

**Eduardo Demetrio Crespo
Dino Carlos Caro Coria
María Eugenia Escobar Bravo
Eds.**

Problemas y retos actuales del Derecho penal económico



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

**Problemas y retos actuales
del Derecho penal económico**

Problemas y retos actuales del Derecho penal económico

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo

Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria

D^a. María Eugenia Escobar Bravo

Editores

Toledo/Münster/Lima, 2020



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2020

© de los textos: sus autores.
© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, CEDPE (Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa).

Colección JORNADAS Y CONGRESOS n.º 24

Imagen de cubierta: Photo by Uriel Soberanes on Unsplash



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-397-2

D.O.I.: http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.00

Composición: Compobell S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

Índice

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	11
I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	
El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal <i>Túlio Felipe Xavier Januário</i>	15
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal argentino <i>Gabriel Gustavo Merola</i>	25
¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español? Un análisis desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en la institución de los deberes negativos y positivos en el Derecho Penal <i>Lenin Stalin Vladimir González Benítez</i>	33
II. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PROGRAMAS DE COMPLIANCE	
La aplicación de la teoría de la imputación objetiva por parte de la Corte Suprema de la República del Perú en la criminalidad empresarial-ambiental <i>Francisco Antonio Valdez Silva</i>	43
Investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento: un análisis de los límites de las investigaciones frente al derecho de los trabajadores y las garantías procesales penales <i>Anna Carolina Canestraro</i>	51

III. PROBLEMAS APLICATIVOS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO:
LA DOBLE SANCIÓN Y EL RESPETO AL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y el sistema de la doble imputación <i>Matheus Borges Kauss Vellasco</i>	61
La figura delictiva del autoblanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico-Penal peruano: ¿la criminalización de un hecho copenado? <i>Roberto Carlos Vilchez Limay</i>	71
Las sanciones a las empresas en la ley anticorrupción, según el principio de <i>ne bis in idem</i> y el análisis económico de la ley <i>Ciro Costa Chagas</i>	79

IV. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO. ANÁLISIS
DE PROBLEMAS EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

¿Forma parte la estafa del derecho penal económico? <i>Ander Galván Rivera</i>	91
Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial en la era de los juicios mediáticos <i>Acacio Miranda Da Silva Filho</i>	99

Presentación

Desde hace tiempo el Área de Derecho penal de Toledo organiza un *Curso de Postgrado especializado en Derecho penal económico y de la empresa*, reconocido ahora como Título Propio. En la última edición, que se celebró entre el 9 y 24 de enero de 2019 en el marco de la XIX Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la UCLM, se optó por poner el foco en los múltiples problemas que surgen en la teoría del delito aplicada a este ámbito.

Asimismo, se ha convertido en una suerte de tradición la organización paralela de las *Jornadas Latinoamericanas de Derecho penal (JLDP)*. Como se señala en sus *normas académicas*, este foro pretende constituirse en un punto de encuentro -de debate e intercambio científico, pero también de aproximación personal- entre juristas conscientes de que la globalización exige la renovación constante de las reflexiones sobre las cuestiones básicas del sistema penal. Los alumnos que lo deseen tienen la oportunidad de presentar comunicaciones breves y son estas las que ahora se publican por vez primera.

Pues bien, con gran ilusión procedo a redactar esta breve presentación del E-Book resultante de las *IXJLDP* que -bajo la dirección del Dr. Dino Carlos Caro Coria (Lima) y de D^a Eugenia Escobar Bravo (Münster)- tuvieron lugar el pasado 17 de enero de 2019.

En el diseño del curso se siguió el mismo criterio que en ediciones anteriores: elaborar un buen programa con los mejores especialistas en cada tema. Que esto último sea una tarea cada vez más difícil habida cuenta de la aparición de magníficas monografías en español sobre muchos de los puntos centrales, no debe sino alegrarnos a todos. A esto se sumó la constatación del altísimo nivel de los inscritos, lo que no dejaba lugar a dudas a juzgar por las preguntas que se formulaban. De ello pude percatarme ya desde las primeras clases a las que tuve oportunidad de asistir para tratar de “empaparme” de los conocimientos impartidos siempre que las demás tareas urgentes me lo permitieran. Pues bien, creo que el lector estará de acuerdo conmigo en que la mencionada calidad queda patente en la actual compilación. Por otro lado, los contenidos y la estructura de este volumen reflejan muy bien el objeto de estudio planteado y, al mismo tiempo, la encrucijada en la que se halla actualmente el Derecho penal. Éste se enfrenta, en efecto, al desafío de tener que aplicar parámetros de determinación de la responsabilidad penal muy distintos, pero relacionados entre sí. A saber, los que tienen que ver, por un lado, con el individuo y, por otro, con el ente colectivo¹. No es extraño entonces que los bloques temáticos vayan desde la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imputación objetiva en el Derecho penal económico y los programas de cumplimiento normativo, problemas aplicativos

1 Vi., por todos, Mongillo, V., *La responsabilità penale tra individuo ed Ente Collettivo*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

del Derecho penal económico tales como la doble sanción y el principio *ne bis in idem*, hasta aspectos de política criminal y Derecho penal económica en perspectiva comparada.

Desde el principio la generosidad se convirtió en el *leitmotiv* de todo lo que vino después. Son muchas las personas a las que debería y me gustaría mencionar en este instante para expresarles mi más sincero agradecimiento.

Desde luego, sin la desinteresada colaboración de los *Directores de las Jornadas* este libro electrónico no hubiera sido posible. Con el Dr. Dino Carlos Caro Coria me une una vieja amistad trabada en los tiempos compartidos del doctorado en la Universidad de Salamanca como discípulos del Prof. Berdugo. Ya entonces todos teníamos claridad acerca de la inteligencia y la capacidad de trabajo de quien se ha convertido en un referente del Derecho penal económico y de la empresa. No es infrecuente que coincidamos en uno u otro lugar a propósito de diferentes actividades académicas, lo que nos ha permitido hermanarnos aún más. A M^a Eugenia Escobar Bravo la he conocido unos años después y aunque las primeras noticias que tuve de ella fueron a través de la Prof^a Dr^a Bettina Weisser -a la sazón profesora de Derecho penal de la Universidad de Münster y ahora sucesora de la cátedra del Prof. Dr. Thomas Weigend en la Universidad de Colonia-, nuestros caminos se cruzaron varias veces después, primero en Toledo y luego en Santiago de Compostela. Fue en esta última ciudad donde empezamos a “conspirar” acerca de una colaboración más estrecha, que por suerte se materializó.

Digo todo esto porque quiero manifestar el orgullo y la emoción que me embargan cuando en distintos congresos y seminarios en países iberoamericanos, como me ha sucedido por última vez hace muy poco en Costa Rica, reconozco en el auditorio o/y me vienen a saludar exalumnos de las diferentes ediciones del Curso de Postgrado en Derecho penal económico y de la empresa de la UCLM, todos ellos juristas de sólida formación. No en vano, Dino Carlos y M^a Eugenia son ilustres egresados del mismo y nadie mejor que ellos, por tanto, para simbolizar lo que trato de expresar. Se trata, en esencia, de un estrecho vínculo académico con vocación de permanencia que va desde la *Ciudad de las Tres Culturas* a todo el continente iberoamericano.

No menos importante ha sido la labor desempeñada por mis discípulos Faustino García de la Torre y Mónica de la Cuerda Martín -cuya positividad y buen ánimo repercutió decisivamente en la sensación compartida de que todo había salido “redondo”- al frente de la coordinación del curso. En tiempos de crisis, no solo económica sino también de ciertos valores, creer en la universidad no es fácil, sobre todo cuando se está empezando y no se vislumbra todavía el destino que a cada uno le depara la vida. De ellos he aprendido que lo importante no es tanto las cosas que se hacen, sino más bien, el amor que se pone en ellas.

Agradezco también al Servicio de Publicaciones de la UCLM que aceptara de buen grado la idea de la coedición con el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa de este libro en formato electrónico. Al Equipo de Dirección de los Cursos de Postgrado en Derecho y, en particular, a Elisa Cano Vázquez, por sus denodados esfuerzos por satisfacer nuestras demandas y resolver los muchos problemas logísticos a los que hay que hacer frente. Un sentido agradecimiento merece asimismo todos los prestigiosos profesores que a lo largo de estos años nos han apoyado participando en el curso y compartiendo sus conocimientos. Por último, a todos los exalumnos y, especialmente, a los que se animaron a participar en las Jornadas cuyos resultados ven ahora la luz.

Prof. Dr. Eduardo Demetrio
Toledo, 17 de julio de 2019

Prólogo

Es una muy grata misión realizar la presentación del presente volumen del E-Book “Jornadas Iberoamericanas de Derecho Penal”, los autores de la presente obra fueron participantes de la XIX Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho “Derecho Penal Económico y Teoría del Delito”. La dirección del mismo estuvo a cargo del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Cresto, a él nuestro reconocimiento por su excelente labor académica en las mismas y como mentor de que dichas Jornadas se llevaran a cabo, así como un primer agradecimiento por proponernos formar parte de su equipo.

Para nosotros su propuesta de que estemos a cargo de la Dirección Académica de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Penal, ha sido un placer y un honor, además del desafío dejar en alto a Iberoamerica en el rol de estar a cargo del análisis y lectura de las comunicaciones que fueron presentadas a lo largo del Curso. Si bien ambos coincidimos, que en un principio nuestra tarea ha sido grata, por congeniar en ideas de manera lisa y sencilla; la misma luego ya no ha sido muy grata, porque teníamos en cuenta que solo podíamos seleccionar diez de las mejores investigaciones sobre diversos aspectos referentes al Derecho Penal Económico y la Teoría del Delito. La selección fue rigurosa, pero a la vez fue gratificante encontramos con temas tan actuales e interesantes y además hemos notado el esfuerzo que ha implicado dichas investigaciones, lo cuál nos recordó por experiencia propia, lo cautibante que es el comenzar una investigación de este tipo. Con esto en mente, durante esta cooperación nuestro papel de docentes nos llevó a la primera iniciativa de transformar esta posibilidad, en la necesidad de reunir y continuar la guía del desarrollo de estas investigaciones. Si hay que destacar que este grupo ha sido inspirador y nos ha permitido proponer al Prof. Demetrio Crespo, que dichos trabajos continúen bajo nuestra dirección académica con posterioridad al curso desarrollado en Toledo. El resultado, ha sido un impulso positivo que se transformó en energía contagiante de manera a participar en la edición de una obra colectiva que nos permitiera de forma digital poner al conocimiento de demás los resultados de los investigadores de la materia.

Es así que a partir de las Jornadas Iberamericanas del 17 de enero de 2019 desarrolladas en el salón de Óculos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla la Mancha en Toledo, hemos trabajado conjuntamente los directores académicos, e investigadores representantes provenientes de diferentes países de Iberoamérica Argentina, Brasil, Perú y El Salvador que aceptaron este nuevo desafío, y aprovecharon esta oportunidad inmejorable de realizar un análisis de cuatro ejes actuales respecto al Derecho Penal Económico. El lector se dará cuenta que el entusiasmo del encuentro queda fielmente reflejado, que el largo debate y profundas discusiones e intervenciones de los asistentes a las jornadas fueron el primer impulso. De hecho, seguidos de otros varios impulsos nuestros en la medida de colaborar en

la transferencia de conocimientos, como contribución a la sistematización y estructuración de las formalidades de investigación.

Esta publicación es el reflejo de cuatro ejes principales en relación al Derecho Penal Económico. El primero respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas; el segundo recoge diversos aspectos en referencia a la imputación objetiva y programas de *compliance*; el tercero sobre los problemas de la doble sanción y el *ne bis in idem* y por último los análisis desde la política criminal de los problemas derecho comparado Latinoamericano. Estos temas no solo demuestran absoluta vigencia, sino permiten interesantes desarrollos en la materia. Por tanto, se ha de notar el esfuerzo en presentar trabajos no solo del aspecto teórico, sino de carácter práctico, orientado a obtener respuestas claves que esperemos sirvan para marcar un antes y un después en el campo de la investigación de los investigadores.

De todos modos, al regreso del curso de postgrado este proyecto ha luchado con las actividades, los compromisos y otros factores no menores de todos, aunque la comunicación se mantuvo y de alguna manera todos nos hicimos de tiempo para cumplir con el compromiso de terminar el trabajo. Si bien de hecho, el factor de tiempo limitó una mayor profundización sobre los temas, esperamos que de todos modos esta primera experiencia de quienes entonces en Toledo y ahora desperdigados por el mundo continúen perfeccionándose y trabajando con el compromiso que nos ocupa en el campo del Derecho Penal.

Porque no nos olvidemos, que no se trata solo de escribir sobre Derecho Penal, de tipificar cada vez más y nuevos tipos penales; sino orientarnos a saber que el Derecho Penal no es la solución para todo y que sino trabajamos de forma conjunta los problemas y las consecuencias de la criminalidad aunque sea a la larga los problemas son casi idénticos por no decir iguales y nos afectan de la misma manera a todos.

Por último, no queremos dejar de expresar nuestro agradecimiento a los esfuerzos en la organización de las jornadas a los Doctorandos Mónica de la Cuerda Martín y Faustino García de la Torre; como por la colaboración de la revisión general del texto de Mirella Alvarado. Para nosotros ha sido un privilegio de trabajar junto a ustedes y al Prof. Demetrio Crespo, para luego ser partícipes del resultado del desarrollo no solo académico, sino personal de conocimientos y realidades de todos ustedes.

Por tanto, cerramos esta presentación con las palabras de Johann Wolfgang von Goethe: “Si nos aventuramos en el conocimiento y en la ciencia, lo hacemos tan sólo para regresar mejor equipados para la vida”.

D^a. María Eugenia Escobar Bravo

Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria

Münster/Alemania y Lima/Perú, julio de 2019

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal

Túlio Felipe Xavier Januário*

Universidad de Coimbra

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.01

RESUMEN

Siguiendo una tendencia internacional, el legislador brasileño optó, aunque en carácter limitado a los crímenes ambientales, por la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir de la previsión constitucional en este sentido y también de la aprobación de la Ley 9.605/98. Además, en el PLS 236/12 (Proyecto de Nuevo Código Penal), en discusión en el Senado Federal, esta posibilidad no es solo mantenida sino también extendida a los crímenes contra la administración pública, el orden económico y el sistema financiero. Se observa, sin embargo, que a pesar de la superación de la discusión referente a la constitucionalidad o no del instituto en el ordenamiento jurídico brasileño, todavía se plantean muchas dudas en lo que atañe al modelo implantado, dificultades que no parecen haber sido superadas en el proyecto arriba mencionado. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es realizar un estudio crítico del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado en Brasil, con especial referencia a Ley 9.605/98 y a las alteraciones propuestas por el Proyecto de Nuevo Código Penal (PLS 236/12).

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Crímenes ambientales, Ley 9.605/98, Proyecto de Nuevo Código Penal Brasileño

ABSTRACT

Following an international trend, the Brazilian legislator opted, although limited to environmental crimes, for the adoption of criminal liability of legal entities, made possible by the constitutional provision in this matter and by the approval of the Law 9.605/98. In addition, in the PLS 236/12 (Project of New Criminal Code), under discussion in the Federal Senate, this possibility is not only maintained, but also expanded to crimes against the public administration, the economic order and the financial system. However, despite the overcoming of the discussion regarding the constitutionality of the institute in the Brazilian legal system, there are

* Maestro en Derecho por la Universidad de Coimbra (Portugal), con período de investigación financiado por el programa “ERASMUS+” en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

still many doubts regarding the implanted model, which does not seem to have been overcome in the aforementioned project. Thus, the aim of the present essay is to conduct a critical study of the model of criminal liability of legal persons adopted in Brazil by Law 9.605/98 and by the Project of New Criminal Code (PLS 236/12).

Keywords: Criminal liability of legal persons, Environmental crimes, Law 9.605/98, Project of Brazilian's New Criminal Code

INTRODUCCIÓN

La criminalidad económica y empresarial, entendida como la que afecta el interés estatal en la manutención del orden económico (BAJO FERNÁNDEZ, 1973, p. 96), y que en muchos casos es practicada en contextos empresariales, está en la agenda actual no solo del derecho penal, sino también de la sociedad como un todo que desvía cada vez más su atención hacia la nocividad de los llamados “white collar crimes” (SUTHERLAND, 2015, p. 33-34) y demanda soluciones rápidas y eficientes de los poderes legislativo y judicial.

Ocurre que, más que demandar un simple cambio de mentalidad, el tratamiento de delitos como la corrupción y el blanqueo de capitales está lleno de dificultades prácticas, legales y dogmáticas, las cuales, de no ser enfrentadas de manera bien evaluada, pueden ocasionar no solo la inidoneidad de la materia jurídico-penal en este sector, sino también la desconstrucción de consagrados e importantes principios de las ciencias criminales y principalmente, la violación de derechos y garantías de los acusados y demás involucrados en el proceso penal.

Entre los desafíos enfrentados en la persecución de los crímenes económicos, se destaca la dificultad de la identificación de la persona física autora de un delito cometido en el interior de una gran corporación, altamente compleja, especializada y jerarquizada (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2000, p. 80), lo que hace que la responsabilidad individual muchas veces se muestre inefectiva en la práctica. Por otro lado, no puede abstraerse del hecho de que las grandes empresas ocupan un papel de protagonismo en diversos sectores de la sociedad y que, por su propia organización interna y finalidades lucrativas, son focos de grandes riesgos, no pudiendo, así, quedar fuera de la tutela jurídico-criminal (GARCIA CAVERO, 2014, p. 14; JANUÁRIO, 2018a, p. 41-42).

Obsérvese así una creciente tendencia de adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de solucionar la cuestión denominada por Schünemann (1988, p. 533) de “irresponsabilidad organizada”, y también de garantizar la promoción de una cultura ética y de prevención de delitos en las empresas, razón por la cual ganan cada vez más importancia los programas de cumplimiento en este contexto.

En esta línea, se pretende, con el presente trabajo, realizar un breve estudio de la evolución de la temática relacionada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto brasileño, inaugurada a través de la expresa previsión de la Constitución Federal de 1988 y consolidada por la Ley 9.605/98.

Demostraremos, sin embargo, que se plantean muchas dudas en cuanto al modelo de imputación adoptado por el legislativo brasileño, no sólo en la Ley de Crímenes Ambientales antes citada que será analizada en el primer tópico, sino también en el Proyecto de Nuevo Código Penal (PLS 236/12), en el cual, conforme estudiaremos en el segundo tópico, pocos ajustes fueron propuestos al modelo ya en vigor.

Así, tras un examen de las dos referidas normas, buscaremos probar que el sistema brasileño de responsabilidad penal de la persona jurídica presenta graves inconsistencias dogmáticas y político-criminales, pudiendo aparecer no sólo como un instrumento de latente violación de derechos y garantías de los sujetos implicados en el proceso penal, sino también como un mecanismo de baja idoneidad al enfrentamiento de la criminalidad empresarial.

1. EL MODELO DE LA LEY 9.605/98

Actualmente, la Constitución Federal Brasileña hace dos menciones referentes a la posibilidad de responsabilidad de los entes colectivos, en sus artículos 173, §5º. y 225, §3º, en los cuales consta que la Ley establecerá las puniciones compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas en los delitos contra el orden económico y financiero y la economía popular, así como que en los delitos ambientales, las personas físicas y jurídicas serán responsabilizadas penal y administrativamente, independientemente de su responsabilidad civil.

En la legislación infra-constitucional, la Ley de Crímenes Ambientales (9.605/98) es la única que prevé expresamente la posibilidad de incriminación de entes colectivos, en su Artículo 3º, que dispone que las personas físicas y jurídicas serán responsabilizadas civil, penal y administrativamente, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de la entidad².

Al hacer un paralelo con la legislación italiana, especialmente con el Decreto Legislativo 231 de 2001, Fábio Guaragni (2013, p. 123-125) sostiene que los criterios adoptados por ambos son muy semejantes, especialmente en los requisitos del “interés” o “beneficio” del ente³. A partir de esto, de la misma forma en que interpreta la ley peninsular, sostiene que los criterios son alternativos, es decir, permisivos autónomos y no acumulativos de imputación. Así, se hace necesaria una decisión conducente a la infracción, la cual – a partir de una perspectiva *ex ante* – sea tomada en interés de la persona jurídica y sea objetivamente idónea a la producción de rendimiento de cualquier naturaleza, para la misma. Por otra parte, aunque esta decisión no se haya tomado en interés de la empresa, será posible su responsabilización cuando – desde una perspectiva *ex post* – esta haya percibido beneficio o ventaja, pecuniaria o no (GUARAGNI, 2013, p. 123-127).

