acto de corrupción». Asimismo, se estatuye que «el cambio de la razón social, de la personería jurídica o la reorganización societaria no impedirá la aplicación de estas medidas». Por último, indica que «si alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

- 489 Esta regulación, centrada sobre todo en la determinación de consecuencias especiales, ocultando o rechazando el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido criticada y ha sufrido ensayos de modificación. Así, en el anteproyecto de Código Penal de 2009 se propone, por ejemplo, regular separadamente las consecuencias jurídicas propiamente dichas de otras consecuencias accesorias, como el decomiso. Con este fin se prevé un título especial llamado «De las medidas aplicables a las personas jurídicas». El catálogo de estas medidas aplicables (art. 110) es precisado. Además se estatuyen disposiciones referentes a su fundamentación y determinación judicial (art. 111), de modo de facilitar la aplicación adecuada de las medidas previstas. De esta manera, se orienta al juez en la individualización de la medida a imponer. De alguna manera, se pone de manifiesto el fin preventivo de las medidas, la índole del delito que debe ser cometido y la búsqueda de la reparación de los perjuicios causados.
- 490 Para mejor comprender la orientación de la regulación legal hasta ahora predominante, debe recordarse qué medidas similares eran previstas ya con anterioridad en nuestra legislación. Por ejemplo, respecto de los delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana, el artículo 9 de la Ley N° 16185 del 28 de junio de 1966 preveía que «las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación de los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten» (Hurtado Pozo, 1996, pp. 147 y ss.).

491 Las medidas aplicables eran de orden administrativo. Dicho criterio fue suprimido en la nueva ley relativa a los indicados delitos (Ley N° 24939 del 17 de noviembre de 1988). El legislador se limitó a establecer, en el artículo 9, que «las personas naturales que, en el ejercicio de sus actividades comerciales, incurran en la comisión de los delitos señalados en esta ley, serán sancionados con la cancelación, en los Registros Públicos, de la personería jurídica de que gocen y de las licencias y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten». De esta manera, se dejó de prever sanciones para las personas jurídicas concernidas con la comisión de un delito. Pese a ello, se han previsto consecuencias accesorias complementarias en diversas leyes penales, por ejemplo, en la Ley de Delitos Aduaneros (art. 11) y en la Ley Penal Tributaria (art. 17) (DLeg N° 813 y Ley N° 28008).

2.2. Estatus normativo de las consecuencias accesorias

- 492 Estas consecuencias son *sanciones penales especiales*, aplicables solo a las personas jurídicas relacionadas, en el marco de su actividad, administración u organización, con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un delito (Tiedemann, 2007, pp. 92 y ss.). Son penas accesorias en la medida en que se aplican solo si se identifica y sanciona a la persona física responsable del delito. Por tanto no constituyen penas accesorias, en la medida en que su aplicación no depende de la imposición de una pena a la persona jurídica. La Corte Suprema² ha subrayado este hecho sosteniendo que «este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el art. 39 CP», ya que no se trata de «un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito».
- 493 Siguiendo las diversas opiniones sostenidas sobre todo por autores españoles, entre nosotros se han admitido distintas concepciones, lo que ha provocado cierta confusión sobre la calificación de las consecuencias jurídicas.
- 494 Así, se las ha considerado, por ejemplo, como medidas de seguridad *sui generis*, basadas en la peligrosidad objetiva de la propia persona jurídica, puesta de manifiesto por las acciones delictuosas ejecutadas por sus órganos o personas que obran en su servicio (Bramont Arias & Bramont Arias-Torres, 2006, p. 309). Se les ha considerado también como sanciones administrativas, aplicables en razón a que la persona jurídica, en tanto «cosa», representaría un peligro (Castillo Alva, 2001, p. 274). Han sido calificadas de medidas preventivas por considerarse que su finalidad es neutralizar la

² Acuerdo Plenario N. 7-2009/CJ-116, FJ N. 11.

peligrosidad objetiva de la persona jurídica, debido a que son factibles de ser utilizadas para favorecer la comisión de delitos (Villavicencio, 2006, p. 271).

- 495 Formalmente, por no ser mencionadas en el artículo 28 entre las penas, no deben ser consideradas como tales. Sin embargo, es indudable que materialmente son de índole punitiva debido a que implican una restricción de derechos vinculada con la comisión de un delito. En este sentido, la Corte Suprema ha manifestado que «su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales»³. Denominarlas «consecuencias jurídicas» es un eufemismo ineficaz para ocultar su índole punitiva. Este proceder tiene efectos negativos en relación con la garantía de los derechos personales y procesales de los miembros de la persona jurídica concernida por dichas penas encubiertas.

2.3. Clases

- 496 Las consecuencias jurídicas del artículo 105 constituyen un control externo de la persona jurídica. Su objetivo es neutralizar o intimidar las personas individuales que la conforman (Silva Sánchez, 2000, p. 200).
- 497 En el inciso 1 se prevén «la clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos» en los que la persona jurídica desarrolla sus actividades. Su aplicación depende de que estos locales hayan servido para cometer, favorecer o encubrir un delito. El local concernido solo puede ser aquel en que el hecho ha sido ejecutado (Castillo Alva, 2001, pp. 310 y ss.).
- 498 En el inciso 2, se estatuye la disolución de la persona jurídica («sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas y comités»). Esta medida equivale a la pena de muerte para el ente colectivo. Por lo tanto, solo debería ser aplicada cuando la existencia y operatividad de la persona jurídica comporten un alto riesgo de que vuelva a estar relacionada con la comisión de delitos. Su aplicación es perentoria en el caso de las denominadas *personas jurídicas de fachada o de papel*, carentes generalmente de fines reales lícitos. Estas están básicamente destinadas a encubrir actividades ilegales.
- 499 El inciso 3 regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Es una medida temporal, parcial o total, no mayor de dos años. Las actividades concernidas son aquellas relacionadas directamente con la comisión

³ Acuerdo Plenario N. 7-2009/CJ-116, FJ N. 11, así mismo FJ N. 6.

del delito (Espinoza, 2005, p. 329) (p. ej., delitos de contaminación ambiental, art. 314).

- 500 En el inciso 4 se prohíbe realizar las actividades mediante las cuales se favoreció o encubrió la comisión de un delito. Lo que implica la inhabilitación de la persona jurídica para continuar efectuándolas. Su duración es no mayor de cinco años.

2.4. Aplicación

- 501 Según la versión original del artículo 105 («el juez podrá aplicar»), se dejaba en manos del juez la decisión de imponer o no las consecuencias necesarias a la persona jurídica. Mediante el Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, se transforma esta facultad discrecional en obligación, disponiéndose que «el juez deberá aplicar».
- 502 Como toda decisión, la que prevea la imposición de consecuencias jurídicas debe estar debidamente motivada, lo que implica que se expresen claramente los factores que hacen necesario imponerlas en razón de los riesgos de que la persona jurídica continúe siendo propicia para que se cometan delitos. Poco importa que varíe la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria (art. 105, último párrafo).
- 503 Las condiciones de imposición de las consecuencias jurídicas son:
- La comisión, al menos, de un «hecho punible» en el marco de las actividades de la persona jurídica. De acuerdo con la terminología del código, se trata de cualquier tipo de delito (doloso o culposo). La realización de faltas no es suficiente. Por estas solo responden los autores (art. 440, inc. 2).
 - La comisión del delito debe suponer que la estructura organizativa de la persona jurídica, la manera en que se desarrollan sus actividades, los niveles de decisión y ejecución de estas últimas, condicionaron favorablemente la ejecución u ocultación del delito.
 - La condena del autor del delito, sin importar la pena que se le imponga (efectiva, suspendida en su ejecución, se reserve el fallo condenatorio o se le exima de pena) (Zúñiga Rodríguez, 2003, p. 496).
- 504 La aplicación de las consecuencias jurídicas puede tener como efecto la intervención de la persona jurídica (no mayor de dos años) con la finalidad de proteger los intereses de sus miembros y acreedores (penúltimo párrafo del art. 105). Así, se busca restringir los perjuicios no deseados respecto

de terceros, quienes nada tienen que hacer con las actividades ilícitas de la persona jurídica afectada o de sus representantes y administradores.

- 505 Se dispondrá la intervención, principalmente, cuando se imponga a la persona jurídica la clausura de sus locales, la suspensión o la prohibición de sus actividades. Aplicada la consecuencia accesoria, el juez debe ordenar a la autoridad competente que intervenga a la persona jurídica sancionada (Meini, 1999, pp. 208 y ss.).

2.5. Pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica

- 506 En el artículo 104 se dispone la pérdida de los beneficios obtenidos por la persona jurídica debido al delito cometido, en el marco de sus actividades, por sus funcionarios o trabajadores. Como límite de esta privación, establece la reparación pecuniaria de naturaleza civil que correrá a cargo de la persona jurídica si los bienes de aquellos resultaren insuficientes.
- 507 Se trata de una medida de índole *patrimonial*, en razón de que está orientada a reparar los perjuicios producidos por la comisión del delito. Es subsidiaria debido a que se aplicará tan solo si el peculio de los responsables directos (funcionarios o trabajadores) no es suficiente para afrontar la reparación civil de los perjuicios ocasionados. Esta medida habría sido eficaz si se hubiera establecido la solidaridad de la persona jurídica, como tercero civilmente responsable, respecto de la reparación civil debida a los afectados por el delito, sin necesidad de constatar la insolvencia de los responsables directos. En este caso, la persona jurídica hubiera podido repetir lo pagado ante estos últimos.

2.6. Decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito

- 508 El decomiso, de acuerdo con el artículo 102, está restringido a los efectos resultantes del hecho punible (*producta sceleris*) y a los instrumentos utilizados (*instrumenta sceleris*) en su ejecución, salvo que pertenezcan a terceros ajenos a la realización del hecho punible. El decomiso es obligatorio si los efectos o los instrumentos son de comercio ilícito. El monto debe ser proporcional a la índole y gravedad del hecho punible (art. 103).
- 509 Debido a que no se atribuye capacidad de acción a las personas jurídicas, y por tanto no pueden ser calificadas de participantes en la comisión del delito, resulta imposible decretar el decomiso en contra de ellas. Este vacío

genera la situación contraproducente de tolerar que subsista la situación patrimonial ilícita que beneficia a la persona jurídica.

2.7. Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas

510 Para garantizar los derechos de las personas jurídicas, ha sido indispensable prever ciertas reglas procesales. En los artículos 90 a 93 del NCPP (inspirados en el § 444, inc. 1 de la Ordenanza Procesal Alemana - *Strafprozessordnung*⁴), se regula la intervención procesal de las personas jurídicas. Se prevé la manera como deben ser emplazadas y comprendidas en el proceso penal (Sánchez, 2009, p. 80).

2.8. Derechos y garantías procesales reconocidos en favor de la persona jurídica

511 En el artículo 90 del nuevo Código Procesal Penal, se señalan las personas jurídicas que pueden ser sujetos procesales de imputación y de emplazamiento procesal. El presupuesto decisivo es la posible aplicación a la persona jurídica de una de las consecuencias accesorias previstas en los artículos 104 y 105. De esta manera, se plantea que en un mismo momento procesal se analicen las responsabilidades del agente del delito y de la persona jurídica.

512 El artículo 91 del nuevo Código Procesal Penal regula la oportunidad y tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica sujeto de imputación. Además, se atribuye al Ministerio Público la exclusividad para exigir al órgano judicial la integración y el emplazamiento procesal de la persona jurídica.

513 La representación de la persona jurídica en el proceso está regulada en el artículo 92 del nuevo Código Procesal Penal. El órgano competente de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Este cargo no debe recaer, en ningún caso, en una persona natural que esté igualmente comprendida como procesada en la misma investigación y bajo imputación de los mismos hechos que han determinado la incorporación de la persona jurídica.

514 En el artículo 93 del nuevo Código Procesal Penal, se enumeran los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica

⁴ http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_03.pdf.

dentro del proceso penal. Se trata, en tanto resulten compatibles con su índole, de los mismos derechos y garantías atribuidos a una persona natural que tiene la condición de imputada. Por ejemplo, el derecho a la defensa, la posibilidad irrestricta de contradicción procesal y la impugnación de toda resolución que le sea desfavorable. El contexto del reconocimiento de estos derechos y garantías es la presunción de inocencia y el debido proceso. También se prevén criterios aplicables a situaciones que pueden ser calificadas de contumacia, rebeldía de la persona jurídica procesada o falta de apersonamiento.

2.9. Consecuencias accesorias como medidas cautelares procesales

- 515 En el artículo 313 del nuevo Código Procesal Penal, se regula la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas cautelares. Entre estas destacan la clausura de locales, la suspensión de actividades, el nombramiento de administrador judicial, el sometimiento a vigilancia judicial, la inscripción registral del procedimiento penal incoado, entre otros. Su aplicación está condicionada a la constatación del vínculo entre la comisión del hecho punible y la persona jurídica; asimismo por la urgencia o necesidad de poner fin a los efectos perjudiciales del delito e, igualmente, controlar si se presenta objetivamente un peligro procesal preciso. Dichas medidas, según las circunstancias del caso concreto, pueden ser sustituidas por otras o dejadas sin efecto (art. 315).

2.10. Jurisprudencia penal vinculante

- 516 Con la finalidad de impulsar la adecuada aplicación judicial de las consecuencias accesorias reguladas por el artículo 105 y para evitar prácticas incorrectas como consecuencia de la vigencia parcial de las reglas procesales contenidas en el nuevo Código Procesal Penal, la Corte Suprema de Justicia ha dictado el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009.
- 517 En su FJ 16 se establece que, si bien en el citado artículo 105 no existen reglas de motivación ni de determinación judicial de las decisiones que impongan consecuencias accesorias, esta limitación puede ser superada transitoriamente recurriendo al artículo 108 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código (de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153), en tanto sus postulados constituyen reglas basadas en los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados

positivamente en su Título Preliminar. Por tanto, los criterios a emplearse serían:

- Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- La gravedad del hecho punible realizado.
- La extensión del daño o peligro causado.
- El beneficio económico obtenido con el delito.
- La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

518 En su FJ 17, se establece que, conforme a su índole sancionadora, las consecuencias accesorias deben ser impuestas respetando el principio de proporcionalidad concreta o prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan a las circunstancias del suceso concreto. Por tanto, esto implica que el juez está capacitado para omitir la aplicación de tales sanciones cuando sea insignificante la intervención de la persona jurídica en el hecho punible (o en su facilitación o encubrimiento).

519 Finalmente, en su FJ 22, se establece que, al encontrarse aún pendiente la implementación del nuevo Código en todos los distritos judiciales del país, corresponde aplicar, en tanto esté de acuerdo con su estructura al CdePP, los siguientes criterios:

- El fiscal provincial debe incluir en la formalización de la denuncia, o en un requerimiento fundamentado durante la instrucción, los datos y contenidos que se mencionan en el artículo 91, inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal, necesarios para la identificación de la persona jurídica y las razones de hecho y de derecho correspondientes a la imputación que se le ha dirigido.

- La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio en condición de sujeto pasivo imputado. Esta resolución debe ser notificada, y disponer que esta designe un apoderado judicial, en concordancia con lo previsto en el artículo 92 del nuevo Código Procesal Penal.
- La persona jurídica procesada tiene los mismos derechos y garantías que la ley concede al imputado durante todo el proceso.
- La acusación fiscal que recaiga contra la persona jurídica debe pronunciarse específicamente sobre los hechos que acreditarían su responsabilidad, solicitando la imposición de las consecuencias accesorias correspondientes.
- La persona jurídica, debidamente emplazada mediante auto de enjuiciamiento, que no asista a la audiencia, no impedirá que se lleve a cabo el juicio.
- En etapa decisoria, corresponde al órgano jurisdiccional competente imponer la consecuencia accesoria requerida por el fiscal y debatida en juicio, rigiendo plenamente el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

3. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA O EMPRESA

3.1. Persona y sujeto de derecho

520 Para superar la discusión sobre las capacidades de las personas jurídicas en relación con el derecho penal, hay que destacar que el sujeto de derecho o persona no se identifica con el ser humano. La primera concierne al «mundo físico» y la segunda al «mundo normativo», de modo que la capacidad de actuar o la capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano (Tamayo y Salmorán, 2000, p. 301). Esto permite comprender por qué a seres humanos capaces mentalmente se les ha negado jurídicamente la condición de personas (por ejemplo, los esclavos y los extranjeros humanos no eran personas para el derecho romano (Grzegorzcyk, 1989); de manera similar, el derecho nazi descalificó como personas a miembros de ciertas minorías) y, al contrario, se trata como personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

521 La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Es utilizada para calificar normativamente a determinados seres humanos,

atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. Así, se estatuye quién debe ser considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercer la patria potestad, la obligación de indemnizar al perjudicado o de dar alimentos a un menor de edad.

- 522 De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir determinados seres humanos (los actores), pero sin confundir al sujeto de derecho con el sujeto físico. Se trata de una forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, por tanto, irreductible al mundo extra jurídico (Grzegorezyk, 1989).
- 523 El ser humano, concebido a partir del Siglo de las Luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante él mismo como ante los demás (tan libres como él). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica; llegándose así a concebir al «hombre» como titular de «derechos subjetivos» (Tamayo y Salmorán, 2000, p. 304).
- 524 Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo cuando se utilizan las expresiones «sujeto de derecho» o «persona» en el discurso jurídico no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano, sino más bien para referirse a este con relación a su conducta jurídicamente regulada. En esta perspectiva, Kelsen afirmó que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona.
- 525 La idea de que todos los seres humanos son personas (en sentido jurídico) constituye la culminación de un largo proceso social, sin embargo solo puede ser cabalmente comprendida si es replanteada diciendo que, hoy en día, los sistemas jurídicos modernos invisten con derechos, deberes y facultades a todos los individuos por el simple hecho de pertenecer al género humano.
- 526 En el contexto normativo del derecho, es fácil comprender que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos⁵, siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que «persona», en sentido jurídico, es aquel «algo» al que se atribuyen «derechos» y «deberes»

⁵ Y aún a cosas como un patrimonio: masa hereditaria.

por las normas jurídicas (Larenz, 1966, p. 92). El efecto práctico es que los derechos, obligaciones y facultades concernidos serán tratados de manera unitaria. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma manera que el sujeto de derecho o persona con respecto al ser humano está relacionado con los seres humanos individuales que la conforman; pero tampoco debe ser identificada con estos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, por un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada, y por otro, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona colectiva.

- 527 Debido a la presencia real de las entidades colectivas, en sociedades altamente complejas y tecnificadas como las nuestras es igualmente bastante comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa como tal. Su marcada influencia tanto en el desarrollo técnico como económico es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (por ejemplo, en el mercado financiero o el medio ambiente); constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan.

3.2. Justificación de responsabilizar penalmente a empresas

- 528 Si se tienen en cuenta sus aspectos comunes, los cambios sociales y técnicos profundos de las últimas décadas, en particular los de índole económica e informática, se ven influidos, en general, por el desarrollo global de las relaciones económicas y de los canales de comunicación e intercambio de personas, servicios, mercancías, técnicas. En este contexto, los actores económicos constituidos por entes colectivos, empresas, se han organizado de manera compleja con estructuras altamente jerarquizadas, pero también flexibles y opacas. Esto hace bastante difícil establecer la responsabilidad individual de los decisores colocados en distintos niveles de la organización empresarial. Por lo tanto, en caso de comportamientos delictuosos, resulta muy difícil identificar a los responsables a partir de las condiciones de punibilidad del derecho penal común.
- 529 Esta división del trabajo hace que un determinado resultado comprenda «la realización de una pluralidad de actos ejecutados por distintos sujetos en el ejercicio de una ‘competencia’ que es solo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa» (Paredes Castañón, Rodríguez Montañez, 1995). En este sentido, se puede describir la empresa como una «organización

de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado» (Pedreira, 1999, p. 227, nota 15).

- 530 Los especialistas consideran que la organización del proceso productivo actual se caracteriza por la división técnica del trabajo y por su especialización (los participantes asumen una competencia funcional al momento de actuar), por la complementariedad de la intervención de cada uno con los demás y por la relación jerárquica entre los intervinientes en un contexto de actividades y decisiones en diversos niveles (Tiedemann, 1985).
- 531 Por todo esto, se impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales en aras de lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor pensar en respuestas diversificadas a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad.
- 532 Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se puede llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales.
- 533 Esto es, en especial, correcto en relación con las grandes y complejas empresas que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad, empresas cuyas actividades constituyen procesos altamente tecnificados y organizados. En razón de los peligros que crean a terceros, se han planteado diferentes propuestas para determinar las condiciones de imputación penal.
- 534 La importancia de los entes colectivos (financieros, comerciales, industriales, de servicios, culturales, políticos) se aprecia en la eclosión y desarrollo de la nueva criminalidad (crimen organizado, lavado de efectivos, delincuencia informática, tráfico de drogas...), debido, en particular, a su organización especial y su peso social, sobre todo, económico y político que devienen en instrumento o marco de la ejecución de graves delitos.
- 535 El punto de partida es considerar que, como cualquier otro participante en la vida comunitaria, los entes colectivos tienen el deber de realizar sus actividades evitando poner en peligro a terceros. Con este objeto, deben organizarse de manera de garantizar la supresión de tal peligro o su disminución a límites tolerables. Esta obligación se impone en la medida en que resulta imposible, aun al Estado, intervenir eficazmente con la finalidad de prevenir dicho riesgo. Esta capacidad de la empresa para orientar y

controlar sus actividades equivaldría al poder de control de los hechos en el derecho penal referido al individuo. La defectuosa organización de la empresa, fuente de dichos peligros, constituiría la base de su responsabilidad penal por haber concretado, mediante su manera de proceder, el daño que comportaban tales peligros (por ejemplo, un grave y particular perjuicio al medio ambiente). De esta manera, no es necesario comprobar si un miembro de la empresa es responsable individual del resultado ilícito. El desvalor del resultado es determinado porque ha sido causado de modo reprochable por una empresa en concreto («individualmente»).

- 536 En derecho penal, imputabilidad es sinónimo de responsabilidad y la palabra imputable es utilizada para designar a la persona a quien se puede o debe atribuir un acto determinado. Imputar una acción a alguien significa atribuírsele como a su verdadero autor, ponérsele en su cuenta y considerarlo o hacerlo responsable de dicha acción. La noción de imputar implica, por tanto, una relación básica con la idea de obligación. En sentido inverso, esto significa que partiendo de las obligaciones de reparar o de soportar la pena, consubstanciales a la noción de retribución, debe llegarse al juicio de valor de atribución del hecho a su autor, al agente. Dicho juicio constituye el núcleo del juicio de imputación, por el que se pone en la cuenta de alguien el hecho reprochable.
- 537 Responsabilizar a una persona de la comisión de un hecho es, sin embargo, una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es, entonces, precisar cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos. Los criterios tradicionales referentes a la responsabilidad individual no pueden ser los mismos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. La determinación de estos criterios es la tarea urgente que debe cumplirse actualmente.
- 538 En resumen, en favor de la admisión de la responsabilidad penal de los entes colectivos, se ha argumentado que en las empresas los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican, lo que dificulta la identificación del sujeto individual responsable, lo cual, por ende, dificulta también la imputación de la responsabilidad penal. Del mismo modo, se habla de una «irresponsabilidad organizada», fundada en parte en carencias o deficiencias de organización que pueden deberse a las acciones u omisiones propias de las mismas estructuras de la persona jurídica. También se arguye la «actitud criminal colectiva», que denota la escasa resistencia que tienen quienes están obligados a obedecer en un sistema jerarquizado, lo que determina que se actúe de modo altruista en interés de la misma colectividad

(Shünemann, 1988, p. 529; Terradillos, 1995, p. 39), cuando objetivamente se realiza una conducta prohibida por el derecho penal.

3.3. Sistemas de responsabilidad penal de empresas

- 539 Las diversas propuestas para regular la responsabilidad de los entes colectivos se pueden agrupar, *grosso modo*, por un lado, en aquellas que los hacen directamente responsables por el delito que se ha cometido por su intermedio o en el ejercicio de sus actividades y, por otro, las que hacen derivar su responsabilidad de la responsabilidad de uno de sus miembros en la comisión del delito concreto. Por ejemplo, en el sistema jurídico anglosajón (Parisi, 1984, p. 46), el ordenamiento inglés, fundado en el criterio de identificar a la empresa con el autor individual del delito (teoría de identificación), estatuye que la responsabilidad del ente es independiente y autónoma de la de sus miembros. Ella obra a través de sus dirigentes. En Estados Unidos, de acuerdo con el criterio de la responsabilidad vicaria, la empresa es responsabilizada indirectamente por los delitos de cualquier de sus miembros, a condición de que estos los cometan en el ámbito de su autorización y en provecho de la empresa misma. El sistema francés (Pradel, 2003, N° 527 y ss.) se basa en la idea de la *criminalité d'emprunt* (la empresa toma prestada la responsabilidad del agente singular), la responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye sobre la base de un modelo de atribución normativo y teñido de consideraciones de política criminal (Rusconi, 1996, p. 178).
- 540 La propensión a atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos gana cada vez más terreno. Diversos son los países europeos que la han regulado en sus legislaciones penales. La Unión Europea impulsa esta tendencia teniendo en cuenta las necesidades de proteger el buen funcionamiento de sus instituciones. Así, por ejemplo, es favorable a esta represión en los ámbitos de fraudes al presupuesto comunitario, concursos y subastas públicas, así como en el de corrupción, blanqueo de capitales, receptación y, sobre todo, en el de asociaciones ilícitas. Similar fundamento y orientación tienen las recomendaciones 12 y 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación N° 13 del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre «El concepto y los principios fundamentales del derecho penal económico y de la empresa», celebrado en El Cairo en 1984; la propuesta efectuada por la Asociación Internacional de Derecho Internacional con motivo de su XV Congreso Internacional, celebrado en Río de Janeiro del 5 al 10 de setiembre de

1994, y el artículo 14 del Corpus Iuris. En el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica⁶ (sección B, «Anticorrupción», art. 19.9, num. 1), se establece que «cada Parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su legislación interna, en asuntos que afecten el comercio o la inversión internacional» y, en el numeral 3, se dispone que en caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las empresas, la Parte velará por que las empresas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, para cualquiera de las ofensas descritas en el párrafo 1.

- 541 Debido a la presencia real de las personas colectivas, en sociedades muy complejas y tecnificadas como las modernas es también comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa como tal. Su marcada influencia en el desarrollo tanto técnico como económico es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (p. ej., en el mercado financiero o el medio ambiente), además de que constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. En cuanto a la responsabilidad social (Ricoeur, 1991, pp. 285 y ss.), se trata de superar el criterio tradicional orientado hacia la rentabilidad y ganancia para comprender a la empresa en su complejidad, considerando todos los factores que le conciernen en la perspectiva de la organización. En este sentido, se dice que la responsabilidad social implica, por un lado, conducir su actividad a un ámbito donde esta sea congruente con las normas, los valores y las expectativas sociales vigentes. Por otro, comprende el desarrollo de procesos de estructuración de toma de decisiones por medio de los cuales y de acuerdo con una información incompleta, quienes las adoptan colectivamente anticipan, responden y gestionan todas las ramificaciones de la política y de las prácticas de organización (Lozano, 1999, pp. 105 y ss.). Estos esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva, suponen concebirla normativamente como una persona diferente de la de sus miembros individuales. El objetivo, entonces, es fijar bajo qué condiciones se la considera responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.
- 542 Si se tiene en cuenta la manera como se concibe a la persona en el derecho en general, y en particular, en el derecho civil, no resulta claro por qué

⁶ TLC Perú-EEUU, <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Transparencia.pdf>.

debe ser considerado inaplicable este criterio en el derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto del derecho administrativo, en el que se trata a la persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas. El sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, también está determinado por la forma en que el legislador establece las condiciones para punir y cómo define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene como objeto especificar en qué consiste en realidad el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente. No existen delitos naturales, ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal.

- 543 La cuestión se reduce, en consecuencia, a determinar si hay que atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas, y en caso de respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución actual de las legislaciones penales, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado (Robert, 1985, pp. 125 y ss.; Heine, 1996, pp. 211 y ss.; Roth, 1997, pp. 352 y ss.; Lütolf, 1997, pp. 98 y ss., 245 y ss., 273 y ss.; Delmas-Marty, 1993, pp. 227 y ss.). Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable. No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, puesto que las soluciones que se adopten deben conformarse de acuerdo con los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal. Además, debiendo ser el derecho penal la *ultima ratio* en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas económicas y jurídicas en los ámbitos civil y administrativo.

3.4. Evolución legislativa en el Perú

- 544 A partir de la anterior definición, la criminalidad de empresa vendría a ser la suma de los delitos con contenido económico que se cometen a través o teniendo como medio la actuación empresarial, debiendo diferenciarse entonces cuándo se actúa valiéndose de la estructura empresarial y cuándo alguno o algunos colaboradores de la empresa causan un daño a la empresa misma o a otros de sus colaboradores, ya que entonces estaríamos hablando

de lo que la doctrina alemana ha denominado criminalidad en la empresa (Gracia Martín, 1993, pp. 213 y ss.).

- 545 Como ya hemos indicado, el Código Penal de 1863 y el Código Penal de 1924 se fundaban plenamente en el criterio de que la persona natural, racional y libre para conocer el bien y el mal, era el sujeto central de la reacción penal. Debido a las condiciones particulares atribuidas a ciertos comportamientos delictuosos y a las nuevas condiciones sociales, en el segundo se hicieron algunas referencias a las personas jurídicas; por ejemplo, en relación con los delitos cometidos en ocasión de quiebras de sociedades anónimas o cooperativas. Así, en su artículo 254, se dispuso que será penado «todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado en la ejecución de alguno de los actos a que se refieren» las disposiciones que reprimen la quiebra fraudulenta. Así, la situación de la empresa era considerada como el marco en el que sus miembros individuales habían obrado ilícitamente, pero sin tenerla en cuenta como autora de la quiebra fraudulenta o culpable. En buena cuenta, se establecía un agravante basado en dos elementos: por un lado, la calidad especial del agente en relación con la organización de la persona jurídica, y por otro, el hecho de tratar un caso de participación del mismo modo que el delito principal (quiebra fraudulenta o culpable).
- 546 Las exigencias económicas y políticas impulsaron igualmente al legislador a dictar ciertas disposiciones relativas a las personas jurídicas, esencialmente en el ámbito administrativo. Por ejemplo, según el artículo 3 del Decreto Ley N° 18957 del 14 de setiembre de 1971, ninguna persona jurídica de derecho privado, distinta de las empresas financieras reguladas en el mismo decreto, deberá realizar ciertas operaciones financieras ni utilizar en su denominación, razón social o propaganda la palabra *financiera* o similares. También se establecía expresamente que los «directores y gerentes de las personas jurídicas infractoras de las prohibiciones [...] serán conminados [...]». De modo que la infractora era la persona jurídica, pero la sanción era impuesta a sus dirigentes, sin tener que comprobar si estos eran los autores materiales y directos de la infracción. La supuesta incapacidad de pena de la persona jurídica era superada mediante una ficción.
- 547 En materia penal, el legislador fue más lejos al prever la represión por delito de contrabando (Ley N° 16185, 28 de junio de 1966). En el artículo 9, se dispuso que «las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores

directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten». De esta manera, se consideraba que las personas jurídicas podían incurrir en la «comisión de delitos», delitos sometidos a proceso penal. Este podía culminar, comprobadas las responsabilidades individuales de los «ejecutores directos o indirectos» y la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, con la condena tanto de algún miembro de esta última como de ella misma. La sanción de «cancelación en los registros públicos de la persona jurídica» significaba prácticamente su disolución. Esta sanción tiene un claro corte punitivo, aunque pueda tener también un aspecto preventivo. Pero este aspecto es el mismo que tiene la pena de muerte en caso de un delincuente individual, pues de esta manera se evitará con certeza que el responsable no reiterará en la comisión de infracciones.

- 548 El Perú, como cualquier otro país en vías de desarrollo, ha sido víctima del fenómeno de la criminalidad empresarial. Integrado en el sistema económico y político mundial, confronta condiciones desfavorables por las actividades de empresas nacionales y multinacionales que, en busca del máximo lucro, incurren en incorrecciones en el dominio tanto económico como fiscal.
- 549 Sin embargo, en el Código Penal de 1991 se mantuvo el sistema básico del Código de 1924 y, en consecuencia, se siguió manteniendo fuera del derecho penal a los entes colectivos (personas jurídicas) en tanto responsables de las infracciones cometidas.
- 550 Desde hace un buen tiempo, sin embargo, se plantea la cuestión de reconocer la responsabilidad penal de las empresas. Así, se ha llegado a establecer una relativa corriente favorable en la doctrina y se ha tratado de regularla legalmente. Alejándose de la solución de las consecuencias penales establecidas en los artículos 104, 104 A y 105 del Código Penal, en el Proyecto Legislativo N° 2225/2012-CR⁷ se propone su regulación. Con esta finalidad, confundiendo de alguna manera categorías penales, declaran esta responsabilidad en la perspectiva de la regla sobre la responsabilidad por el actuar en el lugar de otro. La propuesta consiste en prever un nuevo artículo 27 y modificar las medidas estatuidas como consecuencias jurídicas en el artículo 105.

⁷ http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130908_06.pdf

- 551 De esta manera, bajo el rubro «Responsabilidad de las personas jurídicas», se establece que estas, «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». Esta regla es completada, por un lado, estatuyendo que «no están excluidas de dicha responsabilidad aquellas personas jurídicas que, con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación u otra similar». Por otro, decretando que la «responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas de los mismos hechos».
- 552 De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto, esta manera de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas «permite, sin afectar la responsabilidad individual, sancionar a las mismas bajo los criterios sustantivos». En opinión de los autores, «como lo ha señalado el legislador italiano, se trata de acoger un modelo de imputación distinto basado en la culpabilidad de la empresa, sin oposición a la responsabilidad penal». De este modo, el proyecto estaría enmarcado en el «modelo o sistema de imputación mixto, que parte de transferir la responsabilidad, como criterio básico de imputación, para luego elegir y graduar la sanción atendiendo a la culpabilidad de la empresa».
- 553 El objetivo de la reforma sería, sin desvirtuar el principio de la responsabilidad individual, establecer, de manera armoniosa con el Código Penal, «un modelo paralelo de imputación», objetivo que trata de lograrse mediante la modificación del artículo 27, reemplazando la categoría del «actuar en lugar de otro» (regla indispensable respecto de los delitos especiales) por una definición de las condiciones que deben cumplirse para aplicar las «consecuencias jurídicas» previstas en el artículo 105. Dicho proceder es defectuoso, porque en esa definición no se establece claramente el fundamento del modelo de imputación «paralelo» a la imputación individual que se preconiza en la propuesta, ni se indica en qué consiste la «culpabilidad» que se dice debe servir para «elegir y graduar la sanción» a imponerse a la empresa. En la medida en que en el artículo 27 se estatuye que las personas jurídicas serán responsables penalmente por «los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de estos», se abre la puerta para que se admita una forma de responsabilidad objetiva, salvo que se complete —mediante la interpretación— que su responsabilidad depende de la falta de organización de la persona jurídica para impedir que se cometan delitos en ocasión de sus actividades lícitas o que esa deficiencia sea promovida

para que se ejecuten delitos (culpabilidad o responsabilidad por defecto de organización).

- 554 Constatada la responsabilidad penal en el sentido del artículo 27, en el proyecto se establece, por un lado, la «privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas» (art. 104), y por otro, las «medidas aplicables» a estas (art. 105). El hablar de «medidas» resulta incoherente con las indicaciones hechas respecto de la «culpabilidad» y las «sanciones» que deberían ser individualizadas teniendo en consideración este factor. La empresa sería considerada como «objeto de las consecuencias jurídicas» (calificadas muchas veces de sanciones administrativas) y no como «sujeto» de punibilidad.
- 555 De acuerdo con la nueva redacción del artículo 105, propuesta en el proyecto, las medidas aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:
1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
 2. Disolución y liquidación de la persona jurídica.
 3. Suspensión de las actividades de la persona jurídica por un plazo no mayor de dos años.
 4. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
- 556 En esta misma disposición se prevé que si el juez aplica una de estas medidas, él «ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años». Asimismo, que la sentencia condenatoria debe inscribirse en el Registro Nacional de Condenas a Personas Jurídicas que debe crearse (Disposición final. Única).
- 557 Sin considerar que es necesario, para llevar a cabo una reforma como la propuesta, seguir uno de los modelos foráneos dados en ejemplo en la última parte de esta obra, si es aconsejable tomarlos en cuenta para inspirarse en la búsqueda de la regulación que sea más conveniente para nuestro ordenamiento social, político y jurídico.
- 558 Esto resulta imperioso sobre todo cuando se busca integrar la responsabilidad de las personas jurídicas en el contexto de un nuevo Código Penal. De manera que se pueda apreciar y mejorar las propuestas que se hacen en sendos proyectos de reforma completa de este código.

- 559 En el Proyecto de Ley N. 3491/2013, se explica de manera global la nueva regulación diciendo que por «extensión y bajo criterios autónomos y particulares, en razón a su naturaleza delictiva, se establece del mismo modo un conjunto de criterios de aplicación de la pena a las personas jurídicas en el Capítulo III». En este capítulo, se prevé la imposición de la multa (art. 73), se regulan circunstancias atenuantes (art. 75) y agravantes (art. 76) de responsabilidad penal, así como un catálogo de medidas y criterios aplicables a dichas medidas (arts. 131 y 132). De modo expreso, se explica que se recurren «a criterios de razonabilidad (prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas) y proporcionalidad (la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible, la gravedad del hecho punible realizado, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico indebido y la reparación espontánea de las consecuencias del hecho punible)»⁸.
- 560 Si bien no se declara clara y expresamente cuales son las personas jurídicas a las que se les puede atribuir responsabilidad penal, se desprende del art. 37 que se trata de las de derecho privado. En esta disposición se estatuye categóricamente que las «disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se aplican al Estado, a sus dependencias, ni a sus organismos reguladores».
- 561 Esta responsabilidad penal es reconocida en la medida que se la vincula con la comisión de un delito y se le concibe como independiente de la responsabilidad de las personas individuales, ejecutores del comportamiento delictuoso. En su art. 35, se dice que dicha responsabilidad «es independiente de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito» e, igualmente, que las «causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad de las personas jurídicas». Para mayor precisión, se esta disposición también se aplica «a la persona jurídica unipersonal».
- 562 La orientación de las reglas, en cuanto al fondo y la forma, ha sido cambiada en el texto del Proyecto de Código Penal contenido en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso⁹, de diciembre 2014. Este cambio, se ha debido en particular al planeamiento realizado

⁸ Exposición de motivos, p. 241.

⁹ Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, Proyecto de dictamen recaído en el Proyecto de Ley 4054/2014-PE, que propone una Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en delitos de corrupción, mayo 2015.

en el Proyecto de Ley N. 4054/2014-CR. Este proyecto restringe el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a que sólo toma en consideración la comisión de los delitos de corrupción: arts. 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal.

- 563 En su art. 1, establece como objetivo, al mismo tiempo que enumera las personas jurídicas que son tomadas en cuenta, «regular la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado, las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado o sociedades de economía mixta». Responsabilidad que es declarada autónoma en relación con la responsabilidad penal de las personas naturales (art. 3).
- 564 La atribución de dicha responsabilidad penal a las personas jurídicas se hace depender de que la comisión de los delitos de corrupción exhaustivamente enumerados sean «cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto». Los ejecutores del delito deben ser (1) 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; (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 o autorización de estos últimos; (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 éstos 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.
- 565 A pesar de que se habla de responsabilidad por el delito cometido (penal), en el art. 4 se utiliza el término «medidas» para aludir a las sanciones penales que luego se enumeran. Se trata de las siguientes:
1. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido, sin perjuicio de los dispuesto en el numeral 1 del artículo 5.
 2. Disolución.

3. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
 4. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
 5. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
 - 5.1 Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.
 - 5.2 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.
 - 5.3 Suspensión para contratar con el Estado, por un plazo no mayor de cinco años.
- 566 En los dos párrafos finales de esta disposición, en razón a que se considera la aplicación de todas las sanciones enumeradas, se prevén dos reglas generales. En la primera de orden preventivo de los efectos negativos que puedan afectar a terceros, se autoriza a al juez «ordenar a la autoridad competente que disponga la intervención de la entidad, cuando sea necesario para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un periodo de dos años».
- 567 En la última, se regula una medida destinada a evitar que la responsabilidad penal sea evitada mediante el manipuleo de la existencia e índole de la persona jurídica. Así, se dispone que el «cambio de la razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la aplicación de estas medidas».
- 568 En los arts. 5 a 7, se regulan, respectivamente, las sanciones de multa, de clausura y cancelación de licencias y otras autorizaciones y, por último, de disolución. En cuanto a la segunda e, igualmente, para excluir perjuicios para terceros, se excluye su imposición «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 pudiere causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad».

- 569 La determinación o individualización de la aplicación de las sanciones es establecida de acuerdo con criterios objetivos, sin que resulte claro el fundamento de las mismas, que generalmente es concebido como una forma de responsabilidad debida a la falta o deficiencia de la persona jurídica para evitar la comisión de delitos o la identificación de la persona natural culpable. En el art. 10, se fijan como criterio de fundamentación y determinación, la gravedad del hecho punible, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido por el delito y el puesto que en la estructura de la entidad ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.
- 570 Esta deficiencia es, en parte, corregida con la previsión de, hecho novedoso en nuestro medio, un «modelo de prevención» (*Compliance*) destinado a evitar o disminuir la delincuencia relacionada con las personas jurídicas. En el art. 11, se estatuye que dicho modelo debe contener al menos los siguientes elementos:
- 1.1. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de Auditoría Interna de Prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias 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.
 - 1.2. Medidas preventivas referidas a: (i) la identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos (ii) 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 de los delitos; (iii) la identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas; y, (iv) la existencia de sistemas de denuncia, protección de denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.
 - 1.3. Un mecanismo de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la entidad.
2. El reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención.

3. La acreditación parcial de los elementos previstos es valorada como circunstancia atenuante privilegiada, a efectos de reducir la medida por debajo del mínimo legal establecido.

4. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta sus facultades de autocontrol interno se ejercen 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.

5. El modelo de prevención puede ser certificado por terceros, dentro del marco de los sistemas nacionales de acreditación y certificación del INDECOPI, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el numeral 2 del presente artículo.

- 571 Con la finalidad de «los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad», en el art. 12, se prevén algunas «medidas cautelares», que se aplicaran, durante el proceso, siempre y cuando «existan suficientes elementos probatorios de la comisión del delito». Se consideran: la clausura de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales, la prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito, la suspensión para contratar para el Estado. Su duración no debe ser superior a la «mitad del tiempo establecido para las medidas temporales establecidas en el artículo 4 de la presente ley». Por último, en el art. 13, se dispone que, en concordancia con el art. 102 CP, se aplique el decomiso, es decir «la incautación o el decomiso de dinero, bienes, efectos o ganancias».
- 572 En una última propuesta de modificación sustancial del Código Penal, se limita aún más el dominio de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Según el art. 130, primera parte, está imputación sólo es posible en caso del delito de «cohecho activo internacional» (art. 584)¹⁰.
- 573 Con algunas modificaciones sencillas, se retoman también, de este último proyecto, casi la misma lista de personas calificadas de ejecutoras del delito. En el inc. 2, del art. 130, se mencionan las mismas personas

¹⁰ «El que con cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas, comerciales o de cualquier otra índole de carácter internacional, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del artículo 42».

jurídicas consideradas en el art. 1 del Proyecto de Ley N° 51/2014 CR. Constituye una innovación, por el contrario, que si señale expresamente, en el inc. 4, que excluye la responsabilidad el hecho de que «con anterioridad a la comisión del delito, hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 141». Igualmente, se establece que subsiste la responsabilidad aún en caso de que se produzca, cualquiera sea la forma de constitución de la persona jurídica, «cambio de razón social, la reorganización social, transformación, fusión, absorción, escisión, liquidación o cualquier medida que pueda afectar la personalidad jurídica». Si esto tiene lugar, la responsabilidad, «se traslada a la entidad o entidades en que se transforme, fusione o absorba y se extiende a la entidad o entidades que resulten de la escisión» (inc. 3).

- 574 La autonomía de la responsabilidad de las personas jurídicas respecto a las personas naturales es regulada en los mismos términos en el art. 131. También, se repite con algunos cambios secundarios el catálogo de «medidas» (sanciones) a las personas jurídicas (art. 132). Lo mismo sucede con las denominadas «medidas complementarias» (art. 133). Tampoco se aportan cambios sustanciales a la regulación de la multa (art. 134), a la clausura y cancelación de licencias y otras autorizaciones (art. 135) y a la disolución (art. 136). Lo mismo se constata en cuanto a las reglas sobre la determinación de las medidas y a los criterios de aplicación de las mismas (art. 137 a 140).
- 575 Lo mismo acontece en relación con la previsión de la innovación relativa al llamado «modelo de prevención» (*Compliance*). Su finalidad y sus condiciones son las mismas (art. 141). Las «consecuencias accesorias» no difieren de las previstas en la primera propuesta de reforma completa del Código Penal, las mismas que vienen a agregarse a las sanciones penales mencionadas precedentemente (art. 142). Se repitan así mismo los criterios que deben considerarse para determinar las medidas aplicables (art. 143). No es de extrañar tampoco que la regulación culmine con la previsión de que lo «dispuesto en los artículos anteriores se aplica sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que incurra el administrador o representante de la persona jurídica» (art. 144).

3.5. Reacción sancionadora respecto de la empresa

3.5.1. Código Penal

- 576 Ante la imposibilidad de ignorar plenamente los diferentes problemas que representa la implicación de los entes colectivos en actividades delictuosas, el legislador previó algunas medidas. Por ejemplo, en el artículo 27, referente al actuar por cuenta de otro y que hemos tratado anteriormente. Asimismo, aún más significativo, se establecieron las consecuencias accesorias previstas (art. 105), que son en buena cuenta sanciones aplicables a personas jurídicas de índole penal simulada, como hemos señalado precedentemente.
- 577 En cuanto a la parte especial, se puede recordar que, aun cuando en la exposición de motivos del proyecto se manifestó que «la ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden», se previeron «como delictivas conductas monopólicas, oligopólicas y prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia en la actividad comercial mercantil».
- 578 A modo de ejemplo, incluso cuando el artículo 232 haya sido derogado (DLeg N° 1034 del 25 de junio de 2008), cabe preguntarse si los medios punitivos que preveía eran suficientes para reprimir este tipo de delitos económicos. En ese artículo se estatuyó la represión de quien «infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la sociedad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia [...]». En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades es sobre todo materialización de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme a directivas establecidas mediante acuerdos colectivos. Esta circunstancia y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil la identificación de la o de las personas individuales que han abusado de un poder económico que es, en realidad, un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en estas condiciones, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión, es fácil dudar de la eficacia del derecho penal tradicional para reprimir y evitar este tipo de comportamientos.

3.5.2. Legislación penal complementaria

- 579 De manera deficiente el legislador se ha visto obligado a recurrir al derecho penal respecto de las personas jurídicas. En el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 637, Ley General de las Instituciones Bancarias, Financieras

- y de Seguros, se prohíbe que toda «persona natural o jurídica» realice actividades en este dominio sin autorización «otorgada de acuerdo con esta ley». Asimismo, dispone que «se presume que una persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero a cualquier título, o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo propósito».
- 580 Según esta disposición, las personas jurídicas son consideradas, literalmente, como autoras materiales de las infracciones previstas en el primer párrafo del artículo 21. Mas al establecer la reacción penal, se dispone, en el último párrafo de dicho artículo, que «quienes infrinjan la prohibición [...] serán sancionados con arreglo al artículo 246 del Código Penal». Esta disposición reprime el delito de intermediación financiera no autorizada con pena privativa de libertad y multa. Se plantea, por tanto, la cuestión de saber a quién ha querido reprimir el legislador: solo a la persona individual autora y violadora directa de la prohibición o también a la persona jurídica. Pero no siendo posible imponer a estas penas privativas de libertad, solo se les infligiría la multa. Lo cierto es que el legislador ha elaborado deficientemente el artículo comentado, pues no es de olvidar que el artículo X del Título Preliminar dispone que «las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales». De modo que en el ejemplo citado, se trata siempre de la punición de autores individuales por la comisión de los delitos previstos en la norma especial.
- 581 Las mismas deficiencias se constatan respecto del artículo 12 del Decreto Ley N° 25623 (22 de julio de 1992), en el que se reprime como tráfico de drogas la reincidencia en la violación dolosa de los actos previstos en el artículo 10 de este decreto, que regula el control y la fiscalización de los productos e insumos químicos destinados a la elaboración de cocaína. Igualmente, en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25643 (24 de julio de 1992), que prevé la sanción como delito de terrorismo a la posesión no declarada, por parte de personas naturales o jurídicas, de nitrato de amonio o de elementos que sirven para su elaboración. Lo mismo se hace en el art. 16 del DL N° 25707 del 6 de noviembre de 1992, que declara de emergencia la utilización de explosivos de uso civil y conexos.
- 582 De manera más adecuada con los criterios del Código Penal de 1991, se recurrió a las «consecuencias accesorias», considerándolas como «medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician de la comisión de delitos». En la Ley N° 26461 del 8 de junio de 1995, artículo 10, se

reproduce literalmente el artículo 105 del Código Penal. Con menos rigor, se repite lo mismo en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 813, Ley Tributaria del 19 de abril de 1996.

3.5.3. Formas de autocontrol

3.5.3.1. Compliance

- 583 El término *compliance* es utilizado desde hace mucho en medicina, en el sentido de la disponibilidad de un paciente para cooperar en la formulación de un diagnóstico o utilización de medidas terapéuticas (Roth, 2000, p. 10). En derecho, la noción jurídica proviene de los Estados Unidos, donde se originó, en el sector bancario, en relación con los problemas suscitados por el delito de abuso de información privilegiada. Las empresas establecieron reglas de comportamiento interno con miras a evitar responsabilidades por actos cometidos por sus funcionarios y empleados (*guidelines, Compliance Codes*). Habiéndose generalizado en los demás sectores económicos y financieros, actualmente comprende todas las reglas (regulaciones legales, códigos de conducta, directivas de buena práctica), internas o externas, aplicables a toda empresa activa en el mercado.
- 584 La *compliance* forma parte de la denominada gobernabilidad de la empresa. Este gobierno empresarial es un elemento clave para mejorar la eficacia de la economía. Comprende, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) «una serie de interrelaciones entre la dirección de la compañía, su Consejo de Administración, sus accionistas y otros grupos de interés social». Proporciona asimismo la estructura que permite establecer los objetivos de la compañía, determinando los medios para alcanzarlos y cómo supervisar su cumplimiento. Para ser eficaz debe «proporcionar incentivos adecuados para que el Consejo de Administración y la dirección seleccionen aquellos objetivos más rentables para la compañía y los accionistas» e, igualmente, «permitir un control más eficiente y, por consiguiente, alentar un uso más eficaz de los recursos por parte de las compañías»¹¹.
- 585 En la perspectiva de las directivas de la OCDE y teniendo en cuenta las establecidas por otros organismos, las empresas elaboran, con relativa frecuencia, códigos de buena práctica para el gobierno corporativo. En sus informes anuales de gestión, estas deben informar sobre la aplicación

¹¹ Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades, Preámbulo, p. 13.

de sus directivas. En razón a que no constituyen reglas legales, no son de obligatorio cumplimiento, sin embargo son de gran importancia tanto porque concretan normas que pueden ser tomadas en cuenta por los jueces al resolver los casos concretos, como porque siguen y refuerzan las reglas deónticas relativas a la responsabilidad ético social de la empresa.

- 586 Como ya hemos repetido en varias ocasiones, la empresa ha alcanzado un papel decisivo en los diversos sectores de la actividad comunitaria nacional e internacional. Su influencia es enorme en la economía y las finanzas, a tal punto que sus actuaciones tienen un gran peso político. De modo que representan un factor positivo en el desarrollo de los países, pero han generado igualmente riesgos significativos tanto para las personas como para las entidades privadas y públicas. Estos riesgos están estrechamente ligados a la magnitud y complejidad de su organización y de los recursos de que disponen.
- 587 En la medida en que esta situación ha evolucionado, ha surgido la necesidad de establecer mecanismos de previsión y control de la organización y de las actividades empresariales. Los esfuerzos han sido realizados tanto por las empresas mismas como por los organismos estatales. Así, los responsables empresariales han buscado, en un esfuerzo de autocontrol, fijar regulaciones sobre el buen y debido funcionamiento de las empresas individuales o de grupos actuando en sectores determinados. Los Estados han desarrollado regulaciones de diversa índole, cuya eficacia depende de los medios que atribuyan a los órganos encargados de aplicar las numerosas medidas previstas.
- 588 La complejidad del sistema empresarial y la pesadez del aparato estatal hacen impracticable el establecimiento de un sistema de control monopólico estatal. Además de su ineficacia en este ámbito, produce efectos contraproducentes en el desarrollo y libertad de las actividades empresariales. El enorme poder de las empresas y su orientación clara hacia la obtención de mayores beneficios, aun sacrificando intereses personales y comunitarios, hacen poco recomendable que se deje en sus manos la implementación de un sistema de regulación o control eficaz. Entre estos extremos caben soluciones intermedias comportando el recurso a la iniciativa y participación de las empresas mismas (primeros interesados) y a medidas estatales destinadas a supervisar la autorregulación empresarial, la que debe conformarse a las exigencias del sistema jurídico. Todo esto implica igualmente que, en el seno de las empresas, se haya desarrollado

una responsabilidad moral social respecto del papel social que desempeñan: «responsabilidad social corporativa» (*corporate social responsibility*).

- 589 La intervención del Estado se refleja en la obligación legal que se impone a las empresas para que se doten de un sistema adecuado de *compliance* de conformidad con sus características y la naturaleza de sus actividades. Esta intervención es cada vez más clara e intensa en los dominios en que existe un alto riesgo de comisión de delitos (verbigracia, en los referentes a lavado de activos, corrupción, entre otros). Así, se busca que la empresa sea transparente para que los terceros operadores en el sistema económico tengan conocimiento de las circunstancias en que pueden participar o concurrir a las actividades de la empresa en igualdad de condiciones. Para asegurar el cumplimiento de la indicada obligación, se tiende a prever sanciones administrativas, civiles o penales.
- 590 En nuestro país no existe la obligación general de constituir al interior de las empresas sistemas de cumplimiento de normativas dirigidas a prevenir comportamientos indebidos o delitos. Salvo en algunos casos, esta política ha sido considerada en algunos sectores, por ejemplo, en 2002, la CONASEV —en coordinación con entidades públicas y privadas relacionadas con el ámbito empresarial— estableció los llamados «Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas» (según orientación de la OCDE 1999). En 2004, se prescribió que los operadores en el mercado de valores indicaran en la memoria anual en qué medida habían cumplido con dichos principios (cfr. Puga de la Rocha, 2007, p. 79).
- 591 En el punto V de dicho documento, se prevé como responsabilidad del Directorio de la empresa, que debe establecer la política de seguimiento, control y manejo de riesgos acápite (D.1), además debe velar por la existencia de los debidos sistemas de control, en especial, el control de cumplimiento de la ley (D.5). Esto pone en evidencia que el Directorio debe incorporar en el sistema organizativo de la empresa programas destinados a garantizar que las actividades se desarrollen en el marco de la legalidad. En alguna medida esto se revela también en la manera como el Estado ha tratado de imponer a las empresas programas destinados a asegurar que estas cumplan con las regulaciones normativas, por ejemplo en sectores como el lavado de activos, la protección del medio ambiente y la seguridad laboral.
- 592 La autorregulación debe orientarse, por un lado, a prevenir la comisión de comportamientos indebidos y delitos, al interior de la empresa por parte de sus miembros y en el desarrollo de las actividades de esta,

de comportamientos indebidos y delitos; por otro, de instaurar y reforzar mecanismos adecuados para detectar el riesgo que se cometan infracciones, identificar a los responsables y compensar los perjuicios ocasionados a terceros.

- 593 En referencia al derecho penal económico, se ha planteado la necesidad de establecer un sistema de *compliance* específico para mejor enfrentar la delincuencia en y por la empresa (*criminal compliance*). Modelos de este tipo de control de cumplimiento de la normatividad son los establecidos respecto de la lucha contra los *trusts* para defender la libertad de competencia, el fraude fiscal para proteger la regulación tributaria, la violación de las reglas del comercio exterior. La repercusión más importante en cuanto a la represión penal consistiría en determinar en qué medida el incumplimiento o no del programa de *compliance* influye en la determinación o graduación de la imputación penal. En nuestro país, por no hacerse responsables penalmente a las empresas, ese efecto estaría en relación con la responsabilidad individual de los miembros de la empresa concernidos con la posible comisión del delito.
- 594 Para evitar malentendidos, es indispensable esclarecer que cuando se indica como finalidad de los programas de *compliance* criminal la prevención de delitos, esto no significa que se trate de la previsión de mecanismos materiales de su realización. Se trata más bien de «la ordenación de las conductas a las pautas jurídico penales y solo a través de dicha ordenación con la implementación de carácter material» (García Cavero, 2014, p. 62). Por tanto, la *Criminal Compliance* no se limita a las medidas destinadas a impedir la comisión de delitos, sino también comprende aquellas dirigidas a la prevención de la responsabilidad penal (evitar la imposición de una pena), en la medida en que tiene tanto una dimensión material como procesal. Su desarrollo supone que vaya asumiendo un papel decisivo en el trato de la criminalidad económica, respecto de la cual el Estado no llega a darse abasto, debido a sus limitados medios ante la sobrecarga que implica la intensificación de este tipo de delincuencia.

3.5.3.2. Caso especial: lavado de activos

- 595 De conformidad con las medidas tomadas en los ámbitos tanto nacional como internacional, para combatir el lavado de activos, en nuestro país también se han implementado programas de prevención y persecución de comportamientos correspondientes a esta actividad delictuosa. Así lo establece en el ámbito bancario, verbigracia, la Ley de Creación de la Unidad

de Inteligencia Financiera (UIF). La obligación de implementarlos es impuesta al Directorio de la empresa. En caso de empresas de organización compleja, se debe designar un oficial de cumplimiento, responsable del buen funcionamiento de dichos programas de prevención. En función de las especificidades del blanqueo de activos, la ley que lo regula prevé ciertas exigencias que deben ser cumplidas al estatuir y poner en marcha el programa de prevención bajo amenaza de punición. Esto comporta, a diferencia de lo que sucede en otros sectores, dar la prioridad al control estatal en detrimento de la autorregulación (Ugaz Sánchez-Moreno, en AA VV 2011, p. 231).

- 596 Entre esas medidas hay que destacar la obligación, por un lado, de identificar de manera completa los clientes (ocasionales o habituales) teniendo a la vista sus documentos personales y, por otro, de verificar, registrar y actualizar en permanencia dicha identidad. Asimismo, el deber de establecer un registro de las operaciones por las que se dispongan de bienes, siempre que sean de un monto igual o superior a diez mil dólares americanos o el equivalente en moneda nacional (Ley N° 27693, art. 9 inc. 2, art. 6 del Reglamento¹²). El monto mínimo es de cincuenta mil dólares cuando se trata de un conjunto de operaciones efectuadas durante un mes calendario (denominado *smurfing*). Estos límites cambian respecto de ciertas empresas (casinos, sociedades de lotería y casas de juego, por ejemplo), señalados en dos mil quinientos y diez mil dólares respectivamente. Este deber de la empresa de registrar es excluido en relación con sus clientes habituales, cuando consta la licitud de sus actividades (Ley N° 27693, art. 9 inc. 4) (Lamas Puccio, 2000, pp. 92 y s.).
- 597 El pilar del sistema es, sin embargo, la obligación de informar a la UIF sobre las operaciones inusuales o sospechosas, que constituyan probablemente actuaciones destinadas a lavar activos. Se considera que dichas operaciones consisten en transacciones (civiles, comerciales, financieras) que se caracterizan por la magnitud y rapidez de rotación inusual, por las condiciones de complejidad inusual o injustificada, por la presunción que sean de origen ilícito o por que carezcan de base económica o lícita aparente (Ley N° 27693, art. 11 inc. 3). El carácter inusual de las operaciones se determinará estimando si su cuantía, periodicidad o índole tienen relación con la actividad económica habitual de la empresa en el marco

¹² Reglamento de la Ley N° 27693 (Unidad de Inteligencia Tributaria), D.S. N° 018-2006-JUS, en http://www.sbs.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/jer/NAC1_SEGUNNORMASNACDECRETOS/ReglamentoLey27693.pdf.

de los parámetros del mercado o si no tienen fundamento legal evidente. Todas estas apreciaciones deben efectuarse considerando todo el contexto de las transacciones realizadas o que se proyectaban llevar a cabo (art. 11 inc. 5 del Reglamento).

- 598 La eficacia de los programas de prevención depende, como es evidente, de la manera como se informe, capacite y motive a todos los participantes en las operaciones económicas (tanto clientes, empleados, controladores), se estatuyan los códigos o directivas de buen comportamiento.
- 599 Además del control a cargo del oficial de cumplimiento (conjuntamente con el Directorio), se estatuye una medida adicional consistente en que en las auditorías interna y externa se verifique el cumplimiento del programa de prevención y detección de las operaciones sospechosas de lavado de activos. Los resultados deben servir para mejorar o completar dichos programas y deben figurar en el informe financiero anual del oficial de cumplimiento. La auditoría externa está a cargo de un tercero, quien deberá establecer, básicamente, los incumplimientos a las reglas preventivas del lavado de activos estatuidas en la ley o por el órgano superior competente (art. 22 inc. 4 del Reglamento).
- 600 El hecho de que quien está obligado legalmente a organizar en su empresa un programa de prevención y detección de lavado de dinero cumpla con hacerlo tendrá como consecuencia que sea improcedente imputarle responsabilidad penal a pesar de haber intervenido a nivel causal en la comisión de ese delito. La factibilidad de que dicho programa permita efectuar el control esperado permitirá determinar si el límite del riesgo permitido ha sido o no superado. Dicho límite no debe ser establecido a un nivel de exigencias que resulte contraproducente para el desarrollo productivo de las actividades habituales de la empresa. Finalmente, la eficacia del programa de vigilancia y descubrimiento es determinante para la configuración del lavado de activos, en la medida en que se reprime el acto de no comunicar las transacciones sospechosas detectadas y no su simple no detección por defectos del programa de control.
- 601 Para una mayor eficacia del descubrimiento de operaciones de lavado de dinero, desde el seno de la empresa, resulta altamente positivo establecer y fomentar el sistema del *Whistleblowing*, mediante el cual se busca la cooperación de los miembros de la empresa para que denuncien las irregularidades que se cometan al interior de la empresa.

3.5.4. Autorregulación

- 602 Se trata de un sistema por el cual una institución u organismo ejerce el control de su propio funcionamiento, para lo cual establece él mismo la reglamentación respectiva. Este mecanismo ha sido definido como la elaboración e instauración, por sujetos de derecho privado (por ejemplo, asociaciones), de normas que los conciernen directamente y por las cuales se rigen.
- 603 La autorregulación autónoma o libre es privada, independiente de toda intervención estatal. La autorregulación estandarizada concierne a las normas creadas en el marco de la autorregulación autónoma y que son reconocidas por una instancia competente. Este reconocimiento —también posible en el caso de la autorregulación obligatoria— confiere una mejor credibilidad y un carácter casi estatal a la norma, ya que no solo se aplica a los miembros de los organismos que las han elaborado sino también a un círculo más amplio de destinatarios. La autorregulación obligatoria es la prevista expresamente por el legislador. Por ejemplo, cuando este ordena a ciertos organismos de autorregulación establecer un reglamento concerniendo los intermediarios financieros para precisarles ciertas obligaciones de diligencia y regular las modalidades de aplicación.
- 604 En los considerandos del Decreto Legislativo N° 861, Ley de Mercados de Valores, se afirma que «resulta conveniente proporcionar el marco normativo que permita el impulso del mercado de valores y de las instituciones que participan en dicho mercado, en el marco de la creciente internacionalización y globalización de la economía, reforzando el principio de transparencia en la información y de las operaciones que en él se realizan, cautelando de esa forma los intereses de los inversionistas». Esto implica afirmar la libertad del mercado bursátil, su transparencia en su funcionamiento y la garantía de la intervención de los inversionistas.
- 605 En su artículo 131, modificado por el artículo 20 de la Ley N° 27649, del 23 de enero de 2002, se establece que las «bolsas deben reglamentar su actividad y la de las sociedades agentes que operen en ellas, vigilando el cumplimiento de la presente Ley y de las normas complementarias dictadas por CONASEV o por la Bolsa»¹³.
- 606 Las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Lima se regulan siguiendo los «Principios de Buen Gobierno Corporativo» establecidas por la (ex) CONASEV, ahora Superintendencia Nacional de Valores (SNV) del año 2002.

¹³ Concordancias: R. CONASEV N° 125-98-EF-94.10, R. CONASEV N° 021-99-EF-94.10.

- 607 Entre los principios más relevantes para el derecho penal económico tenemos los siguientes:
1. La empresa debe adoptar una política de transparencia de la información, entre los que destacan informar a la SNV sobre: hechos de importancia, los resultados financieros y de explotación de la empresa, los miembros del Directorio y los ejecutivos principales y sus remuneraciones.
 2. Respecto de la responsabilidad del Directorio, la empresa debe evaluar, aprobar y dirigir la estrategia corporativa; establecer los objetivos y metas, así como los planes de acción principales, la política de seguimiento, control y manejo de riesgos, los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar su implementación y supervisar los principales gastos, inversiones, adquisiciones y enajenaciones. También debe seleccionar, controlar y, cuando sea necesario, sustituir a los ejecutivos principales, así como fijar su retribución.
- 608 Sin embargo, el buen funcionamiento del mercado de valores está comprometido por la falta de un sistema de control efectivo que exige la implementación de una entidad debidamente equipada para vigilar las diversas actividades de los inversionistas y llegar a determinar las manipulaciones destinadas a desnaturalizar las operaciones bursátiles. Esto explica que, por ejemplo, en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos se hayan instalado sendas autoridades dotadas de amplios poderes para ejercer un control efectivo capaz de detectar las manipulaciones abusivas, denunciar y perseguir los responsables, facultades y capacidades que no tiene la CONASEV, lo que se pone en evidencia en el hecho que no se den procesos de investigación de infracciones que permanecen en las cifras negras de la delincuencia.
- 609 El caso suizo referido al mercado bursátil es un ejemplo claro de deficiencia en el sistema de control. La aplicación de los artículos 161 y 161bis del Código Penal (delito de abuso de información privilegiada) es casi nula debido a la falta de un sistema de control efectivo. La atribución de competencias no está bien definida entre las diversas autoridades administrativas y penales, lo que debilita la represión de los abusos en el mercado bursátil. Así, la vigilancia superior de este mercado es, actualmente, de la competencia de la FINMA, la que autoriza la creación y explotación de bolsas de valores. Además, la vigilancia de las operaciones de negocios de títulos de valores con la finalidad de prevenir justamente la comisión del delito de iniciados es realizada por la FINMA y por las bolsas de valores. Por último, en caso de investigación, la FINMA coopera con las autoridades penales cantonales.

Careciendo estas de conocimientos especializados en este dominio, es la FINMA quien investiga de manera preliminar. Esto genera problemas, porque ella constituye una autoridad administrativa, por lo que no brinda las garantías procesales como lo haría una autoridad penal y, además, solo puede sancionar con multas.

- 610 La importancia de dichas disposiciones se reduce, en buena cuenta, a facilitar la ayuda judicial penal internacional, que exige la doble incriminación. En esta perspectiva, se confirmaría la crítica de que se trataría de un tipo legal de ayuda jurídica (*Rechtshilfetatbestand*).
- 611 La autorregulación constituye un componente fundamental del mercado financiero suizo que releva de la competencia de la FINMA. Dichas normas prevén las reglas de conducta (diligencia, lealtad, información), la distribución de inversiones colectivas de capitales (selección, colaboración y vigilancia de distribuidores), la gestión de fondos (especialmente, la evaluación de la fortuna), la transparencia, y los fondos inmobiliarios (sobre todo, su evaluación correcta). Sin embargo, hay que destacar que la autorregulación ha sido reforzada estos últimos años, por ejemplo en el sector bursátil.
- 612 En el dominio bancario existe, además de la vigilancia administrativa de la FINMA, una autorregulación mediante la asociación suiza de banqueros. En este sentido, los bancos suizos adoptan diversas reglas deontológicas, de acuerdo con su potestad de vigilancia. La convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (CDB) es un buen ejemplo. Esta última funciona relativamente bien, sobre todo para develar casos de corrupción.
- 613 Es interesante señalar que en Suiza existen dos instrumentos de autorregulación: el Código suizo de buena práctica para la gestión de empresas (*Corporate Governance*) y la Directiva 4 SIX Swiss Exchange sobre la regulación del mercado. Son regularmente adaptados a las necesidades del sistema económico y han dado buenos resultados. Recordemos que la *Corporate Governance* concierne tanto a las relaciones entre los órganos al interior de una empresa como a las relaciones entre la empresa con el exterior, por ejemplo el mercado de capitales.
- 614 En el ámbito del sector laboral, hay que destacar la existencia de medios de autorregulación, indispensables en especial para garantizar la estabilidad del mercado, como los derechos de los trabajadores. Entre nosotros, la autorregulación es regulada en la Ley N° 29783 de Seguridad y Salud en el Trabajo, que según el artículo 1, tiene el objetivo de «promover una cultura

de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia».