Para Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 292), este modelo se aproxima de los más incipientes representantes de los sistemas de heterorresponsabilidad, pues enfatiza demasiado la actuación de la persona física y no hace mención alguna al defecto de organización⁴. Además, inauguró un criterio doctrinal y jurisprudencial conocido como “doble imputación”, que

2 “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.” (Brasil, 1998)

3 En lo que se refiere al modelo de imputación, el autor explica que, aunque los textos sean parecidos - exigiendo una actuación de una persona física [en el caso italiano] o una decisión [en el caso brasileño], la interpretación que se hace difiere en ambos los países. En Brasil, el entendimiento doctrinal y jurisprudencial mayoritario es en el sentido de una “responsabilidad por rebote”, derivada de la imputación del crimen a la persona física, descartándose así una autorresponsabilidad del ente colectivo. En Italia, a su vez, los precedentes de la corte de casación sugieren la existencia de un “hecho propio de la persona jurídica” alejando cualquier violación al principio de la personalidad de las penas y de la culpabilidad. Esta interpretación es posibilitada, en parte, por la expresa previsión en el artículo 6º. de la Ley Italiana, de una “culpa organizacional”, consistente en la no adopción de modelos de organización y gestión idóneos a prevenir crímenes de la especie de lo ocurrido (Guaragni, 2013, p. 98-108).

4 En el mismo sentido que GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006a, p. 139), entendemos como defecto de organización cuando la persona jurídica, al utilizar su libertad de autoorganización, lo hace de forma defectuosa o inadecuada.

significa que no es admisible la responsabilidad de la corporación disociada de la persona física. La esencia de lo injusto radica, por tanto, en la realización de una conducta en beneficio o en interés de la persona jurídica, que sea fruto de una decisión de su representante legal, contractual o órgano colegiado (NETTO, 2018, p. 294).

Este entendimiento jurisprudencial permaneció intacto hasta el año 2011, cuando la primera turma del Supremo Tribunal Federal se manifestó en el sentido de que la responsabilidad de la persona natural no es necesaria, posicionamiento que fue reafirmado en 2013, también por la 1ª. Turma del STF, que se fundamentó principalmente en los problemas de eficacia de la persecución penal que este criterio ocasionaría (SARCEDO, 2016, p. 120-122)⁵.

Aunque estos precedentes parecen permitir una suposición del abandono permanente del criterio de la doble imputación, que haría incluso dispensable su tratamiento en el presente trabajo, un análisis más detallado de los fundamentos de estas decisiones muestra que no es así. Conforme explica Alamiro Salvador Netto (2018, p. 305), el cambio de entendimiento fue hecho al abandono de cualquier argumentación dogmática respecto del modelo brasileño, siendo pauta únicamente en justificaciones político-criminales, especialmente en los obstáculos de eficiencia causados por él. En otras palabras, se buscó como “por arte de magia”, superar un obstáculo dogmático a través de un argumento político-criminal. Sin embargo, sostiene el autor que la doble imputación es una infeliz consecuencia lógica del modelo adoptado en Brasil, que una vez atribuida por rebote la responsabilidad de la persona física a la jurídica, se imposibilita dogmáticamente la imputación autónoma de esta última.

Así pues, ya pesar de este cambio de entendimiento, en el modelo brasileño subsisten las mismas críticas que a los demás sistemas de transferencia de responsabilidad. Primeramente porque estos modelos de heterorresponsabilidad, al intentar identificar la corporación con sus propios órganos directores – y consecuentemente, su culpabilidad en caso de crímenes por ellos practicados⁶ – o entonces, fundamentar esta responsabilidad colectiva en el cometimiento de un hecho antijurídico en beneficio o en interés de la persona jurídica⁷, implican de manera general, en violación del principio de la culpabilidad, configurando innegable responsabilidad objetiva o por hecho de otro, a depender de lo caso⁸⁻⁹.

5 RICARDO GLOECKNER (2018, p. 154) destaca que, en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia, el cambio de entendimiento fue posterior con el Mandado de Seguridad 39.173-BA que, alejando la necesidad de la doble imputación, admitió la posibilidad de que una persona jurídica figurara en el polo pasivo de un proceso penal de forma aislada.

6 Concretando la llamada “alther ego theory”, la “United Kingdom House of Lords” (1971), en el juicio del caso Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass, hizo una analogía de la empresa con el cuerpo humano, con su órgano director, el cerebro, que controla todas las funciones, y los funcionarios – es decir, las partes del cuerpo – que actúan de acuerdo con la voluntad de aquellos.

7 Este modelo vicarial, según Inês FERNANDES GODINHO (2007, p. 110-111), se diferencia de lo arriba expuesto en función del escalón del cual la responsabilidad empresarial se deriva. Así, mientras que el primero se deriva de “la parte superior de la escalera”, el segundo admite la derivación de un escalón inferior, acrecentado, conforme explica NIETO MARTÍN (2008, p. 89), la intención de beneficiar u obtener ventaja a la empresa.

8 Aunque elaborada en el plano de la responsabilidad penal individual y teniendo como presupuesto una conducta humana libremente decidida y exteriorizada, la definición de culpabilidad presentada por Lascano (2014, p. 5-6) resulta adecuada en el sentido de que de ella derivan como consecuencias, entre otras, las exigencias de una responsabilidad penal subjetiva y por hecho propio.

9 Aunque un análisis detallado de la temática extrapolaría los límites del presente trabajo, cabe destacar el posicionamiento de GUARAGNI (2013, p. 116-117), que parece apartar la necesidad del principio de la culpabilidad para las personas jurídicas. Según el autor, el vedamiento de la responsabilidad objetiva de las personas físicas tiene su origen en la valorización del ser humano, ya sea a partir del concepto de libre albedrío – en una perspectiva teocéntrica cristiana medieval –, ya sea desde el respeto a los aspectos anímicos, subjetivos y psíquicos del hombre – del modelo cartesiano. De esta forma, aunque defiende la creación de equivalentes funcionales que limiten el derecho penal para el ente colectivo, sostiene que la persona jurídica nunca interesó al desarrollo del principio de la culpabilidad, ya que no sería un ser moral

Además, así como en la crítica hecha por Gómez-Jara Díez (2006b, p. 293) a los modelos de heterorresponsabilidad, el sistema en análisis poco o nada ayuda en la solución de la problemática referente a la “irresponsabilidad organizada y estructural”, una vez que la responsabilidad colectiva todavía se hace muy dependiente de una actividad delictiva por parte de una persona singular específica. Por lo tanto, no atiende a sus finalidades político-criminales¹⁰.

Por las razones expuestas, se observó en Brasil, como enseña Sarcedo (2016, p. 114), un déficit de aplicación concreta del instituto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando evidenciada la necesidad de mayor desarrollo en esta temática a fin de suplir la deficiente técnica legislativa adoptada en la Ley 9.605/98.

2. EL MODELO PROPUESTO POR EL PLS 236/2012

A pesar de la evolución linear experimentada en la doctrina extranjera, el ordenamiento jurídico brasileño aparenta resistir a este movimiento en la temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus modelos. Lo que queda claro en el Proyecto de Nuevo Código Penal, conforme sustenta Paulo Busato (2015, p. 163), es una postura vacilante e insegura, característica de la falta de unanimidad acerca del tema entre los propios miembros de la comisión.

Es importante destacar que, en los trabajos inaugurales de la reforma del Código Penal, se hizo un rechazo expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la inserción de la expresión “humana” en el artículo 13 del texto¹¹. Sin embargo, con la sustitución de algunos miembros de la comisión y tras manifestaciones públicas de miembros del poder judicial y del ministerio público, en el sentido de la necesidad de que Brasil acompañara las legislaciones extranjeras y las imperiosidades políticas criminales en esta temática, el texto inicial del proyecto acabó por incluir, expresamente, esa posibilidad (BUSATO, 2013, p. 19-20).

El artículo 41 del PLS 236/2012 dispone que las personas jurídicas de derecho privado serán responsabilizadas penalmente en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de la entidad, en los crímenes contra la administración pública, el orden económico, el sistema financiero y el medio ambiente¹².

dotado de subjetividad. Estos argumentos van en contra, por ejemplo, del posicionamiento de GÓMEZ JARA-DÍEZ (2010, p. 199-215) que sostiene la posibilidad de una reprobación ética de las personas jurídicas, ya que estas cumplían los requisitos mínimos para ello, en particular, la existencia de un nivel de intencionalidad en sus acciones. En el mismo sentido Walt y Laufer (1990, p. 270-273) sostienen que la atribución de personalidad depende, al menos parcialmente, de la posibilidad de atribuir una elección racional a un ente, ya sea físico o colectivo. A partir de esta línea de raciocinio, llegan a la conclusión de que las empresas pueden ser consideradas ontológicamente personas para algunos propósitos.

10 Los problemas mencionados aquí también se observan en el sistema jurídico portugués, especialmente en su artículo 11, “2”, “a”, que establece que las personas colectivas serán responsables por los crímenes cometidos en su nombre o interés, por personas que en ella ocupen una posición de liderazgo (Portugal, 1995). El permitir esta posibilidad sin al menos cuestionar la existencia (o ausencia) de un defecto de organización, representa una responsabilidad objetiva de la empresa, además de ser una opción político-criminalmente injustificable (Canestraro; Januário, 2018, p. 277-278).

11 PAULO BUSATO (2013, p. 19) explica que el presidente de la subcomisión de la parte general, Dr. Rene Ariel Dotti, de manera conforme a su posicionamiento personal refractario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propuso que el artículo 13 tuviese la siguiente redacción: “Art. 13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le ha dado causa. Se considera causa la acción u omisión humana sin la cual el resultado no habría ocurrido”. [traducción libre]

12 “Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” (SENADO FEDERAL, 2012).

Conforme explica Leandro Sarcedo (2016, p. 184), con el fin de mejorar la redacción del artículo en mención y dejar más clara la intención de verse como un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, se presentó un texto sustitutivo por el Senador Pedro Tasques, en el que se incluía, en el §1º, el vocablo “identificación”, intentando dejar claro que la responsabilidad colectiva no sólo depende de la responsabilidad de la persona física, sino también de su identificación.

Se observa que, concretamente, la única diferencia entre los textos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto y en la Ley 9.605/98 es su amplitud, ya que el PLS 236/12 permite la responsabilización colectiva también en los casos de crimen contra la administración pública, el orden económico y el sistema financiero, limitándola a las personas jurídicas de derecho privado. Además, consta que la disolución o absolución de la empresa no impide la condena de la persona física.

En cuanto al modelo de imputación adoptado por el proyecto, conforme advierte Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 326), en nada se diferencia de los más introductorios modelos de heterorresponsabilidad, a pesar de la frustrada tentativa de referirse como un modelo de autorresponsabilidad, en los parágrafos “1º” y “2º.” (SARCEDO, 2016, p. 185)¹³. Según Netto (2018, p. 327) fue creado un modelo anómalo y de difícil sustentación dogmática, ya que era totalmente contradictorio en su *caput* y sus parágrafos (BUSATO, 2015, p. 174).

En verdad, el Proyecto de Nuevo Código Penal Brasileño adopta un modelo de heterorresponsabilidad, en su vertiente vicarial, una vez que a la identificación de la persona jurídica con su representante legal, contractual u órgano colegiado, se le adiciona el criterio de la actuación en beneficio de la persona jurídica. Entonces, este modelo es pasible de las mismas críticas ya elaboradas a los de la misma especie, o sea, la innegable violación al principio de la culpabilidad, una vez que se trata de evidente responsabilidad por hecho de otro (BUSATO, 2015, p. 173), además de hacer hercúlea la tarea de la defensa criminal de la persona jurídica en juicio, una vez que a partir de la transferencia casi automática de la responsabilidad de la persona física, no hay prácticamente averiguación alguna acerca de la organización o de la actuación de la propia empresa, presumiéndose así su culpabilidad de la actuación de su representante (SARCEDO, 2016, p. 107).

Por lo tanto, surge la crítica de que no hay cualquier mención al defecto de organización y a sus consecuencias jurídicas (NETTO, 2018, p. 327). El desafortunado efecto práctico de esto es que los programas de cumplimiento tienen poca influencia en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En otras palabras, no hay incentivos significativos a la adopción de programas que visen la promoción de una ética de cumplimiento del derecho o de prevención de delitos, ya que, aunque sean adoptados, las corporaciones serán objetivamente responsabilizadas penalmente en caso alguna de las personas previstas en el *caput* del artículo 41 actúen en su interés, cometiendo un acto ilícito¹⁴.

13 “§1º. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autoras, coautoras o partícipes del mismo acto, ni es dependiente de la responsabilidad de ellas. §2º. La disolución de la persona jurídica o su absolución no excluye la responsabilidad de la persona física” [traducción libre] (SENADO FEDERAL, 2012). En el substitutivo: “§1º. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo acto, ni es dependiente de la identificación o de la responsabilidad de ellas” (SARCEDO, 2016, p. 184).

14 Quizá un tanto pretenciosa en los límites espaciales del presente trabajo, la exposición detallada del posicionamiento personal del autor en cuanto a las posibilidades de aprovechamiento de los programas de cumplimiento en el ámbito de la construcción de la teoría del delito para las personas jurídicas, se remite aquí, para los textos en los cuales el tema se trata de manera más detallada: Januário, 2018b, p. 15 e ss; Januário, 2016, p. 172 E Ss.; Januário, 2018a, p. 211 e ss.

De esta forma, la previa organización empresarial, a través de la implantación de canales de denuncia, realización de investigaciones internas, creación de códigos de ética y de conducta, gerenciamento de riesgos y otras actividades relacionadas a los programas de cumplimiento no implicarían consecuencias jurídico-criminales para las personas jurídicas procesadas criminalmente.

Según Shecaira y Sarcedo (2014, p. 704), con el PLS 236/2012 se perdió la oportunidad de adoptar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica pautado en una auténtica parte general desarrollada para estos entes, con tratamiento dogmático diferenciado, pautado en un sistema de imputación más eficaz, viable y al mismo tiempo, garantista, consubstanciado en la composición de un concepto de culpabilidad corporativa que incluya la idea de un defecto de organización.

De esta manera, más allá de las diversas críticas que se hicieron en otros temas del proyecto, en la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de cumplimiento, el PLS 236/2012 es rudimental y poco adecuado a consagrados principios jurídico-penales, tales como la culpabilidad.

3. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la premisa aquí sustentada de que hay necesidad de adopción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea político-criminalmente orientado a la resolución de la cuestión de la “irresponsabilidad organizada”, sin abstraer los principios consagrados por las ciencias jurídico-criminales y los derechos y garantías de las partes involucradas en el proceso, se observa la inconformidad del legislativo brasileño en la Ley 9.605/98 y también en el Proyecto de Nuevo Código Penal, una vez que desconsidera los beneficios dogmáticos y político-criminales de las tendencias doctrinales que dejan de emplear mayores esfuerzos en la búsqueda de un frágil elemento conector con la actuación de la persona singular y pasan a reconocer en los entes colectivos la capacidad de ser penalmente responsables por su propia organización defectuosa.

De la literalidad del artículo 41 del Proyecto de Ley 236/2012 queda un pronóstico de que poco se avanzó en relación a la Ley 9.605/98 y que, si llega a ser efectivamente implantado en el ordenamiento jurídico brasileño, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por él propuesto se mostrará probablemente como de baja idoneidad en el enfrentamiento de la criminalidad empresarial y sobretodo será de baja aptitud de promover un cambio en la forma de organización de las personas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1973). “El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 1, pp. 91-139.

GARCIA CAVERO, P. (2014). *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores.

BRASIL. Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].

BUSATO, P. C. (2013). “Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro” en Busato, P. C. y Guaragni, F. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*, (pp. 17-92). Curitiba. Juruá.

- BUSATO, P. C. (2015). “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas no projeto (e no texto substitutivo) do novo código penal brasileiro” en Leite, A. (org.). *Reforma penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (PLS 236/2012)*, (pp. 159-188). São Paulo. Atlas.
- CANESTRARO, A. C. y JANUÁRIO, T. F. X. (2018). “Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, pp. 261-285, dic. 2018.
- GLOECKNER, R. J. (2018). “Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica” en Busato, P. C. (org.) y Greco, L. (coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil – Alemanha*, (pp. 153-165). Florianópolis. Tirant lo Blanch.
- GODINHO, I. F. (2007). *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006^a). “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” en Gómez-Jara Díez, C. (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (pp. 93-162). Navarra. Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2006^b). “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*” en Gómez-Jara Díez, C. (ed.). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (pp. 239-309). Navarra. Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010). *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo: B de F.
- GUARAGNI, F. A. (2013). ““Interesse ou benefício” como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – a exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º. da Lei 9.605/98” en Busato, P. C. y Guarani, F. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*, (pp. 93-132). Curitiba. Juruá.
- JANUÁRIO, T. F. X. (2016). “Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos”. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, pp. 161-191. jul/dez. 2016.
- <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. [Consulta: 21 de marzo de 2019].
- JANUÁRIO, T. F. X. (2018a). *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de agosto*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- <<http://hdl.handle.net/10316/85898>>. [Consulta: 28 de junio de 2019].
- JANUÁRIO, T. F. X. (2018b). “Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva”. *Conpedi law review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, pp. 1-23, Jan-Jun. 2018.
- <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/4514>>. [Consulta: 21 de marzo de 2019].
- LASCANO, C. J. (2014). “Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico (Mercosur)”. *CIIDPE – Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico*.
- <<http://www.ciidpe.com.ar/?p=190>>. [Consulta: 11 de enero de 2019].
- Lei 9605/98 - BRASIL. *Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*.
- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].

- NETTO, A. V. S. (2018). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- NIETO MARTÍN, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- PORTUGAL. *DL n. 48/95, de 15 de março: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995*.
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. [Consulta: 22 de marzo de 2019].
- PLS 236/12 - SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado Nº. 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal*.
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. [Consulta: 15 de febrero de 2018].
- SARCEDO, L. (2016). *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs.
- SCHÜNEMANN, B. (1988). “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, pp. 529-558., mayo/ago. 1988.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado Nº. 236, de 2012: anteprojeto de Código Penal*.
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. [Consulta: 15 de febrero de 2018].
- SHECAIRA, S. S. y SARCEDO, L. (2014) “A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012)” en Paschoal, J. C. y Silveira, R. M. J. (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*, (pp. 687-705). Rio de Janeiro: G/Z.
- UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS (1971). *Tesco supermarkets limited v. Natrass*. 31st March 1971.
<<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>>. [Consulta 05 de abril de 2018].
- WALT, S. y LAUFER, W. S. (1990). “Why personhood doesn't matter: corporate criminal liability and sanctions”. *Am. J. Crim. L.*, v. 18, pp. 263-287.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2000). *Bases para un modelo de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal argentino

Gabriel Gustavo Merola*

Universidad de Buenos Aires

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.02

RESUMEN

Durante los últimos años han surgido numerosas normas que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el mundo y Argentina no ha sido la excepción. Al igual que en muchos países de hispanoamérica, estas nuevas normas han ido ampliándose – motivadas por las exigencias de algunos organismos internacionales – y han tenido una fuerte resistencia de parte de la doctrina y jurisprudencia. Este estudio busca sintetizar estas discusiones armonizando las necesidades de política criminal en el marco de una creciente criminalidad empresarial con los principios directores del derecho penal.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, régimen penal tributario, lavado de activos, delitos contra la administración pública, Argentina.

ABSTRACT

During the last years numerous norms have appeared that regulate the criminal responsibility of legal persons in the world and Argentina has not been the exception. As in many countries of Ibero-America, these new norms have been expanded, motivated by the demands of international organizations and have been strongly resisted by the doctrine and jurisprudence. This study seeks to synthesize these discussions, harmonizing the needs of criminal policy in the framework of a growing business criminality with the guiding principles of criminal law.

Keywords: criminal responsibility of legal persons, tax regulation, money laundering, corruption, Argentina.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Esp. en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito, Universidad de Castilla - La Mancha. Maestrando en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desarrolla como docente adjunto de la materia Prevención de fraude y delitos económicos, Universidad Católica Argentina y es abogado querellante en delitos económicos de la Unidad de Información Financiera del mismo país.

INTRODUCCIÓN

El establecer mecanismos efectivos para combatir la criminalidad organizada transnacional resulta ser una preocupación creciente en la comunidad internacional organizada. En tal sentido, tanto los tratados internacionales en la materia como los documentos y recomendaciones elaborados por los organismos internacionales creados para el abordaje de estos delitos propugnan la modificación de las legislaciones internas a fin de adecuarlas a las nuevas exigencias internacionales.

Esta preocupación ha incluido la posibilidad de imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas, en el entendimiento de que el crecimiento de su papel dominante en la vida de los ciudadanos tiene su correlato en el ámbito de la criminalidad organizada.

De esta manera, al abordar casos de delito económico de carácter transnacional resulta inevitable encontrarnos con personas jurídicas que, o bien son utilizadas para llevar a cabo delitos por parte de algunos de sus directivos, o bien realizan los mismos mediante una clara expresión de la voluntad societaria e incluso, en ocasiones, son creadas o adquiridas al solo efecto de cometer delitos. Se trata de empresas que cometen no solo delitos vinculados con la corrupción, el fraude y la evasión, sino también maniobras de lavado de activos de proveniencia ilícita.

Algunos países europeos como Holanda, Islandia y Francia son pioneros en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, habiendo dictado legislaciones de este tinte a principios de la década del 90.

En Latinoamérica, este concepto comenzó a aparecer en 2009 en Chile, y continuó con legislaciones similares en Perú, Colombia, México y Brasil, entre otros.

Por su parte, Argentina comenzó, en el año 2011, un proceso de incorporación a su legislación de distintas leyes especiales que receptaban la responsabilidad penal para algunos delitos, pero recién a fines de 2017 se estableció un tipo penal que abarcaba el conjunto de delitos contra la administración pública.

Si realizamos un análisis histórico de estas modificaciones normativas podemos identificar con facilidad que cada una de ellas surgió a partir de las exigencias de organismos internacionales.

Así, el artículo 304 del Código Penal Argentino incorporado en el año 2011 mediante la Ley 26.683, que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas en supuestos de lavado de activos, se dictó en los días posteriores a la tercera evaluación del GAFI, cuyos resultados negativos colocaron a Argentina al borde de perder su lugar como miembro pleno del organismo y cuyas sugerencias implicaban precisamente la de instituir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por su parte, la Ley N° 27.401, dictada en diciembre de 2017, que tiene por objeto establecer el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas cuando cometan delitos de corrupción contra la administración pública, permite adaptarse a los estándares internacionales antisoborno y cumplimentar con ello los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional al ratificar la Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (O.C.D.E.), en un marco en el cual el Gobierno Nacional pugna por ingresar como miembro pleno al organismo¹.

A su vez, debe tenerse en cuenta que Argentina aprobó mediante la Ley 25.632 del año 2002 la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional que en su artículo 10 establece: “*cada Estado adoptará las medidas necesarias, de conformidad con*

1 Según indicó el presidente argentino en su discurso de apertura del G-20 en Buenos Aires el pasado 29 de noviembre de 2018.

*sus propios principios, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado*².

1. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN LA MATERIA

El sistema argentino de responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla tanto las infracciones a la ley penal tributaria (Ley 24.769), como los casos de lavado de activos (Ley 26.683) y recientemente mediante la Ley 27.401, delitos de corrupción contra la administración pública, tales como el cohecho y tráfico de influencias, las negociaciones incompatibles con la función pública y el enriquecimiento ilícito.

1.1. LEY 24.769 (RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO)

El régimen penal tributario introdujo en el año 2011 el artículo 14 que señala que cuando los hechos delictivos previstos en esa ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
3. Suspensión de participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años.
4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviera.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal.

Fue esta la primera ley nacional de responsabilidad de las personas jurídicas y la que motivó el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “FLY MACHINE”³ al que nos referiremos seguidamente.

1.2. LEY 26.683 (MODIFICATORIA DEL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS)

La ley establece un sistema similar al del régimen penal tributario, con la particularidad de que el monto de la multa se calcula (al igual que para las personas físicas) teniendo en cuenta los bienes objeto del delito de lavado de activos (de dos a diez veces aquel monto).

El único precedente jurisprudencial que se registra en la materia es el del Tribunal Oral en el Criminal Federal de Corrientes del 15 de marzo de 2018, en autos “Rodríguez, Roberto Eduardo; y otros s/ Infracción art. 303 C.P”, Expediente FCT 12000024/2012, mediante el cual se dispuso la cancelación de las personerías jurídicas que habían sido constituidas por los imputados y la pérdida de todos los beneficios estatales que tuvieran, debiendo publicarse un extracto de la sentencia condenatoria a su costa.

2 Si bien la norma no hace referencia explícita a sanciones penales indica que las mismas deberán ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.

3 CSJN, 30 de mayo de 2006 “Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario”

1.3. LEY 27.401 (RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN)

Esta ley, aprobada en diciembre de 2017, aún no ha tenido oportunidad de ser aplicada por los tribunales argentinos. Establece un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas de carácter privado, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal cuando las mismas resulten responsables por los siguientes delitos:

1. Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos en los Arts. 258 y 258 bis del Código Penal;
2. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevista por el Art. 265 del Código Penal;
3. Concusión, prevista por el Art. 268 del Código Penal; dádivas
4. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los Arts. 268 (1) y (2) del Código Penal;
5. Balances e informes falsos agravados, previsto por el Art. 300 bis del Código Penal.

De esta manera, las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando los delitos previstos en la nueva normativa sean realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También lo serán si el tercero que actuó en beneficio o interés de la persona jurídica carecía de atribuciones para obrar en su representación, siempre que la persona jurídica hubiera ratificado la gestión, aunque sea de manera tácita.

En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

La nueva ley deja en claro que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana que cometió el delito actuó en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

Otro supuesto previsto es el de la exención de pena cuando la firma cumpla simultáneamente con los siguientes requisitos: a) haya denunciado espontáneamente el delito como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; b) haya implementado un sistema de control y supervisión adecuado (como, por ejemplo, un programa de integridad), con anterioridad al hecho delictivo, y la violación de ese sistema haya exigido un esfuerzo por parte de los intervinientes en la comisión del delito; y c) haya devuelto el beneficio obtenido por el delito.

En cuanto a la prescripción, la misma operará a los 6 años.

Del texto normativo surge la independencia de las acciones llevadas contra las personas jurídicas en relación con aquellas en las que se impute a sus directivos. En tal sentido, la ley sostiene que la persona jurídica “podrá” ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Asimismo, prevé como supuesto excepcional, aquellos casos en que sea indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, en cuyos casos, no serán aplicables las sanciones de cancelación de personería, también establece que el juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un periodo de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago ponga en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Por último, contempla la posibilidad de que la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal celebren un “acuerdo de colaboración eficaz”, por medio del cual el ente ideal se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o la recuperación del producto o las ganancias del delito. Dicho acuerdo de colaboración podrá celebrarse hasta el momento de la citación a juicio.

2. ASPECTOS DOGMÁTICOS – RESISTENCIA DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Si bien la legislación argentina cuenta desde hace casi 8 años con normas que atribuyen responsabilidad penal a las personas jurídicas, su aplicación ha sido muy escasa, contando con apenas un puñado de sentencias y casi todas ellas vinculadas a delitos tributarios menores. Esto se debió a la gran resistencia que estas normas tuvieron principalmente en la doctrina clásica, así como también en la jurisprudencia.

Las críticas a estas normativas por parte de la doctrina clásica parten de autores como Sebastián SOLER, Carlos FONTÁN BALESTRA, Ricardo NUÑEZ, Carlos CREUS y Raúl Eugenio ZAFFARONI, quien tuvo la oportunidad de expresar su punto de vista en su disidencia al fallo “FLY MACHINE” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo el único magistrado que se expresó sobre el fondo de la cuestión (la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio de los acusadores en relación con la imposibilidad de imputar personas jurídicas).

Sin buscar ser exhaustivos sintetizaremos las críticas en las siguientes premisas: 1 – La sociedad es una persona distinta de los socios; que no realiza actos, no puede delinquir, porque no puede actuar (acción es actuar humano). De este modo por el principio *nulla injuria sine actione* no podría asignarse responsabilidad penal a la persona jurídica. 2 – No es posible imponer una sanción por el principio de culpabilidad dado que no resultaría factible exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto, precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación. La persona jurídica no contaría con el libre albedrío requerido. Tampoco podría actuar con dolo. 3 – Resultaría injusto sancionar a todos los asociados que no intervinieron en los hechos o que incluso se opusieron a los actos ejecutados por los directores o accionistas. 4 – nuestro sistema normativo contempla la norma “*societas delinquere non potest*”, tanto es así que Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil indicó en una de sus notas interpretativas: “*el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un ser libre e inteligente. La persona jurídica esta privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal*” e incorporó esa premisa en su artículo 43.

Estas críticas se ven a su vez complementadas por la ausencia de una regulación procesal específica en la materia, como expresa ZAFFARONI en el considerando 12) de su voto en FLY MACHINE.

A pesar de estos posicionamientos, la tendencia internacional a avanzar en la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas parece no encontrar freno en nuestro país. Por otro lado, resulta innegable que estas legislaciones son instrumentos eficaces desde un punto de prevención general positiva. La sensación de impunidad que abunda entre los ciudadanos queda de manifiesto cuando las personas físicas son condenadas, embargadas y desapoderadas, pero mantienen su poderío a través de corporaciones que continúan operando normalmente. En ese sentido, resulta claro el contraste entre la inflación penal registrada en los últimos años para los delitos comunes y el criterio restrictivo utilizado cuando se trata de delitos económicos atribuidos a corporaciones.

Sin embargo, estas razones de política criminal no pueden resultar suficientes para el sostenimiento de instituciones penales so pena de incurrir en un derecho penal contradictorio, vulnerando la teoría del delito. Por ello, a fin de modernizar y efectivizar nuestro sistema penal deben abordarse las críticas dogmáticas arriba formuladas.

En primer lugar, corresponde tener presente que de la lectura del texto legal surge que el legislador argentino optó por un modelo de autorresponsabilidad al indicar entre los supuestos típicos, aquellos en los que la persona jurídica “toma intervención”. No se trata entonces de penar a la persona jurídica por un hecho cometido por otro (como sucede en el modelo vicarial), sino de asignarle a esta una responsabilidad por sus hechos propios. A su vez, esta postura es reforzada por el hecho de que el legislador haya indicado que podrá ser condenada la persona jurídica aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido.

En tal sentido, y descartando el actuar por otro, el primer escollo parte de la capacidad o no de acción de la persona jurídica. Indica en tal sentido el profesor CARO CORIA que “*un primer lineamiento se concreta en la revisión del concepto de acción penalmente relevante de modo que abarque, indistintamente, el comportamiento de la persona humana y el del ente colectivo*”⁴, a tal fin indica que de acuerdo al funcionalismo normativista y en particular a JAKOBS, la acción se define como la evitabilidad individual de la producción de un resultado, o sea, la capacidad subjetiva de evitar lo prohibido o realizar lo prescripto.

Desde esta perspectiva, entendiendo que las acciones de los órganos de una persona jurídica con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas, éstas últimas se encontrarían en condiciones de evitar la producción de un resultado lesivo mediante los reglamentos y mayorías que exijan sus normas internas. Según Hirsch, este particular modo de actuar por medio de los órganos legalmente constituidos se trata de una “*forma de actuar propio por medio de otro, condicionada por la estructura de la corporación. Por lo tanto, las asociaciones de personas son, por sí mismas, capaces de acción*”⁵. La conformación de esta voluntad social, se trata de una ficción legal, como tantas que conforman nuestro sistema normativo. Como afirma Zuñiga Rodriguez: “*no se trata de una conducta personal, sino de un resultado antijurídico evitable e imputable a la empresa*”⁶

Binder por su lado, siendo partidario de un sistema de doble imputación⁷ acuñó el concepto de “*acción institucional*” indicando que en este “*no solo actúa el aparato psíquico de cada uno de los participantes sino también y de modo decisivo, el interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos*”⁸.

En cuanto al juicio de culpabilidad, la exigencia de una capacidad psicológica que motive el accionar doloso o culposo no resulta posible en el marco de las personas jurídicas. Por ello, el legislativo argentino recurrió como fundamento al “*defecto de organización*”. De esta manera, lo que castiga es la omisión de adoptar las medidas necesarias de prevención, supervisión y control, lo que posibilita con esa omisión la comisión de los hechos delictivos de sus miembros;

4 CARO CORIA, Dino Carlos “*La responsabilidad de la propia Persona Jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano*”, DialNet, página 435.

5 HIRSCH HANS J. “*La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas*”, en Derecho Penal. Obras completas. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003. P. 116.

6 ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “*Bases para un modelo de imputación penal de las personas jurídicas*”, página 228.

7 El autor propone atribuir responsabilidad a las personas físicas que integran el ente mediante la teoría del delito tradicional y construir un nuevo sistema para las personas jurídicas.

8 BAIGÚN, David, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, páginas 38 y 39.

y, a su vez, aquellas imprudencias que se desprendan de su organización deficiente, de su poco o insuficiente apego a la cultura de cumplimiento.

Este modelo resulta palmario de la letra legal ya que la misma establece dentro de los supuestos previstos de exención de responsabilidad el cumplimiento de aquellos procedimientos eficaces dejando a salvo a la empresa cumplidora y penando a quien se aparte de aquellas previsiones.

En cuanto al perjuicio que los socios no participantes pudieran sufrir, es dable considerar al mismo como un riesgo financiero más con el que cuentan quienes realizan un emprendimiento de determinadas características y delegan en terceras personas la dirección de los mismos. No parece haber en esto un problema insalvable.

Por último, en relación con las limitaciones normativas contenidas en el derecho civil argentino y que hacen al carácter de las personas, se trata de normas que pueden (y deben) ser actualizadas para evitar un sistema que resulte confuso y hasta contradictorio. En igual sentido, la falta de regulación procesal que indique con claridad quien será capaz de representar a las personas jurídicas en los distintos pasos procesales resulta un escollo que debe ser tenido en cuenta por el legislativo en atención al posible conflicto de intereses entre las personas jurídicas y sus representantes legales.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Como afirma Cuello Contreras, la criminalidad organizada es un fenómeno frente al que no es fácil responder con los instrumentos dogmáticos tradicionales⁹. De allí que – como sostiene Von Ihering: “*No es la vida la que debe plegarse a los principios, sino estos modelarse sobre aquélla*”¹⁰. Resulta imprescindible evitar situaciones de impunidad en casos de delitos económicos perpetrados por personas jurídicas. El derecho no puede continuar por detrás de los hechos y tener claridad de que la creciente participación y diversificación de personas jurídicas en la vida social tiene su correlato en el mundo de la ilegalidad. De allí la necesidad de avanzar en la sanción penal de las personas jurídicas en Argentina, tal y como se avanza crecientemente en otros países del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- BAIGÚN, D. (2000). “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*”, Buenos Aires. Editorial Depalma.
- BLANCO, H. (2000). “*Responsabilidad Penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el art. 304 del Código Penal*”, Revista Pensamiento Penal.
- CARO CORIA, D. C (2001). “*La Responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano*”, DialNet.
- CREUS, C. (1988) “*Derecho Penal*”. Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 132.
- DIEZ RIPOLLÉS, J. L. (2012). “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*”, InDret.
- FONTAN BALESTRA, C. (1970). “*Tratado de Derecho Penal*”, T. I. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp 381.

9 CUELLO CONTRERAS, J “*los casos “irresolubles” como paradigma de la dogmática penal o ¿sirve para algo todavía la dogmática?, casos difíciles o irresolubles?* Edit. Dykinson, Madrid 2010, página 53.

10 VON IHERING, R, “*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*”, año 1998, página 1020.

- HIRSCH H. J. (2003) “*La cuestión de la responsabilidad de las asociaciones de personas*”, en Derecho Penal. Obras completas. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- LEY 24.769 – ARGENTINA, de 13 de enero de 1997: *Delitos tributarios. Delitos relativos a los recursos de la seguridad social. Disposiciones generales procedimientos administrativo y penal*.
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm>> [Consulta: 05 de agosto de 2019].
- LEY 26.683 – ARGENTINA, *Código Penal*.
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm>>. [Consulta: 05 de agosto de 2019].
- LEY 27401 – ARGENTINA, *Responsabilidad Penal*.
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-99999/296846/norma.htm>> [Consulta: 05 de agosto de 2019].
- NÚÑEZ R. (1971), “*Derecho Penal Argentino*”. T. I. Ed. Lerner. Buenos Aires.
- RIGHI, E (2000), “*Los delitos económicos*”, Ad-Hoc. Buenos Aires, pp. 110.
- ROBIGLIO, C. (2007): “*Responsabilidad Penal de las personas jurídicas por contrabando. Comentario del fallo Fly Machine SRL*”, Revista del Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario
- RUSCONI, M. (1995). “*Persona Jurídica y Sistema Penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación? Publicado en AAVV “El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigun*”, Editores del Puerto, Bs. As. 1995.
- SOLER, S. (1963). “*Derecho Penal Argentino*”. Ed. TEA. Buenos Aires.
- VON IHERING, R (1998). “*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*”.
- ZAFFARONI, E. R. “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. (2012). “Responsabilidad penal de las empresas. Experiencias adquiridas y desafíos futuros”, DialNet.

¿Es un fraude de etiqueta el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español? Un análisis desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en la institución de los deberes negativos y positivos en el Derecho Penal

Lenin Stalin Vladimir González Benítez*

Universidad de El Salvador

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.03

RESUMEN

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la reforma del año 2015 y la sentencia STS/221/2016, España ha adoptado y consolidado un modelo de autorresponsabilidad, con base en su hecho propio, que se identifica con la no prevención de delitos por parte de la persona jurídica en aras de evitar que responda por el hecho de la persona física. Al margen de la instauración de un modelo de hecho propio, se advierten problemas desde la óptica de atribución del resultado, generándose un fraude de etiqueta. Con la finalidad de superar el anterior impase, se hará uso de los deberes negativos y positivos del Derecho penal, como elementos tendientes fundamentar el juicio de imputación objetiva, permitiendo vislumbrar con mayor precisión el nexo entre el defecto de organización de la persona jurídica y el delito de la persona física; con miras a racionalizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, evitando incurrir en fraudes de etiquetas.

Palabras clave: Autorresponsabilidad, fraude de etiqueta, imputación objetiva, deberes negativos, deberes positivos, plan de prevención de delitos, riesgo permitido, riesgos jurídicamente desaprobado, ámbito de aplicación de la norma.

ABSTRACT

In the subject of criminal liability of legal entities, with the 2015 reform and the Higher Court Case STS /221/2016, Spain has adopted and consolidated a self-liability model, with its foundation on the self-act, which is related with the non-prevention of crimes committed by a natural person. Aside of the formalization of a self-act model, problems related to the figure

* Abogado y Notario de la República de El Salvador. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Egresado de la Maestría en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de La Rioja, Logroño, España. Especialista en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Letrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

of attribution of result are warned, generating a *label fraud*. With the intention of solving the aforementioned issue, a use of the negative and positive requirements of criminal law will be made, utilizing elements that intend to give a foundation to the judgment of the objective imputation, allowing to see with better precision, the link between the flaw of organization of the legal entity and the crime committed by the natural person; with the intent of rationalizing the criminal liability of the legal entities, avoiding the usage of a label fraud.

Keywords: Self-liability, label fraud, objective imputation, negative requirements, positive requirements, crime prevention plans, lawful allowed risk, unlawful disapproved risk, sphere of law application.

INTRODUCCIÓN

En la formulación de esta comunicación, no se analizará la justificación político criminal ni la factibilidad dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de compartir tales premisas, solamente se hará un análisis de racionalidad dogmática de la regulación española, tomando como parámetro el instituto de la imputación objetiva; con miras a demostrar que la actual regulación sigue relegando la responsabilidad del hecho de la persona física en la persona jurídica, pese a la reforma del año 2015 con la que se pretendió clarificar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptado en el año 2010, tal y como se puede advertir del preámbulo de la ley de reforma, donde se hace una exposición de motivos de la misma¹, así como del pronunciamiento STS/221/2016 del 16 de marzo de 2016, FJ 5 del Tribunal Supremo Español², en el que se acuñó el concepto de delito corporativo, pretendiendo enfatizar en el hecho propio de la persona jurídica.

Lo anterior, en el sentido que, el modelo contenido en el art. 31 bis³, al margen de plantearse como una forma de imputación por el hecho propio, basado en el defecto de organización empresarial, sigue manteniendo una presunción de culpabilidad de la persona jurídica por el hecho cometido por la persona física, en virtud de no poder verificar si tal defecto de organi-

1 La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.

2 “En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro”.