615 De manera explícita, el artículo 74 del Reglamento (DS N° 005-2012-TR del 25 de abril de 2012) de esta ley dispone que los «empleadores con veinte (20) o más trabajadores deben elaborar su Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este reglamento debe prever:

1. Objetivos y alcances.
2. Liderazgo, compromisos y la política de seguridad y salud.
3. Atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del comité de seguridad y salud, de los trabajadores y de los empleadores que les brindan servicios si las hubiera.
4. Estándares de seguridad y salud en las operaciones.
5. Estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas.
6. Preparación y respuesta a emergencias».

3.5.5. *Dispositivo de alerta (whistleblowing)*

616 Traducido literalmente, este término inglés significa «pitar» (con un pito o silbato), que en terminología técnica quiere decir «dispositivo de alerta profesional». Se le comprende como la actitud de una persona que es testigo, en el seno de su actividad profesional, de la comisión de inconductas (*wrongdoing*) o de actos que permiten sospechar con seriedad de su ejecución y que, por razones éticas, alerta a las personas competentes que tienen facultades para impedir que se sigan cometiendo.

617 El denunciante (*Whistleblower*) es un iniciado respecto de las actividades de la empresa en la medida en que tiene un conocimiento privilegiado sobre ellas debido al lugar que ocupa en la empresa. Esto le permite, como en el caso de los testigos, aportar los elementos que prueban la veracidad de la denuncia del hecho o la seriedad de la sospecha de su comisión.

618 El recurso al *Whistleblowing* propuesto por la doctrina¹⁴ es una alternativa al control arduo del sistema económico y a las dificultades para descubrir

¹⁴ Ledergerber, 2005, con numerosas referencias; Hunziker, 2007, pp. 163 y ss.; Jositsch, 2007, pp. 97 y ss.; Portmann & Wohlmann, 2007, pp. 179 y ss.; von Kaenel, 2007, pp. 309 y ss.

- los actos delictuosos en este dominio. Este medio resulta, debido a la complejidad de la organización empresarial y a la incapacidad de los órganos estatales, bastante importante en la implementación y funcionamiento de los programas de detección y control del buen y correcto gobierno de las empresas.
- 619 De esta manera, la percepción del hecho de denunciar y de la persona del denunciante pierde la coloración negativa que expresan los términos *delatar* y *delator*, adquiriendo la connotación positiva de colaborador en la tarea esencial del respeto de la legalidad y de los intereses públicos o privados. Los pone en conocimiento, sea en el ámbito interno, sea informando al público. Solo se transforma, en sentido técnico, en un denunciante cuando pone en conocimiento los hechos o las sospechas a una autoridad de persecución penal. Su papel se revela como decisivo en los numerosos casos en que los comportamientos indebidos no perjudican directamente a terceros, que tendrían interés directo en dar a conocer los hechos para proteger sus intereses particulares. A título de ejemplo, deben mencionarse los casos de defraudación, corrupción, contaminación ambiental, tráfico de drogas y lavado de activos.
- 620 En principio, el *Whistleblower* es un miembro de cualquier nivel de la empresa. Por tanto, obra desde el interior de esta. No tiene esta condición, en consecuencia, un extraño a la empresa (policía, abogado, periodista, etc.). Sin embargo, hay que considerar a quien, por su función o profesión y compromiso con la empresa, tiene una estrecha relación con esta y conoce directamente, total o parcialmente, las actividades empresariales. Por ejemplo, en el caso de un abogado o notario que obra como asesor en función de un mandato dado por la empresa. En cuanto al fondo referido a la puesta en conocimiento de una inconducta y a la finalidad de la represión del responsable, las denuncias internas o externas no se diferencian grandemente, salvo que cuando se formulan siguiendo una vía procesal determinada, el rol y las garantías del *Whistleblower* son mejor delimitadas.
- 621 La motivación que impulsa al denunciante puede ser de diversa y múltiple índole, sin importar el altruismo o bajeza con la que actúe (beneficio de la comunidad o venganza personal). Así, puede ser impulsado por intereses sobre todo personales, sin que sea indispensable que busque obtener una ventaja económica o de progreso en la jerarquía de la empresa. En ciertos casos, su finalidad puede ser la de evitar responsabilidades administrativas o judiciales por no denunciar ante sus superiores o la autoridad competente el comportamiento ilegal o delictuoso que conoce por formar parte

de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia».

615 De manera explícita, el artículo 74 del Reglamento (DS N° 005-2012-TR del 25 de abril de 2012) de esta ley dispone que los «empleadores con veinte (20) o más trabajadores deben elaborar su Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este reglamento debe prever:

1. Objetivos y alcances.
2. Liderazgo, compromisos y la política de seguridad y salud.
3. Atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del comité de seguridad y salud, de los trabajadores y de los empleadores que les brindan servicios si las hubiera.
4. Estándares de seguridad y salud en las operaciones.
5. Estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas.
6. Preparación y respuesta a emergencias».

3.5.5. *Dispositivo de alerta (whistleblowing)*

616 Traducido literalmente, este término inglés significa «pitar» (con un pito o silbato), que en terminología técnica quiere decir «dispositivo de alerta profesional». Se le comprende como la actitud de una persona que es testigo, en el seno de su actividad profesional, de la comisión de inconductas (*wrongdoing*) o de actos que permiten sospechar con seriedad de su ejecución y que, por razones éticas, alerta a las personas competentes que tienen facultades para impedir que se sigan cometiendo.

617 El denunciante (*Whistleblower*) es un iniciado respecto de las actividades de la empresa en la medida en que tiene un conocimiento privilegiado sobre ellas debido al lugar que ocupa en la empresa. Esto le permite, como en el caso de los testigos, aportar los elementos que prueban la veracidad de la denuncia del hecho o la seriedad de la sospecha de su comisión.

618 El recurso al *Whistleblowing* propuesto por la doctrina¹⁴ es una alternativa al control arduo del sistema económico y a las dificultades para descubrir

¹⁴ Ledergerber, 2005, con numerosas referencias; Hunziker, 2007, pp. 163 y ss.; Jositsch, 2007, pp. 97 y ss.; Portmann & Wohlmann, 2007, pp. 179 y ss.; von Kaenel, 2007, pp. 309 y ss.

de la empresa. El impulso puede ser también el de proteger el bien o interés público. Es el caso, esencialmente, cuando se dan las inconductas empresariales, de la economía, la seguridad o salud públicas, que son propias para poner en peligro los intereses comunitarios. También puede tratarse de denunciar en vista de favorecer los intereses de la empresa misma. El denunciante busca preservar la imagen de su empleador, de alertarlo con la finalidad de que impida o interrumpa las inconductas denunciadas. El efecto favorable para los responsables de la empresa sería evitar un asunto penal desfavorable para esta y en el que pueden verse comprendidos (a título de comisión por omisión, por ejemplo).

- 622 Cualquiera que sea la motivación del denunciante, su denuncia, anónima o no, lo coloca siempre en una situación conflictual o crítica, sobre todo, por el efecto perverso de no alcanzar las consecuencias esperadas (exclusión o sanción de los responsables, omisión de tomar medidas para remediar la situación indeseada, etc.). Personalmente, puede convertirse en objeto de represalias de sus superiores o colegas. Por ejemplo, licenciamiento injustificado, acoso laboral, denuncia civil o penal. En función de la necesidad e importancia del papel de los denunciantes, en el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre la corrupción, por ejemplo, se establece que: «Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención».
- 623 El empleador, ante un caso de denuncia de un disfuncionamiento irregular e ilícito de la empresa, puede adoptar diversas medidas, sea porque no cree o desconfía del denunciante, sea porque malintencionadamente busca ocultar los malos manejos de uno de sus miembros o de un sector de su personal. Tratará entonces de presionarle o amenazarle (despido, exclusión de promoción o de aumento salarial, sobrecarga sistemática de tareas, discriminación, etc.) para que desista, abandone o desmienta los cargos que ha revelado. Estas consecuencias negativas para el denunciante no solo pueden ser obra de sus superiores sino también de sus colegas del mismo nivel. La presión y el acoso se dan en sentido horizontal. Además, hay que considerar que, debido a las relaciones (nacionales e internacionales) múltiples de las empresas y a los intereses comunes que comparten, la situación crítica del denunciante tiene repercusiones fuera de la empresa misma (dificultades a encontrar nuevo puesto de trabajo en razón

a la desconfianza que genera en los demás empresarios: *blacklisting* o listas negras).

- 624 El deber de denunciar puede proceder de una obligación contractual, regulada en el código de comportamiento o en un reglamento de la empresa, así como de una obligación legal: a manera de ejemplo, en el artículo 11 (Obligación de comunicar o denunciar los actos contrarios al Código) de la Ley N° 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública), se dispone que todo «empleado público, bajo responsabilidad, tiene el deber de comunicar, así como la persona natural o jurídica tiene el derecho de denunciar, los actos contrarios a lo normado en el presente Código, ante la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad afectada o al órgano que haga sus veces». La infracción a este deber de revelación genera la comisión del delito de omisión de denuncia, consagrado en el artículo 407 CP. De acuerdo con esta disposición quien «omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».
- 625 En el Código Civil, se estatuye que cualquier «miembro del comité o del Consejo Directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Ministerio Público los acuerdos o los actos que violen las disposiciones legales o estatutarias» (arts. 111 y 117).
- 626 En el ámbito fiscal, y para alentar a los ciudadanos a colaborar a combatir las acciones fraudulentas respecto del cumplimiento de los deberes tributarios, la SUNAT ha dictado¹⁵ la Resolución de Superintendencia 075-2003/SUNAT fijando el «Procedimiento sobre Denuncias y Recompensas» en el que se reglamentan, por ejemplo, los requisitos mínimos para admitir, evaluar y rechazar las denuncias, así como los porcentajes que se deben aplicar para el cálculo de la recompensa y la oportunidad del pago, en el caso de resultar procedente.
- 627 Dicho deber puede colidir con el deber general de fidelidad que tiene todo empleado, por el que está obligado a salvaguardar los intereses legítimos de su empleador (*Treuepflicht*), lo mismo que con su deber de discreción en relación con los hechos o circunstancias propios a la empresa, aunque sea ilícitos, sin importar que sean secretos o reservados); por ejemplo, incumplimientos de contrato o de pago de impuestos (*Geheimhaltungspflicht*).

¹⁵ En cumplimiento de los arts. 14 y 17 del Decreto Legislativo N° 815 y del art. 13 del Reglamento, aprobado por el DS N° 037-2002-JUS, el 31 de marzo de 2003.

- 628 La ley se refiere expresamente al deber de fidelidad del trabajador, y al hacerlo, resalta la abstención de revelar información cuya divulgación pueda dañar los intereses del empleador. La norma dispone que «El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exija tal comportamiento de su parte» (Ley de Contrato de Trabajo, art. 85). Vinculada especialmente con este deber se dispone la obligación de no concurrencia, que prohíbe al trabajador competir con el empleador, salvo su autorización. La norma establece que «el trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste» (art. 88)¹⁶. En el Perú, se establece como causa de despido: «el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal» (art. 25, inc. d)¹⁷.
- 629 En estos casos, juega un papel importante el criterio de la proporcionalidad entre el deber de fidelidad o discreción y el interés público o privado de denunciar la inconducta, en particular de delitos cometidos en el seno de la empresa. Uno de los medios para obviar esta dificultad es la consideración de la vía que debe seguirse para proceder a ese tipo de denuncias. En principio debe acogerse a las vías establecidas en las directivas o reglas internas de la empresa o fijadas en el contrato laboral. También puede estar previsto que, llegado el caso, quien pretenda denunciar se dirija al órgano competente establecido en el programa de detección de irregularidades en vista del buen gobierno de la empresa (*Compliance*). Si estas vías resultan inefectivas (por desinterés del empleador o ineficacia del sistema de control establecido), el empleado puede recurrir a una autoridad competente externa, que tiene como objetivo enmendar la omisión del empleador sin poner en riesgo la reputación de la empresa misma. Solo una vez agotados estos recursos, debería hacer pública su denuncia.
- 630 Si bien todas estas preocupaciones generalmente son positivas en vista de la protección de los intereses de todas las personas implicadas en el asunto, también es cierto que constituyen obstáculos para incentivar a los

¹⁶ Cfr. Arts. 85 y 88, Contrato de Trabajo. Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones. Argentina, en: <http://www.legislaw.com.ar/legislaw/leyeslab/individual/rctti2.html>.

¹⁷ Texto único ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DS N° 003-97-TR. En: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/01/D-S-03-97-TR-TUO-de-la-Ley-de-Productividad-y-Competitividad-Laboral-D-L-No-728.pdf>.

empleados a participar en la gobernabilidad correcta de las empresas. La enorme dificultad para que estos mismos puedan apreciar la importancia de los intereses en juego y la proporcionalidad de su denuncia, conducen a que estos se sientan desprotegidos en sus derechos frente a las consecuencias perversas de su denuncia. En el sistema legal no se ha regulado debidamente el accionar del *Whistleblower*, no previsto las garantías necesarias para salvaguardar sus derechos personales y laborales.

- 631 La situación deviene particularmente complicada en determinados sectores de la actividad empresarial, debido a la complejidad de su regulación, en virtud de los diversos e importantes intereses que hay que tener en cuenta. Es el caso, por ejemplo, en el sector bancario y financiero, en el que las reglas públicas y privadas son muy numerosas, especializadas y complicadas. La posición del denunciante se revela fuertemente comprometida por la vigencia y el respeto del secreto bancario. Así, una funcionaria despedida por haberse negado a participar en ciertas operaciones por considerar que implicaban actos de lavado de activos, y haber denunciado a otros funcionarios por cometer dichos comportamientos, puede verse perjudicada en su derecho de defensa por la negativa de la empresa, alegando el secreto bancario, a entregar ciertos documentos destinados a probar los hechos denunciados, así como de las circunstancias relacionadas con las razones de su despido abusivo.
- 632 En el contexto penal, el denunciante corre el riesgo de una querrela por difamación (art. 132 CP) o una denuncia por violación de secreto profesional (art. 165 CP). En el ámbito laboral, el *Whistleblower* puede ser licenciado. Por esto, resulta indispensable que se establezcan medidas legales de protección de los *Whistleblowers* para garantizar la eficacia de la obligación de denunciar delitos que se conozcan en el seno de su centro de trabajo.

4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN DERECHO COMPARADO

4.1. Argentina: Anteproyecto de reforma del Código Penal 2013

- 633 La importancia de este anteproyecto¹⁸ y la orientación de sus propuestas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas justifican ampliamente

¹⁸ La versión consultada del anteproyecto es la que figura en la siguiente dirección: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20140408_01.pdf. Elaborado por la «Comisión para la elaboración del proyecto de Ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación», designada por Decreto del PEN 678/12. Presidida por E. Raúl Zaffaroni, se integró con los doctores

su presentación y difusión. Las reglas básicas están contenidas en la parte general. Como se basa en el criterio del *numerus clausus* respecto de los delitos que dan lugar a dicha responsabilidad, en la parte especial se fija caso por caso cuáles son estos delitos.

- 634 Como en el resto de los países latinoamericanos, en Argentina el asunto de la responsabilidad penal de la empresa está condicionado por el marco delimitado, por un lado, tanto por las garantías del derecho penal liberal y minimalista como por el modelo económico social constitucional, y por otro, por la necesidad de adecuar este régimen a las exigencias de enfrentar la evolución de la delincuencia económica, sobre todo revisando o creando el sistema penal y procesal garantista.
- 635 Esta situación ha llevado a que se pregunte, oportuna y justamente: «¿cómo y de qué manera pueden utilizarse las premisas valorativas consagradas por nuestro Estado constitucional de derecho como aporte decisivo en la construcción de un sistema de imputación penal más racional y previsible, que se adapte al derecho penal económico y que permita un eficaz pero acotado ejercicio del poder punitivo estatal sobre los comportamientos antisociales más graves e intolerantes en las actividades referidas a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, sin menoscabo de los derechos fundamentales de la persona?»¹⁹
- 636 El debate sobre si las personas jurídicas (empresas o entes colectivos) son responsables penalmente, a diferencia de nuestro país, data de muchos años atrás. Al respecto, es de recordar que Jiménez de Asúa (1947a, pp. 1042 y ss.; ídem., 1947b, pp. 1106 y ss.) defendía decididamente la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas de acuerdo con las corrientes tradicionales, mientras que Cueto Rúa (1949, pp. 1108 y ss.) sostenía la tesis opuesta, sobre la base de la idea de que dichas personas formaban parte de la realidad (siguiendo la teoría egológica del derecho de Carlos Cossio).
- 637 A pesar de estos esfuerzos teóricos y de las diferentes maneras como el legislador ha debido establecer reglas relativas a los comportamientos ilegales y perjudiciales cometidos en el marco de las personas jurídicas (p.ej., en el ámbito aduanero o fiscal), no se ha llegado a obtener un consenso sobre la responsabilidad penal de estas. Esto ha llevado a los autores del proyecto de reforma del Código Penal argentino, como se explica en las partes de la

León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, actuando como coordinador Roberto M. Carlés.

¹⁹ Lascano (h.), Carlos J. En: <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>.

exposición de motivos que transcribimos en las páginas siguientes, a adoptar una posición pragmática (Riquert, 2014, p. 1), dejando de esta manera en manos de los jueces y juristas la determinación, en la jurisprudencia y la dogmática, de cómo debe fundamentarse la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- 638 Sin embargo, cabe preguntarse si es que el fundamento de dicha responsabilidad no está ya dado en el mismo proyecto, en la medida en que, en su artículo 62, inciso 1, se dispone, entre las «condiciones para la determinación de las sanciones», que las «sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito». Esto implica, al menos en su primera parte, que la empresa será responsabilizada por los actos que no ha impedido o evitado por defecto en su organización, que ha conducido a la violación de reglas y procedimientos internos o a la falta de vigilancia sobre el desarrollo de sus actividades. Además, esto supone una exigencia: que la persona jurídica o empresa se dote de una reglamentación adecuada para no dar ocasión o no ser utilizada en la comisión de delitos (*Compliance*).
- 639 De manera singular, en cuanto a la aplicación de las penas se prevé que se impondrán sólo en los casos indicados en las disposiciones de la parte especial. De modo que se estatuye un *numerus clausus* de delitos cuya comisión puede dar lugar a la imposición de sanciones a las personas jurídicas imputadas. En cada uno de estos casos, se aplicará lo dispuesto en los artículos de la parte general correspondientes (cf. Exposición de Motivos, 2014, p. 174). (*Breve glosa a las sanciones para las personas jurídicas en el Anteproyecto 2014* por Marcelo A. Riquert, p. 1).
- 640 Esta actitud pragmática es similar, en algunos aspectos, a la de los juristas franceses, quienes sin demasiadas discusiones previas incorporaron en el nuevo Código Penal la responsabilidad penal de las empresas. Esta regulación motivó el desarrollo de un amplio debate sobre los criterios de aplicación de la regulación adoptada, que desembocó en la modificación de algunos de sus aspectos. Lo mismo sucederá necesariamente si el proyecto argentino llega a transformarse en ley. Las desventajas de este procedimiento son quizás menos perjudiciales para el ordenamiento jurídico y la política penal que las ocasionadas por el hecho de empantanarse en una discusión sin fin, mientras se mantienen vacíos legales que llevan a la impunidad de comportamientos delictuosos perjudiciales al normal desarrollo de las actividades económicas.

4.2. Chile: Ley N° 20.393

4.2.1. Introducción

- 641 Como en otros países latinoamericanos, a pesar de primar el criterio de la no responsabilidad penal de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*), el ordenamiento legal chileno preveía puntualmente sancionar aun en casos en los que la pena tenía efecto directo sobre dichos entes colectivos. Solo en diciembre de 2009, mediante la Ley N° 20.393, se introduce expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta importante modificación legal fue impulsada, entre otras causas, por la necesidad de Chile de incorporarse a la OCDE, para lo cual era indispensable aceptar algunas exigencias como la establecida, por ejemplo, en la Convención de dicha organización, del 21 de noviembre de 1997, relativa al cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.
- 642 Este contexto explica por qué no se ha comprendido buen número de delitos graves relacionados con la actividad empresarial y se haya considerado solo aquellos en relación con los cuales se tenía el deber internacional de penar a las personas jurídicas.
- 643 Así, la nueva ley se aplica a todas las personas jurídicas de derecho privado (comprendidas las empresas individuales de responsabilidad limitada) y a las empresas con participación del Estado (art. 2 de la Ley N° 20.393), sin consideración del tamaño, en caso de cometerse alguno de los siguientes delitos (art. 1):
1. Lavado de dinero²⁰.
 2. Financiamiento del terrorismo²¹.
 3. Soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales (art. 250 CP) como de funcionario público extranjero (art. 251bis CP).

4.2.2. Modelo de responsabilidad

- 644 El legislador chileno no ha optado por una de las soluciones extremas al alejarse de los criterios de la responsabilidad derivada y de la responsabilidad autónoma u originaria: ha escogido una solución mixta, en la medida en que prevé una responsabilidad derivada atenuada. Para responsabilizar

²⁰ Ley N° 19.913, Unidad de Análisis Financiero, art. 27.

²¹ Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, art. 8.

penalmente a una persona jurídica es indispensable que la persona física responsable y su delito estén vinculados con la persona jurídica y, asimismo, que esta, debido a su modo de organización, favorezca o, al menos, no evite ni dificulte la comisión del delito (responsabilidad por defecto de organización).

- 645 Este tipo de responsabilidad está orientado conforme a una estrategia de control del delito basada en la autorregulación forzada (*enforced self-regulation*) que impone a las empresas la obligación de organizarse y regularse, mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento (*compliance programs*), de manera de constituirse en instancias de prevención y detección de las actividades delictuosas.
- 646 Según el artículo 3 de la ley, los presupuestos de la responsabilidad penal por los delitos previstos en el artículo 1 son los siguientes:
- a. Que el delito haya sido ejecutado por personas que forman parte de ciertos círculos definidos por la misma ley.
 - b. Que los delitos se hayan cometido directa e inmediatamente en interés o para provecho de las mismas personas jurídicas.
 - c. Por último, siempre que el delito sea consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión.

4.2.3. Autores del delito

- 647 Quien comete el delito debe ser una persona física perteneciente al círculo de dueños, órganos directivos (controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes participen en la administración y supervisión de la empresa) u otras personas físicas que estén bajo la dirección o supervisión directa de los dueños u órganos directivos.

4.2.4. En interés o provecho de la persona jurídica

- 648 Mediante esta condición se busca excluir los comportamientos indebidos que no pueden aportar a las personas jurídicas ningún beneficio, por lo que se dispone que estas «no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero».

4.2.5. Responsabilidad autónoma

- 649 Este tipo de responsabilidad parece derivarse de la exigencia de una contribución al delito, por «defecto de organización», de la propia persona jurídica, autonomía que es subrayada en el artículo 5 de la ley. Sin embargo, esto no es posible sino en la perspectiva procesal, pues materialmente no hay responsabilidad penal de la persona jurídica sin la presencia de una persona física responsable. Por tanto, se puede considerar cumplido el requisito de que se cometa un delito una vez que se hayan comprobado claramente sus elementos, aun cuando no se condene a su autor.
- 650 Respecto de esta regla, se prevén tres excepciones:
- a. Cuando la responsabilidad penal de la persona física se extingue por su fallecimiento o por prescripción de la acción penal (inc. 1.1).
 - b. Cuando se le sobresee temporalmente por rebeldía o enajenación sobreviniente (inc. 1.2).
 - c. Cuando, a pesar de haberse probado la comisión del delito, no se identifica al responsable individual, siempre y cuando «se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias» de las personas concernidas (inc. 2).
- 651 No hay por tanto duda de que se rechaza la llamada «responsabilidad autónoma» de las personas jurídicas. Su responsabilidad penal está estrechamente vinculada con la sanción de la persona física autora del delito. De esta manera, el sistema chileno se aleja del criterio dominante en el derecho comparado.

4.2.6. Responsabilidad por defecto de organización

- 652 El eje central del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica es el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. Así, la persona jurídica es considerada garante de la vigilancia del comportamiento de sus miembros, lo que supone la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y vigilancia destinado a evitar o dificultar significativamente la comisión de delitos. De aquí se desprende que, si cumple como es debido con estos deberes, carece de responsabilidad penal. Esto no es más que la confirmación del criterio de que a lo imposible—como es el de garantizar de manera absoluta que no se cometan delitos—nadie está obligado.

- 653 Se considera que la persona jurídica ha cumplido con sus deberes desde que, previamente a la comisión del delito, ha estatuido e implementado un «modelo de prevención» con las características prescritas en la misma ley. No se trata de una simple cuestión formal de organización sino que debe implicar la instauración de un real instrumento de prevención que, de acuerdo con las condiciones fácticas y personales de la empresa, sea razonablemente eficaz para evitar la comisión de delitos.
- 654 Del artículo 4 se deducen como exigencias básicas que se disponga de medios suficientes para la aplicación efectiva del sistema de control. Según la misma disposición, se puede obtener la certificación de que se ha instaurado ese sistema de control, lo que constituiría una presunción del cumplimiento de esa obligación. Si no se tiene esta certificación, la persona jurídica debe, llegado el caso, probar que ha cumplido con ese deber.
- 655 Los detalles mínimos del modelo de prevención son indicados en el artículo 4 de la ley:
- Nombramiento de un encargado de prevención de delito, autónomo de la administración de la empresa.
 - Indicación de medios y facultades de dicho encargado destinados a facilitar el cumplimiento de sus funciones.
 - Instauración de un sistema de prevención de delitos, permitiendo determinar las actividades peligrosas, los procedimientos para prevenirlas y las sanciones en caso de incumplimiento.
 - Vigilancia y certificación del modelo de prevención. Tanto la empresa como el encargado de prevención deben garantizar el debido funcionamiento del modelo.

4.3. España: Ley N° 14962/2010

4.3.1. *Introducción*

- 656 Mediante la Ley N° 14962/2010, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, lo que implica la determinación de las condiciones de imputación indispensable para la imposición de sanciones penales.
- 657 El legislador ha optado por el sistema de la doble vía. La imputación de la responsabilidad penal puede hacerse en dos hipótesis:

- Primero, cuando sean cometidos delitos en su nombre y provecho por personas que ostentan su representación legal, como administradores de hecho, de derecho y apoderados.
 - Segundo, en caso de delitos cometidos en su nombre y provecho por personal sometido a la autoridad de los representantes legales antes indicados, por no haber ejercido sobre estos el «debido control», atendidas las circunstancias concretas del caso.
- 658 Las entidades comprendidas como sujetos son las personas jurídicas privadas de derecho civil y mercantil. Están excluidas, conforme al artículo 31bis 5, las previstas en los artículos 53 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Este criterio es conforme a la concepción que considera, a diferencia de lo admitido en los países anglosajones, incoherente de prever la intervención del Estado en uno de sus órganos. Se considera suficiente el que estén sometidas a regímenes especiales distintos del resto de entidades colectivas.
- 659 En la regulación falta una referencia expresa a las sociedades autonómicas, provinciales, por lo que se plantea la cuestión de si caen o no bajo el artículo 31bis. En razón a que son también órganos del Estado, la respuesta debe ser a favor de su exclusión en consideración de los mismos fundamentos aplicados a las instituciones estatales.
- 660 Tampoco son comprendidos los partidos políticos ni los sindicatos debido sobre todo a que, constitucionalmente, son reconocidos como instituciones que cumplen una función pública. Asimismo, es de subrayar que la responsabilidad penal colectiva se orienta hacia la responsabilidad empresarial y corporativa.
- 661 Una característica general de las entidades concernidas por la aplicación del artículo 31bis es el ser titulares de la personalidad jurídica, con lo que se dejan de lado todas las que carecen de esta personalidad. Estas se hallan sometidas a lo dispuesto en el artículo 129 del Código Penal, en el que sin embargo se prevén sanciones similares a las estatuidas respecto de las primeras.
- 662 En el caso particular de extinción de la personalidad jurídica, se establece en el artículo 130.2 del Código Penal que la responsabilidad penal subsiste mientras prosiga «su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos». Una cuestión especial que se plantea es la de determinar cuándo una persona jurídica ha sido utilizada como un instrumento para la

ejecución de delitos, cuándo conserva una identidad sustancial durante un cierto lapso o, por último, cuándo ha sido creada con el propósito de escapar a la responsabilidad penal. Al respecto, indiquemos que la condición de instrumento se admite «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal» (art. 66bis 2).

- 663 Por estas explicaciones, se considera por la doctrina que los sujetos concernidos por el artículo 31bis son las «organizaciones empresariales no instrumentales —un mínimo de complejidad interna y fidelidad al derecho— que en el momento de comisión de los hechos y en el momento de iniciación del proceso penal están dotadas de personalidad jurídica».

4.3.2. *Modelo de imputación*

- 664 El modelo adoptado por el legislador español es de índole mixta²², en la medida en que parte de la responsabilidad por el hecho ajeno y se orienta hacia la responsabilidad por el hecho propio (autorresponsabilidad penal empresarial). Así, los comportamientos de ciertas personas físicas (sus representantes en el sentido del derecho civil) son decisivos por ser el factor que desencadena la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según el modelo anglosajón, dichas personas individuales son consideradas como el alter-ego de las personas jurídicas, pues sus comportamientos son tratados como si fueran de estas últimas.
- 665 Según el artículo 31bis 1.1, son consideradas, primero, quienes dirigen la persona jurídica (órganos o representantes)²³. Estos deben cometer el delito en el ámbito de su competencia en la persona jurídica (en nombre o por cuenta) y con el propósito de obrar en su provecho. Es pues indispensable que el comportamiento del órgano o del representante sea la implementación de una política empresarial, sin que sea indispensable una autorización expresa de la persona jurídica.
- 666 La finalidad de los autores debe ser la de beneficiar indebidamente a la persona jurídica. En consecuencia, si obran exclusivamente en provecho personal, sus comportamientos no generan responsabilidad penal para el ente colectivo. Provecho significa una ventaja efectiva y no solo potencial. La expresión «hechos que beneficien a la persona jurídica» debe ser comprendida en sentido amplio, ya que puede comportar un enriquecimiento económico,

²² Zúñiga Rodríguez, 2011, p. 3.

²³ Zúñiga Rodríguez, 2011, pp. 4 y ss.

un ahorro, una ventaja competitiva, una mejora de la reputación, un incremento de conocimiento, un mejor posicionamiento en el mercado, o cualquier otro hecho semejante.

- 667 Es factible la imputación penal si la comisión del delito ha estado acompañada por una falta de supervisión de los representantes legales competentes de la empresa. Así, en el artículo 31bis 1.2, se estatuye de manera expresa un deber de supervisión de los superiores respecto de los funcionarios o empleados inferiores. En consecuencia, si la actividad delictuosa hubiese tenido lugar a pesar de un adecuado y eficaz control, no se presenta la responsabilidad penal. Se trata de una cuestión de omisión que requiere la determinación precisa de los límites de la obligación de vigilancia.
- 668 De esta manera, se plantea la cuestión de la denominada *Compliance* (cláusula omnicompreensiva: *catch all*); es decir el deber general de garantizar el respeto del derecho en la persona jurídica, cuya violación amplía la responsabilidad de esta por deficiencias de vigilancia de sus representantes.
- 669 Entre la falta de vigilancia o control y la comisión del delito debe existir una relación de imputación objetiva, de modo que el peligro creado por la primera es el que tiene que concretarse en la actuación del empleado.
- 670 La responsabilidad de la persona jurídica no depende solo del delito cometido en su provecho por uno de sus representantes, sino es necesario que se le atribuya a ella misma la comisión de un comportamiento, ya que no existe responsabilidad por el hecho de un tercero. Esto se explica porque la responsabilidad del ente colectivo es independiente de la responsabilidad del autor individual, en la medida en que se le atribuye dicha responsabilidad aun cuando no se haya identificado a este último (art. 31bis 2). Asimismo, las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de la persona física no excluirán ni modificarán la de la persona jurídica (art. 31bis 3).
- 671 El fundamento de la imputación reside entonces en las deficiencias de organización respecto de la vigilancia y control de los comportamientos de los representantes de la persona jurídica, de donde se plantea la cuestión referida a las condiciones de punibilidad y, en particular, a la denominada culpabilidad por deficiencias de organización.
- 672 Por ello debería exigirse, en cualquier caso, para la imposición de la pena a la persona jurídica, la realización de un injusto típico por parte de esta. En este ámbito resultan fundamentales las aportaciones dogmáticas respecto del «hecho punible» de la persona jurídica y su relevancia en este contexto.

Esta cuestión debe vincularse necesariamente con una deficiencia de organización de la misma empresa.

- 673 El legislador español prevé, en el artículo 33 de la ley, la imposición de penas graves, considerando que en el artículo 5 del Código Penal se estatuye expresamente que «no hay pena sin dolo o imprudencia» (conforme al clásico principio de culpabilidad consagrado con frecuencia en la jurisprudencia en el ámbito común y constitucional). En consecuencia, si para sancionar con una de las penas previstas en el artículo 33 a las personas naturales no basta con la culpabilidad de su representante legal, también es insuficiente para imponer a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa, por lo que es indispensable considerar la culpabilidad de las personas jurídicas.
- 674 El abanico de penas que puede imponerse a las personas jurídicas (art. 33.7)²⁴ es amplio y diverso. Algunas son tan graves que pueden ser equiparadas a una pena de muerte social. Las penas previstas son las siguientes:
1. Multa proporcional o por cuotas diarias. El monto de estas últimas puede ser de no menos de 30 euros y no más de 5 000 euros diarios. Sin embargo, la sanción límite es de 9 000 000 de euros. Para fijar las multas proporcionales deberá considerarse el beneficio obtenido con el delito o el perjuicio ocasionado.
 2. Suspensión de actividades no mayor de cinco años.
 3. Clausura de locales y establecimientos hasta por cinco años.
 4. Prohibición temporal o definitiva para realizar en el futuro las actividades en ocasión de las cuales se ha cometido el delito.
 5. La inhabilitación para obtener ayudas públicas y subvenciones, beneficios fiscales y para contratar con el sector público durante quince años.
 6. La intervención judicial de la empresa o persona jurídica.
 7. Disolución de la persona jurídica, estableciendo su incapacidad para actuar en el tráfico jurídico o ejercer cualquier actividad, aunque sea lícita.
- 675 El legislador ha previsto un *numerus clausus* de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que no son aplicables las circunstancias generales previstas en el artículo 21 del Código Penal. Esto resulta incoherente cuando se juzga conjuntamente a la persona

²⁴ Zúñiga Rodríguez, 2011, pp. 6 y ss.

jurídica y sus representantes legales autores materiales del delito, ya que a estos si se les aplican las circunstancias generales.

- 676 Las circunstancias atenuantes previstas están estrechamente vinculadas con el deber de cumplimiento (control y vigilancia). Así, la primera consiste en la confesión de parte de la persona jurídica de la infracción a las autoridades antes de tener conocimiento de que el procedimiento judicial se inicie contra ella (art. 31bis 4 a). La segunda es la colaboración con las autoridades aportando pruebas decisivas para esclarecer las responsabilidades generadas por el comportamiento delictuoso (art. 31 bis 4 b). La tercera concierne la reparación del daño (art. 31bis 4 c). Por último, la de haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos (art. 31bis 4 d) (*corporate compliance*, en relación esencialmente con las personas jurídicas de organización compleja).
- 677 Para determinar cómo se aplican y ejecutan las sanciones penales a las personas jurídicas, hay que tener en cuenta el criterio de la proporcionalidad que debe respetarse siempre al imponerse una pena. Es decir, debe ser (i) adecuada al objetivo de prevenir que se siga cometiendo la actividad delictiva, (ii) necesaria por no existir otra menos lesiva a los derechos tanto de la persona jurídica como de terceros concernidos, (iii) conforme con el hecho cometido y la capacidad para perjudicar, en caso de no corregir las deficiencias de organización, otros bienes jurídicos en el futuro.
- 678 Los delitos que generan la responsabilidad penal para las personas jurídicas son expresa y exhaustivamente señalados. Se trata en general de tráfico ilegal de órganos (art. 156bis), trata de seres humanos (art. 177bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189bis), delitos contra la intimidación y allanamiento informático (art. 197), estafas (art. 251bis), insolvencias punibles (art. 261bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302), delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social (art. 310bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318bis), delitos de construcción, edificación y urbanización (art. 319), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear (art. 343), delitos de riesgo provocados por explosivos (art. 348), delitos contra la salud pública (art. 369bis), falsedad de medios de pago (art. 399bis), cohecho (art. 427), tráfico de influencias (art. 430), corrupción de funcionario público extranjero (art. 445), delitos de organización (art. 570quarter) y financiación del terrorismo (art. 576bis).

4.3.4. *Extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

- 679 Un aspecto muy importante es el régimen de transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, como ya hemos señalado antes, acentúa el sustrato organizativo de esta y se aleja de consideraciones formales relativas a la personalidad jurídica. Se trata, por un lado, de los casos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, en los que la responsabilidad penal se transfiere a las entidades resultantes. Por otro lado, en el caso de extinción de la personalidad jurídica originaria, la responsabilidad penal sigue vigente a condición que el sustrato organizativo de la empresa continúe siendo el mismo, pero bajo la cobertura de otra personalidad jurídica.
- 680 En cuanto a la primera hipótesis, hay que analizar internamente a la persona jurídica, cualquiera que sea la operación de fusión o adquisición, para evaluar el riesgo de imputación en un procedimiento penal, en la medida que este se transmite a las sociedades fusionadas, adquiridas o escindidas.
- 681 En cuanto a la segunda hipótesis, se ha abandonado el criterio de asimilar la disolución con el fallecimiento de las personas naturales, que llevaba al rechazo de ejercitar la acción penal contra ella o sus herederos. Se prevén, actualmente, por el contrario, disposiciones que autorizan imputar responsabilidad a la empresa sucesora por los delitos relacionados con la empresa disuelta.
- 682 La determinación última del sujeto corporativo responsable se establece mediante un criterio económico-organizativo que consiste en la continuidad de una actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Este criterio recuerda al utilizado por el TJCE para establecer la responsabilidad por sucesión empresarial cuando se da la continuidad funcional y económica de la empresa.
- 683 Por último, de manera similar a los casos de responsabilidad penal individual, la responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva la responsabilidad civil²⁵. A semejanza de lo previsto respecto del nivel individual, subsiste a pesar de la transformación, fusión, absorción, de la persona jurídica (aun si la disolución es encubierta o aparente), salvo que sea transferida a la nueva entidad, caso en el que el juez tiene la facultad de adecuar el monto de la responsabilidad civil.

²⁵ Zúñiga Rodríguez, 2011, p. 10.

4.4. Francia: CP 1994

4.4.1. Introducción

- 684 La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal francés de 1994, comporta en realidad su reintroducción, ya que había sido estatuida en 1640 y mantuvo su vigencia hasta que entró en vigencia el Código Penal de 1810. Este, conforme a la concepción de la «escuela penal» clásica, fue elaborado sobre el principio de que la persona natural era la única capaz de actuar libre y responsablemente.
- 685 La nueva regulación es el resultado de un largo proceso e intenso debate. Este proceso se evidencia en las propuestas realizadas en los procesos de reforma de 1934, 1978 y 1983. La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas era aceptada por la mayoría de la doctrina. Con un gran sentido práctico, los autores del texto legal tuvieron en cuenta la realidad de la agrupación (*réalité du groupement*) y consideraron como el factor decisivo el que sus actividades pueden afectar de manera significativa a los individuos y a la comunidad. De este modo, era plenamente justificado reconocer a las personas jurídicas como penalmente responsables (Pradel, 2006, pp. 493 y ss.).
- 686 En el artículo 121-2 del Código Penal francés se dispone:

Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 a 121-7 [sobre la tentativa y la complicidad], de las infracciones cometidas por cuenta de aquéllas por sus órganos o representantes.

No obstante, los entes territoriales y sus entidades de derecho son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades públicas susceptibles de gestión por los particulares.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos, bajo reserva de las disposiciones del cuarto inciso del artículo 121-3.

4.4.2. Personas jurídicas concernidas

- 687 Aun cuando el artículo 121-2 es una declaración general, no es aplicable a toda persona jurídica. Así, no están comprendidos:
1. El Estado (protector de los intereses generales y titular de la función de perseguir y castigar a los delincuentes).

2. Las agrupaciones en proceso de formación por carecer de personalidad legal.
3. Las sociedades que, en caso de fusión, absorción, implicando disolución sin liquidación, absorben a las otras (ya que no han cometido la infracción).

688 De modo que la exclusión tiene carácter absoluto solo respecto del Estado, por lo que de manera positiva se deben considerar como sometidas al artículo 121-2 las agrupaciones siguientes:

- a. Las personas morales de derecho privado constituidas legalmente que tengan o no fines de lucro (sociedades civiles o comerciales, agrupaciones de interés económico, asociaciones, sindicatos, fundaciones, partidos políticos, instituciones representativas del personal).
- b. Las personas morales de derecho público (establecimientos públicos, colectividades territoriales y sus agrupaciones) en caso de infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades que pueden ser objeto de delegación de servicio público (p. ej., el transporte de escolares de un centro educacional público).
- c. Las sociedades extranjeras, dotadas de personalidad jurídica, están igualmente sometidas al artículo 121-2, a condición que la infracción haya sido ejecutada en Francia o que su represión releve de la jurisdicción francesa conforme a derecho.

4.4.3. Infracciones concernidas

689 El legislador, en la versión original del artículo 121-2, había delimitado el campo de aplicación de la responsabilidad penal de las personas morales solo a los casos previstos en las leyes o reglamentos. La aplicación de este criterio de especialidad originó una serie de inconvenientes que disminuían la eficacia de la disposición legal, por lo que se hizo necesario, en un primer momento, dictar reglas previendo su aplicación respecto de otras infracciones. Para sobrepasar esta deficiencia y evitar el recurso de diversos subterfugios destinados a burlar el principio de especialidad, el legislador decidió derogar la limitación establecida en el artículo 121-2²⁶, por lo que, actualmente, las personas morales pueden ser reprimidas por cualquier infracción, salvo excepción expresa de la ley (Pradel, 2006, p. 499).

²⁶ Ley N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004, art. 54 (JORF 10 de marzo 2004), vigente desde el 31 de diciembre de 2005.

4.4.4. Condiciones de la responsabilidad penal

- 690 La primera condición indispensable es que la infracción haya sido cometida por una persona natural, lo que significa, primero, admitir que la comisión de la infracción solo puede ser cuestión relativa de un individuo (*théorie du substratum*), y segundo, la aceptación de la denominada responsabilidad indirecta de la persona moral (*responsabilité par ricochet*). Sin embargo, esto último plantea un problema respecto de la interpretación sistemática del inciso 1 del artículo 121-2, que prevé la necesidad de intervención de una persona natural, y del inciso 3 de la misma disposición, que estatuye una hipótesis de responsabilidades separadas de la persona moral y del autor individual. La tendencia es a admitir la doble y acumulativa responsabilidad en caso de infracciones intencionales, mientras que en caso de infracciones culposas, el criterio del *substratum* sería relativizado.
- 691 En principio, la exigencia de que una persona natural haya cometido la infracción supone que se la identifique, aunque mínimamente. No obstante se tiende a admitir que la identificación solo es necesaria cuando la infracción es imputable únicamente a la persona moral o resulta claramente de la política comercial de la sociedad²⁷.
- 692 La segunda condición, una vez dada la primera, es que el autor de la infracción debe ser «sus órganos o representantes». Entre los primeros, se pueden mencionar la asamblea general, el consejo de administración y el directorio, en la medida en que están investidos de amplios poderes para actuar en toda circunstancia en nombre de la entidad. En cuanto a los segundos, se trata de personas determinadas que ejercen cargos, como por ejemplo, los de gerente, director general y el alcalde.
- 693 Muy discutida en la doctrina ha sido la cuestión de la intervención de un tercero por delegación de la sociedad. Apoyado por la jurisprudencia²⁸, sobre todo, se ha impuesto el criterio de que el delegado puede comprometer a la persona moral penalmente, siempre que esté provisto de la competencia, de la autoridad y de los medios indispensables.

²⁷ Corte de Casación. Cámara Penal. Audiencia publicada el martes 20 de junio de 2006, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640193&fastReqId=977137671&fastPos=1>.

²⁸ 9 de noviembre 1999, B.C., N° 252, R.S.C. 2000.600, comentario de B. Bouloc.

4.4.5. *Infracciones «por cuenta» de la persona moral*

- 694 La fórmula utilizada en el artículo 121-2 debe ser comprendida en sentido amplio. Por un lado, significa que sus órganos o representantes hayan obrado en interés de la sociedad misma, y por otro, cuando hayan tenido por objeto la organización y el funcionamiento de la persona moral. El interés puede ser moral o material, directo o indirecto, actual o virtual.
- 695 De modo que si se trata de actos contrarios a los intereses de la sociedad, esta no puede ser comprometida penalmente. Esto sucede, por ejemplo, cuando el agente ha actuado en su propio interés o en beneficio de un tercero. Esta interpretación amplia facilita que se atribuya responsabilidad penal a la persona moral en relación con las infracciones culposas o con las infracciones intencionales sin fin lucrativo (art. 225-1 et 225-2 CP discriminación al contratar trabajadores).

4.4.6. *Responsabilidad del autor material individual*

- 696 Debido a que la responsabilidad penal de la persona moral está condicionada por la intervención de una persona natural, era necesario prever una regla concerniendo la responsabilidad que podía atribuirse a esta última. En el artículo 121-2, inciso 3, se establece que no se trata de responsabilidades excluyentes, sino más bien cumulativas. Por tanto, el autor individual de la infracción puede ser declarado responsable (autor o cómplice) aun cuando también se considere, por la misma infracción, responsable a la persona moral. Dicho de otra manera, la responsabilidad de la sociedad no absorbe o sustituye la responsabilidad de la persona física.
- 697 La ventaja de esta regulación es la de impedir que la persona moral no sea o sirva de pantalla a las actividades delictuosas de sus órganos o representantes, situación indeseada que puede presentarse con relativa frecuencia debido a la falta de transparencia de la sociedad por su complejidad y la jerarquización de su organización y actividades.

4.4.7. *Penas*

- 698 La sanción más frecuentemente aplicada es la multa (art. 131-38). El máximo es fijado en el quintuplo del previsto para las personas naturales que cometan la misma infracción. En caso de crímenes para los que no se prevé pena de multa, el máximo es de un millón de euros.

- 699 En el artículo 131-39, cuando no es necesario hacer distinciones, se enumeran las penas aplicables, entre las cuales cabe destacar la disolución, en caso de que la persona moral haya sido creada o desviada de su finalidad para cometer hechos delictuosos. Como ya ha sido señalado respecto de otros derechos, se trata de una pena similar a la pena de muerte, por lo que debe reservarse para los casos de gravedad importante²⁹. Por la índole y finalidades particulares que tienen, se excluye su aplicación a las personas morales de derecho público, los partidos políticos y los sindicatos.
- 700 La prohibición, definitiva o por no más de cinco años, de ejercer directa o indirectamente una o más actividades profesionales o sociales.
- 701 La tutela o sometimiento (*placement*), por no más de cinco años, a vigilancia judicial. Se trata de una especie de tutela, ejercida por un mandatario judicial, nombrado por la autoridad judicial que condena. En general, la persona escogida como administrador judicial es especialista en administración de sociedades en crisis. Da cuenta de su gestión al juez de aplicación de penas. Como en el caso de la disolución y por las mismas razones, esta pena es inaplicable a personas morales de derecho público, agrupaciones políticas y sindicatos.
- 702 El cierre definitivo o temporal por no más de cinco años de uno o varios establecimientos de la sociedad que hayan sido utilizados para ejecutar los hechos incriminados.
- 703 La exclusión de mercados públicos —concurso de ofertas de obras o servicios— de manera definitiva o por un período no mayor de cinco años. Uno de los objetivos de esta sanción es reprimir más eficazmente la corrupción en ese tipo de actividad relacionada con las obras públicas.
- 704 La prohibición, definitiva o por cinco años, de practicar una oferta de títulos financieros o de hacer admitir sus títulos financieros en las negociaciones sobre un mercado reglamentado. El objetivo es proteger a los ahorristas.
- 705 La publicación de decisiones pronunciadas o su difusión, sea mediante la prensa escrita, sea por cualquier medio de comunicación pública.
- 706 Por último, la confiscación y la inscripción en el registro judicial de condenas de las personas morales.

²⁹ Por ejemplo, esta pena fue requerida en 2009 contra la sección francesa de la Iglesia de Cienciología, perseguida por estafa.

4.5. Suiza

4.5.1. Evolución legislativa

- 707 Según la concepción tradicional, base del Código Penal, se partía del criterio de que solo la persona natural posee las capacidades físicas y psíquicas necesarias para obrar culpablemente y, por tanto, de ser responsable penalmente (*societas delinquere non potest*).
- 708 Sin embargo, desde antes de la adopción de dicho código, se planteó la cuestión de la responsabilidad penal de las empresas (entidades colectivas, grupos de personas de hecho sin personalidad jurídica, personas morales)³⁰.
- 709 En las últimas décadas, el debate y las propuestas sobre esta cuestión se multiplicaron. Esto se debió, entre otras razones importantes, a la toma en consideración de la complejidad de la organización y de los riesgos creados por sus actividades, ya que la empresa es una fuente de peligros, especialmente para las finanzas y el medio ambiente (Jenny & Kunz, 1996, N° 95 y ss.; Seelmann, 1998, p. 452; Conseil de l'Europe, Traité STE, N° 172). Ello puso de manifiesto que la posibilidad de sancionar penalmente a la empresa debería jugar, por tanto, un papel importante tanto en los ámbitos económico y político como por la evolución rápida de la técnica (ATF 122 IV 103; JdT, 1997, IV 124). En consecuencia, no era conveniente dejarla en libertad con la sola preocupación del provecho y la rentabilidad.
- 710 Después de un largo y agitado proceso, el legislador suizo ha regulado la responsabilidad penal de la empresa en los artículos 102 y 102a del Código Penal suizo. Sin rehacer la historia de la reforma legislativa, señalemos que Schultz, autor del anteproyecto de 1991 de reforma de la Parte General, consideraba que bastaba prever medidas de derecho privado o de derecho administrativo para evitar o controlar la comisión de comportamientos indebidos en el seno de la empresa³¹. Estas medidas serían muy variadas y comprenderían desde el sometimiento a una obligación económica o a la prohibición de una actividad determinada hasta la disolución de la empresa.
- 711 El paso decisivo hacia la admisión de la responsabilidad penal de la empresa tuvo lugar en ocasión de la redacción del Proyecto de 1998, aun cuando sus autores se pronunciaron en favor solo de una responsabilidad subsidiaria.

³⁰ Baste el ejemplo de la tesis de Ernst Hafter, 1903, en la que defendió que las personas jurídicas podían ser capaces de responsabilidad penal.

³¹ Departamento Federal de Justicia y Policía, Anteproyecto e informe explicativo 1991, pp. 49 y s.; Mensaje 1998, p. 1947; cfr. Roth, 1997, pp. 376 y ss.; Lütolf, 1997, pp. 43 y ss.

4.5.2. Régimen de la responsabilidad principal subsidiaria

- 712 El nuevo artículo 102 del Código Penal suizo prevé dos regímenes. El primero se extiende a todas las infracciones; en este caso, la empresa es penalmente responsable de manera subsidiaria y es castigada cuando, a causa de su organización deficiente, la infracción no puede ser imputada a una persona natural determinada (art. 102, inc. 1 CP suizo). El segundo régimen comprende ciertas infracciones mencionadas exhaustivamente (art. 102, inc. 2 CP suizo); en este caso, la empresa es directamente responsable y será castigada, independientemente de que se reprima o no al autor individual de la infracción, en la medida en que se le pueda reprochar no haber tomado todas las medidas de organización «razonables y necesarias» para evitar la infracción.
- 713 En las dos hipótesis, la imputación objetiva se realiza teniendo en cuenta que la infracción debe haberse cometido en el seno de la empresa y en el ejercicio de sus actividades comerciales y económicas. La primera condición tiene importancia respecto de un banco, por ejemplo, porque es necesario aclarar, en caso del blanqueo de activos, si es obra de sus clientes y no de sus colaboradores. Si los responsables son los primeros, el artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo no se aplicará (Gillard, 2008, pp. 62-63).
- 714 La condición del artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo, según la cual la infracción debe ser cometida en el marco de «una actividad comercial conforme al fin de la empresa», significa que el autor obra con medios ilícitos pero que su objetivo es lícito, en la medida en que actúa en el marco de las actividades de la empresa y que la comisión de la infracción no puede constituir la finalidad de la empresa. La obligación violada debe así concernir la organización de la empresa. Además, como es imposible identificar al autor de esta infracción, importa poco determinar si la empresa se benefició o no con aquella³². Así, la comisión de la infracción se inscribe en una relación funcional con las actividades de la empresa (Roth, 2003, pp. 17 y ss.).
- 715 La otra condición común a los dos incisos de la disposición es la necesidad de la presencia del elemento subjetivo. Para señalarlo, se recurre en doctrina a las nociones de «intención» y de «culpa», pero es evidente que estas no deben comprenderse de la misma manera que en relación con la persona

³² La imposibilidad de imputar la infracción cometida a una persona física determinada debe derivar de la falta de organización; Macaluso, en Roth y Moreillon, 2009, p. 49 ad art. 102 CP.

natural. Para los efectos de la imputación objetiva, se hace referencia a la falta de organización.

- 716 Aun cuando el autor es desconocido (art. 102, inc. 1 CP suizo), se debe examinar si obró con intención o culpa (art. 12 CP suizo) (Moreillon, 2008, p. 15, ch. 11). Esta condición es, en particular, importante en el marco del artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo, en el que todas las infracciones mencionadas son intencionales. No se debe deducir, sin embargo, sobre todo de la falta de organización, que sea posible incriminar penalmente a una empresa en razón de una infracción intencional que hubiera sido «cometida» por culpa, pues «el objeto de la negligencia no es la infracción misma sino las condiciones en las cuales esta ha podido originarse» (Garbarski, 2012, pp. 430 y ss., 437 y ss.).
- 717 La punición de las empresas está en relación, principalmente, con dos grandes dominios: los delitos económicos y los delitos contra el medio ambiente. Es respecto de estos últimos que se manifestó la certeza de que las medidas puestas a disposición por un derecho penal orientado solo a la represión de las personas físicas eran insuficientes para prevenir los graves ataques contra el medio ambiente y reprimir a los responsables. Estos ataques resultan de una indebida explotación de instalaciones industriales, agrícolas, nucleares, etc. Mediante medios ilícitos, los agentes violan obligaciones en el marco de una actividad orientada a realizar un fin lícito.
- 718 En cuanto al derecho penal económico, se puede citar el ejemplo típico del delito de abuso de informaciones privilegiadas (art. 161, inc. 1 CP suizo). El agente efectúa operaciones que forman parte de la actividad de su sector económico, utilizando sin derecho informaciones a las que no tenía acceso legítimo. Si el artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo concierne principalmente a las infracciones relacionadas con las finanzas, los ejemplos citados anteriormente muestran que los bancos no han sido particularmente concernidos por estas nuevas disposiciones.

4.5.3. Particularidades del artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo

- 719 Según el artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo, un crimen o un delito cometido en el seno de una empresa, en el marco del ejercicio de sus actividades comerciales conforme a sus objetivos, es imputado a la empresa si no puede ser atribuido a ninguna persona física determinada en razón de la falta de organización de la empresa. En este caso, esta última es castigada con una multa no mayor de cinco millones de francos suizos.

- 720 La especificidad de esta disposición es que el autor individual permanece desconocido o que varios autores son sospechosos sin que se pueda determinar quién ha cometido la infracción. En seguida, debe ser factible constatar deficiencias en la organización de la empresa. Las medidas que hubieran debido ser tomadas conciernen la gestión y la vigilancia de recursos humanos. Por último, hay que probar una relación de causa a efecto entre la deficiencia interna de la empresa y la imposibilidad de descubrir al autor de la infracción.
- 721 La responsabilidad subsidiaria o residual de la empresa prevista en el artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo es, sin embargo, insuficiente en la medida en que deja la posibilidad de que la empresa, para evitar toda persecución penal, «fabrique un culpable». Los autores hablan al respecto del efecto *Winkelried* (Roth, 2002, p. 95) o de la invitación a designar un *Sitzdirektor* (Cassani, 2005, p. 675).
- 722 El dirigente de la empresa puede tener interés en «mantener una cierta imprecisión en la organización y el mecanismo de la toma de decisiones para evitar toda sanción penal y descargar su responsabilidad sobre la persona jurídica que lo emplea». Así, tratándose de los crímenes y delitos en el contexto bancario, que son en su gran parte intencionales (p. ej., el blanqueo de activos), la aplicación del artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo es problemática, ya que por definición la persona física responsable resulta desconocida. Plantear de que debe deducirse la intención de la evidencia de los hechos no resuelve el problema. En efecto, en el caso de un banco, verbigracia, si el acto de blanqueo de activos es constatado de manera evidente, el agente que ha obrado, o permitido obrar, debería poder ser identificado vista la evolución de las prácticas y procedimientos bancarios. En consecuencia, el artículo 102, inciso 1 del Código Penal suizo sería inaplicable. En este caso, tratar de imputar al banco esta dilución de la responsabilidad, de acuerdo con esta disposición, solo es factible si se prueba que esto se debe a una falta de organización de la empresa (Gillard, 2008, p. 51). Según Gillard, si el acto ilícito es tan evidente y además ninguna persona puede ser identificada, entonces el banco no debería ser sancionado, ya que implicaría «instaurar un delito específico de defecto de organización, lo que no prevé el artículo 102» (Gillard, 2008, p. 51). Por el contrario, en caso de corrupción, el banco se halla en la misma situación que cualquier otra empresa (Gillard, 2008, p. 59).

4.5.4. *Particularidades del artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo*

- 723 Según el artículo 102, inciso 2, en caso de infracciones previstas en los artículos 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies, inciso 1 del Código Penal suizo o en el artículo 4a, inciso 1, letra a de la LCD³³, la empresa es castigada independientemente de la punición de las personas naturales si puede reprochársele no haber tomado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir la infracción.
- 724 En el artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo se distingue, en razón de la independencia de puniciones: la empresa puede ser perseguida, sin tener en cuenta si la persona física es sancionable o no, «si debe reprochársele de haber o no tomado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir tal infracción». Esta deficiencia debe estar en relación con la infracción.
- 725 Esta acumulación de responsabilidades plantea la cuestión de la doble incriminación (la de las personas físicas y la de los entes colectivos, empresas), que podría contradecir el principio *ne bis in idem*³⁴. Al respecto, los autores del anteproyecto de 1991 afirmaron que «no puede ser de otra manera porque la solución contraria equivaldría a privilegiar los delincuentes perteneciendo a una empresa de manera del todo inadmisibles desde el punto de vista de la igualdad ante la ley. Tendría también el efecto de permitir a la empresa de substraerse, como lo quisiera o casi, a sus responsabilidades librando a culpables de acuerdo su conveniencia». Además³⁵, debido a que el principio *ne bis in idem* supone la identidad de personas y la identidad de infracciones, esta doble represión es aceptable en la medida en que el actor individual o colectivo es considerado responsable en virtud de sus propios actos.
- 726 Las medidas de seguridad que faltan en el sentido del artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo son aquellas que hubieran sido necesarias y razonables para impedir la comisión de la infracción. Como en el derecho penal general, debe examinarse la previsibilidad del peligro, la diligencia que hubiera debido tener la empresa —similar a la del garante— y si había

³³ Ley Federal del 19 diciembre 1986 contra la competencia desleal (RS 241).

³⁴ Art. 14 ch. 7 Pacto ONU II; art. 4 ch. 1 del Protocolo N° 7 en la CEDH; ATF 123 II 464, E. 2b; ATF 122 I 257, E.3; ATF 121 II 257, E.5; ATF 120 IV 10, E.2b; ATF 119 Ib 311, E.3; ATF 116 IV 262, E.3a; Auer, Malinverni y Hottelier, N° 1392-1394; Roth, RPS 1997, pp. 372 y ss.; Tiedemann, Neue juristische Wochenschrift 1986, 1842 y s.

³⁵ Departamento Federal de Justicia y Policía, Anteproyecto e informe explicativo, p. 58; Message 1998, pp. 157 y ss.

realmente contado con los medios para prevenir ese peligro³⁶. En este sentido, las violaciones de las reglas de conducta extrapenales (por ejemplo, los artículos 8 LBA³⁷, 9 inciso 2 OB³⁸, así como la OBA-FINMA 1³⁹ sobre blanqueo de activos y la circular FINMA 2008/24 sobre vigilancia y control interno de los bancos en relación con el artículo 305bis CP suizo⁴⁰), los reglamentos y directivas de alcance interno y las normas de autorregulación constituyen indicios suficientes de las deficiencias de la organización de la empresa. Será así menos fácil reprocharles una falta si ninguna regla de conducta preveía la obligación violada⁴¹.

- 727 En el caso de un banco, dificultades surgen también en la aplicación del artículo 102, inciso 2 del Código Penal suizo cuando no puede exigírsele controlar de manera absoluta los actos internos de sus colaboradores. Esto sobre todo cuando el acento es puesto en el control de las operaciones con los clientes (cfr. Gillard, 2008, p. 66). Entonces será difícil demostrar que el establecimiento financiero ha incumplido sus obligaciones de verificar, instruir o vigilar.

4.5.5. Responsabilidad

- 728 El reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa y, por tanto, de su condena penal suponen su culpabilidad. Ahora bien, esta noción debe ser compatible con las particularidades de los entes colectivos. Esta problemática es actual a pesar el reconocimiento legislativo de dicha responsabilidad.
- 729 En Alemania (Jescheck & Weigend, 1996, pp. 204 y ss.) y en los países influenciados por la dogmática de este país, como España (Bajo Fernández, 1978, pp. 109 y ss; cfr. Zugaldia, 2006, pp. 67 y ss.), los legisladores todavía no han decidido prever la responsabilidad personal de las empresas en sus leyes penales. El legislador francés, casi impermeable a la influencia

³⁶ La imposibilidad de imputar la infracción cometida a una persona física determinada debe derivar de la falta de organización; Macaluso, N° 54-55 ad art. 102 CP.

³⁷ Ley Federal del 10 octubre de 1997 concerniente a la lucha contra el blanqueo de dinero y el financiamiento del terrorismo en el sector financiero (RS 955.0).

³⁸ Ordenanza del 17 de mayo de 1972 sobre los bancos y las cajas de ahorro (RS 952.02).

³⁹ Ordenanza de autoridad federal de vigilancia de los mercados financieros del 18 de diciembre de 2002 sobre la prevención del blanqueo de dinero y el financiamiento del terrorismo en el dominio de los bancos, de los negociantes en valores mobiliarios y las inversiones colectivas (RS 955.022).

⁴⁰ En cuanto al régimen de la Comisión Federal de bancos, anterior a la FINMA, cfr. Gillard, p. 52.

⁴¹ La imposibilidad de imputar la infracción cometida a una persona física determinada debe derivar de la falta de organización; Macaluso, N° 59 ad art. 102 CP.

de las concepciones alemanas, ha regulado de manera pragmática la responsabilidad penal de la empresa en su Código Penal sin preocuparse, en un principio, de los efectos que esta regulación podría tener en la práctica judicial y en el análisis doctrinario.

- 730 En Suiza, Roth (1997, p. 360) admite que la empresa tiene la capacidad de obrar y los «medios para forjarse una voluntad colectiva» y que nada se opone al reconocimiento de la «culpa de empresa». En su opinión, una empresa puede ser considerada responsable en virtud de la culpabilidad por negligencia, en la medida en que puede violar un deber de prudencia si uno de sus órganos descuida de prever un peligro o la producción de un resultado. El reproche puede así tener su origen en el defecto de organización de la empresa, es decir, una apreciación deficiente de los riesgos y de los peligros que ella debería razonablemente debido prever (una especie de *Vorverschulden*). La falta tendría, según la doctrina más avanzada, un sentido *sui generis* «fuertemente marcado de razonamientos tomados de la economía de empresa, así como de la sociología de las organizaciones» (Roth, 1997, p. 362), por lo que no es indispensable ocuparse demasiado del aspecto subjetivo de la culpa. En efecto, se puede esperar que las empresas, en particular las multinacionales, tengan los últimos progresos de la ciencia económica. De estas consideraciones resulta una objetivización de la culpa, que se justifica por su acercamiento a la noción de responsabilidad elaborada en derecho civil.
- 731 En cuanto a la responsabilidad intencional, Roth (1997, p. 362) rechaza que sea posible deducir de diversos actos cometidos por una empresa (especie de delito continuo) que ella ha obrado con una intención única. Tal deducción sería demasiado aleatoria, pues «la intención en principio es un fenómeno psíquico regido por la unidad de tiempo», exigiendo además la presencia de una persona física. La noción de culpabilidad, sin alejarse de la concepción tradicional, tendría necesidad de ser ampliada y adaptada a las circunstancias particulares relativas a la responsabilidad penal de la empresa.
- 732 Así, a pesar de la similitud de la terminología utilizada para designarlos, los fundamentos de la punición de la empresa son diferentes de los relativos a la responsabilidad penal de las personas físicas. Es difícil de encontrar una solución para establecer esta última responsabilidad en la medida en que se siga anclado a una concepción realista de los criterios dogmáticos relativos a la responsabilidad de las personas naturales; por ejemplo, concibiendo ante todo la intención o la culpa como fenómenos psíquicos. A la manera

del reproche de culpabilidad individual, el fundamento de la responsabilidad de la empresa debe ser concebido en una perspectiva normativa.

- 733 La admisión de la responsabilidad penal de la empresa sirve, en cierta manera, para sobrepasar los problemas prácticos relacionados con la participación delictuosa y, en particular, con referencia a los casos de responsabilidad a título de dominio de la organización (forma de autor mediato ampliado). En este contexto, la empresa es percibida como garante de un deber de vigilancia, cuyo fin es evitar que una de estas infracciones sea realizada (Heine, 2003, pp. 38 y s.). La vigilancia o control depende de los riesgos propios al género de actividades comerciales desarrolladas por la empresa. Estos riesgos son aumentados por una técnica de organización y de gestión defectuosa (*fehlerhaftes Risikomanagement*).
- 734 La calidad de autor de la empresa se comprende por el dominio de organización funcional sistemático (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*) y no por el dominio de hecho (*Tatherrschaft*) del derecho penal individual. Es, por tanto, indispensable constatar, *in concreto*, la amplitud de la falta de organización en cuanto al origen de la infracción en particular. Al respecto, hay que determinar qué directivas de organización no han sido respetadas para fijar el contenido del deber de garante, pensando en primer lugar en las reglas de orden público.

4.5.6. Pena

- 735 El artículo 102 del Código Penal suizo prevé una multa no mayor de cinco millones de francos suizos, lo que es insuficiente. Además, la sanción no es conforme con el sistema de la nueva versión de la parte general del Código Penal, que prevé el sistema de días-multa para mejor individualizar la pena pecuniaria según la culpabilidad del autor (persona física). El legislador prescribe precisamente que el juez tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, la falta de organización⁴², el daño causado y la capacidad económica de la empresa cuando se fija el monto de la multa.

⁴² En lugar de la falta de organización y del perjuicio causado, el art. 102 al. 2 del proyecto de 1998 mencionaba «el peligro de nuevas infracciones de las que sería responsable la empresa».

SEXTA PARTE
CASOS ILUSTRATIVOS

Con fines didácticos, se proporcionan algunos casos que permiten plantear diversos problemas de interpretación y aplicación en el dominio del derecho penal económico. Se trata de ejemplos tomados de la práctica judicial y fueron objeto de análisis con la contribución de especialistas y la participación activa de los estudiantes. Aun cuando no puedan ser los mejores para alcanzar los objetivos pedagógicos del método de resolución de casos, sí pueden resultar guías útiles para buscar y plantear otros más interesantes.

En principio, se presentan principalmente los hechos penalmente relevantes. Solo de modo ocasional se plantean algunos comentarios sobre los temas que deberían abordarse al analizárseles metódicamente.

1. CASO 1: DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

En enero de 2001, Tefono S.A. (empresa principal) aportó, en un proceso de reorganización simple y conforme al artículo 391 de la Ley General de Sociedades, a la empresa Movil S.A. (empresa secundaria), una parte de su patrimonio valorada en S/. 2 000 000 000, que estaba constituido por diversas maquinarias e instalaciones. Esta operación consta en la factura N° 077-2001.

Los indicados bienes fueron registrados en la contabilidad de Movil S.A., pero sin efectuarse su transferencia material. Los mismos bienes, sin embargo, continuaron figurando en la contabilidad de Tefono S.A. con valor «0».

En junio del mismo año, Tefono S.A. vendió a Expressfono S.A. parte de los bienes transferidos a Movil S.A., por la suma de S/. 50 000 000. Esta venta fue declarada por la vendedora a la SUNAT mediante la documentación correspondiente y pagó el IVA respectivo. Con posterioridad se canceló el impuesto a la renta.