3 El modelo contenido en tal disposición, estriba en la comisión de los delitos que la ley estipule que pueden ser cometidos por personas jurídicas, que beneficien directa o indirectamente a la misma; mediante dos vías de imputación: a) de los delitos cometidos por los representantes legales o personas autorizadas para la toma de decisiones o que tengan facultades de organización y control; y b) de los delitos cometidos por los que están sometidos a la autoridad de los que tienen poder de decisión, porque esto últimos, no ejercieron el debido control sobre aquellos. Lo anterior, motivado por la ausencia de un modelo de prevención de delitos, o por contar con uno defectuoso, en virtud de no cumplir los presupuestos del apartado 5 del art. 31 bis.

zación fue lo que provocó el resultado típico (delito de la persona física), no existiendo nexo entre tales elementos típicos; aunado a ello, tampoco puede responder por el solo defecto de organización, al no estar tipificado como delito. En consecuencia, se genera un supuesto de responsabilidad objetiva, que vía fraude de etiqueta⁴, se pretende hacer ver que no existe, justificando que cada sujeto responde por su propio hecho, configurando un delito corporativo, cuyo tipo de injusto, estaría configurado por el delito cometido por la persona física (hecho propio de esta), y si tal delito se suscitó o facilitó por un defecto de organización de la persona jurídica (hecho propio de esta).

1. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Expuesta la problemática a abordar, como punto de partida, tomando de referencia la estructura típica del delito corporativo, que parte de un hecho de conexión, identificado con el delito cometido por parte de la persona física integrante de la persona jurídica, en beneficio directo o indirecto de esta última, y facilitado por la defectuosa organización de la misma; *“(...) en cierta medida, se presenta como una responsabilidad omisiva propia ya que se castiga por la ausencia de control o defecto de organización; sin embargo, el art. 31 bis no es un delito inserto, como tal, en la parte especial, sino un modelo de responsabilidad”*.⁵ Bajo ese esquema, se logran vislumbrar los hechos propios de ambos sujetos.

En ese sentido, el defecto de organización de la persona jurídica, no se configura como un tipo penal, sino como el fundamento bajo el que se construye su responsabilidad; por ende, el delito de la persona jurídica, estribaría en el delito de la persona física, como producto de la defectuosa organización de aquella. Si eso es así, para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, el delito de la persona física, habrá de ser producto del incremento del riesgo permitido generado por la defectuosa organización empresarial, que deberá estar comprendido en el ámbito de protección de la norma, identificado con la prevención de delitos por parte de las empresas. De no ser así, no cabría hablar de imputación objetiva del resultado, configurándose un supuesto de responsabilidad objetiva, al margen de que rija un modelo de autorresponsabilidad.

En palabras de Paulo Busato (2019):

El (...) verdadero fraude en que consiste esta argumentación reside en el llamado hecho de conexión, que no es más que “la existencia de una conducta cometida por una persona física que lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido, es decir, que cumpla la vertiente objetiva del tipo penal”. Como tal, evidentemente, aparece la transposición artificial de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica, en la exacta medida de que se le imputa a la persona jurídica precisamente lo que hizo una persona física (P.87-88).⁶

Sin embargo, afirmar que, el delito de la persona natural se dio por la defectuosa organización de la persona jurídica, sin mayor acotación, genera diversas interrogantes, para el caso: ¿cuál sería la medida inobservada que concretamente generó el defecto de organización?, ¿si tal inobservancia fue lo que facilitó la comisión del hecho delictivo? Las cuales, tienen incidencia en la imputación del resultado que, en caso de pasarse por alto, podrían conllevar auténticas

4 No existe una definición técnica de lo que significa fraude de etiqueta, no obstante ello, se utiliza en la jerga jurídica, para describir situaciones que, pese a presentarse de una forma, su naturaleza responde a otra forma.

5 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013), *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 1ª edición, Vallalodid, Thomson Reuters, pág. 125.

6 BUSATO, P.C. (2019), *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanch, págs. 87-88.

presunciones de culpabilidad. Con ello, no se quiere indicar que, el nexo de imputación entre el defecto de organización y el delito de la persona natural, deba verificarse desde una perspectiva físico-causal, sino más bien, construir un sistema de imputación que permita verificar de forma racional el nexo entre déficit de control del riesgo organizativo y el resultado.

En aras de responder los anteriores cuestionamientos, se hace necesario buscar soluciones dotadas de racionalidad dogmática. En ese sentido, al ser un tema de concreción del riesgo en el resultado típico, debe partirse de lo que implica el mismo y cuándo se entenderá jurídicamente desaprobado. En tal contexto, debe considerarse la actual dinámica empresarial, donde la empresa funge como uno de los principales agentes económicos, generando bienes y servicios pero, al mismo tiempo, es un foco generador de riesgos, que por sus implicaciones en la sociedad, pueden conllevar efectos sumamente perniciosos: contaminación y destrucción del medio ambiente, flujo ilícito de capitales, corrupción, entre otros.

Atendiendo a la diversidad y magnitud de los riesgos que convergen en la empresa, se hace necesario fijar los cánones que los mantengan en un nivel permitido; labor titánica, si se consideran las características de la actual dinámica empresarial: complejidad de su estructura (jurídica y funcional), diversificación y dispersión de competencias, fungibilidad de los actores personales que la conforman, entre otras circunstancias. En razón de tales peculiaridades, al Estado se le dificulta llegar hasta los ámbitos más internos de las entidades y tener el control de todos esos aspectos, que es donde gestan hechos delictivos de empresa; ante ello, el Estado ha optado por una estrategia de autorregulación empresarial, tendiente a obligar a las empresas a colaborar con la prevención de delitos que pueden surgir en su seno.

Bajo esa tesisura, Galán Muñoz (2017), sostiene que:

A la empresa se le atribuirá responsabilidad penal (...) de los hechos delictivos cometidos por determinados individuos que actúan en su estructura o colaboran con ella, porque el Estado ha decidido obligarlas a involucrarse y a colaborar en la prevención de tales hechos, para lo cual, ha establecido el deber legal de que los prevengan y ha previsto la posibilidad de que se las pueda penar por la producción de tales delitos, si no cumplen con dicho deber y ello termina facilitando que alguno se pudiese cometer en el giro de la entidad y en su beneficio (P.212).⁷

Al ser un gestor de riesgos penales, la empresa debe controlarlos, manteniéndolos en niveles óptimos y aceptables, para evitar la producción de resultados delictivos, los cuales, no se le imputarán desde una óptica físico-causal, sino normativa. Por ende, estos "(...) fenómenos están haciendo surgir un nuevo Derecho penal económico de carácter preventivo-tecnocrático que precisa un urgente tratamiento dogmático para canalizar la responsabilidad penal por límites razonables (...)".⁸

Con el afán de hacer un abordaje dogmático de la cuestión, es pertinente acotar que, desde la óptica de la imputación objetiva, con énfasis en el ámbito del Derecho penal económico, (...) a la hora de determinar la tipicidad o atipicidad de determinadas conductas, no se puede prescindir de las posiciones jurídicas o roles jurídicos sobre los que se proyecta la valoración específicamente jurídico-penal".⁹

7 GALÁN MUÑOZ, A. (2017), *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanc, pág. 212.

8 FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2009), "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos", InDret, pág.44, (<http://www.indret.com/indret>; última visita: 15 de mayo de 2019).

9 FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Op.cit.* ant. pág. 9.

De ello se sigue que, en el ámbito de determinación del resultado, como parte del tipo de injusto de los delitos que conforman el Derecho penal económico, es importante tener en cuenta el contexto en que se suscitan las diferentes relaciones económicas, pues, al final de cuentas, es donde se llevan a cabo conductas que, en algunos casos, ya implican la realización de un riesgo, debiendo adoptarse por parte de los actores de esas relaciones, comportamientos tendientes a mantenerlo en un nivel permitido, ya sea, no afectando a los demás (deberes negativos) o realizando determinadas prestaciones (deberes positivos). Siendo en este contexto donde adquieren relevancia la figura de los deberes negativos y positivos, como fundamentos de la responsabilidad penal. “*Por un lado, se encuentra la institución negativa (deberes negativos) cuyo fundamento proviene del principio iusfilosófico neminen laedere y, por otro, la institución positiva (deberes positivos) que se sustentan en la responsabilidad institucional y en la solidaridad para el caso de la omisión de socorro.*”¹⁰

En virtud de los deberes negativos, las personas deben organizar su actuar, respetando y evitando dañar a los demás; tales deberes, le son exigidos al común de las personas, de hecho, la mayoría de tipos penales, se cimientan en la infracción de deberes negativos. Por otra parte, los deberes positivos son mandatos que sobrepasan el mero hecho de respetar, requiriendo un *plus*, que se identifica con la realización de contribuciones dirigidas al bienestar de los demás; clasificándose en generales y especiales. Los deberes positivos generales, se fundamentan en razones de solidaridad con los demás miembros de la sociedad, sub clasificándose en deberes de solidaridad activa (omisión del deber de socorro) y pasiva (deber de tolerancia). Por su parte, los deberes positivos especiales, atañen a labores de cooperación con el Estado, en tareas que le son propias a este último.

La relevancia de la anterior clasificación tiene incidencia en materia de tipificación de conductas y atribución de resultados, ya que la infracción de un deber negativo (libertad de organización), podrá dar base a la atribución del resultado típico, en la medida que, producto de no haberse organizado correctamente, se suscitó el mismo. Por su parte, la infracción de un deber positivo, al no constituirse como parte de la libertad de organización, no podrá dar lugar a la atribución de un resultado típico, solo podrá castigarse si se tipifica de forma autónoma la mera infracción del deber.

Si la vulneración de tales deberes, es lo que permite construir el fundamento de la responsabilidad penal, deberá analizarse la descripción típica contenida en el supuesto de hecho, y así identificar el tipo de deber que contiene. En esa sintonía, el legislador español estipuló que la responsabilidad penal de las personas jurídicas operará solo en los casos expresados en la ley, siendo ese el hecho de conexión, el cual deberá complementarse con el contenido del art. 31 bis, que establece la conducta a realizar por la persona jurídica, consistente en un deber de prevención de determinados delitos; “*(...) dicho deber preventivo no aparecía expresamente contemplado ni mencionado, como tal, en nuestro Código penal antes de la reforma del 2015, habrá que reconocer que, en realidad, sí que lo hace tras la misma.*”¹¹

Si la conducta exigida a la persona jurídica es impedir la comisión de delitos, se estaría en el ámbito de un deber negativo, en virtud del cual tiene libertad de organizarse como estime conveniente, con la limitante de controlar ciertos riesgos, evitado que sobrepasen el nivel permitido y desencadenando la comisión de hechos delictivos. En otras palabras, la responsabilidad de la empresa tendría como fundamento el incorrecto ejercicio de su libertad de organización, respondiendo por las consecuencias que de ello surjan, por no haberse adoptado las medidas tendientes a evitar la comisión de delitos.

El contenido de lo que implica el referido deber de prevenir delitos, fue estipulado en los apartados 2,4 y 5 del art. 31 bis, constituyendo un supuesto de autorregulación regulada. En

10 NAVAS MONDACA, I. (2018), *Deberes negativos y positivos en el Derecho penal*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanch, pág. 19.

11 GALÁN MUÑOZ, A. *Op.cit.* ant. pág. 212.

virtud de tal deber, se exige la implementación y ejecución de un modelo de organización y gestión para prevenir delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión, que cumpla con los requisitos del apartado 5 del referido artículo, los que permitirán vislumbrar con mayor nitidez, cuando se está en el ámbito de un riesgo permitido y cuando se ha sobrepasado el nivel de lo permitido. Tales requisitos son: elaborar un mapa de riesgos (5.1), establecer los protocolos y procedimientos (5.2), disponer de los suficientes recursos financieros para implementar el plan de prevención de delitos (5.3), implementar un canal de denuncias (5.4), sistema disciplinario (5.5) y verificación periódica del modelo de prevención de delitos (5.6).

Dichos parámetros configurarían una especie de ideario de prevención de delitos por parte de las personas jurídicas, que deberán ser revisados al momento de evaluar la idoneidad del programa de prevención de delitos, con la finalidad de verificar si el resultado delictivo fue consecuencia de un riesgo jurídicamente desaprobado y no previsto, en virtud de no haberse implementado un modelo de prevención de delitos idóneo o, en el peor de los casos, por no contar con uno; y, finalmente, si tal resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, es decir, en la gama de conductas que el legislador pretendió evitar con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que devendrá de la finalidad de creación de norma, que en este caso, se identificaría con *“la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”*.¹²

2. CONSIDERACIONES FINALES

El aplicar un esquema de imputación físico-causal a las personas jurídicas, no permitirá perfeccionar un modelo basado en el hecho propio, por lo que seguiría apreciándose un fraude de etiqueta, suscitándose una transferencia de responsabilidad penal de la persona natural a la jurídica. Ante tal impase, atendiendo a las características de la delincuencia que se genera en la empresa, y al ser un ámbito con vasta regulación, debe optarse por un esquema normativo, en el que la construcción de la imputación se desatienda de aspectos físicos-causales. En tal ámbito, la figura de los derechos negativos y positivos adquiere relevancia, los que permiten dotar de mayor racionalidad el nexo entre la defectuosa organización y el delito de la persona natural, vislumbrándose así los elementos que conforman el juicio de imputación objetiva.

Al margen de no refutar todos los cuestionamientos que se le formulan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme al estado actual de la teoría del delito, la solución de construir un esquema de imputación objetiva, aplicando tales deberes, se presenta como algo viable dogmáticamente, permitiendo afrontar el impase de carácter óntico; al menos, hasta que se formulen esquemas de teoría del delito pensados para las personas jurídicas. Finalmente, la discusión del tema no ha terminado, se debe seguir en la faena de construir el mejor modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que busque imputarles un hecho propio.

BIBLIOGRAFÍA

BUSATO, P.C. (2019). *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanch.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2009). *“Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos”*, InDret.

<<http://www.indret.com/indret>>. [Consulta: 15 de mayo de 2019].

¹² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2013), *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 1ª edición, Vallalodid, Thomson Reuters.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanch.
- NAVAS MONDACA, I. (2018). *Deberes negativos y positivos en el Derecho penal*, 1ª edición, Valencia, tirant lo blanch.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 221/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 marzo de 2016 (recurso 1535/2015).

II. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO Y PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

La aplicación de la teoría de la imputación objetiva por parte de la Corte Suprema de la República del Perú en la criminalidad empresarial-ambiental

Francisco Antonio Valdez Silva*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.04

RESUMEN

El autor analiza la teoría de la imputación objetiva en la criminalidad empresarial-ambiental desde la función del Derecho Penal en la sociedad moderna (de organizaciones) a partir de una reciente sentencia emitida por la Corte Suprema de la República del Perú, concluyendo que ésta no se adapta a la función del Derecho Penal actual e idea de sociedad antes mencionada.

Palabras clave: Derecho Penal, función, sociedad de organizaciones, imputación objetiva, competencia.

ABSTRACT

The author analyzes the theory of the objective imputation in the environmental corporate criminality from the function of the Criminal Law in the modern society (*of organizations*) from a recent sentence given by “*Corte Suprema de la República del Perú*”, concluding that it does not adapt to the function of the current Criminal Law and the idea of this society.

Keywords: Criminal Law, function, society of organizations, objective imputation, competence.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Especialista en Derecho Penal Económico y de la Empresa por la Universidad de Castilla de la Mancha. Maestrando en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid. Maestrando en Criminal Compliance por la Universidad de Castilla de la Mancha.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la actividad empresarial y su relación con el sector ambiental se han visto sensiblemente incrementados,¹ por lo que cada vez se necesita que la sociedad combine adecuadamente la permisión con el control de riesgos. En este cometido, el Derecho como instrumento social para garantizar las condiciones mínimas de convivencia debe adecuar sus contornos frente a esos *nuevos riesgos*² e intervenir para controlar aquellos espacios que la empresa viene ocupando y que lindan o traspasan el *riesgo permitido*³.

Efectivamente, las empresas y su actividad tienden a irrogarse ámbitos de organización ajenos, toda vez que tienen como objetivo natural el alcance de beneficios económicos,⁴ por lo que resulta necesaria la intervención de sectores del Derecho que reestablezcan esas condiciones mínimas antes mencionadas. Si bien el Derecho Administrativo desempeña un papel central para regular aquellas conductas que no cumplen con los estándares formales que la ley impone, el Derecho Penal debe entrar en juego para estabilizar ciertas reglas indispensables y castigar aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro las condiciones mínimas de aseguramiento de las relaciones sociales.⁵

Para ello, el Derecho Penal debe realizar una reingeniería a su estructura y adecuar sus instrumentos (criterios de imputación) a la función que cumple actualmente en la sociedad: *garantizar la identidad normativa de la misma por encima de la maximización de protección de bienes jurídicos*.⁶

Efectivamente, si el Derecho Penal pretende estabilizar la configuración de la sociedad moderna, debe vincular a su función y, en consecuencia, extender a sus categorías (acción, dolo, autoría y participación, etc.) la identidad de la sociedad de hoy, la cual se identifica actualmente con una que ha hecho suya los valores (confianza y autorresponsabilidad) y características (descentralización y departamentalización) de una organización empresarial propiamente dicha,

- 1 Al respecto Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": el caso de los delitos contra el medio ambiente*. En: Actualidad Penal, n° 10, Madrid, 1997, pp. 217 y fundamentalmente 219 ss. En el mismo sentido Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Civitas, Madrid, 2002, pp. 35 s; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 207 ss.
- 2 Detalladamente Vid, por todos, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas, 2001, pp. 24 ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. BdeF, 3ra ed. amp., Montevideo, 2011, pp. 13 ss.
- 3 Sobre ello en profundidad y con amplias referencias bibliográficas Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41 ss., y *passim*.
- 4 Así pero no debe limitarse sólo a la búsqueda del éxito económico, sino debe contemplar además un fin racional Vid, por todos, INFESTAS, Ángel. Sociología de la empresa. Amarú, 2da ed., Salamanca, 2001, pp. 21 ss. GARMENDIA, José Antonio. Cultura de la empresa. En: Sociología industrial y de los recursos humanos, Garmendia y Parra Luna (autor.), Taurus, Madrid, 1993, pp. 144 s.
- 5 Sobre la función del derecho penal y el aseguramiento de relaciones sociales Vid, por todos, JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez (Trad.), Civitas, Madrid, 2004, p. 60 s. "El Derecho no es un muro protector colocado alrededor de bienes, sino que es una relación entre personas". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La normativización del Derecho Penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* En: Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Gómez-Jara Diez (dir.), Comares, Granada, 2005, pp. 60 ss.
- 6 Sobre la no incompatibilidad entre bien jurídico y vigencia de la norma, pero la construcción de aquél a través de ésta para limitar su sobredimensionamiento Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Serrano González de Murillo y Cuello Contreras (trad.), Marcial Pons, 2da ed., Madrid, 1995, pp. 44 ss. También y con amplias referencias bibliográficas Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva. En: Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal, Carlos Pérez del Valle (dir.), Olejnik, Santiago de Chile, 2017, pp. 32 s. y fundamentalmente 37, 41 ss.: "los bienes jurídicos son construcciones normativas (sin normas no hay bienes jurídicos, sólo intereses individuales)".

pues estas han configurado a la fecha la dinámica de las relaciones sociales que se dan en su totalidad en su interior (*sociedad de organizaciones*).⁷

Estando a ello, el Derecho Penal no puede ejercer su función de manera adecuada y, por lo tanto, elaborar sus criterios de imputación en estructuras empresariales desde una realidad social desplazada en donde la empresa se identificaba con un empresario que *atomiza* todas las funciones de gestión de su actividad y observa lo que ocurre certeramente en la misma,⁸ sino debe hacerlo desde una realidad moderna en donde las organizaciones están construidas sobre dinámicas sociales *despersonalizadas* a propósito de una división del trabajo tanto *intra* como *inter* empresarial⁹, que se organiza por los principios de competencia¹⁰ y de confianza¹¹.

En este escenario, la teoría de la *imputación objetiva* es la que cumple un papel fundamental, pues resulta ser el *instrumento* que se vale el Derecho Penal para recoger la tipología actual de la empresa desde la *realidad social* que se asienta y fundamentar sus criterios de imputación a partir de ella. Entonces, la teoría de la *imputación objetiva* –de la cual partimos en este breve trabajo– no debe ser entendida como aquel *proceso de atribución* de un injusto típico a una conducta que se fundamenta en criterios individuales; es decir, por las características inmanentes de la persona (por ejemplo, la previsibilidad), sino desde la *realidad social*.¹²

Por lo expuesto, el propósito de este trabajo es determinar *el criterio interpretativo de la imputación objetiva* por parte de la Corte Suprema de la República del Perú (en adelante, CSRP¹³) en el marco de la criminalidad empresarial-ambiental.

Para ello, plantaremos en primer lugar esta interrogante, la cual vincularemos –para dar respuesta– a un reciente pronunciamiento de este Tribunal en el cual hizo mención a la *imputación objetiva* para resolver un caso que ocurrió en el marco de esta criminalidad (Título 1). Luego, analizaremos el criterio utilizado y si tiene relación con la función que cumple el Derecho Penal en la actualidad: *garantizar una sociedad de organizaciones* (Título 2). Finalmente, estando a la respuesta del capítulo anterior, daremos nuestras conclusiones (Título 3).

7 Fundamental Vid, por todos, PERROW, Charles. *Sociedad de organizaciones*. En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, n° 59, Madrid, 1992, pp. 19 ss. INFESTAS, Op. cit., pp. 19 y fundamentalmente 26-28. Sobre esto y su impacto en el Derecho penal de empresa Vid. FEIJOO. *Ibid.*, pp. 127 ss.

8 Sobre una crítica al modelo de organización empresarial “lineal o unidireccional” y la dogmática que se genera a partir del mismo Vid. FEIJOO. *Ibid.*, pp. 135 ss. También Vid. MONTANER. Op.cit., pp. 45 ss.

9 Vid. MONTANER. *Ibid.*, pp. 37 (nota 11).

10 Detalladamente Vid, por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. En: CIIDE, Buenos Aires, 2009, pp. 20 ss. ROBLES. Principios de imputación en la empresa. En: Derecho penal y Empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, Ragués i Vallés y Robles Planas (coord.), Atelier, Barcelona, 2018, pp. 23 ss.

11 En profundidad Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal*. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Civitas, Madrid, 2009, pp 313 ss. *Sobre el principio de confianza aplicado al Derecho penal de empresa* Vid, por todos, FEIJOO. Imputación de hechos delictivos, pp. 25 ss. ROBLES. Op cit., pp. 30 y fundamentalmente 36 ss. MONTANER. Op.cit., pp. 127 ss.

12 Al respecto, FEIJOO. Op.cit., pp. 25 y fundamentalmente 31: “Lo relevante no es el sentido que el hecho para el que lo ha cometido o para el que lo sufre, sino su significado para la Sociedad, es decir, para el ordenamiento jurídico que se ocupa de este tipo de conflictos sociales (en términos sistémicos, si se quiere decir, de este tipo de comunicaciones)”. En sentido contrario, FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*. Atelier, Barcelona, 2015. PUPPE, Ingerborg. *La imputación objetiva*. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de altos tribunales. Granada, 2001. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Diego Manuel LUZÓN PEÑA y AA.VV (trad.), Civitas, Madrid, 1997. RUEDA MARTÍN, María de los Angeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción* (una investigación a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto). Bosch, Barcelona, 2001.

13 CSRP es lo que denominamos en España el “Tribunal Supremo”.

1. PROBLEMA

Por lo expuesto en el apartado anterior, queda ahora formularnos la siguiente pregunta: ¿cómo se aplica la teoría de la *imputación objetiva* en el Perú?; particularmente, ¿cómo se aplica este proceso de atribución de un injusto típico a una conducta en la criminalidad empresarial-ambiental?, ¿se sigue acaso sólo criterios individualistas (previsibilidad) o, en todo caso, se vale de factores normativos (sistema jurídico-penal y su función social)?

Para ello, tomaremos como referencia uno de los últimos pronunciamientos de la CSRP, el cual se dio a conocer el año pasado a través de la Casación N° 455-2017-Pasco de fecha 19 de junio emitida por la Sala Penal Permanente a cargo del ponente Sequeiros Vargas (en lo sucesivo, la Casación¹⁴)¹⁵.

Sobre el particular, el caso versó sobre unos hechos ocurridos en una empresa minera que realiza operaciones en la ciudad de Cerro de Pasco en el Perú, los cuales les fueron atribuidos tanto al Gerente General (en adelante, el Administrador)¹⁶ como al Gerente de Operaciones (en lo sucesivo, el Director de Operaciones)¹⁷ por el delito de contaminación ambiental (art. 304° Código Penal Peruano/ art.325° Código Penal Español)

Por un lado, se le imputaba al Director de Operaciones *haber omitido la dirección de las operaciones en el tratamiento de aguas*, las cuales luego fueron depositadas en un lago, lo que pudo causar un perjuicio en la calidad ambiental sobre el mismo. Por otro lado, se atribuía al Administrador *haber omitido la adopción de medidas gerenciales* para evitar la producción de este resultado.¹⁸

Sin embargo, la Fiscalía solicitó el archivo de la investigación al término de la misma, lo cual fue aceptado por el Juzgado. Frente a esto, la Procuraduría del Ministerio del Ambiente del Perú recurrió la resolución, siendo revocada por la instancia superior. Ante ello, la defensa técnica de los procesados interpuso el recurso de casación, el cual fue conocido por la CSRP.¹⁹

A tal efecto, la CSRP se pronunció al respecto y utilizó la figura de la *imputación objetiva* para absolver tanto al Administrador como Director de Operaciones del delito de contaminación ambiental.

Así, los numerales 1.7 y 1.10 de la Casación señalan lo siguiente:

“1.7. En ese sentido, la delimitación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente especialmente se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por éstas” (subrayado es nuestro).

“1.10. De ello se deriva la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra

14 La Casación es lo que denominamos en España la “Sentencia del Tribunal Supremo” (STS)

15 Vid. casación completa en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casacion-455-2017-Pasco-Infracción-del-deber-en-delitos-contra-el-medio-ambiente-Legis.pe_.pdf.

16 “Gerente General” es lo que denominamos en España el “Administrador”.

17 “Gerente de Operaciones” es lo que denominamos en España el “Director” de una determinada parcela de administración de la empresa (“Operaciones”). En el caso, el Gerente de Operaciones (“Director de Operaciones”) era el encargado de que las operaciones de la mina; particularmente, aquellas relacionadas con la actividad de producción, se mantengan dentro de los niveles tolerados del riesgo permitido (por ejemplo: dentro de los alcances de la base administrativa).

18 Al respecto, Vid. pp. 5-6 de la Casación.

19 Para mayor detalle, Vid. pp 3-4 de la Casación.

conducta que lo extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad del agente” (subrayado es nuestro).

De acuerdo a lo antes mencionado, vuelvo a la pregunta inicial: ¿cuál es el criterio que utilizó la CSRP para aplicar la teoría de la *imputación objetiva* en el presente caso? ¿es acaso un criterio adecuado a la función del Derecho Penal moderno?

2. ANÁLISIS

Hemos señalado en la parte introductoria de este trabajo que el Derecho Penal cumple una función: *garantizar la identidad normativa de la sociedad por encima de la maximización de los bienes jurídicos*. Esto que parece una afirmación sin contenido o tantas veces escuchada en clases de dogmática penal, tiene un significado muy relevante en la delimitación de la intervención delictiva en un hecho corporativo y determinación de responsabilidad penal empresarial.

Así, el Derecho Penal moderno asume una función de garantizar *dinámicas sociales* y no de proteger estados inmóviles. Por lo tanto, el Derecho Penal debe erigir sus instrumentos desde la idea de sociedad que garantiza. Hoy en día, una *sociedad de organizaciones*²⁰.

Estando a ello, la *imputación objetiva* como *proceso de atribución* de un injusto típico a una conducta no podrá fundamentarlo desde la *previsibilidad*, toda vez que resulta ser la característica de una sociedad en donde los contactos eran *personalizados* y uno podía *prever* la conducta de otro (*sociedad de individuos*), sino deber hacerlo desde la *competencia*²¹, la cual resulta ser una característica de una sociedad en donde los contactos están *despersonalizados* y uno puede *confiar* en la conducta de otro (*sociedad de organizaciones*).

La competencia es el ámbito de organización de cada persona a propósito de la posición que ocupa en un sector de la sociedad (*de organizaciones*). En efecto, la competencia se construye por la ubicación que tenga en una *construcción social* (por ejemplo: la empresa), la cual se llena de contenido a partir de la *dinámica social* que tenga dentro de la misma (delegación²², especialización²³, externalización²⁴, etc.).

Por todo lo expuesto, es menester responder si la CSRP en el presente caso adaptó la función del Derecho Penal y; particularmente, el criterio de la *imputación objetiva* a la sociedad de hoy (*de organizaciones*): *por competencias*.

La CSRP decide absolver tanto al “Administrador” como al “Director de Operaciones” por lo siguiente:

“(...) el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por éstas”;

20 Básico, Vid, por todos, PERROW. Op.cit., pp. 20 y ss.

21 Al respecto Vid. FEIJOO. Imputación de hechos delictivos, pp. 20 ss. ROBLES. Op.cit., p. 23: “El punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros es la noción de competencia”.

22 En profundidad Vid. MONTANER. *Ibíd.*, pp. 84 y fundamentalmente 89 ss., y *passim.*: “En la delegación se da a otra persona la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad del dador, pero no se produce una enajenación de lo delegado”.

23 Al respecto Vid. ROBLES. Op cit., pp 36 ss.: “Con la especialización se alude aquí al mecanismo en virtud del cual varios garantes, proceden a un ulterior reparto del trabajo entre ellos de forma que se asignan funciones específicas, normalmente a mejorar el rendimiento colectivo”.

24 Sobre la externalización como forma de organización empresarial Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. ¿Asesora o decide? La responsabilidad del técnico de prevención de riesgos laborales. En: EJ, n° 2007, Madrid, 2007, p. 3: “(...) cuando una empresa contrata a otra para realizar una actividad propia de la primera y en *su centro de trabajo*”. Esta última característica no consideramos relevante para su configuración. En este sentido Vid. MONTANER. *Op. cit.*, pp. 68 ss.

“(…) la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido” (subrayado es nuestro).

De lo anterior, se desprende que la CSRP asume un criterio interpretativo de la *imputación objetiva* muy –por no decir menos- *restrictivo*, pues resulta que los procesados no responderán frente al Derecho Penal porque no tenían asignados de forma previa el *deber* de actuar, máxime si el “rol” viene establecido por la *norma* prevista por la empresa.

Tomar partido por una tesis como esta sólo invita a abrir el organigrama o plan de actuación de la empresa para resolver el problema. En efecto, la CSRP desarrolla –o se restringe a– una definición de la *imputación objetiva* en un sentido formal, la cual tendrá como criterio de orientación lo que manifiesten los manuales de la empresa (¡sede laboral de los procesados!) y no las *dinámicas sociales* internas (delegación, especialización, externalización, etc.)

Entonces, ¿asume la CSRP un criterio para la *imputación objetiva* a partir de la función del Derecho Penal moderno? Definitivamente, no. Esto porque el Derecho Penal de hoy no se erige desde una *sociedad contractualista*, en donde los contactos ajusten únicamente sus comportamientos a partir de la *formalidad de los acuerdos*, sino desde una *realidad social* en donde lo que importa es la *dinamicidad de las relaciones* que se dan en su seno.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El Derecho Penal tiene como función *garantizar la identidad normativa de la sociedad* por encima de la maximización de la protección de bienes jurídicos. En la actualidad, las relaciones sociales se asientan sobre una *sociedad de organizaciones*.

La *imputación objetiva* es el *instrumento* que se vale el Derecho Penal para *descifrar la idea de Sociedad moderna* y llevar este significado –como el corazón lo hace con la sangre- *hacia todo el injusto* –hacia todo el cuerpo-. De esta manera, el Derecho Penal cuando articula la teoría del injusto estructurado desde la idea de sociedad moderna frente a un hecho y se declara –luego-culpable, estará garantizando la idea de sociedad de hoy (*de organizaciones*).

La *competencia* es la característica principal de la estructura del injusto erigido sobre una sociedad moderna (*de organizaciones*), por lo que el criterio que la *imputación objetiva* debe tomar en cuenta para afrontar la problemática de los casos deber ser aquélla.

La CSRP desarrolló un criterio de la *imputación objetiva* en un sentido *formalista* para la criminalidad empresarial-ambiental, pues hacia depender la estructura del injusto en las asignaciones (no “*competencias*”) que la empresa hacía de forma previa respecto de las funciones de sus empleados, lo cual revela que la función del Derecho Penal no se erige sobre una sociedad moderna (*de organizaciones*), sino una donde impera la forma inmóvil (*cargo*) por encima de la realidad dinámica (*delegación, especialización, externalización, etc.*).

La CSRP utilizó un criterio que favorece un modelo de responsabilidad penal empresarial-ambiental “hacia abajo”, pues si la *imputación objetiva* se respalda en la estructura formal previa de una empresa para determinar la relevancia de su conducta o no, los “*Geschäftführer*” (dueños del negocio) siempre tenderán a que la responsabilidad vaya hacia abajo.

BIBLIOGRAFÍA

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2002). *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Civitas, Madrid.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2005). *La normativización del Derecho Penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* En: Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Gómez-Jara Diez (dir.), Comares, Granada.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2017). *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. En: Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal, Carlos Pérez del Valle (dir.), Olejnik, Santiago de Chile.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2009). *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*. En: CIIDE, Buenos Aires.
- FRISCH, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado: desarrollo, fundamento y cuestiones abiertas*. Atelier, Barcelona.
- GARMENDIA, J.A (1993). *Cultura de la empresa*. En: Sociología industrial y de los recursos humanos, Garmendia y Parra Luna, Taurus, Madrid.
- INFESTAS, Á. (2001). *Sociología de la empresa*. Amarú, 2da ed., Salamanca.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Serrano Gonzáles de Murillo y Cuello Contreras (trad.), Marcial Pons, 2da ed., Madrid.
- JAKOBS, G. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez (Trad.), Civitas, Madrid.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2007). *¿Asesora o decide? La responsabilidad del técnico de prevención de riesgos laborales*. En: EJ, n° 2007, Madrid.
- MARAVÉR GÓMEZ, M. (2009). *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Civitas, Madrid.
- MENDOZA BUERGO, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Atelier, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. BdeF, 3ra ed. amp., Montevideo.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (1995). *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M (1997). *Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente*. En: Actualidad Penal, n° 10, Madrid.
- PERROW, C. (1992). *Sociedad de organizaciones*. En: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, n° 59, Madrid.
- PUPPE, I. (2001). *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de altos tribunales*. Granada.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Diego Manuel Luzón Peña y VV, AA (trad.) Civitas, Madrid.
- RUEDA MARTÍN, M. (2001). *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*. Bosch, Barcelona.
- ROBLES PLANAS, R (2018). *Principios de imputación en la empresa*. En: Derecho penal y Empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, Ragués Vallés y Robles Planas (coord.), Atelier, Barcelona.

Investigaciones internas en el marco de los programas de cumplimiento: un análisis de los límites de las investigaciones frente al derecho de los trabajadores y las garantías procesales penales

Anna Carolina Canestraro*

Universidad de Coimbra

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.05

RESUMEN

La importancia de los programas de Cumplimiento se observa desde hace algún tiempo como consecuencia de la necesidad de combatir una criminalidad económica globalizada y empresarialmente estructurada frente a los límites de fiscalización del Estado. Esta realidad ha hecho que las empresas acaben por convertirse en un brazo investigador del Estado, y así surge la preocupación: ¿Cómo compatibilizar esa colaboración con las garantías y derechos de los investigados? En este sentido, el presente trabajo busca analizar la problemática derivada de los programas de cumplimiento frente a los derechos y garantías de los trabajadores, buscando así compatibilizar tales derechos y garantías a partir de una restricción a las investigaciones. Para alcanzar tal objetivo, se pretende realizar no sólo un análisis doctrinario y jurisprudencial, sino también un análisis de elementos provenientes de la propia práctica empresarial, abordando los programas de cumplimiento e investigaciones empresariales y el derecho de los trabajadores, tanto en lo que se refiere al derecho a la privacidad y confidencialidad, para entonces, al final, presentar una posible respuesta que compatibilice la necesidad del instituto de cumplimiento y las garantías y derechos de los trabajadores.

Palabras clave: programas de cumplimiento; investigaciones internas; garantías y derecho de los trabajadores.

ABSTRACT

The importance of Compliance programs have been seen for some time as a consequence of the need to combat globalized and structured economic crime against the limits of state control. This reality made the companies end up becoming an investigative arm of the State and, therefore, the concern arises in how to make this collaboration compatible with the guarantees and rights of the investigated ones. In this sense, this paper seeks to analyze the problems arising from compliance programs in relation to workers' rights and guarantees - trying to make these

* Master en Derecho por la Universidad de Coimbra – Portugal con período de investigación financiado por el programa “ERASMUS+” en la Georg-August-Universität Göttingen – Alemania

rights and guarantees compatible with the restriction of investigations. In order to achieve this objective, it is intended not only to carry out a doctrinal and jurisprudential analysis, but also to analyze elements derived from the business practice itself, bringing an approach to business compliance and research programs and workers' rights, with regard to the the right to privacy and confidentiality, so that, at the end, a possible response can be presented that makes the compliance institute's need compatible with the workers' rights and guarantees.

Keywords: compliance programs; internal investigations; guarantees and right of the workers.

INTRODUCCIÓN

Ante las grandes crisis económicas que sumergieron a todo el mundo en una gran y aún no superada recesión económica y su directa relación con la mala conducta empresarial, los programas de cumplimiento vienen destacándose cada vez más en el intento de diseminar una nueva cultura de cumplimiento de normas. Sin embargo, la implementación de esta necesaria nueva cultura trae en la práctica algunos cuestionamientos, principalmente en lo que se refiere a su sesgo represivo, la investigación. Es decir, ¿cómo compatibilizar esa nueva realidad con las garantías y derechos del trabajador que será investigado?

Con el fin de traer una respuesta a esta pregunta, el presente trabajo aborda, en primer lugar, los conceptos y características de los programas de cumplimiento y las investigaciones internas. En consecuencia, se destacan los derechos de los trabajadores en lo que se refiere a los derechos de privacidad y sigilo de las comunicaciones recibidas y enviadas a partir de los aparatos cedidos por la empresa, respondiéndose aquí si el empleado tiene una expectativa de privacidad sobre tales comunicaciones. A continuación, se abordan las cuestiones de las garantías procesales y el transporte al proceso penal, es decir, se analiza si no habría límite a las investigaciones en nombre de las garantías del investigado y si los resultados podrían, en caso positivo, ser llevadas al proceso penal.

Para que se pueda alcanzar tal objetivo, se pretende realizar no sólo un análisis doctrinario y jurisprudencial, sino también un análisis de elementos provenientes de la propia práctica empresarial, abordando los programas de cumplimiento e investigaciones empresariales y el derecho de los trabajadores, tanto en lo que se refiere al derecho a la privacidad y confidencialidad, para entonces, al final, presentar una posible respuesta que compatibilice la necesidad del instituto de cumplimiento, las garantías y derechos de los trabajadores.

1. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LAS INVESTIGACIONES EMPRESARIALES

En la práctica, los programas de cumplimiento¹ y, en el ámbito criminal, el *criminal compliance* tienen dos vertientes, esto es: una preventiva – en la que se busca, a partir de la programación de una serie de conductas, disminuir los riesgos de la actividad empresarial² y crear una verdadera estructura empresarial de cumplimiento de normas; y una segunda vertiente: la

1 Según DENNIS BOCK, el término *compliance* significa “conformidad” o “obediencia”, y, cuando es llevado al campo del derecho, correspondería a actuar de acuerdo con la ley aplicable. BOCK, D. (2011) *Criminal Compliance*. Baden-Baden. Nomos. p.19. Traducción libre de la autora.

2 SILVEIRA, R. de M. J. y SAAD-DINIZ, E. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 15, abr./jul., 2012, pp.293-336. p.296

represiva, es decir, cuando, a pesar de todos los esfuerzos en crear una estructura empresarial de acuerdo con las normas, se produce la ocurrencia de una infracción y en ese sentido, la empresa podrá considerar necesario investigarlo.

Tal investigación puede tener diversas finalidades, tales como disminuir riesgos reputacionales de la empresa, disminuir eventuales multas frente a los órganos fiscalizadores, lograr disminución de la responsabilidad (tal como prevé la Ley Anticorrupción Brasileña – Ley 12.846/2013³, aunque en el ámbito administrativo, al decir que se tendrán en cuenta la existencia de los mecanismos de cumplimiento cuando en el momento de aplicación de sanciones⁴) o incluso permitir la exclusión de un proceso (en los países en que rige el principio de oportunidad).

En lo que se refiere a la conducción de las investigaciones, éstas pueden ser realizadas internamente y por la propia empresa, sin embargo, lo que se verifica en la práctica (e incluso es así aconsejado⁵) es la contratación de oficinas de abogados tercerizados y especializados que, junto con empresas informáticas, puedan recibir y procesar todos los documentos de los empleados (pueden ser ordenadores, teléfonos móviles, etc.) para una plataforma de búsqueda.

Además, vale decir que las compañías podrán instaurar una investigación en el ámbito de los programas de cumplimiento para averiguar delitos de los más variados ámbitos de su actuación, es decir, podrán tener los más variados objetos, que podrían ser tanto ilícitos penales como extrapenales (infracciones laborales, por ejemplo) o incluso infracciones contractuales⁶.