Los ejercicios financieros de los años 2001 a 2003 fueron aprobados por el Directorio y la Junta de Accionistas de Movil S.A. (7 de marzo de 2001, 17 de marzo de 2002, 2 de marzo de 2003). En las declaraciones juradas de esta empresa correspondientes a dichos años continuaron figurando los activos transferidos a Movil S.A., por lo que se efectuaron depreciaciones respecto de estos activos, a pesar de que habían sido vendidos a Expressfono S.A.

Como resultado de una auditoría en Movil S.A., la SUNAT denunció a Roberta Guan y Pedro Quinto, presidenta y gerente del directorio respectivamente, como autores del delito de defraudación tributaria, y al contador de la empresa,

Julio Peral, como cómplice del mismo delito. En el auto de procesamiento se afirma que la denuncia se formalizó «por haber realizado el retiro de bienes no declarados para efectos tributarios y por la deducción de gastos inexistentes, reduciendo indebidamente los tributos a pagar».

Los impuestos no pagados serían, por un lado, los correspondientes al retiro de activos entregados a Movil S.A., operación tratada como una «venta ficta» para los efectos tributarios. Por otro, los generados por el hecho de mantener dichos bienes en la contabilidad de Movil S.A. y depreciarlos indicándolos con valor «0».

«[M]ediante denuncia del [...] se formaliza denuncia contra los imputados [...] como autores y cómplices del delito de Defraudación tributaria, en su tipo base, por haber realizado el retiro de bienes no declarados para efectos tributarios y por la deducción de gastos inexistentes, reduciendo indebidamente los tributos a pagar del contribuyente Telefónica Móviles SAC en agravio del Estado, representado por la SUNAT».

Respecto de uno de los denunciados, se sostuvo en la denuncia:

Durante su gestión como gerente general de [...], designado como tal por acuerdo de Directorio, [...] transfirió como aporte de capital a su representada, la Red Analógica, evaluada en [...]. Es así que, en abril [...], procedió al retiro de bienes conformantes de la Red a favor de [Téfono], permitiendo que esta última empresa comercialice dicha red a la [Expressfono], por la suma de [...]. Es de notar que, como Gerente General, no declaró esta venta a la Administración Tributaria, evidentemente para no pagar el IGV y el Impuesto a la Renta, pero teniendo como propósito de fondo la finalidad de depreciarlos. Para ello ha mantenido anotados en la contabilidad de su representada los activos conformantes, y así poder depreciarlos durante el 2000, 2001 y 2002, hecho que ha beneficiado a su representada, pues ha pagado un menor Impuesto a la Renta. Además, no obstante tener pleno conocimiento que la Red Nortel ya no pertenecía a su representada, en la reunión de Directorio del 19 de julio de 2001 solicitó la realización de un estudio en relación a la depreciación de dichos activos [...].

En el análisis de los hechos deben determinarse los diversos aspectos relacionados con los problemas propios al derecho penal económico. Se debe partir de la constatación de que los hechos son imputados a los procesados en razón de los cargos que ocupaban en la empresa al ocurrir los hechos, lo que plantea la cuestión de si esto es procedente, teniendo en cuenta que la empresa carece de responsabilidad penal. Debido a que ellos no han ejecutado o ayudado a cometer los actos por los que se habría cometido la defraudación tributaria, la imputación no se basa en la descripción detallada de los comportamientos que habrían cometido. Es decir, de cómo habrían

retirado los bienes (venta ficta), mantenido anotados en la contabilidad los activos retirados y depreciado estos últimos.

Se debía precisar cómo el delito de defraudación tributaria fue cometido al interior de la empresa y en beneficio de aquella, para identificar quiénes fueron los que realizaron los actos constitutivos del delito imputado y llegar a demostrar en qué medida los directivos y contadores procesados, por la manera en que actuaron y por haber violado los deberes propios a sus cargos, son, como los autores materiales, responsables de dicho delito.

Actuar de otra manera implica desnaturalizar el proceso de imputación penal, en la medida en que se fundamentaría la responsabilidad de los procesados en el criterio simple y objetivo de considerar que los directivos o altos funcionarios de una empresa pueden ser sancionados penalmente por todo delito que se cometa en el seno de la empresa por el simple hecho de que este fue cometido durante el período en que ejercían sus funciones.

Para determinar las condiciones de autores y partícipes de los actos ejecutivos de la defraudación tributaria, debían comprobarse todos los elementos del tipo legal, lo que si bien es indispensable, también es extremadamente complicado debido a la complejidad tanto del contexto en el que tienen lugar como de los mismos comportamientos realizados. Las dificultades se deben a la manera como se conciben las categorías penales que determinan las condiciones que la ley establece para admitir que un tipo legal ha sido realizado y que procede imputar el delito a las personas concernidas. Esto se ha generado, entre otras circunstancias, por el surgimiento y el desarrollo de la criminalidad organizada, internacional, informática, y por el reforzamiento de la actividad de ciertos actores en la vida comunitaria.

Personaje central es la empresa, y el ámbito de sus actividades (internas y externas) es el campo privilegiado de una legislación proficua que comprende diversos sectores jurídicos y enmarca la de índole penal, lo que genera una serie de relaciones de complementariedad, subsidiaridad y accesoriedad. Estos vínculos, según las concepciones que se adopten sobre la finalidad e índole del derecho penal, determinará la manera de concebir el derecho penal económico.

Todo esto ha generado e impulsado el desarrollo de la legislación y de la dogmática en el sentido de elaborar y sistematizar una nueva regulación apropiada para enfrentar estos cambios sociales y criminales. Por ejemplo, se ha considerado necesario renovar la manera de concebir las condiciones de imputación penal teniendo en cuenta la evolución de las nuevas formas de criminalidad y de los actores que intervienen en el desarrollo de las nuevas interrelaciones generadas por los avances sociales, económicos y administrativos. Así, se plantea la cuestión, en razón a que el derecho penal económico sigue siendo parte del derecho penal general, de determinar hasta qué límites se deben flexibilizar las condiciones de punibilidad sin que se violen o desnaturalicen los principios y categorías dogmáticas

del derecho penal tradicional, fundados sobre todo en la dignidad y libertad de la persona.

2. CASO 2: DELITO DE ESTAFA EN EL ÁMBITO DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

El 4 de octubre de 2005, Radio S.A. celebró con Tecno S.A., sucursal de Tecno Corporation con sede en Estados Unidos, representada por su gerente Richard Morat, un contrato de prestación de servicios de reparación o reemplazo de productos manufacturados nuevos en virtud del cual Tecno S.A. se obligaba a reemplazar los productos comercializados por Radio S.A. que presentaran siniestros.

Después de tres años de celebrado el contrato, el 28 de noviembre de 2008, Radio S.A. cursó una carta notarial a Tech solicitándole que remitiera la base de datos de los clientes cuyos equipos presentaron siniestros con el propósito de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Tecno S.A. Esta última solo respondió con evasivas a la solicitud de Radio S.A.

Mientras tanto, el 12 de abril de 2009, los abogados externos de Tecno S.A., por orden de la empresa matriz Tecno Corporation, constituyeron la empresa ABCD S.A.C., con un capital de S/. 500, consignando en la minuta de constitución de la empresa como socios a los practicantes de dicho estudio Mario Paria y Raúl Mamani.

El 20 de julio de 2009, la empresa Tecno S.A. celebró un contrato de cesión de derechos con ABCD S.A.C. en virtud del cual todas las obligaciones de Tecno S.A. fueron transferidas a EDGE S.A.C. sin costo alguno.

Tecno Corporation, a través de su gerente Richard Morat, mediante carta de fecha 20 de setiembre de 2009 comunicó a Ripley el fin de sus operaciones en el Perú y que la empresa cesionaria de sus obligaciones sería ABCD S.A.C., quien brindaría el servicio de administración de sus planes de servicio en los mismos términos contractuales que Tecno S.A., empresa que sirvió a la matriz y sucursal en el Perú.

Radio S.A., con fecha 14 de julio de 2009, decidió resolver el contrato entre ambas alegando que Tecno S.A. había incumplido el contrato por no haber reemplazado los productos siniestrados durante los años 2007 y 2008.

ABCD. S.A.C. nunca pudo asumir la obligación contraída en el contrato de cesión de derechos, que en diciembre de 2009 ascendía a S/. 3 800 000. Es así que Radio S.A. denunció penalmente por el delito de estafa a Richard Morat —gerente de Tecno Corporation—, Manuel Garcés —gerente de Tecno S.A. Perú— en calidad de autores y a Mario Paria y Raúl Mamani en calidad de cómplices, señalando que la empresa Tecno Corporation y Tecno S.A. Perú, a través de sus representantes, habían constituido la empresa ABCD S.A.C. con el propósito de estafarlos ya que esta última no tenía el respaldo financiero para cumplir sus obligaciones.

3. CASO 3: IMPUTACIÓN OBJETIVA E INTERVENCIÓN DE ASESORES FINANCIEROS

Los directivos del Banco Wiese LTDO (BWL) decidieron contratar el servicio de asesoramiento del Banco de Inversión JP Morgan (JP Morgan). Este debía: (i) escoger socios idóneos selectos que gocen de aceptación por parte del Banco Wiese y establecer contratos con ellos; (ii) ayudar a estructurar las eventuales transacciones que pudieran ejecutarse como resultado de las conversaciones con las entidades escogidas; (iii) realizar coordinaciones para que los socios potenciales realicen auditorías jurídicas, y (iv) apoyar en las negociaciones de los aspectos financieros de cualquier transacción propuesta.

En diciembre de 1998 casi se logra que el Banco Central Hispano de España adquiriera el 50% del BWL. La operación se frustró debido a que el Banco Santander compró el Banco Central Hispano, el que ya tenía actividades en el Perú.

JP Morgan estableció entonces una nueva alternativa en relación con el Banco Sudameris (Sudameris), propietario en el Perú del Banco de Lima. Las negociaciones culminaron con el acuerdo, por un lado, de fusionar los Bancos Wiese y de Lima y, por otro, de que el Banco Sudameris aportara capital por un monto de 130 millones de dólares, de donde resultaba que el Grupo Wiese poseería el 47% del nuevo banco, y el Sudameris, el 53%. Ambos grupos económicos suscribieron, el 17 de febrero de 1999, un acuerdo llamado «Convenio Base de Integración», en el que se establecía, preliminarmente, el valor absoluto de la aportante (Sudameris) y el valor absoluto del adquirente (Wiese), debiendo verificarse estos extremos mediante una auditoría confirmatoria. En ese momento prácticamente culminó la prestación de servicios de JP Morgan, ya que la operación de fusión debía ser concluida por las partes mismas.

Al efectuarse la auditoría confirmatoria, se constató un deterioro de la cartera del BWL mayor del que se había previsto. Este deterioro se debía tanto a las diversas crisis financieras que influyeron en el mercado financiero (especialmente la crisis rusa y la crisis brasileña), como a los problemas internos que restringieron la capacidad de pago de los deudores en el país (debido fundamentalmente al fenómeno El Niño). Esta nueva situación patrimonial del BWL hizo definitivamente inviable la fusión acordada con el Sudameris. Ante esto, el BWL recurrió de nuevo a JP Morgan para encontrar una solución a sus problemas financieros en vista de la inminente ruptura de las relaciones con el Sudameris y la próxima intervención de la Superintendencia de Bancos y Seguros (SBS).

Por la importancia del BWL en el sistema financiero nacional, el Estado, mediante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la SBS, decidió intervenir activamente en las negociaciones entre Wiese y Sudameris con la finalidad de viabilizar su fusión. En diversas reuniones de funcionarios del MEF, la SBS y el Banco Sudameris, realizadas en la quincena del mes de junio de 1999, JP Morgan

participó con sus asesores financieros. El Estado, finalmente, no prestó dinero al BWL ni lo intervino, limitándose a garantizar la inversión del Banco Sudameris mediante una titularización de la cartera del BWL con aval del Estado. Esta solución fue adoptada por considerarse que era, en ese momento, la menos costosa para el Estado y la menos perjudicial para el sistema financiero.

La reestructuración bancaria de BWL fue establecida mediante el D.U. N° 034-99 del 25 de junio de 1999, por el que se creó el denominado «Programa de Consolidación Patrimonial», conforme al cual se realizaron las operaciones indispensables para consolidar patrimonialmente el BWL. Así, se estatuyó el reglamento del programa de Consolidación Patrimonial, se designó al Banco de la Nación como entidad fiduciaria del programa y se aprobó calificar al BWL como elegible para dicho programa. Enseguida, se llevaron a cabo las operaciones que establecía el Acuerdo Marco de Consolidación Patrimonial del BWL, en el que destaca en particular el aval del Estado en la titularización de la cartera del banco. Contando con dicho aval, se formalizó, el 2 de diciembre de 1999, la fusión del BWL y del Banco de Lima, lo que dio origen al Banco Wiese Sudameris.

La Cuarta Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios denunció a los funcionarios públicos, a los representantes de los grupos económicos Wiese y Sudameris y a los representantes de JP Morgan por colusión desleal (artículo 384 del CP), delito contra la Administración Pública. El argumento principal de la Fiscalía fue que la operación de salvataje financiero del BWL implicó un grave perjuicio para el Estado que se produjo por un acuerdo colusorio entre los funcionarios públicos y los representantes de los grupos económicos interesados (Wiese y Sudameris). Consideró, igualmente, que en la materialización de esta concertación indebida participaron también los asesores financieros del JP Morgan, por lo que deberían responder como cómplices del delito.

El Ministerio Público formuló las imputaciones a los procesados en los siguientes términos:

La ejecución del Salvataje Financiero del Banco Wiese Ltda. quedó sometido a los términos y condiciones establecidos en el denominado 'Acuerdo Marco' según lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 144-99-EF/94-10 del 30 de junio de 1999; lo que a la postre habría significado someter los intereses del Estado en beneficio patrimonial de los precitados grupos económicos, habiéndose finiquitado debido a la irregular participación de los denunciados José Fernando y José Luis Miguel, quienes en su condición de altos funcionarios públicos a cargo de la comisión especial encomendada por la Resolución Ministerial N° 146-99-MEF, se habría coludido con su co-denunciados Manuel Custodio, Gonzalo Antonio, Víctor Hugo, Gino Sangalli, Jorge Beingolea,

Carlos Rojas, Gonzalo de la Puente, Javier Ducassi, Diómedes Arias, Juan Cuglievan, Augusto Fernando, Carlos Neuhaus y Eugenio Bertini, quienes se desempeñaron como altos directivos vinculados a los grupos económicos Wiese y Sudameris respectivamente, para defraudar al Estado peruano con la finalidad de procurarse un beneficio patrimonial indebido a favor de los precitados grupos económicos en detrimento del erario público cuyo perjuicio económico ascendería a más de cuatrocientos millones de dólares americanos aproximadamente, como consecuencia de la celebración de las diversas operaciones contractuales que se detallan a continuación: [...] (pp. 12-13 de la Denuncia Fiscal).

El Segundo Juzgado Penal Anticorrupción declaró no haber lugar a abrir instrucción contra los denunciados por el delito de colusión. En su resolución expone los siguientes motivos:

[...] teniendo en cuenta el rol que correspondió a los funcionarios del Banco JP Morgan, así como la descripción del tipo penal denunciado, la participación de Martín Fariña no se adecua al ilícito penal denunciado, toda vez que el delito de colusión se configura cuando se defrauda al Estado o entidades y organismos sostenidos por este, mediante la concertación de los funcionarios que representan al Estado, con los interesados en los convenios, ajustes, licitaciones, suministros, subastas o cualquier otra operación semejante; de tal manera que el sujeto activo está determinado por los participantes en dichos contratos, siendo necesariamente, de una parte, los Funcionarios o Servidores del Estado y, de la otra, los interesados en la negociación, condición que Martín Fariña no tiene. [...].

La participación de Martín Fariña en el proceso de Salvataje del Banco Wiese era la de asesor de uno de los interesados en la negociación llevada a cabo adelante con el Estado. Si bien en la Denuncia Fiscal se les atribuye la condición de cómplices, no se puede dejar de observar que tratándose de un delito especial propio como lo es el delito de colusión desleal, el autor, necesariamente, es el funcionario público que infringe su deber. Al haberse comprendido en dicho tipo penal también a los interesados, la participación de estos últimos es necesariamente en calidad de partícipes, recayendo por tanto en la parte interesada en el acto jurídico celebrado con el Estado, la condición de cómplice primario. En consecuencia, habiéndose establecido que los funcionarios de JP Morgan han actuado en calidad de asesores del Banco Wiese (parte interesada) no existe una relación directa entre su actuar y el acto de defraudar al Estado, dado que la decisión sobre los puntos que orienta un asesor corresponde al asesorado.

En virtud de esta obligación, el señor Miguel Valcárcel, mediante carta del 10.05.2007, comunicó al banco sobre la oferta que el señor José Valdez le había hecho sobre el mencionado inmueble de propiedad de Coral. En su respuesta, de fecha 18.05.2007, el banco manifestó al señor Miguel Valcárcel que la oferta del señor José Valdez era inaceptable debido a que la cotización del inmueble en el mercado era muy superior a la que este proponía.

A pesar de esto, el liquidador Miguel Valcárcel, el 17.05.2007, transfirió el inmueble a favor del señor José Valdez al precio de US\$ 309 815 sin que dicha adjudicación haya sido previamente aprobada por el Banco de Lima.

Una vez realizada la venta del inmueble, el señor Miguel Valcárcel procedió a pagar el crédito de Filiberto Pareto, reconocido por INDECOPI, ascendente a US\$ 305 000. Con fecha 20.10.2007, cursó una carta al banco indicándole que podía recabar el saldo del monto resultante de la venta.

Ante ello, el banco procedió a investigar al comprador del inmueble, José Velásquez, quien resultó ser un empleado de Alfredo Cartuja (quien fuera propietario de Coral) en la editorial Amtral S.R.L., cuyo gerente general es el señor Alfredo Cartuja.

De la misma manera, el banco descubrió que el señor Filiberto Pareto se había casado con fecha 10.01.2004 con Marita Cartuja, hija de Alfredo Cartuja, aunque el señor Filiberto Pareto había manifestado que no tenía ningún vínculo con la empresa deudora cuando fue elegido presidente de la Junta de Acreedores.

5. CASO 5: HURTO DE VALORES DESMATERIALIZADOS

El 11 de noviembre del año 2006, estas empresas suscribieron un Convenio de Accionistas en virtud del cual las empresas le otorgaron a Esprite la opción de adquirir el 38,5% de acciones que, sumadas a sus 12,5% de acciones, le permitía tener el 51% del total de acciones de Apurímac Calcio. Esta opción de compra consistía en que Esprite pagaría a Maprita y a Grupo D & C una suma total de US\$ 34,5 millones, con lo que estas últimas empresas pasaban a tener 24,5% de acciones cada una.

En febrero de 2007 Esprite adquiere el 70% de acciones de la empresa IAC, holding que había sido creado anteriormente entre Maprita y Esprite, con lo cual esta última empresa llega a tener indirectamente un 17,5% de acciones del proyecto Apurímac Calcio.

Cuando Grupo D & C se percata de que la intención de Esprite es ejercer la opción de compra de acciones, conforme al Convenio del año 2006, interpone una medida cautelar contra Esprite, Maprita y empresa IAC, alegando una tenencia ilegal de acciones por parte de Esprite.

No obstante, mediante carta de 29 de mayo de 2008 Esprite, ejerció la opción de compra de acciones de Maprita y de Grupo D & C, con lo que finalmente llega en conjunto a tener un total de 68,5% de acciones de Apurímac Calcio. Grupo D & C señala que la presencia accionaria de Esprite solo debe ser de 51%.

Ahora bien, Grupo D & C denuncia a Esprite por el delito de hurto alegando que las firmas de los ejecutivos que aparecen en la carta de 29 de mayo con la cual Esprite ejerció la opción de compra de acciones (contrato de acciones) eran falsas, así como las firmas que aparecían en el libro matrícula de acciones de Apurímac Calcio, en el que se registró la transferencia, constituyéndose el ejercicio de la opción en «un hurto de acciones».

La pregunta que se plantea respecto de estos hechos es: ¿son aplicables los artículos 185 y 186 del Código Penal peruano a quien transfiere acciones emitidas por una empresa de un propietario a otro mediante la inscripción de esas acciones, por no estar representadas en documentos, en el Libro de Matrícula de Acciones de la empresa concernida?

El artículo 886, inciso 5 del Código Civil considera como bienes muebles a los «títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales». Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores¹, conforme se prevé en el artículo 261, inciso 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados². Por el contrario, se les llama desmaterializados³ si «requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores» (Avenidaño, 2003, pp. 45 y s.). En ambos casos, los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto es debido a que los documentos, por ser objetos corporales, son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está de más repetir que cuando el legislador ha querido

¹ Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el art. 261 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

² Art. 279, inc. 15, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

³ Art. 279, inc. 16, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

comprender, además de bienes muebles corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, en el artículo 190, apropiación ilícita, se refiere a «un bien mueble», a «una suma de dinero» y a «un valor».

ANEXOS

1. ARGENTINA: ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

Artículo 10 (correlaciones: artículo 43 Proy. 2006) (Zaffaroni, 2013, pp. 398 y ss.)

Actuación en lugar de otro

- «1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquel, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare.
2. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz».

Exposición de motivos (Zaffaroni, 2013, pp. 88 y ss.)

- «1. Este artículo procura evitar la atipicidad de quien actúa en lugar de otro, cuando en su persona no se reúnan los caracteres típicos exigidos por el tipo de autor calificado en un delito propio. No se limita a los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas, pues trata fundamentalmente de conductas individuales, lo que no excluye el caso de que una persona jurídica actúe en nombre de otra, dado que no precisa el alcance de *quien* ni del *otro*.

Hemos preferido evitar las precisiones técnicas que ofrecen otros proyectos, pues estas son susceptibles de mutación rápida, por lo que seguimos las fórmulas sintéticas y generales de los códigos modernos.

2. El segundo inciso cubre la hipótesis de elusión de la tipicidad alegando la nulidad o ineficacia del mandato. Cabe aclarar que aquí no se procura

la responsabilidad del mandante, al que no se podría muchas veces imputar la conducta de un mandatario que no es tal, sino la del mandatario o supuesto mandatario».

Título IX de las Sanciones a las personas jurídicas (Zaffaroni, 2013, pp. 433 y ss.)

Artículo 59

- «1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actuaren en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no generare provecho alguno para ella.
2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, esta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.
3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, esta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.
4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado.
5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que esta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa.
6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella.
7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.
8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años».

Artículo 60 Sanciones

- «1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes:
 1. Multa.
 2. Cancelación de la personería jurídica.

3. Suspensión total o parcial de actividades.
 4. Clausura total o parcial del establecimiento.
 5. Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa.
 6. Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido.
 7. Suspensión del uso de patentes y marcas.
 8. Pérdida o suspensión de beneficios estatales.
 9. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales.
 10. Suspensión en los registros estatales.
2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código».

Artículo 61

- «1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta.
2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 34º.
3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría.
4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables.
5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos.
6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y solo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos.
7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años.
8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1º del artículo 60º, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4º».

Artículo 62 Individualización de las sanciones

- «1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto.
2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo.
3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad.
4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de éstos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago.
5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general.
6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia»+.

Exposición de motivos: artículos 59 a 62 (Zaffaroni, 2013, pp. 172 y ss.)

Artículo 59

«La Comisión no puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de estas». No es del caso resumir los diferentes argumentos, que no hacen más que reiterar los que son conocidos en la doctrina.

De cualquier manera se coincidió en que:

- 1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto.

- 2) No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas. Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal y limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal.

Ha sido observado —en términos realistas— por algunos miembros que el debate en la legislación comparada en buena medida traduce una pugna por el reparto de competencia entre los penalistas y los administrativistas.

No ha faltado una opinión que señaló que, desde la perspectiva político-criminal, y dada la natural selectividad del poder punitivo, se corre el riesgo de perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de la mayor demanda de mano de obra en el país.

- 3) Si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del derecho penal y, por ende, tendría una mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, sobre esa base, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del derecho penal.

Evitando esta consecuencia última, y ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio de decisión de los poderes que legislan.

El primer inciso del texto proyectado especifica que se trata de personas jurídicas privadas y limita las sanciones a los casos expresamente previstos en la ley. Se aclara que la responsabilidad emerge de delitos cometidos por sus órganos o representantes actuando en beneficio o interés de ellas.

Los dos supuestos en que la persona jurídica no puede sufrir estas sanciones serían: que el órgano o representante actúe en su propio interés y que no le depare con ello ningún beneficio.

Se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, siempre que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado, para lo cual debería requerirse el conocimiento de esto por parte de los órganos competentes, obviamente si no fuera de público y notorio.

En el inciso 3 se sanciona la culpa *in eligendo e in vigilando*, aun en el caso en que no se derivase beneficio alguno para la persona jurídica.

En el inciso 4 se aplica el mismo criterio que respecto del decomiso, cuando por cualquier razón la persona interviniente no hubiese sido condenada, pero el hecho se hubiese probado en el proceso.

Conforme al inciso 5, queda reservada a las leyes procesales la forma de intervención de la persona jurídica en el proceso penal, pero de cualquier manera, estas deberán siempre garantizarle el derecho de defensa. Pese a que esta previsión es innecesaria, en función de elementales normas constitucionales, se ha considerado prudente insistir para evitar toda duda al respecto.

El inciso 6 dispone que la responsabilidad de la persona jurídica no se extingue por su transformación, fusión, absorción o escisión, pues de lo contrario se tornaría ilusoria. Se propone, por ende, regular lo concerniente a estos casos, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe y limitando la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originariamente responsable.

Conforme al inciso 7 propuesto, no es admisible la disolución fraudulenta de la persona jurídica para eludir su responsabilidad. Con este objeto se propone establecer una presunción en caso de continuación de la actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

La duración razonable del proceso respecto de una persona jurídica no puede ser la misma que para un individuo, pues semejante arrastre punitivo es susceptible de condicionar su extinción, toda vez que importa una imposibilidad de evaluar sus activos a efectos de mercado. Por tal razón, el inciso 8 proyectado lo fija en un máximo de seis años.

Artículo 60

En el inciso 1 se enumeran las sanciones aplicables a las personas jurídicas, aclarando que pueden ser impuestas en forma alternativa o conjunta, aunque luego y por separado se tratan las reglas limitadoras.

El inciso 2 precisa que son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones referidas al decomiso y a la reparación de daños contenidas en los Títulos VII y VIII respectivamente del Libro Primero del presente Anteproyecto.

Artículo 61

La Comisión ha considerado que la aplicación de sanciones a las personas jurídicas no debería ser general, sino solo en los casos en que la ley la prevea, es decir, para los delitos en que el propio Código Penal las habilite. Se trata, pues, de un número

clausus de delitos que se van señalando en la Parte Especial, o sea, en el Libro Segundo del anteproyecto.

Se observará en esa parte que cada vez que se prevé eventual responsabilidad de personas jurídicas se remite a la parte general, que la regula en estos artículos. Por consiguiente, los jueces solo podrían imponer sanciones en los casos señalados en la Parte Especial y conforme a la regulación general que se establece en estos dispositivos de la Parte General.

El primer inciso de este artículo los habilita para imponerlas en forma alternativa o conjunta.

Es claro que la multa tendría un papel mucho más amplio en las sanciones a las personas jurídicas que respecto de la responsabilidad penal de individuos. Por ello y, dadas las particularidades del ente sancionado, si bien se remite a las reglas de la multa previstas en los incisos 1, 2 y 4 del artículo 34 del presente proyecto, prescinde del 3, que regula la cuantificación respecto de personas físicas.

Dado que el importe del día de multa no acotado, en términos de ganancias de una persona jurídica podría alcanzar cifras muy altas, el inciso 3 establece límites a su valor, que debiera oscilar entre uno y cinco salarios vitales mínimos y móviles.

De cualquier modo, se establece el máximo de un tercio en relación al patrimonio total del ente, para que la sanción no resulte directamente confiscatoria, dado que el importe del día de multa en relación al capital de una pequeña o mediana empresa puede resultar exorbitante.

Se aclara que, pese al enunciado general del inciso 1, la cancelación de la personería jurídica por el juez penal resultaría excepcional, pues solo sería viable en caso que el ente tuviere como objetivo principal la comisión de delitos.

En orden de gravedad, sigue a la cancelación de la personería, la suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento. Se trata de los supuestos en que, si bien la persona jurídica no está destinada a la comisión de ilícitos, como en el más grave de su objetivo específico, habitualmente se la emplea para ese fin. A efectos de que esta pena no se identifique con la anterior, se la limita a un máximo de un año, sin establecer el mínimo, que queda a criterio del juez, valorando las circunstancias de cada caso concreto.

En el inciso 7 se fijan los máximos de las otras sanciones, siguiendo el criterio de no señalar mínimos.

Con el objeto de que la sanción del apartado f del inciso 1 del artículo anterior del anteproyecto no se convierta en confiscatoria en conjunción con la sanción de multa,

se prevé que en conjunto no podrán superar un tercio del patrimonio neto de la entidad, según lo establecido en el inciso 4 del mismo artículo proyectado.

Artículo 62

La cuantificación de las sanciones a personas jurídicas no puede llevarse a cabo conforme a las pautas señaladas para la individualización de las penas, porque no es posible adecuar la culpabilidad penal —entendida en los términos tradicionales— a la persona jurídica.

Por ende, deben fijarse criterios propios que, por un lado, están referidos a la conducta de los integrantes de la persona jurídica, como son el grado de inobservancia de las reglas y procedimientos internos y el de omisión de vigilancia, y por otro, al resultado y efectos objetivos, o sea, a la trascendencia social y la gravedad del daño causado.

La voluntad sancionadora de un Estado de derecho no puede llevarse a cabo con lesión de la comunidad, que resultaría sancionada como un tercero ajeno a los hechos, ni trascender a otros terceros inocentes, como serían los miembros o socios ajenos a los hechos, los trabajadores que pueden ver peligrar su fuente de trabajo o los usuarios de un servicio público, que puedan verse impedidos de utilizarlo o con dificultades para su uso. Tampoco es saludable para la economía nacional que un instrumento sancionador termine siendo lesivo para la productividad, poniendo en riesgo la continuidad de empresas en actividad. Todos estos son los factores y circunstancias que el juez debería tomar en cuenta para la selección y cuantificación de las sanciones a imponer, que es lo que indica el inciso que se proyecta.

La regulación penal de sanciones a personas jurídicas choca con el inconveniente general del poder punitivo, que se reparte inequitativamente, y por ende, en el mundo empresarial, la gran empresa es menos vulnerable, porque cuenta con mejores medios y mayores recursos para caminar por el borde de la legalidad o incluso caer fuera de sus límites, disminuyendo considerablemente el riesgo de punición. Por consiguiente, la mayor vulnerabilidad recaería sobre las pequeñas y medianas empresas. En el seno de la Comisión —como lo señalamos antes— se llamó la atención sobre este aspecto, observando que puede representar un daño importante a la sociedad, dado que estas empresas son las que proveen la mayor demanda de mano de obra del país.

Por tal razón, el inciso 3 otorga al juez, en el caso de estas empresas y de menor gravedad, y habiendo sido penado el interviniente, la posibilidad de prescindir de las sanciones a la entidad.

Dado que no es posible graduar la multa —ni ninguna otra sanción— conforme a la culpabilidad, por no ser concebible en una persona jurídica, se le indica al juez que lo haga tomando en cuenta la magnitud del daño causado, del beneficio

recibido o esperado del delito y del patrimonio de la entidad. También deberá tomar en cuenta la conducta posterior de la persona jurídica, el grado de cooperación en el esclarecimiento del hecho y su disposición espontánea para resolver el conflicto, que en definitiva es lo que más interesa desde el punto de vista social.

Se autoriza un generoso plazo de pago de la multa, que el juez valorará en cada caso, teniendo en cuenta el interés general en el mantenimiento de la fuente de trabajo o en otros intereses análogos, como puede ser que no disminuya una producción estratégica, alimentaria, no disponible en el país, importante para la balanza comercial, etc., y en general, que no se afecte la productividad.

La referencia al peligro para la supervivencia de la entidad es autónoma de las otras consideraciones y responde al principio de que una sanción, so pretexto de su cuantía, no puede convertirse en otra, o sea, que la multa no puede convertirse en la desaparición del ente, sino que debe mantenerse siempre en los límites de una disminución de beneficios o de capital.

El inciso 6 de este artículo es clave para el efecto material de estas sanciones sobre las personas jurídicas y en particular sobre la economía del país. Cualquier pretensión de exclusividad sancionadora por la administración o de la justicia es compleja desde la perspectiva político-criminal, pues se corre el riesgo de que alguna de las sanciones resulte nimia, en especial la impuesta por los jueces penales, dado el escaso o nulo entrenamiento en la materia y las limitaciones propias de su magisterio.

Por otra parte, por razones institucionales y constitucionales, es imposible quitar vigencia al derecho administrativo sancionador, como tampoco —por las razones ya expuestas— prescindir de la competencia penal, pero lo cierto es que, más allá de la discusión doctrinaria, desde la perspectiva realista del problema, queda abierta en nuestro sistema constitucional y federal la posibilidad de una duplicidad de sanciones sobre el mismo hecho, sobre el mismo ente y con los mismos fundamentos.

Más allá de cualquier discusión doctrinaria y de la diferente naturaleza jurídica de las sanciones que se impongan, existe un dato de la realidad, que es que todas en conjunto recaen sobre el mismo ente y, por lo tanto, constituyen un conjunto sancionador que incide sobre su continuidad. Con la fórmula propuesta se postula que, en cualquier caso, el conjunto de las sanciones no resulte exorbitante, por lo cual se indica que tanto la administración como los jueces deberán tener en cuenta las sanciones impuestas en la otra sede.