Y es importante resaltar que al contrario de lo que ocurre cuando, por ejemplo, si tiene una actividad de supervisión o fiscalización del Estado⁷, la investigación en el marco del *compliance* debe ser esencialmente reactiva, lo que equivale a decir que, antes de la instauración de la investigación, la compañía debe tener conocimiento de lo que se pretende alcanzar – si un ilícito penal, extrapenal o contractual – y los eventuales reflejos y responsabilidades que se generen. Además, el decir que la investigación es esencialmente reactiva significa que no se permite una investigación sin ninguna sospecha, o sea, que mantenga al empleado en una situación de sospecha constante; debe haber un grado de sospecha mínima que justifique la investigación⁸, para que no se permita una búsqueda genérica a todos los actos de los funcionarios.

En el caso del presente trabajo, se habla de investigaciones que tengan por objeto ilícitos penales y es muy importante esta anticipación de los resultados, pues es a partir de ella que

3 Vale la salvedad aquí de que, a pesar de que la Ley Anticorrupción habla de “responsabilización administrativa”, la doctrina brasileña ya la entiende por su carácter penal. En ese sentido: BOTTINI, P.C. (2014). *A nova lei anticorrupção: aspectos criminaís*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminaís. (Algunas reflexões sobre direito penal econômico). Disponible em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/353-Algunas-reflexoes-sobre-Direito-Penal-Economico>. [Consulta: 11 de enero de 2019].

4 Dispositivo este que sigue el ejemplo del FCPA americano y la UK Bribery Act británica.

5 Para permitir una mayor objetividad y disminuir la posibilidad de injerencia de la propia empresa en los resultados y caminos de la investigación.

6 ESTRADA I CUADRAS, A y LLOBET ANGLÍ, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”. En: Silva Sanchez, J. y Montaner Fernández, R. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. pp.197-228. p.201. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos. En el mismo sentido: CANESTRARO, A. C. (2018). *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p.65.

7 Actividad a partir de la cual sólo se buscaría una inspección de documentos e informaciones con el propósito de mantener el funcionamiento regular del sistema social (vide: DIAS, A.S. (2010). *O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários*. Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, ano 01, n. 01, p.237-265, jan./mar.,2010. p. 254).

8 ANTUNES, M. J. (2019). *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminaís, 2018. (I Curso de Compliance). [Consulta: 11 de enero de 2019].

se sabrá de la posibilidad o no de utilizarse determinados medios de investigación. En otras palabras, si se tiene por objeto generar efectos criminales, como se seguirá defendido, el empleador deberá valerse de los medios que más respeten los derechos de los investigados, so pena, inclusive, de ser tenidas por nulas las informaciones obtenidas⁹.

2. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

2.1. DERECHO A LA PRIVACIDAD

En el caso en que se sospeche la ocurrencia de un acto y se decida por su investigación, se produce un primer problema, es decir: teniendo en cuenta que los elementos de trabajo son de titularidad de la empresa, esto es, son cedidos por la empresa para que el trabajador los utilice, ¿la empresa podría simplemente recoger dicha información sin reconocer ningún derecho del funcionario que los utiliza? ¿O, por estar tales elementos en posesión diaria de los trabajadores, tendrían ellos alguna expectativa de privacidad?

La respuesta que viene dando la doctrina y jurisprudencia brasileña y española – e incluso la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰ ya se manifestó en el mismo sentido– es que hay una expectativa razonable de la intimidad y el secreto de estos archivos, mensajes de correo electrónico y conversaciones privadas almacenadas¹¹.

Y es así porque en el ámbito empresarial se tiene una idea de tolerancia en casos de mensajes recibidos de sindicatos o mismos mensajes personales fuera del horario de trabajo o entre jornadas. En verdad, no hay manera en que la empresa pueda establecer una prohibición absoluta del empleo personal de las computadoras y los teléfonos corporativos¹².

Sin embargo, no se puede hablar en derechos absolutos, esto es, la jurisprudencia sigue el entendimiento de que la empresa hasta podrá recoger tales instrumentos e informaciones, pero solamente en estos casos, antes de la entrega de los aparatos, informe expresamente a su fun-

9 ESTRADA I CUADRAS, A y LLOBET ANGLÍ, M. “*Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas*”. En: Silva Sanchez, J. y Montaner Fernández, R. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. pp.197-228. p.203. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos.

10 “41. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las llamadas telefónicas de las instalaciones de trabajo, a primera vista, cubiertas por las nociones de “vida privada” y “correspondencia” a los efectos del artículo 8 § 1 (véase Halford, citado anteriormente, § 44 y Amann v. Suiza [GC], n° 27798/95, § 43, ECHR 2000-II). Sigue lógicamente que los correos electrónicos enviados del trabajo deben ser similarmente protegidos por el Artículo 8, así como las informaciones derivadas del monitoreo del uso personal de Internet. 42. La demandante en el presente procedimiento no recibió ninguna advertencia de que sus llamadas serían susceptibles de seguimiento, por lo que tenía una expectativa en cuanto a la privacidad de las llamadas de su teléfono de trabajo (véase Halford, § 45). Debería aplicarse la misma expectativa en relación con el correo electrónico del candidato y el uso de Internet “, vide: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Copland V. The United Kingdom. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Disponible en: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. [Consulta: 11 de enero de 2019]. (Traducción libre de la autora). En el mismo sentido: CANESTRARO, A. C. (2018). *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

11 En ese sentido: PABLO MONTIEL, J. “*Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales*”. En: Kuhlen, L. Y Pablo Montiel, J. Y Urbina Gimeno, Í. O. (Eds.). (2013). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. pp.221-243. p. 233. Madrid. Marcial Pons.

12 GOMEZ MARTÍN, V. “*Compliance y Derechos de los Trabajadores*”. En: Kuhlen, L Y Pablo Montiel, J. Y Urbina Gimeno, Í. O. (Eds.). (2013) *Compliance y teoría del Derecho Penal*. pp.125-146. Madrid. Marcial Pons.

cionario de que todos los instrumentos podrán ser recogidos y que incluso su contenido podrá ser accedido en el caso de que se hayan iniciado investigaciones internas contra el funcionario¹³.

De hecho, el entendimiento del Tribunal Supremo:

En definitiva, la doctrina de la Sala establece que la empresa, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, para realizar el control del uso del ordenador facilitado por ella al trabajador, ha de proceder a: 1) establecer previamente las reglas de uso de esos medios -los proporcionados por la empresa-, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales; 2) Informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización laboral del medio, cuando sea preciso; 3) posibilidad de aplicar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones¹⁴.

De ahí la importancia del cumplimiento preventivo y de los códigos de ética y de conducta, pues, si no queda comprobado que el funcionario tenía conocimiento previo de tal determinación, los contenidos no podrán ser utilizados o accedidos por los empleadores - sea para fines criminales o incluso laborales.

Por lo tanto, se concluye que, si la empresa tiene interés en investigar actos delictivos ocurridos en su interior, para que no se tenga una agresión a las reconocidas expectativas de privacidad e intimidad de los trabajadores, deberá, a fin de recoger y acceder legítimamente a los aparatos laborales, informar previamente a sus trabajadores que podrá darse tal aprehensión y análisis en una eventual investigación.

2.2. PROCESO PENAL Y LAS GARANTIAS PROCESALES

Una vez alcanzadas legítimamente, ¿podrán esas informaciones ser llevadas al Proceso Penal? Esto es, una vez que el empleado fue obligado a entregar tal información, incluso con la posibilidad de ser despedido de su cargo, ¿no estaría contribuyendo activamente a su autoincriminación?, ¿no tendría el empleado derecho a la protección de su no autoincriminación?

La respuesta nos parece ser positiva, es decir, el empleado tiene no solo el derecho al silencio, sino también el de no colaborar activamente con su investigación - lo que en el derecho al silencio se verifica como solo uno de los ámbitos del derecho a no incriminación, que también abarca el derecho a no entregar documentos o informaciones cuando se produzca una situación de cooperación con la justicia de carácter inculpativo¹⁵.

Intentando eludir tal principio y buscando traer validez a la investigación de *compliance* - que, según lo dicho anteriormente, es de gran interés de la empresa-, las oficinas de cum-

13 GOMEZ MARTÍN, V. "Compliance y Derechos de los Trabajadores". En: KUHLEN, L y Pablo Montiel, J. Y Urbina Gimeno, Í. O. (Eds.). (2013) *Compliance y teoría del Derecho Penal*. pp.134-146. Madrid. Marcial Pons. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Fecha de Juicio: 18/05/2005, 1ª Turma, Fecha de publicación: DJ 10/06/2005. Disponible en: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acceso al: 11 de enero de 2019.; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Bărbulescu V. Romania. Application N° 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007. Disponible en: <<http://www.marincastellana.it/blog/wp-content/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v.-ROMANIA.p\df>>. [Consulta: 11 de enero de 2019].

14 TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. Recurso n.º 4053/2010. Ponente: Jesus Souto Prieto. Madrid. 06/10/2011. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Social--Desestima-el-recurso-de-casacion-plantado-por-una-trabajadora-y-confirma-su-despido-disciplinario-por-uso-de-los-medios-informaticos-de-la-empresa-para-fines-propios--Contiene-voto-particular->>>. [Consulta: 11 de enero de 2019].

15 En el mismo sentido: RAMOS, V.C. (2006). *Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). Revista do Ministério Público de Lisboa, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149. out/dez., 2006. p.132.

plimiento en el momento de las entrevistas pasaron a traer el denominado *Corporate Miranda Warning* o *Upjohn Warning* en el que se pretende aclarar el propósito de la entrevista e informar la posibilidad de que el investigado sea asistido por un abogado y de ser respetado su derecho de silencio¹⁶.

Sin embargo, ¿sería esto suficiente para que se pueda llevar la información obtenida por la investigación en *compliance* para el proceso penal? Recordemos que la posibilidad de ser asistido y de tener su derecho al silencio en lo que se refiere a un posible proceso penal no inhibe que el funcionario sufra represalias en el ámbito laboral¹⁷.

Además, para que las informaciones sean llevadas válidamente al proceso, ¿no deberían ser observados otros requisitos propios del proceso penal tales como, por ejemplo, el contradictorio y la amplia defensa? ¿O bastaría un contradictorio diferido? Esto es, ¿bastaría que en el momento en que las informaciones fueran llevadas al proceso penal se abriera la oportunidad para el contradictorio?

Al parecer no bastaría, pues el contradictorio no se refiere solo a pruebas ya constituidas, sino también a la posibilidad de fiscalizarse e influenciar la actividad desde el desarrollo de la instrucción. Y, en ese caso, no se puede dejar de lado que se habla aquí de una investigación de un empleador “contra” su empleado, es decir, se habla aquí en una investigación que ocurre, por cierto, ante el ámbito laboral, en el cual no se puede efectivamente hablar en una paridad de armas y la misma posibilidad de influenciarse en el proceso.

En fin, ¿cuál es la respuesta entonces? ¿La información podría o no ser llevada al proceso penal? Una vez más, a pesar de la importancia de los principios del contradictorio, amplia defensa e *nemo tenetur*, no hay principios absolutos; así, buscando traer una visión más funcional y analizando la necesidad de los programas de cumplimiento frente al combate a la nueva criminalidad económica, se defiende que es necesario que las informaciones sean llevadas, principalmente cuando se tienen en cuenta los límites del Estado y los reflejos mundiales de esta nueva criminalidad.

Sin embargo, dado que, como se ha demostrado, no se respetaron todas las garantías procesales penales inherentes al ciudadano delincente en el momento de la investigación, las informaciones no podrán ser consideradas como si fueran pruebas. Así, se llama atención al artículo 155 del código de proceso penal brasileño¹⁸:

Art. 155. El juez formará su convicción por la libre apreciación de la prueba producida en contradictorio judicial, sin poder fundamentar su decisión exclusivamente en los elementos informativos recogidos en la investigación, salvo las pruebas cautelares, no repetibles y anticipadas¹⁹.

Por lo tanto, como ejemplo de lo que ocurre con los elementos informativos recogidos en la investigación del artículo 155 antes citado, se entiende que también las informaciones recogidas

16 TARUN, R.W. (2010) *The Foreign Corrupt Practices Act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white-collar criminal practitioners*. Chicago. American Bar Association. pp.243-244

17 ROXIN, I. (2015). *Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai/jun., p.335.

18 Art. 155. El juez formará su convicción por la libre apreciación de la prueba producida en contradictorio judicial, sin poder fundamentar su decisión exclusivamente en los elementos informativos recogidos en la investigación, salvo las pruebas cautelares, no repetibles y anticipadas. BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. [Consulta: 13 de enero de 2019].

19 BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. [Consulta: 13 de enero de 2019].

en la investigación corporativa tienen una valoración limitada, o sea, podrían justificar la instauración de una investigación o incluso fundamentar una denuncia – siempre que se alcancen los indicios necesarios de autoría y materialidad–, pero nunca, por sí solo, fundamentar una condena. Así, frente a la legislación brasileña, tales informaciones deberían ser esencialmente vistas como elementos de información, resultantes de una fase de investigación sin plena observancia de contradictorio y amplia defensa, pero no como una prueba suficiente en sí misma²⁰.

3. CONSIDERACIONES FINALES

En respuesta a los límites de fiscalización del Estado y a la necesidad de combatir la nueva criminalidad económica globalizada y empresarialmente estructurada, se llega a la necesidad de los programas de cumplimiento, esto es, la empresa que se convierte en un brazo investigativo del Estado. En tanto, muchos son los beneficios para la empresa que realmente logra estructurar un programa de cumplimiento eficiente – la posibilidad de disminución de la pena o incluso extinción del proceso (en los casos en que así lo permita la legislación).

En la práctica, estos programas tienen dos vertientes, una preventiva y una represiva – o sea, cuando a pesar de todos los esfuerzos se produce la ocurrencia de una infracción. Y, si es así, la empresa podrá querer investigarlo. Esta investigación, sin embargo, encuentra límites, tanto en lo que se refiere a los derechos de privacidad de los trabajadores como cuando se pretende llevar las informaciones alcanzadas para un eventual proceso penal.

Así, para que la información sea obtenida legítimamente, la empresa debe apartar la expectativa de privacidad del funcionario a partir de sus códigos internos, aclarando expresamente que los aparatos de trabajo cedidos podrán ser recogidos y los datos podrán ser accedidos y utilizados en eventuales investigaciones. Y, además, si la empresa tiene por objeto llevar las informaciones para el proceso penal, deberá buscar obedecer principios propios de este proceso y, de no ser posible su total adecuación, las informaciones llevadas no podrán ser consideradas como pruebas, pero sí como elementos de información y, como tales, con una valoración limitada.

BIBLIOGRAFÍA

BOCK, D. (2011). *Criminal Compliance*. Baden-Baden. Nomos.

BOTTINI, P. C. (2014). *A nova lei anticorrupção: aspectos criminais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

<http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/353-Algumas-reflexoes-sobre-Direito-Penal-Economico>. [Consulta: 11 de enero de 2019].

BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. [Consulta: 13 de enero de 2019].

CANESTRARO, A. C. (2018). *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁰ En el mismo sentido: CANESTRARO, A. C. (2018). *As investigações internas no âmbito do Criminal Compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 107-110.

- DIAS, A. S. (2010). O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, ano 01, n. 01, p.237-265.
- ESTRADA I CUADRAS, A. y LLOBET ANGLÍ, M. (2013). “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”. En: Silva Sanchez, J. Y Montaner Fernández, R. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007.
<<http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v-ROMANIA.pdf>>. [Consulta: 13 de enero de 2019].
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Copland V. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007.
<<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. [Consulta: 13 de enero de 2019].
- GOMEZ MARTÍN, V. “Compliance y Derechos de los Trabajadores”. En: KUHLEN, L. y PABLO MONTIEL, J. y URBINA GIMENO, Í. O. (Eds.). (2013). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. pp.125-146. Madrid. Marcial Pons.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos. pp.197-228.
- PABLO MONTIEL, J. “Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales”. En: KUHLEN, L. y PABLO MONTIEL, J. y URBINA GIMENO, Í. O. (Eds.). (2013). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid. Marcial Pons. pp.221-243.
- RAMOS, V. C. (2006). Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149.
- ROXIN, I. (2015). Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015.
- SILVEIRA, R. de M. J. y SAAD-DINIZ, E. (2012). Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, pp.293-336, abr./jul., 2012.
- TARUN, R. W. (2010). *The Foreign Corrupt Practices Act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioners*. Chicago. American Bar Association.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Fecha de Juicio: 18/05/2005, 1ª Turma, Fecha de publicación: DJ 10/06/2005.
<<http://www.tst.jus.br/>>. [Consulta: 13 de enero de 2019].
- TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. *Recurso n.º 4053/2010*. Ponente: Jesus Souto Prieto. Madrid. 06/10/2011.
<<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Social--Desestima-el-recurso-de-casacion-planteado-por-una-trabajadora-y-confirma-su-despido-disciplinario-por-uso-de-los-medios-informaticos-de-la-empresa-para-fines-propios--Contiene-voto-particular->>> [Consulta: 01 de abril de 2019].

**III. PROBLEMAS APLICATIVOS DEL DERECHO
PENAL ECONÓMICO: LA DOBLE SANCIÓN Y EL
RESPECTO AL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM***

La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y el sistema de la doble imputación

Matheus Borges Kauss Vellasco*

Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.06

RESUMEN

El presente trabajo trata de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil, haciendo un análisis del surgimiento y su trayectoria en la jurisprudencia, principalmente en lo que atañe al sistema brasileño de la doble imputación.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica, doble imputación, delitos ambientales.

ABSTRACT

The present work intends to study the criminal liability of a legal entity in Brazil through an analysis of its emergence and paths in the case law, mostly in what concerns the brazilian duo imputation system.

Keywords: Criminal liability of a legal entity, duo imputation, environmental crimes.

* Abogado en la firma Paulo Freitas Ribeiro Abogados Asociados, actuante en el área del Derecho Penal, con énfasis en Derecho Penal Económico, Derecho Penal del Medio Ambiente, Derecho Penal Empresarial y *Compliance*. Graduado por la Pontificia Universidad Católica del Rio de Janeiro. Especialista en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito por la Universidad Castilla La Mancha.

INTRODUCCIÓN

El punto de partida de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento brasileño surge con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, gracias a lo dispuesto en los artículos 173, §5^o y 225, §3^o del texto constitucional.

Con todo, solamente diez años después, con la edición de la Ley de Crímenes Ambientales (Ley 9.605/1998), los debates doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema empiezan a surgir de forma más contundente.

Es importante destacar, desde ya, que la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el orden brasileño, solamente se admite en las hipótesis de práctica de crímenes ambientales, previstos en la ley ya mencionada.

De hecho, por un lado, renombrados criminalistas brasileños³⁴⁵, fundamentándose especialmente en los principios que rigen el Derecho Penal clásico, se posicionaron como antagonistas de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, parte de la doctrina y de la jurisprudencia defendieron la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, señalando que se trataba de determinación constitucional expresa.

Luego de algunos años de la edición de la ley 9.605/98, los Tribunales Superiores brasileños consagraron la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica, y, aunque todavía existe una parte de la doctrina contraria a este posicionamiento, se puede afirmar que es un entendimiento pacífico en la jurisprudencia.

Sin embargo, ha surgido otro gran punto de divergencia sobre el que, hasta hoy, no existe entendimiento pacífico consagrado, aunque existan algunas decisiones sobre el tema. ¿la persecución penal de la persona jurídica debe necesariamente darse, concomitantemente, con relación a la persona física? Aquí se trata de analizar el sistema de la doble imputación.

Ante todo, es importante recordar el contexto y la trayectoria de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN BRASIL

La Constitución Federal de 1988 fue la primera Carta Constitucional brasileña que instauró de forma expresa la protección al medio ambiente.

La implementación de las normas de la protección al medio ambiente, incluyendo importantes principios del Derecho Ambiental, como el de la prevención, de la precaución y del contaminador-pagador, entre otros, fue un marco importantísimo en la protección del medio ambiente. Este último, previsto en el art. 225, §3^o del texto constitucional, inauguró grandes debates en la doctrina y en la jurisprudencia. Veamos lo que determina el artículo:

1 La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de la misma, sometiéndose a las puniciones compatibles con su naturaleza en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.

2 Transcripto en la página siguiente.

3 <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf> Acceso el 08/04/2019;

4 BITTENCOURT, C. R. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal. Boletim IBCCrim 65/1998.

5 PRADO, L. R. *Direito Penal do Ambiente. Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

“Art. 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, un bien de uso común del pueblo y esencial para la saludable calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones. (...)”

§ 3º Las conductas y actividades consideradas lesivas para el medio ambiente sujetarán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.” (traducción libre)

Se desprende, del dispositivo constitucional, la posibilidad de responsabilidad en las tres esferas: civil, administrativa y penal. Sin embargo, el presente trabajo pretende solo dedicarse a la responsabilidad penal ambiental de la persona jurídica.

La reglamentación infra-constitucional del art. 225 de la Constitución Federal se llevó a cabo por medio de la Ley nº 9.605/98, que reunió los crímenes ambientales en un único diploma legal, buscando ofrecer mayor seguridad jurídica para la tutela penal del medio ambiente.

Aunque la ley referida tuviera el mérito de sistematizar los crímenes ambientales, tipificando las conductas lesivas al medio ambiente, no faltaron críticas de la doctrina a varios de sus dispositivos, entre los cuales el art. 3º, *verbis*:

“Art. 3º: Las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente conforme lo dispuesto por esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su entidad.” (traducción libre)

La responsabilidad penal de la persona jurídica provocó el surgimiento de intensas problemáticas sobre su adecuación a los principios del Derecho Penal brasileño. A pesar de que todavía hay autores que sustentan su imposibilidad, el entendimiento pacífico de la jurisprudencia es el de que la persona jurídica puede sufrir sanciones penales.

Por otro lado, hay una cuestión que parece no haber sido totalmente aclarada. Hasta 2013, el entendimiento predominante en Brasil era que la persona jurídica sólo podría figurar en el polo pasivo de una acción penal junto a una persona física, pero jamás sola.

No obstante, a partir de la deliberación sobre el “Recurso Extraordinario nº 548.181”, en 2013, del Supremo Tribunal Federal (“STF”), la imputación criminal a la persona jurídica ya no dependería de la simultánea imputación a la persona física, acabando, entonces, con el sistema de la doble imputación necesaria. La transformación en el entendimiento fue acompañada por los otros Tribunales, como será expuesto a continuación.

De todos modos, antes de explorar la cuestión de la doble imputación, es necesario analizar, de forma breve, el dictamen considerado como el *leading case* de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y los argumentos jurídicos que lo circundan.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN BRASIL

A pesar de los dispositivos legales y constitucionales ya mencionados sobre la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica, hubo intenso debate doctrinario y divergencias jurisprudenciales sobre el tema.

Muchos juristas brasileños, apoyados en los conceptos oriundos del Derecho Penal clásico, refutaban vehementemente tal posibilidad. Argumentaban, en síntesis, que la persona jurídica no tendría capacidad de acción, tampoco sería un ente dotado de culpabilidad para fines pena-

les. Algunos, incluso, entendían que la sanción penal a la persona jurídica violaría el principio de la individualización de la pena.⁶

Desde otro punto de vista, parte de la doctrina defendía que el Derecho Penal debería adaptarse a la realidad actual, en la cual las empresas, diferentemente de la época que los conceptos del Derecho Penal clásico se consolidaron, ejercen gran influencia en el funcionamiento de la sociedad, principalmente en lo que se refiere al medio ambiente. Se argumentaba, igualmente, que la Constitución fue clara al permitirle al legislador que definiera la posibilidad de responsabilidad penal.⁷

Tras años de decisiones divergentes e intensos debates doctrinarios, en 2005 el “Recurso Especial n° 564.960⁸” fue juzgado por el Superior Tribunal de Justicia (“STJ”), y se transformó en un verdadero *leading case* en el asunto, motivo por el cual destacamos los trechos principales de su resumen. Obsérvese:

“(…) II. La Ley ambiental, reglamentando precepto constitucional, pasó a prever, de forma inequívoca, la posibilidad de penalizar a las personas jurídicas por daños al medio ambiente.

III. La responsabilidad penal de la persona jurídica por la práctica de delitos ambientales proviene no de una elección política, como forma de punición a las conductas lesivas al medio ambiente, sino como forma de prevención general y especial.

IV. La imputación penal de las personas jurídicas encuentra barreras en la supuesta incapacidad de practicar una acción de relevancia penal, de ser culpables y de sufrir penalidades.

V. Si la persona jurídica tiene existencia propia en el orden jurídico y practica actos en el medio social a través de la actuación de sus administradores, podrá llegar a practicar conductas típicas y, por lo tanto, ser pasible de responsabilidad penal.

VI. La culpabilidad, en el concepto moderno, es la responsabilidad social, y la culpabilidad de la persona jurídica, en este contexto, se limita a la voluntad de su administrador al actuar en su nombre y provecho.

VII. La persona jurídica sólo puede ser responsabilizada cuando haya intervención de una persona física, que actúa en nombre y en beneficio del ente moral.

VIII. “De cualquier modo, la persona jurídica debe ser beneficiaria directa o indirectamente por la conducta practicada por decisión de su representante legal o contractual o de su órgano colegiado.”

IX. La actuación del colegiado en nombre y provecho de la persona jurídica es la propia voluntad de la empresa. La coparticipación prevé que todos los involucrados en el evento delictivo serán responsabilizados en la medida de su culpabilidad.

6 BITTENCOURT, C. R. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.

MARQUES, O. H. D. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.

7 MILARÉ, E. *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Editora Millennium, 2002
ROTHENBURG, W. C. [et al.]. MARCHESAN, A. M. M.; STEIGLEDER, A. M. (organizadoras) *Crimes Ambientais: comentários à lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SIRVINSKAS, L. P. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.

8 “Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n° 564.960/SC, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJu 13/06/2005.

X. La Ley Ambiental previó, para las personas jurídicas, penas autónomas de multas, de realización de servicios comunitarios, de restricción de derechos, de liquidación forzada y de desconsideración de la persona jurídica, todas adaptadas a su naturaleza jurídica.

XI. No hay ofensa al principio constitucional de que “ninguna pena pasará de la persona del condenado...”, porque es *in controversia* la existencia de dos personas distintas: una física – que de cualquier forma contribuye a la práctica del delito–, y una jurídica, cada una recibe la punición de forma individualizada, recurrente de su actividad lesiva.” (traducción libre)

Este juzgado destacado anteriormente se refiere a un caso en el que se ofreció la denuncia de dos personas físicas y una persona jurídica, por la práctica, en tesis, de los crímenes previstos en los art. 54 y 60º de la Ley de Crímenes Ambientales. En primera instancia, el magistrado optó por el rechazo de la denuncia, siendo tal decisión ratificada en la segunda instancia, ambas al amparo del fundamento de que la responsabilidad penal de la persona jurídica sería inadmisibles.

El STJ, sin embargo, lo entendió de forma distinta. En su voto, el Ministro Relator Gilson Dipp aclara que lo dispuesto en el art. 225, §3º se traduce como una opción del constituyente al sancionar penalmente a la persona jurídica.

El eminente Relator va en desmedro de la concepción de que la persona jurídica sería un ente libre de culpabilidad, partiendo de la premisa de que ese concepto, en lo que atañe a las personas jurídicas, está representado por su responsabilidad social.

En este sentido, establece que la culpabilidad estará demostrada cuando la conducta criminal sea cometida por el administrador o representante legal de la empresa, realizada en su beneficio o interés, siendo esta su demostración de voluntad.

Con relación a la capacidad del ente colectivo de practicar una acción típica, se entiende que la persona jurídica, al actuar en nombre propio en el medio social y existir de forma independiente a las personas físicas, estaría dotada de prerrogativas suficientes para ser responsabilizada en el ámbito penal.

El hecho de que las penas privativas de libertad no se apliquen a las personas jurídicas también fue rechazado.

La Ley de Crímenes Ambientales otorga penas alternativas en sus artículos 21 a 24, como: (i) multa, (ii) restricción de derechos, (iii) realización de servicio social en la comunidad y (iv) liquidación forzada.¹⁰

Los artículos 22 y 23 determinan cuáles son las penas restrictivas de derecho y las posibles formas de prestación de servicio social, respectivamente. El art. 24 establece la pena capital para las personas jurídicas, determinando que, en los casos en los que se constate que la constitución y/o utilización del ente colectivo sirva, preponderantemente, para fines criminales, se decretará su liquidación forzada.

9 Art. 54 - Causar contaminación de cualquier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar perjudiciales a la salud humana, o que provoquen la mortandad de animales o la destrucción significativa de la flora. (...)

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar o hacer funcionar, en cualquier parte del territorio nacional, establecimientos, obras o servicios potencialmente contaminadores, sin licencia o autorización de los órganos ambientales competentes, o contrariando las normas legales y reglamentarias pertinentes (...) (traducción libre)

10 Es importante destacar, a pesar de no ser el objeto central del presente trabajo, que hay algunos autores que sustentan la inconstitucionalidad de las penas previstas a las personas jurídicas. En ese sentido, Luiz FLÁVIO GOMES entiende que (GOMES et al, 2015): “La inconstitucionalidad insoluble, entre tanto, está en la falta de conminación de los límites de esas sanciones, los que el legislador ambiental no se preocupó por establecer. No es posible sustentar que la mención genérica a la especie de pena, sin cualquier referencia a sus límites, atiende al principio de la legalidad.” (p.88) (traducción libre)

Vistos esos puntos, analicemos la cuestión de la doble imputación en los crímenes ambientales.

3. LA NECESIDAD DE LA DOBLE IMPUTACIÓN Y LA TRANSFORMACIÓN EN EL ENTENDIMIENTO DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

La doble imputación necesaria consiste en la indispensabilidad del ofrecimiento de la denuncia en desfavor de por lo menos uno de los representantes legales de la empresa en las hipótesis en que la persona jurídica sea denunciada.

Como ya fue visto, hasta 2013 el entendimiento del STJ era que, para imputación de conducta criminal a las personas jurídicas, es menester que también se opere la de las personas físicas supuestamente involucradas en la práctica del ilícito penal.

Lo que ocurre es que, en un “Recurso Extraordinario”¹¹ juzgado por el STF en el mismo año, la doble imputación dejó de ser necesaria, de modo que se hizo posible el ofrecimiento de la denuncia aun siendo persona jurídica independientemente de la imputación criminal a las personas físicas.

El STJ, a pesar de que la decisión no posee carácter vinculante, adoptó la posición de la Corte Suprema y cambió su entendimiento, pasando a decidir por la falta de necesidad de la doble imputación, como será visto más adelante.

3.1. LA TEORÍA DE LA DOBLE IMPUTACIÓN Y EL ENTENDIMIENTO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA HASTA 2013

A partir del dictamen del “Recurso Especial nº 564.960”, ya mencionado en este trabajo, el STJ de Justicia reconoció la posibilidad de aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas. Sin embargo, para lograrlo, era condición *sine qua non* que, además de la persona jurídica, se incluyera por lo menos una persona física en el polo pasivo de la acción penal.

En ese sentido, veamos un fragmento de la siguiente decisión del Tribunal, cuya relatora fue la Ministra Laurita Vaz, que consta en los autos del *Habeas Corpus* nº 187.842, juzgado por el STJ:

“Es posible la responsabilidad criminal de personas jurídicas por delitos ambientales, desde que haya la imputación concomitante de la persona física que sea responsable jurídicamente, que administre, que actúe en el nombre de la persona jurídica o en su beneficio.”^{12 13}

Por lo tanto, que el entendimiento del STJ, era por la necesidad de la doble imputación para que se responsabilice penalmente a la persona jurídica.

Consecuentemente, se argumentaba que sería necesario identificar a las personas físicas involucradas en el delito, para poder saber si la voluntad criminal fue oriunda del centro de decisiones de la empresa, hipótesis en la que el ente colectivo respondería en la modalidad dolosa, o si fue fruto de la voluntad aislada de un empleado, y en ese caso, la empresa respondería en la modalidad culposa (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*)¹⁴.

11 “Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinario nº 548.181, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, DJu 30/10/2014”.

12 “Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 187842/RS, 5ª Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz, DJu 25/09/2013.”

13 En el mismo sentido: “Agravo Regimental no Recurso Especial nº 898.302/PR, 6ª Turma, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJu 17/12/2010”.

14 “Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 610114/RN, 5ª Turma, Min. Rel. Gilson Dipp, DJu 19/12/2005”.

Además, para los defensores de la doble imputación, al establecerse como requisito de admisibilidad de la sanción penal a la persona jurídica que la decisión sea proveniente de uno de sus administradores, se concluye que siempre habrá una o más personas físicas corresponsables por la infracción penal, de modo que la conducta criminal también se les debe imputar¹⁵.

Se entiende, aún, que el hecho de que no sea necesaria la doble imputación diverge expresamente del brocardico “*nullum crimen sine actio humana*”, o sea, que sería imprescindible, para la caracterización del crimen, que fuera practicado por una persona natural, independientemente de la imputación a la persona jurídica, de modo que la denuncia solo en desfavor de la persona jurídica sería inviable.¹⁶

A pesar del importante fundamento teórico de los argumentos ya citados y las reiteradas decisiones del STJ que los corrobora, la Corte Suprema brasileña adoptó otro posicionamiento, decidiendo en un juicio vencido por 3 votos a 2, la ausencia de necesidad de la doble imputación.

3.2. EL NUEVO ENTENDIMIENTO DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CON RELACIÓN A LA NECESIDAD DE LA DOBLE IMPUTACIÓN

Se pudo observar que el sistema de la doble imputación estaba consolidado en la jurisprudencia brasileña. Pero dicho entendimiento se desmoronó tras el dictamen del “Recurso Extraordinario nº 548.181”, relatado por la Ministra Rosa Weber.

El dictamen al que se hace referencia estableció la falta de necesidad de la doble imputación. Veamos, entonces:

“1. El art. 225, § 3º, de la Constitución Federal no condiciona la responsabilidad penal de la persona jurídica por crímenes ambientales a la simultánea persecución penal de la persona física en tesis responsable en el ámbito de la empresa. La norma constitucional no impone la necesaria doble imputación. 2. Las organizaciones corporativas complejas actuales se caracterizan por la descentralización y distribución de atribuciones y responsabilidades, siendo inherentes, a esta realidad, las dificultades para imputar el hecho ilícito a una persona concreta. 3. Condicionar la aplicación del art. 225, §3º, de la Carta Política a una concreta imputación también a la persona física, implica una indebida restricción de la norma constitucional, expresa la intención del constituyente originario, no solo de ampliar el alcance de las sanciones penales, sino también de evitar la impunidad por los crímenes ambientales frente a las inmensas dificultades de individualización de los responsables internamente a las corporaciones, además de reforzar la tutela del bien jurídico ambiental. 4. La identificación de los sectores y agentes internos de la empresa determinantes de la producción del hecho ilícito tiene relevancia y debe ser buscada en el caso concreto como forma de aclarar si esos individuos u órganos actuaron o deliberaron en el ejercicio regular de sus atribuciones internas a la sociedad, y aún para verificar si la actuación se realizó en interés o en beneficio de la entidad colectiva. Esta aclaración, relevante para fines de imputar determinado delito a la persona jurídica, no se confunde, sin embargo, con subordinar la responsabilidad de la persona jurídica a la responsabilidad conjunta y acumulativa de las personas físicas implicadas. En algunas oportunidades, las responsabilidades internas por el hecho estarán diluidas o parciales de tal modo que no permitirán la imputación de responsabilidad penal individual.”¹⁷
(traducción libre)

15 “Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 610114/RN, 5ª Turma, Min. Rel. Gilson Dipp, DJu 19/12/2005”.

16 “Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 16696/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 13/03/2006.”

17 “Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 548.181, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, DJu 30/10/2014.”

El entendimiento en pauta encuentra amparo en la doctrina brasileña: (FREITAS, 2012):

“(…) la denuncia podrá estar dirigida apenas contra la persona jurídica, en el caso de que no se descubra la autoría de las personas naturales, y podrá, también, ser direccionada contra todos. Fue exactamente para esto que las personas jurídicas pasaron a ser responsabilizadas. En la mayoría absoluta de los casos, no se descubría la autoría del delito. Por este motivo, la punición acababa recayendo sobre un empleado, como regla el último eslabón de la jerarquía de la corporación. Y cuanto más poderosa la persona jurídica, más difícil se hacía identificar a los causadores reales del daño. En el caso de multinacionales, la dificultad se hace más grande, y el agente, a veces, ni siquiera reside en Brasil. (...)” (p.72) (traducción libre)

Es evidente, por lo tanto, el rompimiento con el antiguo entendimiento del STJ. La decisión del tribunal combate la necesidad de la doble imputación bajo el argumento de que sería incompatible con lo dispuesto en el art. 225, §3º, como también al objetivo del constituyente cuando instituyó la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Al condicionar el recibo de la denuncia a la imputación criminal de la persona física concomitantemente con la de la persona jurídica, se estaría restringiendo la aplicación del art. 225, §3º de forma equivocada, porque la intención del constituyente originario de ampliar el alcance de las sanciones penales, pretendiendo la disminución de la impunidad en los crímenes ambientales, estaría siendo deturpada.

Tal hecho ocurriría por los obstáculos oriundos de la alta complejidad organizacional de las empresas, que, en considerable parte de los casos, dificulta de forma casi insuperable la identificación de los individuos responsables por la actividad ejercida en nombre de la persona jurídica.¹⁸

Por oportuno, es conveniente destacar que no se trata, exclusivamente, de dificultades relacionadas a la individualización de la conducta. Teniendo en vista la fragmentación de las actividades internas de las empresas en el escenario económico actual, aunque se esté ante pruebas en lo que se refiere a la materialidad de un ilícito penal, podrá ser inviable que se atribuya la responsabilidad criminal individualmente.¹⁹

En otras palabras, un único crimen puede ser fruto de diversas acciones practicadas por varios individuos, sin que se cumplan los requisitos para atribuirse a cada uno de ellos la responsabilidad penal por el ilícito cometido.

Del mismo modo, hay que destacar un punto más, además de los que fueron abordados por la eminente Relatora.

Al condicionar de forma esencial a la procedibilidad de la acción penal la imputación criminal de la persona física en conjunto a la de la persona jurídica, se condenan diversas denuncias al fracaso, bajo el fundamento de ser ineptas.

Se sabe que, hace mucho, la responsabilidad penal objetiva está extirpada del ordenamiento jurídico patrio²⁰. En rápida síntesis, significa decir que, para haber responsabilidad penal, la pieza acusatoria debe, aún en los crímenes implicados a las empresas, describir mínimamente las conductas atribuidas al denunciado, bajo pena de cercenar su derecho a la amplia defensa y ser rechazada, de acuerdo a lo que dispone el art. 395, I del Código de Proceso Penal²¹.

18 “Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 548.181, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, DJu 30/10/2014”.

19 “Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 548.181, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, DJu 30/10/2014”.

20 “Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 349.073, 6ª Turma, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, DJu 04/05/2016”.

21 Art. 395. La denuncia o queja será rechazada cuando: I - sea manifiestamente inepta; (...)

De esa forma, al depararse con un posible crimen ambiental, delante de claros indicios de materialidad y responsabilidad de una persona jurídica, sin que lo recíproco ocurra en lo que respecta a las personas físicas involucradas, el órgano acusatorio, bajo la óptica del sistema de la doble imputación, tendría dos alternativas: (i) abdicar de la denuncia por no tener elementos fáctico-probatorios suficientes para acusar a las personas físicas que puedan haber concurrido para el crimen o (ii) denunciar a uno o más representantes legales de la empresa solo para poder atender a la condición de procedibilidad del sistema de la doble imputación, sin interdicción de la carencia probatoria.

Al optar por la primera alternativa, se ve claramente la impunidad con respecto de la lesión ambiental posiblemente realizada, teniendo en vista que el Ministerio Público no podría dar inicio a la persecución penal debido a un entendimiento restrictivo del dispositivo constitucional. La segunda alternativa tampoco presenta mejor resultado.

Suponiendo que el *Parquet* ofrezca la denuncia y esta sea, en verdad, rechazada por la inepticia, mejor suerte no tendría exordio acusatorio en lo que atañe a la persona jurídica, pues la acción no podría seguir solo con la persona jurídica en el polo pasivo. Por otro lado, en el caso de que la denuncia prosperara, dando oportunidad a una acción penal, se estaría sujetando a un individuo, apenas por ostentar la condición de representante legal de la empresa, a enfrentar una acción penal en la calidad de reo.

Para una mejor elucidación, imagínese una decisión tomada en votación secreta no unánime, en la cual se delibera sobre la realización de una obra potencialmente contaminante, sin la debida licencia, para aumentar la facturación de la empresa. No se podría, aquí, individualizar la conducta de las personas físicas responsables por el crimen ambiental, pero es cierto que, al menos en tesis, en tal situación están presentes los requisitos para la responsabilidad de la persona jurídica, como que la decisión sea tomada por los representantes legales y en beneficio de la empresa.

Lo que se percibe, analizando los argumentos favorables y contrarios a la doble imputación, es que ambas corrientes están fijadas en bases jurídicas sólidas.