Delitos que dan lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El catálogo exhaustivo de delitos, previstos en el Código Penal, respecto de los cuales las empresas pueden ser responsabilizadas penalmente son los siguientes (Riquert, 2014):

- a. Los delitos contra la humanidad (Título I), conforme artículo 73, inciso 4.
- b. La reducción a servidumbre (art. 105, inc. 2).
- c. La trata de personas (art. 111, inc. 4).
- d. Contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124, inc. 5).
- e. Los delitos contra el patrimonio (Título VII), se habilitan en general por el artículo 163.
- f. Los delitos contra el orden económico y financiero (Título VIII), son la tercera habilitación general registrada, que se concreta por vía del artículo 179.
- g. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (Título IX).
- h. Estragos e inutilización de defensas (art. 184, inc. 8); explosivos y elementos de destrucción masiva (art. 185, inc. 7); fabricación y tráfico de armas (art. 187 inc. 4); naufragios y desastres (art. 188, inc. 6); envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo (art. 194, inc. 7), comercialización irregular de medicamentos (art. 195, inc. 6); violación de normas sanitarias (art. 196, inc. 3); tráfico de órganos (art. 198), todos en sede delitos contra la seguridad pública (Título X). Puede observarse una discordancia en la EM del artículo 184 (2014:233), donde se refiere al inciso 8 como inciso 7, sin mayor aporte que reconocer la habilitación de sanción para las personas jurídicas. Lo mismo sucede respecto del resto.
- i. La figura de contaminación (art. 204, inc. 6), dentro del Título XI «Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora».
- j. Sustracción a deberes en caso de conflicto armado (art. 224) y entorpecimiento a la defensa nacional (art. 225), conforme indicación del artículo 226 «Personas jurídicas», en sede el Título XIII, «Delitos contra la Seguridad de la Nación»(que corresponde al segundo párrafo del artículo 36 de la Ley 23554 (Ley de Defensa Nacional).
- k. Los tipos que integran el Capítulo V: cohecho y tráfico de influencias, del Título XV: Delitos contra la Administración Pública, conforme indica el artículo 266 «Personas jurídicas». También se lo hace respecto de las negociaciones incompatibles (art. 270, inc. 3) y el Incremento patrimonial no justificado (art. 273, inc. 3).

2. CHILE: LEY N° 20.393

Establece¹ la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavados de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley:

Artículo Primero.- Apruébase la siguiente ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas:

«Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de estas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

¹ Ver: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

- 1) Designación de un encargado de prevención.
 - a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea esta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la «Administración de la Persona Jurídica», deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.
 - b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

- 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

- a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
- b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

- a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.
- b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.
- c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.
- d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

- a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.
- b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

- c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

- 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.
- 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.
- 2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.

- 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

Artículo 7º.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

TÍTULO II

Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

1.- De las penas en general

Artículo 8º.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.
- 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- 4) Multa a beneficio fiscal.
- 5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.

Artículo 9º.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

- 1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

- 2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y
- 3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133bis de la Ley N° 18.046.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Esta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

- 1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:
 - a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
 - b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
 - c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

- 1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.
- 2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.
- 3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar.

Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

- 1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.
- 2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.
- 3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

- 1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

- 2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.
- 3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2.- De la determinación de las penas

Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1º, de conformidad a la siguiente escala:

Escala General de Penas para Personas Jurídicas

1.- Penas de crímenes.

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.
- c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.
- d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2.- Penas de simples delitos.

- a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.

- b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.
- c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 250 y 251bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la Ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.

Al delito contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.

Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán solo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará solo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su *mínimum*, si procediere.

En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su *máximum*, si procediere, o la disolución o cancelación.

Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar solo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.

Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, esta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

- 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- 3) La capacidad económica de la persona jurídica.

- 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
- 5) La extensión del mal causado por el delito.
- 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

- 1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.
- 2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.
- 3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.
Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.
- 4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto esta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil.

3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1º.

TÍTULO III

Procedimiento

1.- Inicio de la investigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 20.- Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1°, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3°, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

Artículo 21.- Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 4°, 7°, 8°, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código Procesal Penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.

Artículo 22.- Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°.

Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica.

Artículo 23.- Representación de la persona jurídica. Si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad.

Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador *ad litem*, en representación de la persona jurídica.

En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza.

Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador ad litem o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero.

Artículo 24.- Improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad. Lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal no será aplicable respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 25.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.
- 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
- 3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.
- 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.
- 5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República.

Artículo 26.- Determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado.

En los casos en que el fiscal acusare solicitando solo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal.

Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona natural. Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio.

Artículo 27.- Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

Artículo 28.- Defensa de las personas jurídicas. Toda persona jurídica que no pudiere procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al juez la designación de un defensor penal público.

Artículo 29.- Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito».

Artículo Segundo.- Introdúcese, en el artículo 294bis del Código Penal, el siguiente inciso segundo:

«Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena

impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica».

Artículo Tercero.- Introdúcese, en el artículo 28 de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, el siguiente inciso segundo:

«Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica».

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 25 de noviembre de 2009.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Andrés Velasco Brañas, Ministro de Hacienda.- Edmundo Pérez Yoma, Ministro del Interior.- Mariano Fernández Amunátegui, Ministro de Relaciones Exteriores.- Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a usted para su conocimiento.- Saluda Atte. a usted, María Olivia Recart Herrera, Subsecretaria de Hacienda.

3. ESPAÑA: CÓDIGO PENAL²

Artículo 31

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31bis

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales

² http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20110301_01.pdf

y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

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 aquéllos.
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.
4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
 - a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
 - c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
 - d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
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, las Agencias

y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades Mercantiles Estatales o ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Artículo 33

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del

Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Exposición de motivos

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad

penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

Medidas de agilización procesal: Ley 37/2011, de 10 de octubre³

I. Disposiciones generales

Jefatura del Estado

...

Artículo primero. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, en los siguientes términos:

Uno. Se introduce un nuevo artículo 14bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 14bis.

Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a este por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica».

Dos. Se introduce un nuevo artículo 119, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 119.

1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con esta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:

- a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.
- b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado

³ Boletín Oficial del Estado - Núm. 245 - Martes 11 de octubre de 2011 Sec. I, p. 106726.

de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

- c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a esta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.
- d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada».

Tres. Se introduce un nuevo artículo 120, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 120.

1. Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de esta.
2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor».

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 409bis que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 409bis.

Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar».

Cinco. Se añade un nuevo artículo 544 quater que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 544 quater.

1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente».

Seis. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 554 que queda redactado en los siguientes términos:

«4.º Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Siete. Se añade un nuevo párrafo final al artículo 746 que queda redactado en los siguientes términos:

«Cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786bis de esta Ley».

Ocho. Se introduce un nuevo artículo 786bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 786bis.

1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, esta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.
2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en

ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de esta».

Nueve. Se introduce un nuevo apartado 8 en el artículo 787, que queda redactado en los siguientes términos:

«8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos».

Diez. Se introduce un nuevo artículo 839bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 839bis.

1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido.
2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa.
3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.
4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión».

4. FRANCIA: CÓDIGO PENAL⁴

TITULO II: De la responsabilidad penal

CAPÍTULO 1: Disposiciones generales

Artículo 121-1

Nadie será penalmente responsable sino de sus propios actos.

⁴ http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf.

Artículo 121-2

(Ley N° 2000-647 de 10 de julio de 2000 artículo 8 Diario Oficial de 11 de julio de 2000)

Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121-4 a 121-7, y en los casos previstos por la ley o el reglamento.

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones solo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.

Sección 2: De las penas aplicables a las personas jurídicas

Subsección 1: De las penas criminales y correccionales

Artículo 131-37

Las penas criminales o correccionales que pueden imponerse a las personas jurídicas son:

- 1° La multa;
- 2° En los casos previstos por la ley, las penas enumeradas en el artículo 131-39.

Artículo 131-38

La cuantía máxima de la multa aplicable a las personas jurídicas será igual al quíntuplo de lo previsto para las personas físicas por la ley que castigue la infracción.

Artículo 131-39

(Ley N° 2001-504 de 12 de junio de 2001 art 14 Diario Oficial de 13 de junio de 2001)

Cuando la ley lo prevea para las personas jurídicas, los crímenes o delitos podrán ser sancionados con una o varias de las penas siguientes:

- 1° La disolución, cuando la persona jurídica haya sido creada para cometer los hechos incriminados o, si se trata de un crimen o delito castigado para las personas físicas con una pena de prisión igual o superior a tres años, cuando se haya desviado de su objeto social para cometer los hechos incriminados;

- 2º La prohibición, a título definitivo o por un período de hasta cinco años, de ejercer directa o indirectamente una o varias actividades profesionales o sociales;
- 3º El sometimiento, por un período de hasta cinco años, a vigilancia judicial;
- 4º La clausura definitiva o por un período de hasta cinco años de los establecimientos o de uno o varios de los locales de la empresa que hayan servido para cometer los hechos incriminados;
- 5º La exclusión de la contratación pública a título definitivo o por un período de hasta cinco años;
- 6º La prohibición, a título definitivo o por un período de hasta cinco años, de hacer llamamiento público al ahorro;
- 7º La prohibición, por un período de hasta cinco años, de emitir otros cheques salvo los que permitan la retirada de fondos por el librador contra el librado o los que estén conformados, o de utilizar tarjetas de pago;
- 8º El comiso de la cosa que haya servido o estaba destinada a cometer la infracción o del producto de la misma;
- 9º La publicación de la resolución adoptada o su difusión a través de la prensa escrita o por cualquier medio de comunicación audiovisual.

Las penas definidas en los apartados 1º y 3º anteriores no se aplicarán a las personas jurídicas de derecho público susceptibles de responsabilidad penal. No se aplicarán a los partidos o agrupaciones políticas ni a los sindicatos profesionales. La pena definida en el apartado 1º no se aplicará a las instituciones representativas del personal.

Subsección 2: De las penas por falta

Artículo 131-40

Las penas por falta susceptibles de imposición a las personas jurídicas son:

- 1º La multa;
- 2º Las penas privativas o restrictivas de derechos previstas en el artículo 131-42.

Estas penas no excluirán la aplicación de una o varias de las penas accesorias previstas en el artículo 131-43.

Artículo 131-41

La cuantía máxima de la multa aplicable a las personas jurídicas será igual al quintuplo de lo previsto para las personas físicas en el reglamento que castigue la infracción.

Artículo 131-42

Para todas las faltas de quinta clase, la pena de multa podrá sustituirse por una o varias penas privativas o restrictivas de los derechos siguientes:

- 1º La prohibición, por un período de hasta un año, de emitir cheques, salvo los que permitan la retirada de fondos por el librador contra el librado o los que estén conformados, o de utilizar tarjetas de pago;
- 2º El comiso de la cosa que haya servido o estaba destinada a cometer la infracción o del producto de la misma.

Artículo 131-43

El reglamento que castigue una falta podrá prever, cuando el culpable sea una persona jurídica, la pena accesoria mencionada en el párrafo 5º del artículo 131-16. Para las faltas de quinta clase, el reglamento podrá prever, además, la pena accesoria mencionada en el primer párrafo del artículo 131-17.

Artículo 131-44

Cuando una falta sea castigada con una o varias penas accesorias previstas en el artículo 131-43, el órgano jurisdiccional podrá imponer solo la pena accesoria o una o varias de las penas accesorias susceptibles de aplicación.

Subsección 3: Del contenido y de las modalidades de aplicación de ciertas penas

Artículo 131-45

La resolución que imponga la disolución de la persona jurídica llevará consigo la remisión de esta al tribunal competente para proceder a su liquidación.

Artículo 131-46

(Ley Nº 92-1336 de 16 de diciembre de 1992 artículo 346 del Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992 en vigor desde el 1 de marzo de 1994)

La resolución de sometimiento a vigilancia judicial de la persona jurídica llevará consigo la designación de un interventor judicial cuyas funciones serán establecidas por el órgano jurisdiccional. Estas funciones solo podrán afectar a la actividad en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción. Al menos cada seis meses, el interventor judicial informará al *Juge d'application des peines* sobre el cumplimiento de sus funciones.

A la vista del informe, el *Juge d'application des peines* podrá remitirse al órgano jurisdiccional que haya impuesto el sometimiento a la vigilancia judicial. Este podrá entonces o bien imponer una nueva pena, o bien relevar a la persona jurídica de la medida de sometimiento a vigilancia.

Artículo 131-47

La prohibición de hacer llamamiento público al ahorro conllevará la prohibición de recurrir tanto a establecimientos de crédito, establecimientos financieros o sociedades de valores como a cualquier procedimiento de publicidad, para la colocación de todo tipo de títulos.

Artículo 131-48

La pena de prohibición de ejercer una o varias actividades profesionales o sociales llevará aparejadas las consecuencias previstas en el artículo 131-28.

La pena de clausura de uno o de varios establecimientos llevará aparejadas las consecuencias previstas en el artículo 131-33.

La pena de exclusión de la contratación pública llevará aparejadas las consecuencias previstas en el artículo 131-34.

La pena de prohibición de emitir cheques llevará aparejadas las consecuencias previstas en el primer apartado del artículo 131-19.

La pena de comiso de la cosa será impuesta en las condiciones previstas en el artículo 131-21.

La pena de publicación o de difusión de la resolución será impuesta en las condiciones previstas en el artículo 131-35.

Artículo 131-49

Por decreto del *Conseil d'Etat* se determinaran las modalidades de aplicación de las disposiciones de los artículos 131-45 a 131-47 y se fijarán las condiciones en las que los representantes del personal serán avisados de la fecha de la vista.

5. SUIZA: CÓDIGO PENAL

Artículo 102⁵

Responsabilidad de la empresa

Punición

- 1 Un crimen o un delito cometido en el seno de una empresa en el ejercicio de sus actividades comerciales conformes a sus fines será imputado a la empresa si no puede ser atribuido a una persona física determinada, debido

⁵ Código Penal suizo del 21 de diciembre de 1937 (situación en fecha de 1 de julio de 2014). En: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201407010000/311.0.pdf>.

a deficiencias de organización de la empresa. La empresa será sancionada con una multa no mayor de cinco millones de francos.

- 2 En caso de las infracciones previstas en los artículos 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies o 322septies, inciso 1, o aún en el artículo 4a, inciso 1a, de la Ley Federal del 19 de diciembre de 1986 contra la concurrencia desleal, la empresa será castigada, independientemente de que lo sean las personas físicas, si se le puede reprochar no haber tomado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir una de esas infracciones.
- 3 El juez fija la multa en particular conforme la gravedad de la infracción, la falta de organización y del daño causado, así como según la capacidad económica de la empresa.
- 4 Son empresas en el sentido del presente título:
 - a. las personas jurídicas de derecho privado;
 - b. las personas jurídicas de derecho público, con excepción de las corporaciones territoriales;
 - c. las sociedades;
 - d. las empresas individuales.

Artículo 102a

Procedimiento penal

- 1 En caso de proceso penal dirigido contra la empresa, esta última es representada por una sola persona, quien debe estar autorizada a representar la empresa en materia civil sin ninguna restricción. Si, al término de un plazo razonable, la empresa no ha nombrado un tal representante, la autoridad de instrucción o el juez designa aquella que, entre las personas que tienen la capacidad de representar la empresa en el plano civil, representa esta última en el proceso penal.
- 2 La persona que representa la empresa en el proceso penal posee los derechos y las obligaciones de un prevenido. Los otros representantes designados en el inciso 1 no tienen la obligación de deponer en justicia.
- 3 Si una investigación penal es abierta por los mismos hechos o por hechos conexos en contra de la persona que representa la empresa en el proceso penal, la empresa designa otro representante. Si es necesario, la autoridad de instrucción o el juez designa otro representante en el sentido del inciso 1 o, si no es posible, a un tercero calificado.

Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código Penal suizo⁶

Necesidad de una responsabilidad penal de la empresa

Escepticismo extendido

Las opiniones evocadas anteriormente que pedían se introduzca la responsabilidad penal de la empresa, no resuenan al unísono. Son acompañadas por otras expresadas por escépticos u opositores⁷.

Conviene tomarlas en serio, pues no debería ampliarse a la ligera —por ejemplo siguiendo ciegamente una tendencia internacional— el campo de acción del derecho penal ni de los instrumentos de que dispone. La máxima de la *ultima ratio*, consistente en recurrir al derecho penal solo como último recurso, conserva todo su valor. Los argumentos en contra la responsabilidad penal de la empresa deben también ser sometidos a un examen crítico.

Delimitación de la relación con el derecho civil y el derecho administrativo

Según un argumento, expresado sobre todo en el discurso político para negar la necesidad de la responsabilidad penal de la empresa, las sanciones actuales del derecho civil y administrativo bastan para sancionar la empresa que viola ley.

«Sin embargo, si se observa de cerca, esta reflexión no convence. Ciertamente, como el derecho penal, el derecho civil y administrativo ponen a disposición del Estado la posibilidad de sancionar. Pero, aún si sus fines se superponen parcialmente, los medios que brindan los diferentes dominios jurídicos no pueden substituirse los unos a los otros, ya que se revelan demasiado específicos y diferentes»⁸.

Así, el derecho civil conviene a la compensación de un daño (mediante el pago de indemnizaciones) y el derecho administrativo a la prevención inmediata de futuros perjuicios (p. ej., mediante la cancelación de una autorización). El derecho penal también considera estos aspectos. Pero, mediante la pena pronunciada, manifiesta, en primer lugar, la desaprobación formal del acto cometido. Ahora bien, ni el

⁶ Extractos relativos a la responsabilidad de la empresa del mensaje concerniente a la modificación del Código Penal suizo (disposiciones generales, puesta en vigencia y aplicación del Código Penal) y del Código Penal militar, así como una Ley Federal que rige la condición penal de los menores del 21 de septiembre de 1998, publicado en el *Recueil officiel des lois fédérales* 98-038, pp. 1945 y ss. En: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10109757&action=open>.

⁷ Cfr. números 217.11 y 217.12.

⁸ Concerniendo la cuestión civil, cfr. Lütolf 1997, pp. 43 y ss.

derecho civil ni el derecho administrativo son aptos para fustigar el acto reprehensible con igual rigor y al mismo tiempo lanzar una llamada moral al respeto de la ley⁹.

Por tanto, no parece correcto distinguir el arsenal punitivo de los del derecho civil, administrativo y penal en función de sus propias finalidades. En efecto, no sería apropiado promulgar normas de derecho administrativo formal, presentando, materialmente, un carácter penal evidente. Este tipo de «derecho crypto-penal»¹⁰, que existe por ejemplo en el derecho comunitario de los cárteles, no favorece el establecimiento de una situación jurídica clara. Puesto que llevado al extremo significaría dejar de utilizar pura y simplemente sanciones penales en numerosos casos. El ladrón mismo, obligado a reembolsar el dinero hurtado y gastado, aprende evidentemente la coacción ejercida por el Estado y su desaprobación, de la misma manera que el automovilista ebrio al volante que sufre la privación de su permiso de conducir durante varios meses. Por tanto, no se debería pensar seriamente a renunciar la sanción penal del robo o de la conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol.

Así, las sanciones civiles y administrativas en contra de las empresas culpables de la violación del derecho conservarán plenamente su oportunidad, pero ellas no hacen superflua su sometimiento a un procedimiento penal.

¿Basta la condena penal de las personas naturales?

Se dice con frecuencia también que la jurisdicción represiva siempre ha logrado encontrar y condenar una persona física responsable en el seno de una empresa y que, en consecuencia, es inútil reprimir además a la empresa que está detrás de ella.

Es cierto que en nuestro país pragmático, la justicia penal ha podido generalmente identificar una persona penalmente responsable de un delito cometido en el interior de una empresa.

Este hecho indica claramente que el arsenal penal existente basta para, probablemente, la mayor parte de las causas posibles. Pero, algunas condenas a órganos empresariales o de toda otra persona física ha provocado cierta insatisfacción de justicia¹¹. El caso de la «Schweizerhalle» resulta bastante ejemplar al respecto. Parece justo en este tipo de casos de poder hacer penalmente responsable a la empresa o conjuntamente con la persona física. Sin embargo, no es fácil establecer un criterio de imputación limitativo y, por tanto, suficientemente preciso que concluya en una responsabilidad

⁹ Cfr. también Roth 1996, pp. 7 y ss. y en especial 12.

¹⁰ Término utilizado por Roth 1996, p. 6, quien trata de detalle la delimitación de los dominios.

¹¹ Cfr. ATF 96 IV 155 (Bührle), y más recientemente, 120 IV 287, 121 IV 380, 122 IV 103.

penal causal de la empresa. Un tal resultado constituiría una ampliación inadmisibles de los principios generales del derecho penal.

Imposibilidad de identificar los responsables

A veces, es casi o totalmente imposible de ubicar al responsable entre todas las personas físicas al servicio de la empresa. El artículo 7 de la Ley sobre el derecho penal administrativo (DPA; RS 313.0) constituye la confirmación, ya que dispone que, en el caso de delitos menores cometidos en el marco de una empresa y cuando los medios necesarios para identificar a la persona física resultan desmesurados, se puede imponer a la empresa una multa no mayor de 5 000 francos.

Las dificultades que se presentan en la búsqueda del responsable aumentan en la medida en que la empresa es más compleja. En realidad, ellas revelan la existencia de una falta de transparencia en la estructura de la empresa, lo que, como es bien conocido, favorece los disfuncionamientos, ya que faltan procedimientos y competencias bien definidas, así como un control eficaz¹².

Pero tales deficiencias no dispensan evidentemente a las autoridades competentes penalmente de buscar intensivamente y encontrar las personas físicas realmente responsables. Se puede sin embargo imaginar casos en los que, a pesar de utilizarse medios importantes, la jurisdicción represiva no logra resultados concretos. Entonces, a menos de concentrarse en una persona penalmente inculpada, o de agravar la culpa personal de un de los agentes de la empresa y, en consecuencia, de apoyarse de nuevo en una especie de responsabilidad causal, el derecho actual solo ofrece la alternativa de constatar el fracaso de las investigaciones. Esta solución es bastante corriente en el derecho penal individual, cuando, por ejemplo, el autor de una rapiña o un traficante de droga no puede ser identificado y, por tanto, es imposible dictar una condena.

Sin embargo, cuando ni la insuficiencia policial ni la habilidad personal del autor han conducido a este fracaso, sino más bien las deficiencias evitables en la organización de la empresa, aparece tanto necesario como legítimo pedir penalmente cuentas a la empresa como tal, para evitar una impunidad chocante¹³. No se trata, de ninguna manera, de introducir una responsabilidad causal de la empresa, desde que la punibilidad solo interviene cuando una persona física no puede ser identificada debido a lagunas en la organización de la empresa.

¹² En la doctrina alemana especialmente, este fenómeno es calificado de «irresponsabilidad organizada», una expresión que se atribuye originalmente al sociólogo americano D. Wright Mills, cfr. Otto 1993, p. 8.

¹³ Schünemann habla de real «situación de necesidad preventiva»; cfr. Schünemann 1979.

En resumen

Globalmente, no se debería negar la necesidad de una responsabilidad penal de la empresa. El recurso a sanciones administrativas y civiles, que son sentidas por la empresa como verdaderas sanciones, no es obstáculo para introducir dicha responsabilidad. El vacío no se presenta como tan importante que sea necesario perseguir simultáneamente a la empresa y a la persona física, aun cuando, a veces, en caso de infracciones cometidas en el seno de la empresa, puede parecer chocante de perseguir solo a la persona individual. La laguna chocante —y que conviene llenar— existe cuando la persona física responsable no puede ser identificada debido a las deficiencias de organización de la empresa.

Responsabilidad de la empresa y represión penal fundada sobre la culpabilidad

Una vez reconocida la necesidad de una responsabilidad penal de la empresa, su realización se enfrenta con frecuencia a la dogmática penal.

El proverbio *societas delinquere non potest*, en tanto que concreción del principio penal de la culpabilidad, ha determinado durante décadas, en Suiza y sobre todo en Alemania, la discusión sobre la responsabilidad penal de la empresa, impidiendo al mismo tiempo llegar a resultados prácticos. La doctrina, esencialmente alemana, es muy abundante sobre este tema. Muchas tentativas se han hecho para salir de este dilema sin afectar el principio de culpabilidad¹⁴. Lo que importa sobre todo es comprender que la responsabilidad de la empresa se puede solo basar en una acusación de tipo especial, sin que la acepción tradicional —y siempre indispensable en el derecho penal individual— del término *culpabilidad* sea desnaturalizada.

Conforme a las circunstancias encontradas, la preocupación de prevención debe prevalecer, más aún que en el derecho penal individual, al momento de determinar la responsabilidad penal de una empresa. Lógicamente esta preocupación repercutirá también al establecerse y fijarse la pena.

Dejando de lado las contorsiones dogmáticas y admitiendo la acusación penal contra una empresa a su propia acepción en relación con la noción clásica de la culpabilidad, el presente proyecto no adopta un atajo inadmisibles¹⁵. En realidad, se funda más bien en la convicción de que, finalmente, no es la dogmática sino la

¹⁴ Cfr. la presentación de los principios modelos preconizados en Lütolf 1997, pp. 297 y ss. Cfr. al respecto Roth, 1996 y Lütolf 1997, pp. 135 y ss.

¹⁵ Por ejemplo Schünemann, 1979, pp. 233 y ss., 248 y ss.; Schwinge 1996.

voluntad legislativa de regular adecuadamente una situación problemática la que determinará si esta reglamentación es admisible o no.

Configuración de la responsabilidad penal de la empresa

Diferencias en relación con el proyecto de 1991 sometido a consulta

La presente regulación se diferencia del texto sometido a consulta por su aspecto formal: es más breve, solo contiene un artículo en lugar de tres.

Esta restricción formal corresponde a una importante disminución material. Así, y por las razones señaladas en el número 217.23, se ha renunciado a la cuasirresponsabilidad causal de la empresa en caso de delito cometido por uno de sus órganos.

El abanico, a la vez amplio y detallado, de penas (y de «medidas») cede su lugar igualmente a la multa como única sola pena incurrida.

El proyecto en detalle

Condiciones de la punibilidad (art. 102, 1er et 3e al.)

Según el presente proyecto, la empresa solo es punible cuando una infracción es cometida en el marco de la explotación de esta y que su verdadero autor no puede ser identificado debido a la deficiente organización. La punibilidad se basa pues sobre la falta de organización de la empresa. Evidentemente, el solo hecho de que la organización de una empresa sea discutible sobre el plan económico no constituirá un factor determinante. El déficit de organización deberá ser sobre todo la causa de la imposibilidad de atribuir el delito en cuestión —independientemente del hecho que se trate de un crimen, delito o contravención— a una persona física, que ella sea o no órgano de la empresa.

El hecho de que la falta de organización se deba con frecuencia a una negligencia no debe ocultar que las estructuras de organización de una empresa puedan ser establecidas en vista de impedir la imputación de la responsabilidad penal a individuos —por ejemplo para causar perjuicio al medio ambiente o cometer actos de corrupción. Es evidente que estas formas de irresponsabilidad organizada están comprendidas por el artículo 102 del proyecto.

La presente reglamentación no es una escapatoria confortable ante la dificultad de aportar pruebas. Aún en presencia de delitos de cierta importancia, las autoridades penales competentes están obligadas a buscar con el más grande empeño al autor en tanto persona física. Solo ante el fracaso de esfuerzos intensos de clarificación, fracaso consecutivo a la falta de organización de la empresa, el artículo 102 P

será aplicable, con la reserva, en relación con casos ciertamente menores, de la actual prescripción derogatoria contenida en el artículo 7 DPA, que prevé en efecto que las infracciones pasibles de una multa de 5000 francos como máximo pueden ser imputadas directamente a la empresa si el descubrimiento del responsable individual necesita realizar esfuerzos desproporcionados.

Para la empresa, resulta de esta reglamentación una responsabilidad subsidiaria. Su responsabilidad solo es comprometida (en la medida que las demás condiciones se cumplan) si la persona física no puede ser acusada. Esta solución se aproxima a la responsabilidad por cascada que existe en el derecho penal de los medios de prensa (art. 27 CP)¹⁶ cuando el autor de una contribución periodística delictuosa no puede ser identificado.

Como el proyecto sometido a consulta, el inciso 3 de la disposición propuesta define jurídicamente la empresa. Esta comprende tanto las empresas de derecho privado como las de derecho público (p. ej., las administraciones de las colectividades públicas).

Pena

A diferencia del proyecto consultado, la sanción contra la empresa no es regulada como «medida sui generis» sino como una sanción penal propiamente dicha. Si se reinterpreta (como ha sido indicado en el número 217.3) la noción tradicional de culpabilidad de acuerdo con la época y situación actuales, no hay una razón imperativa para favorecer un escala de sanciones difusa en lugar de una verdadera pena. En el presente contexto, además, las medidas tienen la desventaja del derecho administrativo, del cual se busca alejarse.

No hay duda de que la multa es la pena más adecuada que se puede imponer a una empresa. Primero, porque sigue tradicionalmente el sistema de penas del código penal y que se tiene una gran experiencia en la manera de aplicarla. Segundo, porque el tribunal no está obligado —pero lo hubiera sido, en consideración a las demás sanciones previstas en el proyecto sometido a consulta (entre otras la disolución de la empresa y la prohibición de ejercer una actividad comercial)— a tomar en consideración, además de la sanción, las decisiones relevando de la esfera de la política de la empresa, decisiones que sobrepasaban sus posibilidades en muchos casos.

Se ha establecido un marco de multas bastante amplio que va de uno a cinco millones de francos. El máximo corresponde actualmente a la multa más elevada que puede ser impuesta a una persona física. Desde que la falta penal imputada a

¹⁶ Llega a la misma conclusión Roth, 1996, pp. 30 y ss.

las empresas —es decir la falta de organización— es en regla general asimilable a un acto de culpa, la sanción máxima debería ser raramente impuesta. Sin embargo, no hay que olvidar que la pena no afecta a una persona física sino a una empresa y que, en estas circunstancias, tanto el perjuicio causado como el poder económico y los peligros futuros toman necesariamente una dimensión diferente.

El tribunal fijará el monto de la multa en consideración de los criterios cumulativos previstos en el proyecto —a saber la gravedad del delito, la capacidad económica de la empresa y el peligro de que cometa nuevos delitos—. Es la base, esencialmente, de apreciación que estaba prevista en el proyecto consultado. Solo el criterio de la capacidad económica ha sido agregado, por analogía a la «situación del condenado» que figura en el actual artículo 48, párrafo 2 del Código Penal.

Como lo hemos expuesto en el número 217.3, la falta de organización de la empresa constituye una acusación de un tipo particular que no puede ser asimilada a la culpabilidad de una persona física. Por lo que aparece razonable fijar el monto de la multa no sobre la base de la «culpabilidad» de la empresa, sino indirectamente en función de los tres criterios mencionados. Esta solución tiene también la ventaja de permitir un veredicto bien fundamentado, fácilmente verificable y comprensible.

Por último, la confiscación de una eventual ganancia obtenida ilegalmente podrá agregarse a la pena impuesta a la empresa.

ÍNDICE ANALÍTICO

Las cifras entre paréntesis indican el número de párrafo y luego se indica la página correspondiente.

A

- actuar en lugar de otro, (444 y ss.) 199
Aufgangtatbestände, (336 y ss., 342) 128
autores, (429, 432, 435, 442, 445, 456, 495, 574, 483, 488, 539) 22, 32, 43, 65, 71, 82, 97, 110, 130, 131, 145, 151, 161, 162, 164, 166, 170, 182, 184, 192, 197, 199, 208, 224, 231, 234, 236, 241, 244, 245, 251, 252, 253, 254
Autor mediato amplio, (429, 441 y ss., 733)
Autoría mediata, (398, 431)
autorregulación, (588, 592, 595, 602 y ss., 645, 726) 210, 211, 213, 215, 217, 227, 246
ayuda judicial, (98, 101, 304, 610) 57, 58, 59, 115, 217

B

- bien jurídico, (154, 344, 357) 75, 131, 134
colectivo o supraindividual, (354, 358)
individuales, (357 y ss.) 210
principio de lesividad, (371, 517)
blacklisting, (623) 221

C

- CADH, 17, 111
caviar ruso, (319)
CEDH, 17, 111, 245
cláusulas generales, (313, 334 y ss.) 121, 127
coautores, (429, 431, 473) 160, 161, 172
compliance, (570, 575, 583 y ss., 593, 638, 645, 668, 676) 209, 211, 212, 227, 234
cómplice, (429 y ss., 436, 686, 696) 160, 239, 252, 257
Constitución y derecho penal económico, (201 y ss).
constitución económica, (208, 219) 90, 92
contrabando fraccionado, (314, 316 y ss., 341) 121, 122, 123, 130
Corporate Governance, (613) 217
Corte Europea de Derechos Humanos, (285 y ss.) 111
Criminalidad económica, (53 y ss., 80, 82, 95, 101 y ss., 122, 141, 157, 191, 202, 274, 594) 22, 44, 51, 55, 58, 65, 75, 82, 89, 107, 212

- Convención N° 141 del Consejo de Europa relativa al blanqueo, detección, secuestro y confiscación de los productos de un crimen, 54
- Convenio Relativo a la Protección Penal de los Intereses Financieros de la Comunidad Europea, 54
- cooperación internacional, (93 y ss., 101, 123) 54
- GAFI, (94) 55
- globalización, (84, 128, 604)
- internacional, (123, 128) 111
- Mercosur, (88 y ss., 128) 53
- organizada, (65, 122 y ss., 126 y ss., 132 y ss., 144)
- realidad criminológica, (124 y ss.)
- Unión Europea, (86 y ss., 93 y ss., 113, 126 y ss., 134, 286, 540) 111
- white-collar-criminality*, (56)
- culpa, (383, 406, 715 y ss., 730, 732) 145, 152, 242, 243, 247, 268, 301, 305
- D**
- defraudación tributaria, (292, 297, 345, 358, 395, 444) 112, 113, 131, 135, 148, 165, 251, 252, 253
- delitos, 22, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 75, 80, 82, 83, 84, 85, 101, 102, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 121, 122, 130, 131, 132, 133, 134, 139, 141, 142, 146, 149, 152, 158, 162, 164, 166, 167, 170, 173, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 207, 208, 211, 212, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 234, 235, 243, 244, 258, 259, 264, 265, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 289, 294, 301, 303, 305
- abuso de autoridad, (109, 426)
- abuso de información privilegiada, (247, 350 y ss., 357, 583, 609, 718) 243
- contaminación del ambiente, (327) 125
- contra la libertad individual, (108)
- enriquecimiento ilícito, (111, 264, 359, 409)
- estafa, (79, 248 y ss., 259, 264, 304, 678) 254
- lavado de activos, (62, 79, 94 y ss., 163, 257, 355, 589, 595, 599, 619, 631)
- patrimoniales, (253, 364)
- derecho penal administrativo, (276 y ss.) 22, 108, 301
- delitos/infracciones administrativas, (279 y ss., 282 y ss., 314 y ss.)
- garantías procesales, (194, 286 y ss., 511 y ss., 514) 217
- noción, (276 y ss.)
- derecho penal económico, (202 y ss.) 21, 22, 23, 31, 63, 83, 89, 91, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 119, 120, 124, 126, 127, 133, 134, 136, 139, 141, 146, 152, 156, 157, 159, 161, 163, 194, 212, 216, 224, 243, 251, 252, 253
- accesoriedad, (267 y ss.)
- características del..., (266 y ss.)
- configuración del..., (245 y ss.)
- delimitación del derecho penal económico en función de la empresa, (255 y ss.)
- fragmentariedad, (270)
- funciones del..., (237 y ss.)
- noción del..., (229 y ss.)
- recurso al..., (116 y ss.)
- restablecer la validez comunicativa social de la norma violada, 99
- subsidiariedad, (266)
- y derecho procesal penal, (191 y ss.)
- derecho penal fiscal, (287 y ss.) 22, 111
- contravenciones fiscales, (358 y ss.)
- defraudación tributaria, (292, 297, 358, 395, 444)
- documentos informatizados, (339) 128
- dominio de hecho (*Tatherrschaft*), (734), 248

dominio de organización funcional sistemático (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*), (734) 248

E

economía de mercado, (45, 209) 40, 90

empresa, (39 y ss., 55, 65 y ss., 80 y ss., 109, 123, 130 y ss., 157, 198, 218, 245 y ss., 255 y ss., 260, 265 y ss., 346 y ss., 362, 391 y ss., 431 y ss., 440, 443 y ss., 458, 462, 468, 469, 476 y ss., 520 y ss., 533 y ss., 544 y ss., 552 y ss., 563, 583 y ss.) 49, 51, 60, 61, 67, 74, 78, 92, 105, 127, 130, 132, 139, 147, 150, 154, 156, 159, 160, 161, 165, 166, 168, 171, 179, 180, 189, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 229, 232, 233, 235, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 259, 260, 261, 266, 269, 270, 285, 289, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305

enforced self-regulation, (645) 227

error, (415 y ss.) 113, 139, 155, 156, 157, 158, 159, 160

aspecto subjetivo del tipo legal, (415 y ss.)

dolo, (294 y ss., 364, 380, 383, 415 y ss., 420 y ss., 436, 458, 673)

dolo, comprensión clásica, (417)

error de derecho o sobre la ilicitud, (420 y ss., 427 y ss.)

«ignorancia deliberada», criterio de la, (419)

especialización de órganos de represión, (192 y ss.) 83

Estado social (*Sozialstaat*) o Estado de bienestar (*Welfare State*), (208 y ss., 282) 110

evolución de la economía, (13 y ss.) 31
colonia, (16 y ss.)

emancipación, (30 y ss.)

siglo XXI, (47 y ss.)

«Patria Nueva», (37)

República aristocrática, siglo XX, (36 y ss.)

siglo XIX, (34 y ss.)

extraneus, (352) 133

F

falsedad genérica, (338, 340) 128, 129

falsificación de documentos, (145, 253, 338, 356, 421) 72, 103, 128, 134, 157

FINMA, (95, 114, 609 y ss.) 18, 55, 62, 216, 217, 246

G

Garantías procesales, (194, 286 y ss., 511 y ss., 609)

Geheimhaltungspflicht, (627) 221

I

ilegalismos, (3 y ss., 26 y ss., 33, 280) 27, 29, 33, 34, 36, 109

imputación objetiva, (120, 243, 364, 366 y ss., 369, 373, 381 y ss., 406 y ss., 436 y ss., 462 y ss., 669, 713) 64, 100, 139, 140, 141, 142, 144, 152, 153, 154, 162, 170, 232, 242, 243

agente responde por crear un peligro, (389 y ss.)

causalidad como base, (377 y ss.)

creación de riesgo no permitido, (384 y ss.)

imputación en el caso de delitos especiales, (406 y ss.)

jurisprudencia, (408)

principio de confianza, (390 y ss.)

prohibición de regreso, (395 y ss.)

realización de riesgo no permitido, (399 y ss.)

responsabilidad personal de la víctima, (397)

riesgo prohibido por la norma, (405 y ss.)

in dubio pro reo, (342, 403 y ss., 460) 130,
150, 151, 169
infracciones administrativas, (279 y ss.,
282 y ss., 314 y ss.) 109, 110, 121,
122, 123
Infracciones «por cuenta» de la persona
moral, (564, 576, 665, 686, 694 y ss.)
239
insider, (103, 132, 351) 59, 68, 133
instigación, 140
interrupción de la causalidad, (378, 401)
144
intervención de un tercero, (378, 382)
intra-neus, (352) 133
irresponsabilidad organizada, (538) 193,
301, 303
iter criminis, (469) 172

J

Jurisprudencia penal vinculante, (516
y ss.) 187

L

Lederspray, (412 y ss.) 154, 155
legislación complementaria, (271 y ss.,
322) 107, 124
libertad, 28, 46, 52, 53, 58, 60, 64, 68,
89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97,
110, 112, 113, 115, 124, 127, 130,
135, 149, 208, 210, 212, 215, 221,
241, 254, 283
comercio, (84, 87) 145
conurrencia/competencia, (204, 211,
217, 224 y ss., 227, 360, 628)
contratación, (214)
económica, (205, 218, 220, 222, 224
y ss.) 96
empresa, (215, 218, 593)
mercado, (218, 230, 233)
trabajo, (214)
libertad de intercambios en el mercado
bursátil, (357)

M

manipulación de datos informáticos, (79,
339) 51
manipulación del mercado de valores, (79
y ss., 274, 350, 590, 604)
marco constitucional, (201 y ss.) 22
economía social de mercado, (50, 54,
206, 209, 211)
libertad económica, (205, 218, 220,
222, 224 y ss.)
régimen económico, (210 y ss.)
medidas cautelares, (515, 571 y ss.) 187,
292
Mercosur, (88 y ss., 128) 53
modelo de imputación, (664 y ss.) 199
modelo de prevención, (564, 570, 653,
655) 229, 274, 275
Modelo de responsabilidad, (644 y ss.)
226

N

ne bis in idem, (725) 245

O

OCDE, (97, 100, 113, 584 y ss., 590,
641) 18, 56, 57, 62, 209, 211, 226

P

participación delictuosa, (429 y ss.) 22,
70, 133, 163, 166, 167, 173, 248
actuar en lugar de otro, (444 y ss.) 199
autor mediato amplio, (429, 441 y ss.,
733)
decisiones colectivas, (440, 458 y ss.)
delito colegial, (462 y ss.) 170
jurisprudencia, (455 y ss.)
participación horizontal y vertical,
(434 y ss.)
responsabilidad penal en decisiones
colectivas, (458 y ss.)
persona jurídica, (476 y ss.) 114, 131,
132, 165, 166, 167, 168, 172, 177,
178, 180, 181, 182, 183, 184, 185,
186, 187, 188, 189, 191, 193, 196,

- 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 206, 208, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 244, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296
- principio de la legalidad, (305 y ss., 313, 325, 331, 332, 335), 121, 125, 126, 127
- delitos de peligro abstracto, (353 y ss., 371 y ss.)
- delitos de peligro concreto, (281, 353, 371, 399, 412)
- delitos especiales, (293, 345 y ss., 407 y ss., 450 y ss.)
- fraude a la ley, (309 y ss., 321)
- interpretación, (306 y ss., 321 y ss., 331 y ss., 335)
- leyes en blanco, (322 y ss., 421 y ss.)
- tipos legales de recuperación, (*Au-
fgangtarbestände*), (336 y ss.)
- principio de lesividad, (371, 517) 141
- proceso penal en materia de derecho penal económico, (191 y ss.) 83
- Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas, 186
- Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán, (272) 107
- R**
- Relación de causalidad (ver tipicidad), (369 y ss.), 141, 144, 152, 154, 155
- Régimen de la responsabilidad principal subsidiaria (residual), (712 y ss., 721), 242
- Responsabilidad del autor material individual, (445, 696 y ss.), 239
- Responsabilidad por defecto de organización, (553, 644 y ss., 652 y ss., 722, 730), 200, 227
- Responsabilidad penal de la empresa, (476 y ss.), 223
- consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, (485 y ss., 489, 492 y ss., 496 y ss., 500)
- aplicación, (501 y ss.)
- beneficios de la persona jurídica, (506 y ss.)
- clases, (496 y ss.)
- decomiso o pérdida de los efectos e instrumentos del delito, (508 y ss.)
- efectos e instrumentos del delito, (502, 509)
- medidas cautelares procesales, (515 y ss.)
- pérdida de ganancias y privación de beneficios de la persona jurídica, (506 y ss.)
- status normativo de las consecuencias accesorias, (492 y ss.)
- derechos y garantías procesales de la persona jurídica, (510 y ss.)
- evolución legislativa, (544 y ss.)
- formas de autocontrol, (583 y ss.)
- Autorregulación, (588, 592, 595, 607 y ss.)
- Compliance*, (81, 570, 575, 588 y ss., 629, 638, 645, 668, 676)
- Dispositivo de alerta (*Whistle-blowing*), (601, 616 y ss.)
- Justificación de responsabilizar penalmente a empresas, (528 y ss.)
- Legislación comparada, (267)
- Argentina, reforma del Código Penal 2013, (633 y ss.)
- Chile, responsabilidad derivada atenuada, (641 y ss.)
- España, sistema de la doble vía, (656 y ss.)
- Francia, responsabilidad indirecta *par ricochet*, (684 y ss.)
- Suiza, responsabilidad subsidiaria o directa, (707 y ss.)
- Legislación complementaria, (271, 289 y ss., 322, 421, 491, 579)

- Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas, (510 y ss., 515)
Risikomanagement, (733), 248
- S**
- Sanciones a las personas jurídicas, (574, 639), 264
- secreto bancario, (95 y ss., 101 y ss., 114, 631), 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 120, 223
- ayuda internacional, (94 y ss.)
 caso Perú, (105 y ss.)
 cooperación entre la Unión Europea y Suiza, (93 y ss.) 54
- sistemas de responsabilidad penal de empresas (539 y ss.)
 responsabilidad social, (541, 588), 194
- sistema francés
criminalité d'emprunt, (539) 194
- sistema jurídico anglosajón, (539, 543, 658, 664)
- sistema suizo
 responsabilidad subsidiaria o directa, (712 y ss.)
 evolución legislativa en el Perú (544 y ss.)
- Sistemas de responsabilidad penal de empresas (539 y ss.)
- sistema totalitario, (378), 144
- Slips dorés SAWECO*, (427)
- sociedades *offshores*, 63
- societas delinquere non potest*, (455, 456 476 y ss., 641, 707) 22, 167, 168, 226, 241, 302
- sujeto de derecho o persona, 189, 190, 191
- T**
- teoría del delito, 22, 139, 141
- Thalidomide* o *Contergan*, 142
- tipicidad, 140, 141, 259, 263
- imputación objetiva, 139
- interrupción de la causalidad, 144
- relación de causalidad, (369, 368, 382, 408, 410, 412, 413), 141
- teoría de la causalidad adecuada, (373, 375, 376)
- teoría de la equivalencia de condiciones, (373)
- teoría de la relevancia, (373)
- Treuepflicht*, 221
- U**
- ultima ratio*, 64, 105, 196, 299
- Unión Europea, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 62, 66, 68, 111, 194
- V**
- Vorverschulden*, 247
- W**
- Whistleblowing*, 214, 218
- Winkelried*, 244

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Fuente de información: Archivo digital de la legislación en el Perú. Leyes numeradas desde el año 1904 a la fecha. Congreso de la República. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNumePP.htm>

1. CÓDIGOS

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>

Código Civil (DLeg N° 295), del 25 de julio de 1984

Código Penal de 1991 (DLeg N° 635), del 8 de abril de 1991

Código Penal de 1924 (Ley N° 48681), del 28 de julio de 1924

Código Penal de 1863, del 1 de marzo de 1863

Código Penal de Alemania de 1877, versión actualizada: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>

Código Penal de España de XXX, versión actualizada: http://perso.unifr.ch/derechope-nal/assets/files/legislacion/l_20110301_01.pdf

Código Penal de Francia de XXX, versión actualizada: http://perso.unifr.ch/derechope-nal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf

Code des obligations Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (RS 220), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/22.html>

Code de Procédure Pénale Suisse, Loi fédérale du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1.1.2011 (FF 2007 6583 ss), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20052319/>

Código Penal Suizo del 21 de diciembre de 1937 (situación en fecha de 1 de julio 2014), <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201407010000/311.0.pdf>. (RS 311.0)

Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024), del 16 de enero de 1940

Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), del 7 de mayo de 2004

Código Procesal Penal de 2004 (DLeg N° 957), del 29 de julio de 2004

Código Tributario (DLeg N° 773), 31 de diciembre de 1993

2. CONSTITUCIONES

Constitución Política de 1993, del 29 de diciembre de 1993

Constitución Política de 1979, del 12 de julio de 1979

Constitución del Perú de 1991

Constitución de Suiza del 18 de abril de 1999 (situación al 18 de mayo de 2014), RS 1001, <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>

3. CONVENIOS INTERNACIONALES

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (RS 0.641.926.81) ; suscrito el 26 de octubre 2004 en el marco de las Bilaterales II

Accord du 19 août 2009 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des États-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA, conclu et entré en vigueur le 19 août 2009 (RS 0.672.933.612)

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969

Convention du 2 octobre 1996 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu (RS 0.672.933.61)

Convención contra la doble incriminación

Convención de Naciones Unidas sobre la corrupción

Convención entre la Suiza y los Estados Unidos contra la doble imposición en materia del impuesto sobre la fortuna

Convención Europea de Derechos Humanos, suscrita en Roma por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950

Convención N° 141 del Consejo de Europa relativa al blanqueo

Convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (CDB)

Convención sobre la doble imposición en materia de impuestos sobre las rentas el 2 de octubre de 1996

Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1)

Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS.0.353.1)

Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (RS 0.311.53)

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por la Asamblea General de la ONU, de 16 de diciembre de 1966

Traité STE N° 173, art. 18 de la Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption, Conseil de l'Europe

4. LEYES, DECRETOS LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS

Legislación nacional

DL N° 26095 Modifica las normas que regula la Promoción de la inversión Privada en Telecomunicaciones

DL N° 18957, del 14 de setiembre de 1971

DL N° 25475, del 06 de mayo de 1992 (delitos de terrorismo y las normas que regulan su procedimiento)

DL N° 25623, 22 de julio de 1992

DL N° 25643, 24 de julio de 1992

DL N° 25707, 06 de noviembre de 1992

DLeg N° 1034 del 25 de junio de 2008

DLeg N° 637, Ley general de las Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros

DLeg N° 681, del 14 de octubre de 1991, Dictan normas que regulan el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información tanto respecto a la

elaborada en forma convencional cuanto la producida por procedimientos informáticos en computadoras

DLeg N° 702, del 8 de noviembre de 1991, Declaran de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la promoción de inversión privada en Telecomunicaciones

DLeg N° 813, Ley Tributaria, del 19 de abril de 1996

DLeg N° 815, del 20 de abril de 1996, Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria

DLeg N° 824, Normativa de lucha contra el narcotráfico, del 24 de abril de 1996

DLeg N° 982, del 22 de julio de 2007, modifica el CP

DLeg N° 1111 del 29 de junio de 2012, modifica Ley de los delitos aduaneros, Ley N° 28008

DLeg N° 1114 del 5 de julio de 2013, modifica Ley penal tributaria, DLeg N° 813

DLeg N° 1034, Ley de prohibición y sanción administrativa de las conductas anticompetitivas en el mercado que derogó los delitos de abuso de poder económico, acaparamiento y licitaciones colusorias, del 26 de junio de 2008

DLeg N° 1044, Ley de represión de la competencia desleal que derogó los delitos de publicidad engañosa, fraude a los consumidores y competencia desleal, del 26 de junio 2008

DLeg N° 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, del 9 de diciembre de 1996

DS N° 037-2002-JUS, del 31 de marzo del 2003

DS N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley del trabajo, del 25 de abril de 2012

DS N° 037-2002-JUS, Reglamento... aprobado por el 31 de marzo del 2003

Ley N° 16185, del 28 de junio de 1966, Ley de represión del contrabando

Ley N° 29783, de Seguridad y Salud en el Trabajo, del 20 de agosto 2011

Ley N° 29632, Ley de represión de la producción y comercialización de bebidas alcohólicas ilegales, del 17 de diciembre de 2010

Ley N° 29632, Ley para Erradicar la Elaboración y Comercialización de Bebidas Alcohólicas Informales, Adulteradas o no Aptas para el Consumo Humano, publicada el 17 diciembre 2010

Ley N° 29263, Ley modificatoria de los delitos contra los derechos del autor y la propiedad industrial y los delitos ambientales, del 02 de octubre de 2008

Ley N° 28730, Ley modificatoria del concurso real y el concurso retrospectivo de delitos, del 13 de mayo de 2006

Ley N° 28008, Ley de los delitos aduaneros, del 19 de junio de 2003

Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, del 13 agosto 2002

Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, del 27 de junio de 2002

Ley N° 27693, 12 de abril de 2002, Ley que crea la Unidad de inteligencia financiera
Reglamento

Ley N° 27649, modifica el DLeg N° 861, Ley de mercado de valores, del 23 de enero de 2002

Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, del 19 de junio de 2000

Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, del 21 de diciembre de 2000

Ley N° 26683, Ley modificatoria del delito continuado, del 11 de noviembre de 1996

Ley N° 26461, Ley de los delitos aduaneros, del 24 de mayo de 1995 (derogada)

Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del 6 de enero de 1995

DL No 26122, Ley sobre la represión de la competencia desleal, del 30 de diciembre de 1992

Ley N° 24939, delitos de contrabando y defraudación de rentas de Aduana, del 17 de noviembre de 1988

Ley N° 29338, Ley de recursos hídricos, del 30 de marzo de 2009

Legislación extranjera

Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LO-FAGE) España

Ley N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004, art. 54 (JORF 10 de marzo 2004), vigente desde el 31 de diciembre de 2005

Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas

Ley N° 19.913, Unidad de Análisis Financiero

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Ley Orgánica 5/2010, Ley Orgánica modificatoria del Código Penal español, del 22 de junio de 2010

Ley N° 19.913, Unidad de Análisis Financiero

Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas

Ley N° 2004-204 del 9 de marzo de 2004, art. 54 (JORF 10 de marzo 2004), vigente desde el 31 de diciembre de 2005

Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado - España LOFAGE

- Ley de Contrato de Trabajo. Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones. Argentina
- Ley N° 20.393 del 2 de diciembre 2009, Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento de terrorismo y delitos de cohecho que indica, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Chile
- Loi Fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (RS 312.8) LFIS
- Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1) LPers
- Loi fédéral du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite (RS 281.1) LP
- Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (RS 955.0). LBA
- Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (RS 514.51). LFMH
- Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21) LIA
- Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons. (RS 642.11) LHID
- Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct LIFD
- Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
- Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302) LSR
- Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance LSA
- Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (RS 935.52). LMJ
- Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10) LAMal
- Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (RS 631.0). LD
- Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241). LCD
- Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
- Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1) LPD
- Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance. LCA
- Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20) LTVA
- Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
- Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (RS 942.20). LSPr
- Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale EIMP
- Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0) DPA

- Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux LPCC
- Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions LAVI (RS 312.r)
- Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
- Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10) LT
- Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)
- Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur la protection de la population et sur la protection civile (RS 520.1) LPPCi
- Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02). LMI
- Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence LCart
- Loi fédérale du 6 octobre sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication LSCPT
- Loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels (RS 935.51). LLP
- Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0) LB
- Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1). LDA
- Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0) LDAI
- Loi fédérale sur le matériel de guerre. LFMG
- Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières LBVM
- Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (RS 956.1). LFINMA
- Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (RS 955.022)
- Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
- Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23.04.1920 (RS 281.42)
- Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (O sur les sanctions LCart, RS 251.5)
- Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas (según orientación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) 1999): 514

5. DOCUMENTOS PRELEGISLATIVOS

Anteproyecto de Código Penal de 2004. Perú

Anteproyecto de Código Penal de 2009. Perú

Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código (de la Comisión Especial Revisora creada por Ley N° 29153. Perú

Anteproyecto de Código Penal español de 1983

Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009

Proyecto de Código Penal de enero de 1991. Perú

Proyecto de Código Penal de julio de 1990, Perú

Proyecto de Código Penal de septiembre de 1989

Proyecto legislativo N° 2225/2012-CR. Perú

Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán (Alternativ-Entwurf – Straftaten gegen die Wirtschaft) de 1977

Jurisprudencia

1. Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema – Perú

Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03 y 04-2005/ CJ-116. I Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 30 de septiembre de 2005

Acuerdos Plenarios: AP N° 01-2006/ESV-22, AP N° 02, 03, 04, 05, 06 y 07-2006/CJ-116. II Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 13 de octubre de 2006

Acuerdos Plenarios: AP N° 01-2007/ESV-22, AP N° 02, 03, 04, 05, 06, 07 y 08-2007/ CJ-116. III Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 16 de noviembre de 2007

Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03 y 04-2008/CJ116. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 18 de julio de 2008

Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 y 10-2009/CJ-116. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 13 de noviembre de 2009

Acuerdos Plenarios: AP N° 01, 02, 03, 04, 05 y 06-2010/CJ-116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Supremas en lo Penal, del 16 de noviembre de 2010

Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116

Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009: 456

2. Decisiones de la Corte Suprema – Perú

Consulta N° 3963-96-Ancash de 24-10-97. Exp. N° 2507-99

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. Exp. N° 3469-99. Santa – Chimbote

ES del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490–2006/La Libertad

ES del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490–2006/La Libertad

ES del 16 de setiembre de 2004, RN No 2270-2004. La Libertad

ES del 25 de noviembre de 2004, RN No 552-2004. Lima

ES del 7 de marzo de 2000, RN N° 4166-99. Lima

ES Exp. N° 1857-96. Lima

R. CONASEV No 021-99-EF-94.10

R. CONASEV No 125-98-EF-94.10

RN N° 1767-97 Lima, Sentencia del 12 de enero de 1998

RN N° 3840-97 Ayacucho, en Vargas, 1999a, Sentencia del 09 de octubre de 1997

Exp. No 97-17273 Chiclayo, 5 de agosto de 1999

RN N° 608-2004 Ucayali

Resolución de Superintendencia 075-2003/SUNAT fijando el «Procedimiento sobre Denuncias y Recompensas»

Resolución Jefatural N° 198-94-INDECOPI

STC Exp. N° 00031-2009-PHC/TC, Ayacucho

3. Sentencias del Tribunal Federal – Suiza (<http://www.bger.ch/fr/jurisdiction-recht>)

JdT 1973 IV p. 149

JdT 1973 IV p. 143 ss.

JdT 1971 IV 114

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010, A-7789/2009

ATF 98 IV 303 ATF 123 II 464, E. 2b

ATF 98 IV 293

ATF 98 IV 303

ATF 96 IV 155 (Bührle)

ATF 96 IV 118; JdT 1971 IV 114

ATF 123 II 464, E. 2b

ATF 122 IV 103; JdT 1997 IV 124 (resumen)

ATF 122 I 257, E.3

ATF 122 I 257, E.3

ATF 121 IV 380

ATF 121 II 257, E.5

ATF 121 II 257, E.5

ATF 120 IV 287

ATF 120 IV 10, E.2b

ATF 120 IV 10, E.2b

ATF 119 Ib 311, E.3

ATF 116 IV 262, E.3a

ATF 115 II 72, SJ 1989 317 ss

ATF 109 Ia 116 c. 4b

ATF 103 Ia 586, c. 3c

Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010, A-7789/2009

Sentencia del Tribunal fédéral du 21 mars 2002, 1A.205/2001/svc

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2011). *El derecho penal económico: cuestiones fundamentales y temas actuales* (Eduardo Herrera Velarde, Percy García Cavero, Manuel Luján Túpez, Alfredo Pérez Bejarano, Donny Pedreros Vega, Freddy Rojas López, José Ugaz Sánchez-Moreno). Lima: Ara.
- Abad & Queipo, Manuel (1963). Estado moral y político en que se halla la población del virreinato de Nueva España en 1799. En J. M. Luis Mora, *Obras sueltas*. México DF: Porrúa.
- Abanto, Manuel (1997). *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: IDEMSA.
- Abanto, Manuel (2000a). *Derecho Penal Económico. Parte especial*. Lima: IDEMSA.
- Abanto, Manuel (2000b). El principio de la certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 9, 13-24.
- Abanto, Manuel (2003). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Segunda edición. Lima: Palestra.
- Acale Sánchez, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares.
- Acale Sánchez, María (2003). Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado. *Anuario de Derecho Penal 2003. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*. Fondo Editorial PUCP.
- Aguilar Cabrera, Denis (1997). *Valor probatorio y efectos legales del documento informático*. <http://www.monografias.com/trabajos97/valor-probatorio-y-efectos-legales-del-documento-informatico/valor-probatorio-y-efectos-legales-del-documento-informatico.shtml>.

- Aguilar Zinser, Adolfo (2001). «La nueva seguridad internacional». *El País*, 17 de mayo. http://elpais.com/diario/2001/05/17/internacional/990050412_850215.html.
- Alpaca Pérez, Alfredo (2011). Algunos argumentos a favor de la libre y leal competencia como bien jurídico protegido en delito de lavado de activos. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 21, 33-52.
- Álvarez Isla, Mercedes (2013). Delitos aduaneros y sanciones. *Actualidad Empresarial*, 288, IX-4 ss. Lima: Instituto Pacífico.
- Ambos, Kai (1998). Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. *GA*, 226 y ss.
- Angulo Paulet, Enrique (1995). *Delitos contra el orden económico*. Arequipa: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente.
- Auer, Andreas; Giorgio Malinverni & Michel Hottelier (2006). *Droit constitutionnel suisse*. Vols. I y II. Berna: Stämpfli.
- Avendaño Arana, Francisco (2003). Art. 886. En *Código Civil Comentado. Tomo V, Derechos Reales* (pp. 45 y ss.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Bajo Fernández, Miguel (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.
- Bauhofer, Stefan, Nicolas Queloz & Eva Wyss, eds. (1999). *Wirtschaftskriminalität / Criminalité économique*. Berna: Rüegger.
- Baumann, Jürgen (1969). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. 2a ed. Tübingen: Mohr.
- Baumann, Jürgen & Klaus Tiedemann (1974). *Einheit und Vielheit des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters*. Tübingen: Mohr.
- Baumann, Jürgen; Ulrich Weber & Wolfgang Mitsch (2003). *Strafrecht. AT*. Lehrbuch, 11a ed. Bielefeld: Giesecking.
- Béguin, Philippe (2003). Fiscalité et criminalité économique. *Revue Economique et Sociale*, 3, 87-94.
- Böckli, Peter (2000). Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen. *Der Schweizer Treuhänder*, 3/00, 133-152.
- Bramont Arias, Luis A. & Luis A. Bramont-Arias Torres (2000). *Manual de derecho penal. Parte General*. Lima: Santa Rosa.
- Bramont Arias, Luis A. & Luis A. Bramont-Arias Torres (2003). *Código penal anotado*. Concordado por María del Carmen García Cantizano. Cuarta edición. Lima: San Marcos.
- Bramont-Arias Torres, Luis A. (1997). *El delito informático en el Código Penal Peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Bramont-Arias Torres, Luis A. (2000). Aspectos penales de la nueva ley de Títulos Valores, Ley 27287. *Gaceta Jurídica* 83-B, 51 y ss.
- Bramont-Arias Torres, Luis A. (2001). Delitos empresariales. *Cuadernos jurisprudenciales*, 4, 3 y ss.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel & María del Carmen García Cantizano (1997). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- Bravo Bressani, Jorge (1970). *Mito y realidad de la oligarquía peruana, en Perú actual (sociedad y política)*. México: Instituto de Investigaciones Sociales.
- Bruns, Hans-Jürgen (1986). Zur strafrechtlichen Relevanz des Gesetzmüßigen Täterverhandelns. *GA*, 117 y ss.
- Bruns, Hans-Jürgen (1972). Ungeklärte materiellrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses. *FS für Ernst Heinitz zum 70*. Berlín: Walter de Gruyeter.
- Bullard González, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Burbridge, Martín (2013). La década ganada en Perú: en diez años redujo a la mitad la pobreza y duplicó el tamaño de su economía. *Finanzas y Mercados* 27.05.13. <http://www.cronista.com/finanzasmercados/La-decada-ganada-en-Peru-en-diez-aos-redujo-a-la-mitad-la-pobreza-y-duplico-el-tamao-de-su-economia-20130527-0016.html>.
- Canelo, Carola, Raúl Arrieta, Rodrigo Moya & Rodrigo Romo (2004). El documento electrónico. Aspectos procesales. *Revista Chilena de Derecho Informático*, 4, 85 y ss.
- Cantero Carquella, Cristobal Javier (2010). *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*. Madrid: Reus.
- Caro Coria, Carlos (1992). La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP de 1991. *Thémis*, 24, 69 y ss.
- Caro Coria, Carlos (1995). *La protección penal del ambiente*. Lima: Benites, Mercado & Ugaz Abogados.
- Caro Coria, Carlos (2001). ¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia. En *Código Penal y legislación complementaria* (pp. 21 y ss.), inserto en Caro Coria, *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Caro Coria, Carlos (2002a). Los delitos concursales en el Derecho Penal peruano. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 3, 121 y ss.
- Caro Coria, Carlos (2002b). La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e Iberoamericano (pp. 27 y ss.). En *Libro Homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires. También en *RPCP*, 11, 503 y ss. <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>.

- Caro Coria, Carlos (2010). Los delitos societarios y de «cuello blanco» en las modernas «sociedades de riesgo». En *Contexto socio-económico de la magistratura* (pp. 23 y ss.). Lima: Academia de la Magistratura.
- Caro Coria, Carlos (2012). Sobre el tipo básico de lavado de activos, en Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa. *Anuario de Derecho Penal Económico 2*. <http://www.adpeonline.com/web/>.
- Caro John, José Antonio (1994). La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia. *RPCP*, 4, 733 y ss.
- Caro John, José Antonio (2003a). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *ADP, Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano* (pp. 49 y ss.). Lima.
- Caro John, José Antonio (2003b). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley.
- Caro John, José Antonio (2003c). Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. En Eduardo Montealegre (coord.), *Libro Homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*. (II, pp. 135 y ss.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Caro John, José Antonio (2007). *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima: Grijley.
- Carranza, Carlos Jaïco & Sébastien Micotti (2008). Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation. http://www.transparency.ch/de/PDF_files/Divers/Whistleblowing_Artikel_Page.pdf.
- Cassani, Ursula (2002). La criminalité financière: un état des lieux. En Bolle y Steffen (eds.), *La criminalité financière - Finanzkriminalität - Financial Crime, Actes du 60ème Cours international de criminologie* (pp. 15-31). Basilea: Helbing & Lichtenhahn Bâle.
- Cassani, Ursula (2009). Sur qui tombe le couperet du droit pénal? Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise. *Journée de droit bancaire et financier*, 53-81.
- Cassani, Ursula (2005). Le droit pénal économique 2003-2005: actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption). En Walter Fellmann y Tomas Poledna (eds.), *La pratique de l'avocat 2005* (pp. 671-709). Berna: Stämpfli.
- Castillo Alva, José Luis (1999a). El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano. *Normas Legales*, 279, A-61 y ss.
- Castillo Alva, José Luis (1999b). Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. *Normas Legales*, 276, A-44 y ss.

- Castillo Alva, José Luis (2000). La complicidad como forma de participación criminal. *RPCP*, 9, 679 y ss.
- Castillo Alva, José Luis (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Alva, José Luis (2002). *Principios de derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Alva, José Luis (2008). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. Lima: Grijley.
- Castillo González, Francisco (2009). *Derecho Penal. Parte General*. 3 tomos. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Castillo González, Francisco (2011). *El delito de información privilegiada*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Castro Arana, Gina Paola (2003). ¿Hacia un reconocimiento del fraude a la ley en el Derecho tributario peruano? Un comentario con ocasión de la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima de 16 de abril, recaída en el expediente 284-2002. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 32, 121 y ss.
- Catanzaro, Raimondo (1988). *Il delitto come impresa: storia sociale della mafia*. Padova: Liviana.
- Cerezo Mir, José (1975). Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo. En *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (XXVIII, Fascículo II, 159 y ss.).
- Cesano, José Daniel (s/f). *Criminalidad económica e internalización del derecho penal: experiencias en la Unión Europea y en el MERCOSUR*. <http://www.ciidpe.com.ar/area4/criminalidad%20economica%20e%20internac.%20DP.%20JC.pdf>.
- Conseil Fédéral (1981). *Message du 13 mai 1981 à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues* (LCart), FF 1981 II 1324. Berna.
- Conseil Fédéral (1993). *Message du 24 février 1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières* (Loi sur les bourses, LBVM), FF 1993 I 1269. Berna.
- Conseil Fédéral (1996). *Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1. Berna.
- Conseil Fédéral (1999). *Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénales des mineurs*, FF 1999 II 1787. Berna.
- Conseil Fédéral (2003). *Rapport du Conseil fédéral du 16 juin 2003 sur la prévention de la corruption (en réponse au postulat « Prévention de la corruption » de la Comisión des affaires juridiques du Conseil national du 30 juin 1999)*, FF 2003 4648. Berna.

- Conseil Fédéral (2005). *Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale*, FF 2006 1057. Berna.
- Conseil Fédéral (2007). *Message du 15 juin 2007 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)*, FF 2007 5919. Berna.
- Conseil Fédéral (2008). *Message relatif à la Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP) du 10 septembre 2008*, FF 08.066 7424. Berna.
- Conseil Fédéral (s/f). *Révision partielle du CO (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)*. Reporte sobre el avance del proyecto. Berna.
- Cesano, José Daniel (2008). Criminalidad económica e internalización del derecho penal: experiencias en la Unión Europea y en el Mercosur. *Revista Internacional*, 24, pp. 57 y ss.
- Conti, Luigi (1988). *Disposizione penali in materia di società e di consorzi, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cargo de Galgano), Libro 5*. 3ª ed. Roma: Del Lavoro.
- Córdoba Roda, Juan (1987). Responsabilidad penal de administradores de compañías. *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. I, 33 y ss.
- Cramer & Steinberg-Lieben (2006). § 15. En Schönke & Schröder, *Kommentar Strafgesetzbuch, Kommentar*. 21ª edición. Múnich: C. H. Beck.
- Cueto Rúa, Julio (1949). El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La Ley, Revista Jurídica Argentina*, 50, 1108 y ss.
- Chocano Rodríguez, Reiner & Víctor Valladolid Zeta (2002). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*. Lima: Jurista Editores.
- Choclan Montalvo, José Antonio (2001). Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. En AA.VV., dirigida por Carlos Granados, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos* (pp. 235 y ss.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Département Fédéral de Justice et Pólice (2010). *UBS: signature du protocole modifiant l'accord d'entraide administrative avec les Etats-Unis*, <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2010/2010-03-311.html> (al 16.5.2010); *L'accord UBS révisé soumis au Parlement, Le Conseil fédéral approuve le message*, <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2010/2010-04-140.html> (al 16.5.2010).
- Département Fédéral de Justice et Pólice (2010). *Annexe à l'accord UBS: tableau synoptique*, <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/fallubs.Par.0025.File.tmp/ueberblick-anhang-f.pdf> (al 20.4. 2010).

- Département Fédéral de Justice et Pólice (2011). *L'accord UBS révisé, Département fédéral de justice et police, Protocole modifiant l'accord avec les Etat-Unis*, <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2010/2010-03-311.html>.
- Durand Valladares, Raúl (2002). Los delitos informáticos en el Código Penal peruano. *RPCP*, 11, 305 y ss.
- Ehrenzeller, Bernhard; Benjamin Schindler; Rainer J. Schweizer & Klaus Vallender, eds. (2014). *Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*. 2 tomos. Tercera edición. Zürich: Dike.
- Engisch, Karl (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Título original en alemán (Tübingen, 1931): *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatsbeständen*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Escobar Antezano, Carlos (2009). Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa. Alcances del artículo 285-A. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 3(5), 103 y ss.
- Faralido Cabana, Patricia (2000). *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant le Blanch.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (1999). *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Comares.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Feuerbach, Anselm von (1996). *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Tomo 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fleiner, Thomas; Alexander Misic & Nicole Töpperwien (2013). *Constitutional Law in Switzerland*. Berna: Stämpfli.
- Flint Blanck, Pinkas (1999). *Grupos de poder y derecho en el Perú. El caso de las industrias harineras y oleaginosas*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Foucault Michel (1975). *Surveiller y punir. Naissance de la prison*. París: Gallimard.
- Foucault Michel (2013). *Société punitive*. París: Gallimard, Seuil.
- Gagliuffi Piercechi, Ivo (2003). Derecho de la competencia: ¿Cómo debe evaluarse una concertación de precios según la legislación peruana? *Diálogo con la jurisprudencia*, 60. También en *Legal Express* 32.
- García Carpio, Juan Manuel & Nikita Céspedes Reynaga (2011). *Pobreza y crecimiento económico: tendencias durante la década del 2000*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas, Banco Central de Reserva del Perú.

- García Cantizano, María del Carmen (1999). Los nuevos delitos contra el sistema crediticio. *Gaceta Jurídica*, 62-B, 57 y ss.
- García Caveró, Percy (1999a). Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales. *Cathedra*, 5, 229 y ss.
- García Caveró, Percy (1999b). Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta. *Gaceta Jurídica* 62-B, 29 y ss.
- García Caveró, Percy (2000). El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad del administrador de la empresa. *RPDJR*, 1, 505 y ss.
- García Caveró, Percy (2003a). *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: Grijley.
- García Caveró, Percy (2003b). *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*. Lima: Ara.
- García Caveró, Percy (2007). *Derecho penal económico*. Tomo 2, Parte especial. Lima: Grijley.
- García Caveró, Percy (2012). *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Lima: Jurista.
- García Rada, Domingo (1985). *Sociedad anónima y delito*. Segunda edición. Lima: Studium.
- Gracia Martín, Luis (1993). Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal en Actualidad Penal. *Actualidad Penal*, 16, 213 y ss.
- Graven Philippe (1985). La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même. *Semaine Judiciaire*, 107, 497 y ss.
- Grzegorzczak, Christophe (1989). Le sujet de droit: trois hypostases. *Annales de philosophie du droit*, 13 y ss.
- Günther, Klaus (2002). Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe - Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention? En Michael Baurmann y otros (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag* (pp. 205-220). Baden-Baden: Nomos.
- Häfelin, Ulrich; Walter Haller & Helen Keller (2012). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Zurich: Schulthess.
- Hafer, Ernest (1903). *Die Delikte und Straffähigkeit der Personenverband*. Berlín: Springer.
- Hassemer, Winfried (1974). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Hamburgo: VS.
- Hassemer, Winfried (1980). *Theorie und Soziologie des Verbrechen*. Frankfurt: Cornelsen Vlg Scriptor.
- Hassemer, Winfried (1989a). Kennzeichen des Vorsatzes. En *Gedächtnisschrift für Amin Kaufmann*, pp. 289 y ss.

- Hassemer, Winfried (1989b). Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre. En L. Phipplips y H. Scholler, *Jenseits des Funktionalismus, Festschrift für Arthur Kaumann* (pp. 85 y ss.). Heidelberg: Decker & Müller.
- Hassemer, Winfried (1990a). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Segunda edición. Múnich: Beck.
- Hassemer, Winfried (1990b). *Alternativkommentare (Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wassermann), Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Tomo 1. Redacción de Kurt Seelmann. §§ 1-21. Múnich: Beck.
- Hassemer, Winfried (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, 1, 23 y ss.
- Hassemer, Winfried (1994). Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz. En A. Kaufmann y W. Hassemer, eds., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart* (pp. 248 y ss.). Heidelberg: Beck.
- Hassemer, Winfried, Klaus Lüderssen & Wolfgang Naucke (1979). *Hauptprobleme der Generalprävention*. Frankfurt am Main: Metzner.
- Herrera Velarde, Eduardo (2003). Los delitos contables en el Perú y las falencias de su actual regulación. *Actualidad Jurídica*, 117, 31 y ss.
- Hunziker, Silvia (2007). Whistleblowing. En Daniel Dédéyan (ed.), *Vertrauen, Vertrag, Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Krone* (pp. 163 y ss.). Zurich: Schulthess.
- Hurtado Pozo, José (1992). Principe de la légalité et interprétation en droit pénal, in Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité. *Société Suisse de Droit Pénal, Revue Pénale Suisse*, 110, 221-232.
- Hurtado Pozo, José (1994). Der Missbrauch von Insider-Informationen im schweizerischen Strafgesetzbuch. En *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann* (pp. 407-427). Colonia: Carl Heymanns.
- Hurtado Pozo, José (1995). Corrupción: el caso peruano, in *Pena y Estado*. Corrupción. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, 1(1), 155 y ss.
- Hurtado Pozo, José (2001). Responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo. En Moisés Moreno (coordinador), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI* (pp. 449-467). México: CEPOLCRIM.
- Hurtado Pozo, José (2007). Responsabilité de l'entreprise: culpabilité et peine. En *Festschrift für Franz Riklin: zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag* (pp. 121-135). Zürich: Schulthess.
- Hurtado Pozo, José (2008). *Droit pénal, Partie générale: Nouvelle édition refondue et augmentée*. Ginebra, Zürich, Basilea: Schulthess.

- Hurtado Pozo, José (2009). *Droit pénal, Partie spéciale: Nouvelle édition refondue et augmentée*. Genève-Zurich-Bâle: Schulthess.
- Hurtado Pozo, José & Olivier Thormann, editores (2011). *Droit pénal économique: questions de la partie générale*. Ginebra, Zúrich, Basilea: Schulthess.
- Hurtado Pozo, José & Víctor Prado Saldarriaga (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomos 1 y 2. Cuarta edición. Lima: IDEMSA.
- Iffland, Jacques (1994). *La répression pénale des manipulations de cours en droit suisse*. Lucerna: Thèse.
- Ismodes Talavera, Javier (2003). La institución de la quiebra en la legislación peruana y su incorporación en la ley general del sistema concursal. *Revista Jurídica del Perú*, 42, 81 y ss.
- Jakobs, Günther (1972). *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlín: De Gruyter.
- Jakobs, Günther (1974). Das Fahrlässigkeitsdelikt. *Beiheft ZStW*, 86, 6 y ss.
- Jakobs, Günther (1976). *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr.
- Jakobs, Günther (1977). Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. *ZStW*, 89, 1 y ss.
- Jakobs, Günther (1989). Täterstellung und objektive Zurechnung. En *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (pp. 271-288). Colonia, Berlín: C. Heymann.
- Jakobs, Günther (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre: Lehrbuch*. Segunda edición. Berlín: Walter de Gruyter.
- Jakobs, Günther (1994). ¿Superación del pasado mediante el derecho penal? En *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 138 y ss.
- Jakobs, Günther (1995). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, Günther (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (1999). *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Segunda edición. Berlín: Duncker & Humblot.
- Jeschek, Hans-Heinrich & Thomas Weigend (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Quinta edición. Berlín: Duncker & Humblot.
- Jiménez de Asúa, Luis (1947a). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La Ley Revista Jurídica Argentina*, 48, 1041 y ss.
- Jiménez de Asúa, Luis (1947b). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones positivas. *La Ley Revista Jurídica Argentina*, 48, 1106 y ss.

- Jositsch, Daniel (2007). Whistleblowing und Korruptionsbekämpfung. En Wolfgang Wohlers (ed.), *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht* (pp. 97 y ss.). Zürich: Schulthess.
- Kaenel, Adrian von (2007). Whistleblowing. En *Schweizerische Juristen Zeitung*, 103. *Beiträge zum Whistleblowing. Multidisziplinäre Aspekte. Schriften zur Rechtspsychologie SRP Band 12* (pp. 309 y ss.). Berna: Stämpfli.
- Kargl, Walter (1993). *Das Strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien*. Volumen 40. Frankfurt am Mein, Berna: Peter Lang.
- Kaufmann, Armin (1959). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Schwartz.
- Kaufmann, Armin (1961). Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. En Paul Bockelmann y Wilhelm Gallas, *Festschrift für Eb. Schmidt* (pp. 200 y ss.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Kaufmann, Armin (1966). Schuld und Strafrecht. En *Studien zur Strafrechtsdogmatik (Annales Universitatis Saraviensis, 22)*. Colonia: C. Heymann.
- Kaufmann, Armin (1971). Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. *JZ*, 26, 569 y ss.
- Kaufmann, Armin (1974). Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. En Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen y Hans J. Hirsch, *Festschrift für H. Welzel* (pp. 307 y ss.). Berlín, Nueva York: De Gruyter [Traducción española en *Nuevo Pensamiento Penal*, 4(6), 1975, 159 y ss.].
- Kaufmann, Armin (1982). Die Funktion des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau. En Gerhard Dornseifer y otros, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge* (pp. 21 y ss.). Colonia: C. Heymann.
- Kaufmann, Armin (1983). *Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik*. Segunda edición. Berlín: C. Heymann.
- Kaufmann, Armin (1985). Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie. En Theo Vogler y Joachim Herrmann, *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck, Geburtstag* (pp. 273 y ss.). Berlín: Duncker & Humblot.
- Kindhäuser, Urs (1984). Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *ZStW*, 96, 1 y ss.
- Kindhäuser, Urs (1989). *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretisch Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Kindhäuser, Urs (1992). Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft. *Universitas*, 227 y ss.
- Kindhäuser, Urs (1994). Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung. *GA*, 197 y ss.

- Kindhäuser, Urs (2005). *Strafrecht*. Baden-Baden: AT.
- Kindhäuser, Urs (2006). *Strafgesetzbuch. Lehre und Praxiskommentar*. Tercera edición. Berlín: Nomos.
- Klarén, Peter F. (2004). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Traductor Javier Flores. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- KPMG (2013). *Wirtschaftskriminalität. Deutschland, Österreich, Schweiz im Vergleich*. <http://www.kpmg.ch>.
- Kresalja, Baldo & César Ochoa (2009). *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Kühl, Kristian (1976). Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969. *ZStW*, 88, 6 y ss.
- Kühl, Kristian (2000). *Strafrecht. AT*. Tercera edición. Múnich: Vahlen, Beck.
- Kuhlen, Lothar (1987). *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*. Berna, Frankfurt, Nueva York: Peter Lang.
- Kuhlen, Lothar (1985). Violaciones de normas en el derecho y en la moral (traducido del alemán por E. Garzón Valdés, manuscrito inédito). En E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía* (pp. 175 y ss.). Barcelona: Alfa.
- Lago, Ricardo V. (2013). *La productividad de la economía peruana en las dos últimas décadas* (7 de junio). <http://semanaeconomica.com/el-nuevo-sol/2013/06/07/la-productividad-de-la-economia-peruana-en-las-dos-ultimas-decadas-2/>.
- Lamas Puccio, Luis (1996). *Derecho penal económico*. Segunda edición. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Lamas Puccio, Luis (2000). *Transacciones financieras sospechosas*. Lima: Banco Continental.
- Lamas Puccio, Luis (2003). Delitos contra la confianza y buena fe en los negocios en la legislación nacional, con referencia especial al artículo 209 del Código Penal. *Ius et Veritas*, 32, 293 y ss.
- Lamas Puccio, Luis (2012). Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 23, 23 y ss.
- Lampe, Ernst-Joachim; Theodor Lenckner; Walter Stree; Klaus Tiedemann & Ulrich Weber (1977). *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT, Straftaten gegen die Wirtschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Larenz, Karl (1966). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Lascano, Carlos J. (2008). Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico (MERCOSUR). <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>.

- Lascoumes, Pierre & Marx Hartwig Zander (1984). *Du «vol de bois» à la critique du droit*. París: PUF.
- Le Temps (2010). UBS, le prix du scandale. En *Dossier sur le secret bancaire, article du 8 octobre 2009*. http://www.letemps.ch/Page/Uuid/7e239086-cd0e-11dd-b87c-1c3fffea55dc/UBS_le_prix_du_scandale (état au 20.4.2010).
- Ledergerber, Zora (2005). *Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung*. Berna: Stämpfli.
- Lombardini, Carlo (2002). *Droit bancaire suisse*. Zurich, Basilea, Genf: Schulthess.
- Marx, Karl (2007). *Los debates de la Dieta Renana*. Barcelona: GEDISA.
- Mattes, Hans (1979). Problemas de Derecho Penal Administrativo. *Revista de Derecho Privado*, 144 y ss.
- Mazuelos Coello, Julio (2001). La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del «actuar en el lugar de otro». *Advocatus*, diciembre, 173 y ss.
- Mazuelos Coello, Julio (1996). *Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: San Marcos.
- Meini Méndez, Iván (1998). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Revista Derecho*, 52, 883 y ss.
- Meini Méndez, Iván (2001). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ara.
- Meini Méndez, Iván (2002). *Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_27.pdf.
- Mendoza Llamapconcca, Fidel (2006). Conductas neutrales, conocimientos especiales e imputación objetiva. Un estudio sobre los límites de la participación criminal en derecho penal. *RPDJP*, 7, 29 y ss.
- Merkel, Adolf (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares.
- Ministerio Público (2013). *Anuario Estadístico 2013*. Lima: Gerencia General del Ministerio Público y Oficina Central de Planificación y Presupuesto de Racionalización Estadística de la Fiscalía de la Nación. http://portal.mpfm.gob.pe/estadistica/anuario_est_2013.pdf.
- Miró Llinares, Fernando (2012). Derecho penal económico-empresarial. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I) Tipo objetivo. En Fernando Miró Llinares y Jesús María Silva Sánchez, *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley.
- Mir Puig, Santiago (1998). *Derecho penal. Parte General*. Quinta edición. Barcelona: B. de F.

- Mir Puig, Santiago (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Segunda edición. Montevideo, Buenos Aires: Catapulta.
- Molinario-Aguirre Obarrio, Alfredo (1999). *Los delitos*. Tomo 3. Preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Buenos Aires: Tea.
- Müller, Christof (1999). Wirtschaftskriminalität: Volkswirtschaftliche bedeutung, Entwicklung und Reaktion. En Bauhofer, Queloz y Wyss (eds.), *Wirtschaftskriminalität, Groupe Suisse de Travail de Criminologie, Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier?* Chur, Zúrich: Rüegger.
- Müller, Peter (2001). Überforderung von Strafrecht und Strafverfolgung im Kampf gegen Wirtschaftskriminalität? *ECS*, 5, 425 y ss.
- Müller, Peter (2003). Petite histoire législative Societas delinquere potest. *ECS*, 1, 11 y ss.
- Niggli, Marcel Alexander & Nicolas Queloz, (editores) (2003). *Strafjustiz und Rechtsstaat / Justice pénale et Etat de droit. Symposium zum 60. Geburtstag von Franz Riklin und José Hurtado Pozo* (deutsch/französisch). Zúrich: Schulthess.
- Ochoa Cardich, César (1994). Constitución financiera: bases del derecho constitucional tributario. En *La Constitución de 1993, análisis y comentarios* (pp. 127 y ss.). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Oré Sosa, Eduardo (2014). *Organización criminal. A propósito de la ley N° 3077, Ley contra el crimen organizado*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf.
- Pajuelo Beltrán, Carlos Alberto (s/f). *Delitos aduaneros y exégesis en el Perú*. <http://www.monografias.com/trabajos29/contrabando/contrabando.shtml>.
- Pagliari, Antonio (2000). *Principi di diritto penale. Parte Generale*. Milán: Giuffrè.
- Pannain, Remo (1967). *Manuale di diritto penale*. Cuarta edición. Roma: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Paredes Castañón, José Manuel (2000). Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 4, 115 y ss.
- Paredes Castañón, José Manuel & Teresa Rodríguez Montañez (1995). *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Paredes, César (1997). «Imputación objetiva». Tesis de maestría, UNMSM, Lima.
- Pareja Paz Soldan, José (1973). *Derecho constitucional peruano*. Quinta edición. Lima: Studium.
- Parisi, Angelo (1984). Theories of corporate criminal liability. En Hochstedler (editor), *Corporations as Criminals. Perspectives in Criminal Justice*. Nueva York: Sage.

- Pariona Arana, Raúl (2006). El autor detrás del autor. En José Hurtado Pozo (editor), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal* (pp. 43 y ss.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pariona Arana, Raúl (2009). El derecho penal moderno. Sobre la necesaria legitimidad de las sanciones penales *RPDJP*, 7, 99 y ss.
- Paucar Chappa, Marcial (2012). La nueva ley penal de lavado de activos: el Decreto Legislativo N° 1106. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 35, 67 y ss.
- Pease G. Y., Franklin (1992). *Perú, hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*. Tomo 2. Lima: EDUBANCO.
- Pedreira Menéndez, José (1999). El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones y su tributación. Valladolid: Lex Nova.
- Pinochet Cantwell, Francisco (2006). *Derecho de internet*. Santiago: Editorial de Derecho de Chile.
- Portmann, Dominique & Herbert Wohlmann (2007). Whistleblowing. *Revue Suisse de Jurisprudence*, 103, 179 y ss.
- Pradel, Jean (2006). *Droit pénal général*. 16ª edición. París: Cujas.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2007). *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto; Pablo Sánchez Velarde & Alfonso Velásquez Reynoso (editores) (2013). *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*. Lima: IDEMSA.
- PricewaterhouseCoopers (PwC) (2014a). *Informe referente al año 2013. PwC's 2014 Global Economic Crime Survey / Economic crime: A threat to business globally*. <http://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/>.
- PricewaterhouseCoopers (PwC) (2014b). *Encuesta Global sobre Delitos Económicos 2014. Capítulo Argentina. Delitos económicos: una amenaza a los negocios que sigue creciendo*. <http://www.pwc.com/ar>.
- Puppe, Ingeborg (1979a). Zurechnung und Warscheinlichkeit. *ZStW*, 95, 287 y ss.
- Puppe, Ingeborg (1979b). *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen : Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung. (Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge)*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Puppe, Ingeborg (1983). Zur Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *ZStW*, 103, 41 y ss.
- Puppe, Ingeborg (1991). *Vorsatz und Zurechnung: Dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Heidelberg: Nomos.

- Queloz, Nicolas (1999). Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier? En Bauhofer, Queloz y Wyss (eds.), *Wirtschaftskriminalität, Groupe Suisse de Travail de Criminologie, Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier?* (pp. 17-50). Chur-Zürich: Rüegger. Chur-Zurich.
- Queloz, Nicolas (2003). De l'arsenal de papier aux difficultés de terrain: les aléas de la lutte contre la criminalité économique. *Revue économique et sociale*. <http://ilce.he-arc.ch/ilce-galerie-publications/de-larsenal-de-papier-aux-difficultés-de-terrain-les-alé-de-la-lutte-contr>.
- Queloz, Nicolas; Marcel Alexander Niggli & Christof Riedo (editores) (2012). *Droit pénal et diversités culturelles*. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo. Zürich: Schulthess.
- Raventós Marcos, Fernando (1996). Los anuncios publicitarios para televisión son obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor. *Ius Et Veritas*, 7(12), 201-208.
- Redondo Hanhardt, Sandrine, Philippe Braillard, Henri Schwamm & Florencio Artigot (2009). *Secret bancaire et place financière: le combat de la Suisse*. Lucerna: Centre patronal, Etudes et Enquêtes.
- Reyes Tello, Roxanna L. (2010). *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas?* Lima: Moreno.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2002). *Manual de derecho penal económico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2012). Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 37, 74-90. <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>.
- Rhinow, René A. (1988). Constitution économique de la Suisse: fondement et conceptions. En Jean-François Aubert, Kurts Euchenberger, Jörg Paul Müller, René A. Rhinow y Dietrich Schindler, *Verfassen juristischer Texte: Regeln des wissenschaftlichen Arbeitens, Sprache und Stil*. Zürich, Basilea, Berna: Staempfli, Helbing & Lichtenhahn, Schulthess.
- Reyes Alvarado, Yesid (1990). *El concurso de delitos*. Bogotá: Reyes Echandía Abogados.
- Reyes Alvarado, Yesid (1996). *Imputación objetiva*. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- Riquert, Marcelo A. (2014). El «cibergrooming»: nuevo art. 131 del C. P. y sus correcciones en el «Anteproyecto» argentino de 2014. Versión corregida y ampliada de *El nuevo tipo penal «cibergrooming» en Argentina*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4(1). http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_02.pdf.
- Robles Planas, Ricardo (2006). ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2. <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>.

- Rojas Salas, Manuel (1998). La criminalidad empresarial. *Revista Ciencias Penales. Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*, 10(15).
- Rojas Vargas (1999). *Jurisprudencia penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, Fidel (2002a). *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*. Lima: IDEMSA.
- Rojas Vargas, Fidel (2002b). *Delitos contra la administración pública*. Tercera edición. Lima: Grijley.
- Roth, Monika (2005). *Compliance - Begriff Bedeutung Beispiele, Helbing & Lichtenhahn*. Zürich: St. Gallen.
- Roth, Robert (1981). Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif. *Revue de droit administratif et fiscal*, 285-320; 380-395.
- Roth, Robert (1991). Manipulation boursière : questions pour la construction d'une nouvelle incrimination. *Revue suisse du droit des affaires*, 233 y ss.
- Roth, Robert (1997). Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion. *RPS*, 11(5), 345 y ss.
- Roth, Robert (2002). L'entreprise, nouvel acteur pénal. En Berthoud (ed.), *La reponsabilité pénale du fait d'autrui* (pp. 77 y ss.). Lucerna: CEDIDAC.
- Roth, Robert (2003). Une responsabilité sans culpabilité? L'entreprise, «la faute d'organisation» et le droit pénal. *ECS spécial, La punissabilité de l'entreprise*, en ECS, 7, 17 y ss.
- Roxin, Claus (1963). Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *GA*, S. 193 y ss.
- Roxin, Claus (1970). Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. En Eberhard Barth, coord., *Festschrift für Richard M. Honig* (pp. 133 y ss.). Göttingen: Schwartz.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Roxin, Claus (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 4. Aufl., C.H. Múnich: Beck.
- Roxin, Claus (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, Grundlagen (Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, 4. Aufl., C.H. Múnich: Beck.
- Rubio Correa, Marcial & Enrique Bernal Ballesteros (1981). *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: DESCO.
- Rubio Correa, Marcial, Francisco Eguiguren Praeli & Enrique Bernal Ballesteros (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

- Rudolphi, Hans-Joachim; Eckhard Horn & Erich Samson (2009). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT 1 (§§ 1-37), AT 2 (§§38-79b) 7, teilweise 8. neubearbeitete Auflage*. Neuwied, Berlín, Colonia: Lieferung, Kriftel, Carl Heymanns.
- Schmidt, Eberhard (1948). Probleme der Wirtschaftsstrafrecht. En *Schweizerische Juristen Zeitung*, 226 y ss.
- Schönke, Adolf & Horst Schröder (2001). *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 26a ed. Múnich: Beck.
- Schünemann, Bernd (1975). Moderne Tendenzen en der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. En *Juristische Arbeitsblätter*, 435 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 797 y ss.
- Schünemann, Bernd (1979). *Unternehmenskriminalität und Strafrecht eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem u. geplante Straftat- u. Ordnungswidrigkeitenrecht*. Colonia: Carl Heymanns.
- Schünemann, Bernd (1984). *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlín, Nueva York: De Gruyter.
- Schünemann, Bernd (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988(2), 533 y ss.
- Schünemann, Bernd (1995). La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann* (pp. 565 y ss.). Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE).
- Schünemann, Bernd (2001). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, Goldammers Archiv für Strafrecht*, pp. 205 y ss.
- Silva Sánchez, Jesús María (1993). Consideraciones sobre el delito del Art. 340 bis a) 1º del Código Penal (Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas). *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 25-57.
- Silva Sánchez, Jesús María (1995). Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos. En J. M. Silva Sánchez, (ed. española) y Schünemann-Figueiredo Dias (coord.), *Derecho español. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (pp. 357-379). Barcelona: J. M. Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús María (1997). *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús María (1999). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, Jesús María (2000). *Estudios de derecho penal*. Lima: Grijley.

- Silva Sánchez, Jesús María (2002). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español. En *Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada 14, CGPJ*, 307-364.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003). ¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción? En Díez Ripollés y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo* (pp. 990 y ss.). Madrid: Mir, Tecnos.
- Silva Sánchez, Jesús María (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley.
- Steinauer, Paul-Henri (2009). Le Titre préliminaire du Code civil. En Pierre Tercier (ed.), *Traité de droit privé suisse*. Vol. II, tomo 1. Basilea: Schulthess.
- Stöckel, Heinz (1977). Bekämpfung der Gesetzesumgehung mit Mitteln des Strafrechts. En *Zeitschrift für Rechtspolitik. VO 10 SP*, pp. 134 -137.
- Stratenwerth, Günter (1958). *Verantwortung und Gehorsam*. Berlín: Mohr Siebeck.
- Stratenwerth, Günter (1959). Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit. *ZStW*, 71, 51 y ss.
- Stratenwerth, Günter (1963). Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht. *RPS*, 79, 233 y ss.
- Stratenwerth, Günter (1974). Unbewusste Finalität? En Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen y Hans J. Hirsch, *Festschrift für H. Welzel* (pp. 289 y ss.). Berlín, Nueva York: De Gruyter.
- Stratenwerth, Günter (1982a). *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la segunda edición alemana por Gladis Romero. Madrid: Edersa.
- Stratenwerth, Günter (1982b). *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Traducción del alemán de E. Bacigalupo. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense.
- Stratenwerth, Günter (1992a). Strafrechtliche Unternehmenshaftung?. En Klaus Geppert (coord.), *Festschrift für Rudolf Schmitt* (pp. 295 y ss.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stratenwerth, Günter (1992b). Objektsirrtum und Tatbeteiligung. En Fezer, Gerhard (coord.) y otros, *Festschrift für Jürgen Baumann, zum 70. Geburtstag* (pp. 57 y ss.). Bielefeld: Giesecking.
- Stratenwerth, Günter (1996). *Schweizerisches Strafrecht, AT. Tomo 1, Die Straftat*. Segunda edición. Berna: Stämpfli.
- Stratenwerth, Günter (2000a). *Schweizerisches Strafrecht, BT, Tomo 2, Straftaten gegen Gemeininteressen*. Quinta edición. Berna: Stämpfli.
- Stratenwerth, Günter (2000b). *Strafrecht, AT, Tomo 1, Die Straftat*. Cuarta edición. Berlín, Colonia: Carl Heymanns.

- Stratenwerth, Günter & Guido Jenny (2003). *Schweizerisches Strafrecht, BT, Tomo 1, Straftaten gegen Individualinteressen*. Sexta edición. Berna: Stämpfli.
- Struensee, Eberhard (1987a). *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*. GA, 97 y ss.
- Struensee, Eberhard (1987b). Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts. JZ, 42, 53 y ss.
- Struensee, Eberhard (1998). Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. RPCP, 6, 751 y ss.
- Suárez González (1994). Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal. Cuadernos de derecho judicial CGPJ, 39-41.
- Suárez González, Carlos & Manuel Cancio Meliá (1996). Estudio preliminar. En Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal* (pp. 21 y ss.). Madrid: Civitas.
- Sutherland Edwin H. (1983). *White Collar Crime, the Uncut Version*. New Haven: Yale University Press.
- Tamayo y Salmorán, Roldán (2000). *El sujeto del derecho*, en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142188.pdf> (pp. 167 y ss.). Publicado también en Ernesto Garzón Valdés y Franciso Laporta (eds.), *Derecho y justicia*, volumen de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, EAIF. Madrid: Trotta.
- Thompson Edward P. (2014). *La guerre des forêts. Luttés sociales dans l'Angleterre du XVIIIe siècle*. París: La Découverte.
- Thompson Edward P. (1975). *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*. Londres: Pantheon.
- Tiedemann, Klaus (1969a). Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts. GA, 71-90.
- Tiedemann, Klaus (1969b). *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrechts, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsrechts*. Tübingen: Mohr.
- Tiedemann, Klaus (1976). *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*. Colonia: Carl Heymanns.
- Tiedemann, Klaus (1985). *Auslegung, in Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (HwiStR)*. Colonia: Müller.
- Tiedemann, Klaus (1992). Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, T. I / II, Reinbek (Hambourg) 1976. En Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte y Walter Odersky (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11*. Berlín, Nueva York: De Gruyter.
- Tiedemann, Klaus (2010a). *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union, Simposium de Freiburg*. Colonia: Beck.
- Tiedemann, Klaus (2010b). *Manual de derecho penal económico: Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Trechsel, Stefan & Dean Cramer (2007). *Zweites Buch: Besondere Bestimmungen, Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen*. En Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*. Zürich: Dicke, St. Gallen.
- Trechsel, Stefan & Viktor Lieber (2008). *Drittes Buch: Einführung und Anwendung des Gesetzes*. En Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*. Zürich: Dicke, St. Gallen.
- Ugaz Sánchez-Moreno, José (1990). *Quiebra fraudulenta*. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 92 y ss.
- Ugaz Sánchez-Moreno, José y otros (2011). *El derecho penal económico: cuestiones fundamentales y temas actuales*. Lima: ARA.
- Unión Europea (2003). *Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 28 enero 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)*. http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_transactions_in_securities/l24035_es.htm.
- Urquiza Olaechea, José & Nelson Salazar Sánchez, coordinadores (2012). *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*. Lima: IDEMSA.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2001). La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano. A propósito del artículo 2º de la Ley 365 de 1997. En José Hurtado Pozo, Bernardo del Rosal Blasco y Rafael Simona Vallejo (eds.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (pp. 225-241). Alicante, Valencia: Universidad de Alicante, Tirant lo Blanch.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2010). *Manual de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Ventura, Deisy (2005). *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2001). *Código Penal Comentado*. 3a ed. Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2003). *Concurso de delitos y concurso aparente de leyes*. En *Libro Homenaje a Bramont Arias*. Lima: San Marcos.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- Vich, Víctor (2001). Sobre cultura, heterogeneidad, diferencia. En Santiago López Maguiña, Gonzalo Portocarrero, Rocío Silva Santisteban, Victor Vich, *Estudios Culturales. Discursos, poderes, pulsiones* (pp. 27 y ss.). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales.
- Villegas Paiva, Elky Alexander (2012). El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. En *Gaceta Penal & Procesal Penal* 34 (pp. 149-168). Lima: Gaceta Penal.

- Viterbo Arias, José (1898). *Exposición comentada y comparada del Código penal del Perú de 1863*. T. II. Lima: Imprenta Torres Aguirre.
- Vásquez Vásquez, Marlio (2000). Repercusiones de la nueva Ley de Títulos Valores en la aplicación del Derecho Penal. En *Gaceta Jurídica* 81-B, 37 y ss.
- Villa Stein, Javier (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara.
- Vogel, Joachim (1994). Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en derecho penal europeo. En Luis Arroyo Zapatero, Klaus Tiedemann, editores, *Estudios de derecho penal económico* (pp. 317-328). Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha.
- Yamada, Gustavo & Juan Francisco Castro (2010). *La economía peruana en la última década: Mejor desempeño y mayor resiliencia a las crisis*. Documento de Discusión. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- Wessels, Johannes & Werner Beulke (2001). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. 31a ed. Heidelberg: C. F. Müller.
- Zaffaroni, E. Raúl (2013). Anteproyecto de Código Penal de la Nación: aportes para un debate necesario / Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Manuel Carlés; coordinado por Matías Bailone (Decreto P.E.N. 678/12). Buenos Aires: La Ley, 2014 (difundido por internet: https://www.academia.edu/8982773/La_Reforma_Penal_presentación_de_la_obra_y_Cuadro_Comparativo_de_la_Parte_General. Asimismo, en el portal: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20140408_01.pdf).
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2003). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación. En ADP, *Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal Peruano* (pp. 473 y ss.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3a ed. Pamplona: Aranzadi.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2011). *Societas delinquere potest*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20110207_01.pdf.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PSJE. MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA
CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM
TELÉF.: 332-3229 FAX: 424-1582
SE UTILIZARON CARACTERES
ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS
PARA EL CUERPO DEL TEXTO
DICIEMBRE 2015 LIMA - PERÚ

Otras publicaciones del Fondo Editorial PUCP

¿Estado o mercado?

El principio de subsidiaridad en la constitución peruana

Baldo Kresalja R.

La justicia en la región andina

Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú

Luis Pásara

La protección jurídica de la investigación

Ciencia y patentes en la universidad

Baldo Kresalja R.

Ley y justicia en el Oncenio de Leguía

Carlos Ramos Núñez

Lecciones de derecho penal - Parte general

Teoría jurídica del delito

Iván Meini

Ministerio público y proceso penal

Anuario de Derecho Penal 2011-2012

José Hurtado Pozo, director

Jurisdicción y arbitraje

Marianella Ledesma Narváez

Curso de derecho internacional público

Elizabeth Salmón

Una reforma imposible

La justicia latinoamericana en el banquillo

Luis Pásara

Manual de derecho sucesorio

César Fernández Arce

El sistema jurídico

Introducción al Derecho

Marcial Rubio Correa

Este curso universitario de derecho penal económico establece el contexto social, histórico y económico en el que se desarrollan los delitos económicos y las regulaciones para reprimir a los responsables. Con esta finalidad, presenta datos estadísticos sobre la delincuencia económica y sus relaciones con el crimen organizado y la corrupción, así como sobre las reacciones nacionales e internacionales frente a estas graves formas de delincuencia. Además, describe el contexto constitucional que delimita sus ámbitos, funciones, características y vinculaciones con el derecho penal administrativo y el derecho penal fiscal, tomando en cuenta el desarrollo y la influencia de las empresas en la vida económica y política.

El libro presenta también los problemas doctrinarios que surgen en la aplicación del derecho penal común a los diversos aspectos del derecho penal económico. Para ello, considera tanto el respeto del principio de legalidad como las principales cuestiones referidas a la teoría del delito y la participación delictuosa, poniendo especial atención al análisis y discusión de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas y a las empresas.

Se trata de un material de gran utilidad tanto para estudiantes de derecho como para cualquiera que busque ampliar sus conocimientos en el área del derecho penal económico. Con este objeto, además del estudio de diversas cuestiones teóricas y de los casos que se describen en los anexos, se presentan regulaciones jurídicas extranjeras que son analizadas bajo la perspectiva del derecho comparado.

ISBN: 978-612-317-147-6



9 786123 171476