Por esta razón, a pesar de que el entendimiento actual se inclina hacia la ausencia de necesidad de la doble imputación, no habría que sorprenderse si en un futuro juicio el STF adoptara un posicionamiento contrario, volviendo a contemplar el sistema de la doble imputación, principalmente teniendo en cuenta el hecho de que no hubo decisión del Plenario del STF - que es compuesto por once ministros - al respecto de dicho tema, ya que el "Recurso Extraordinário nº 548.181" fue juzgado por la 1ª Turma, compuesta por cinco ministros.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La responsabilidad penal de la persona jurídica encontró gran resistencia en Brasil, principalmente de la doctrina penal. No obstante, los obstáculos fueron dejados de lado y hoy se puede decir que el entendimiento por su aplicación es pacífico.

Ocurre que, como en diversos países, la adaptación del Derecho Penal para la responsabilidad penal de la persona jurídica todavía encuentra percances. Hasta el presente momento, la impresión que queda es la de que hay un vacío legislativo en relación a la aplicación de las sanciones penales a las empresas, de modo que surge como una opción interesante la creación de un rito específico para que las personas jurídicas sean procesadas en el ámbito Penal.

No obstante, mientras no surjan soluciones, el tema parece quedar a cargo de la actuación del Judicial. En estas condiciones, por más que tengamos hoy una posición que parece unificada en el orden jurídico brasileño al respecto de la doble imputación, teniendo en cuenta

que el Plenario del STF todavía no se ha manifestado sobre el tema, no se descarta que en el futuro este posicionamiento sea revisto.

BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT, C. R. (1998). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.
- FREITAS, V. P. & FREITAS, G. P. (2012) *Crimes contra a natureza*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 432.
- GOMES, L. F. & MACIEL, S. (2015). *Lei de Crimes Ambientais*. Editora Método, pp. 368.
- Ley 9605/98 - BRASIL. *Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].
- MARQUES, O. H. D. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.
- MILARÉ, E. (2002). *Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Editora Millennium, pp. 326.
- PRADO, L. R. (2013). *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 411.
- ROTHENBURG, W. C. [et al.]. MARCHESAN, A. M. M.; STEIGLEDER, A. M. (2013). (organizadoras) *Crimes Ambientais: comentários à lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 323.
- SIRVINSKAS, L. P (1998). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da Constituição Federal*. Boletim IBCCrim 65/1998.

La figura delictiva del autoblanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico-Penal peruano: ¿la criminalización de un hecho copenado?

Roberto Carlos Vilchez Limay*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.07

RESUMEN

Tras una revisión de la evolución legislativa del delito de lavado de activos, el autor, bajo una línea hermenéutica basada en las teorías de las normas y una correcta aplicación de la categoría dogmática de la “autonomía” y el descarte de la “teoría del hecho copenado”, afirma que la criminalización y punición del autolavado de activos data desde el 08 de noviembre de 1991 (dación de la primera norma penal antiblanqueo, Decreto Legislativo N° 736), toda vez que ésta simplemente es una modalidad de comisión del hecho punible del lavado de capitales.

Palabras clave: autolavado, hecho copenado, autonomía, norma declarativa, sujeto activo.

ABSTRACT

After a review of the legislative evolution of money laundering crime, the author –under a hermeneutic line based on theories of norms and a correct application of the dogmatic categorie of “autonomy” and the discarding of the “theory of the co-penalized act”– affirms that the criminalization and punishment of the self-laundering of assets dates from November 8, 1991 (date of the first anti-money laundering law, Legislative Decree No. 736), since this is simply a form of commission of the punishable act of money laundering.

Keywords: selflaundry, autonomy, declarative norm, perpetrator.

* Miembro de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación del Perú. Miembro Principal del Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro Principal del Taller de Derecho Procesal Penal “Florencio Mixán Mass” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de maestría en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

INTRODUCCIÓN

El “autoblanqueo de capitales” es una figura delictiva que no ostenta consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (peruana y extranjera); en primer lugar, sobre la legitimidad de su punición, ni, en un segundo término, desde cuándo debería ser sancionada, en las legislaciones que lo prevén expresamente a nivel legislativo.

En ese sentido, el presente escrito brindará argumentos de forma sucinta, para afirmar la legitimación de la punición del autoblanqueo de capitales (descartando la aplicación de la teoría del hecho copenado), así como para sostener que su punibilidad temporal, en el caso peruano, data desde el 08 de noviembre de 1991, y no desde su incorporación expresa, a través del Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007, en la Ley N° 27765 (Ley penal antilavado de activos)¹.

1. EL AUTOBLANQUEO DE CAPITALS NO ES UNA MANIFESTACIÓN DE UN HECHO COPENADO

En primer lugar, debemos indicar que la tesis del hecho copenado informa que la sanción de un hecho principal toma ya en consideración el injusto de un hecho posterior. Bacigalupo indica que los actos posteriores copenados “(...) son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente”. El autor también sostiene que: “son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero”².

En ese contexto, Blanco Cordero explica que el fundamento de la exclusión de los autores del delito previo en aquellos países en los que la norma expresamente lo prevé, radica en el hecho posterior copenado. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior blanqueo, resolviéndose conforme al principio de consunción. Pese a que el posterior blanqueo del autor o partícipe en el delito previo se puede incluir en dos preceptos (el que sanciona el delito previo y el correspondiente al blanqueo), solo uno de ellos puede aplicarse, pues su apreciación conjunta supondría un *ne bis in idem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye (“consume”) el desvalor del blanqueo, sin que sea posible sancionar por este último delito³. Sin embargo, debemos advertir que esta apreciación resulta plausible no tanto por un criterio dogmático-penal, sino político-criminal, siendo que la exclusión de punición no operaría por una cuestión de atipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino como excusa absoluta semejante a las que opera en los delitos de receptación o encubrimiento⁴; por lo que, se exige que ésta debe estar expresamente prevista.

1 Resulta pertinente indicar que la legislación penal peruana vigente sobre blanqueo de capitales se encuentra recogida en el Decreto Legislativo N° 1106, del 18 de abril de 2012, cuyo artículo 10, tercer párrafo, también prevé la punición del autoblanqueo; no obstante, hemos precitado las disposiciones penales anteriores (Ley N° 27765, del 20 de junio de 2002, y Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007), toda vez que existe, actualmente, en la judicatura peruana, una serie de casos emblemáticos donde se evalúan imputaciones de autoblanqueo de capitales anteriores a la dación de estas normas (Verbigracia: Casos “Valdez Villacorta” y “Zevallos Gonzáles”).

2 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Ara editores. Lima, 2004, p. 540.

3 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3° edición. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 529. A favor de la posición de que el autoblanqueo es un supuesto donde se aplica la teoría del hecho copenado Ver: BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, p. 689.

4 Desde una perspectiva histórico-comparada, resulta propedéutico indicar que, en la legislación penal alemana, en el artículo 261 del StGB (Código Penal alemán), se excluía la posibilidad de sancionar al “autoblanqueador”, bajo una regulación de excusa absoluta: “Artículo 261 (Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos), inciso (9), apartado 2), segundo párrafo: “(9) *Por lavado de dinero no será castigado según los incisos 1 a 5, quien: 2. (...) De conformidad con los incisos 1 a 5, no será castigado quien es*

En la doctrina nacional, Pariona Arana indica que, los presupuestos de concurrencia del hecho posterior –que a la vez son presupuestos de impunidad– son tres: *primero*, el hecho posterior debe afectar el mismo bien jurídico que el hecho anterior; *segundo*, no debe causar nuevo daño o el daño ocasionado no debe ser ampliado cualitativamente; y, *tercero*, el objeto sobre el cual recae la acción del primer delito debe ser también el objeto del segundo delito. Adicionalmente, se debe indicar aquí que para la concurrencia del hecho posterior no es necesario que el autor haya tenido la intención de realizarlo ya en el momento en que se comete el hecho principal⁵.

Por otro lado, conviene resaltar que, un sector de la doctrina estima que la tesis del hecho copenado no es atendible en el delito de blanqueo de capitales; así, Callegari, analizando el Código Penal español de 1995, sostiene que, de acuerdo con el contenido del artículo 301, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de blanqueo de bienes, pues el legislador no ha hecho restricción a nadie expresamente. Por lo tanto, se puede concluir que el legislador no ha apartado del círculo de posibles sujetos activos a los que hayan intervenido como autores o partícipes en el delito previo en el cual tienen su origen los bienes objeto de blanqueo⁶.

Desde nuestra posición hermenéutica, entendemos que, en la legislación penal peruana, la teoría del hecho copenado no sería de aplicación al autoblanqueo de capitales, toda vez que la conducta posterior vulnera un bien jurídico distinto al tutelado en el injusto principal. Bajo esa línea de razonamiento, resulta conveniente anotar que, si bien el delito de blanqueo de capitales es pluriofensivo (tutela varios bienes jurídicos, verbigracia: la administración de justicia, etc.), tiene como valor jurídico principal la protección del “orden socioeconómico-financiero”, legitimándose así su punibilidad.

2. EL MARCO TEMPORAL DE PUNICIÓN DEL AUTOBLANQUEO DE CAPITALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO

La evolución legislativa del hecho delictivo de lavado de activos ha sido constante en el ordenamiento jurídico penal peruano. A continuación, describiremos los principales rasgos de este fenómeno criminal económico, vinculados, especialmente, a la modalidad de comisión denominada “autolavado de activos”.

Así, el Decreto Legislativo N° 736, del 08 de noviembre de 1991, es la primera norma penal antilavado de nuestra legislación nacional. Fue dada el 08 de noviembre de 1991, modificando el Código Penal de 1991, tras incorporar dos artículos a la Sección II, Capítulo III del Título XII de este cuerpo normativo. En ese marco, se incorporaron los artículos 296-A⁷ y 296-B⁸,

punible a causa de participación en el hecho previo (...). Sin embargo, en la actualidad, a partir del 26 de noviembre de 2015, fecha en la que se modificó el artículo 261 StGB, el autolavado resulta punible en el ordenamiento jurídico penal alemán.

5 PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Instituto Pacífico. Lima, 2014, p. 270.

6 CALLEGARI, André Luís. *Lavado de Activos*. Ara editores, Lima, 2009, p. 32.

7 El artículo 296°-A establecía lo siguiente: “El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, y con ciento veinte a trescientos días multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4.

El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena”.

8 A su turno, el artículo 296°-B del Código Penal señalaba que: “El que interviene en el proceso de blanqueo o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que

como agravantes del delito de tráfico ilícito de drogas. Resulta conveniente anotar que estas normas penales tuvieron poco tiempo de vigencia, toda vez que el legislador, a través del artículo 1 de la Ley N° 25399, del 10 de febrero de 1992, derogó el Decreto Legislativo N° 736, entre otras disposiciones legales de igual naturaleza; siendo que, inmediatamente, el 11 de febrero de 2012, se introdujo al lavado de activos como una modalidad agravada del delito de receptación, mediante la Ley N° 25404, modificando el artículo 195⁹. No es hasta el 11 de abril de 1992, en virtud de la Ley N° 25428, que las figuras delictivas de lavado de activos vuelven a ser reguladas en la sección de los delitos contra la Salud Pública, incorporando los artículos 296-A y 296-B, con una nueva regulación¹⁰. Prosiguiendo con la evolución legislativa, se percibe la dación de la Ley N° 27765, del 20 de junio de 2002. Esta Ley es la primera disposición penal especializada en regular el hecho punible del lavado de activos, previendo en su normativa las modalidades generales típicas de comisión respecto a los verbos que la rigen (actos de conversión y transferencia¹², y ocultamiento y tenencia¹³).

Desde una labor hermenéutica de todas las disposiciones legales hasta el momento enunciadas, no se aprecia que en su texto, el legislador haya querido excluir del círculo de autores a aquel que cometió o participó del delito previo, toda vez que su fundamento y bien jurídico protegido son distintos (verbigracia: TID = Salud Pública y Lavado de Activos = Orden Socioeconómico), y las razones político criminales (centradas en la sanción de aquel que pretenda ensombrecer el origen ilícito de los capitales e inyectarlo en el sistema económico-financiero, afectando el mercado legal de capitales, y como mecanismo de neutralización de organizaciones criminales) que subyacen no permiten excluirlo.

Asimismo, se aprecia el Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007. Esta norma penal, expedida desde el Poder Ejecutivo, modificó los artículos 1-6 de la Ley N° 27765, varian-

ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4). (...)

- 9 Artículo 195.- “La pena privativa de la libertad será: 1. No menor de 02 ni mayor de 06 años y treinta a noventa días multa, cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinados al servicio público o cuando el agente se dedica al comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas no comprendidas en el inciso 2). 2. No menor de 06 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días multa, e inhabilitación, conforme al Artículo 36, incisos 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo”.
- 10 Artículo 296-A.- “El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días - multa e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.
El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena”.
- 11 Artículo 296-B.- “El que interviniere en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.(...)”.
- 12 Artículo 1 (Actos de Conversión y Transferencia). - “El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.
- 13 Artículo 2 (Actos de Ocultamiento y Tenencia). - “El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

do la configuración típica del evento delictivo de lavado de activos (por ejemplo, a nivel de la tipicidad, se comenzó a exigir el resultado efectivo de “dificultar la identificación, su incautación o decomiso”) e incluyendo algunos preceptos declaratorios o definitorios. Así, en el artículo 6 de la Ley N° 27765, se agregó un último párrafo que prescribe lo siguiente:

Artículo 6° (Disposición Común). -

“(…) También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadores de dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Prosiguiendo este derrotero, en un contexto de delegación de facultades al Presidente de la República, se emitió el Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril de 2012, el cual volvió, en general, a consignar la configuración típica de las modalidades de conversión y transferencias, y ocultamiento y tenencia (artículos 1⁴ y 2⁵); pero, además, incluyó una nueva configuración típica consistente en el transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (artículo 3¹⁶). Por otro lado, en el artículo 10 de este cuerpo normativo, se recogen los preceptos denominados “disposiciones generales”, contenidos en el anterior artículo 6 de la Ley N° 27765, modificados por el Decreto Legislativo N° 986; percibiéndose que, en su último párrafo, se insiste con la regla de punición del “autolavador”. Así, tenemos:

Artículo 10° (Autonomía del delito y prueba indiciaria). -

“(…) También podrá ser considerado autor del delito y, por tanto, sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Finalmente, se percibe la existencia del Decreto Legislativo 1249 del 25 de noviembre de 2017. Este cuerpo legal –expedido por el Poder Ejecutivo y cuya denominación es: “Decreto legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción de lavado de activos y terrorismo”–, modificó los artículos 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo N° 1106; no habiendo alterado alguna situación sobre la punibilidad del autolavador.

Ahora bien, habiendo descrito y explicado la transformación legislativa antilavado de activos (con especial atención, la modalidad del autolavado), conviene advertir que, en el decisionismo judicial peruano sobre los casos de blanqueo de capitales, bajo su modalidad de autoblanqueo, se detectan dos líneas jurisprudenciales desarrolladas en la Corte Suprema de Justicia, que se ha pronunciado de forma variopinta sobre la punición temporal de esta figura delictiva. Así, el Recurso de Nulidad N° 3657-2012-Lima, del 26 de marzo de 2014, expedido por Sala Penal Permanente, señala que: “a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 986,

14 Artículo 1° (Actos de conversión y transferencia). - “El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

15 Artículo 2° (Actos de ocultamiento y tenencia). - “El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

16 Artículo 3° (Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito).- “El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

del 22 de julio de 2007, resulta punible el autolavado de activos”; por el contrario, la Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad N° 1881-2014, del 30 de setiembre de 2015, ha sostenido que: “con anterioridad al Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007, ya se podía sancionar al autolavador”. Por lo que, desarrollaremos a continuación una serie de argumentos que permitirán abonar legitimidad a esta última posición judicial.

Debemos afirmar que, en el Derecho Penal, la dación de una disposición penal no siempre es configurativa de un evento delictivo, sino que existen normas “aclarativas”, “definitorias” y “declarativas”, en las que simplemente se reconocen de manera expresa el tratamiento de una determinada institución, la que preexiste a pesar de que no se encuentre prevista en la legislación penal, por ser sobreentendida su existencia en la aplicación de las reglas y conceptos de la Parte General del Derecho Penal -teoría del delito- y de las teorías de interpretación de la norma penal.

En esa línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017, han precisado que el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 (norma penal que, actualmente, regula las figuras de la autonomía del blanqueo de capitales –párrafo primero- y el autoblanqueo –último párrafo–), “es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal autonomía”¹⁷; pudiéndose aplicar el mismo razonamiento a la norma contenida en el artículo 6, último párrafo, (con su modificación, a través del Decreto Legislativo 986) de la Ley N° 27765, del 26 de junio de 2002, que contempló la figura del autoblanqueo.

Resulta conveniente indicar que, si bien un sector de la doctrina nacional entiende que la aplicación del Decreto Legislativo N° 986 a hechos anteriores a su vigencia sólo manifiesta una vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal¹⁸, apreciamos con mayor plausibilidad la posición doctrinal que asume que “la represión del autolavado de activos en el Perú (...) no ha sido una creación legal instaurada por el legislador peruano mediante la emisión del Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007; ésta solo se ha limitado a explicitar que un hecho concreto (el autolavado) carecía de exoneración de responsabilidad antes de la reforma; por ello, tanto antes como después del 2007, quien hubiere cometido el delito fuente podría ser calificado como interviniente en el ulterior lavado¹⁹, posición teórica sustentada, esencialmente, en entender la naturaleza autónoma material del delito de blanqueo de capitales y de descartar una posible aplicación irretroactiva desfavorable de la norma penal, toda vez que, no ha existido en nuestra legislación penal interna, una disposición penal de exención de responsabilidad penal al autoblanqueador.

Bajo ese derrotero, tras realizar una revisión histórica legislativa del delito de blanqueo de capitales y, por tanto, de la modalidad comisiva del “autoblanqueo”, comenzando con su incorporación al Código Penal de 1991, pasando por su primer instrumento legal especializado, la Ley N° 27765; deteniéndose en la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 986,

17 Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, considerando jurídico N° 10, expedida por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de octubre de 2017.

18 CARO JHON, José Antonio. “Impunidad del ‘autolavado’ en el ámbito del delito de lavado de activos”. En: Dogmática Penal aplicada. Ara. Lima, 2010, p. 202. ROY FREYRE considera que: “es desacertada la insistencia en mantener en la nueva norma, de manera tácita o sobreentendida, la declaración acerca de que en nuestro ordenamiento jurídico se puede castigar el delito conocido aquí como autolavado de activos (...), no obstante la carencia del correspondiente tipo penal exigido por el artículo 2, inciso 24, literal a), de la Constitución Política (principio de legalidad)”. En: ROY FREYRE, Luis E. “Seis errores para lavar con urgencia. Decretos Legislativos N°s. 1106 y 1249”. En: El delito de lavado de activos. AA.VV. Gaceta Jurídica. Lima, 2018, p. 46.

19 MENDOZA LLAMACPONCCA. Fidel. *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 421.

de fecha 22 de julio de 2007, donde en su artículo 6, último párrafo, reconoce expresamente que: “También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”, consideramos que esta disposición penal resulta meramente declarativa o enunciativa, más no constitutiva, de la posibilidad de sancionar el autoblanqueo de capitales.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría del hecho copenado no resulta de aplicación a la modalidad delictiva de autoblanqueo de capitales, debido a que, a través de la criminalización de este comportamiento se busca proteger, principalmente, el bien jurídico “orden socioeconómico”; mientras que, el reproche y sanción penal por la comisión de los injustos penales generadores de capitales objeto de blanqueo se da en virtud de la vulneración de bienes jurídicos distintos, tales como la Salud Pública, la Administración Pública, la Fe Pública, etc.

Los hechos de autoblanqueo de capitales deben ser perseguidos, procesados y sancionados desde el 08 de noviembre de 1991, en virtud del Decreto Legislativo N° 736, (cuando los activos provengan del delito de tráfico ilícito de drogas), toda vez que esta modalidad delictiva del blanqueo ha existido en la legislación penal peruana desde la dación de la primera norma penal antiblanqueo; siendo que, el precepto incorporado por el Decreto Legislativo N° 986 a la Ley N° 27765, sólo es una norma aclarativa más no constitutiva de esta figura criminal.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Lima. Ara editores.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. (2001). *Derecho Penal Económico*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- BLANCO CORDERO, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra, 3° edición. Navarra, Aranzadi.
- CALLEGARI, A. L. (2009). *Lavado de Activos*. Lima. Ara editores.
- CARO JHON, J. A. (2010) “Impunidad del ‘autolavado’ en el ámbito del delito de lavado de activos”. En: *Dogmática Penal aplicada*. Lima. Ara editores.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, F. (2017) *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Lima. Instituto Pacífico.
- PARIONA ARANA, R. (2014). *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Lima. Instituto Pacífico.
- ROY FREYRE, L. E. (2018) “Seis errores para lavar con urgencia. Decretos Legislativos N°s. 1106 y 1249”. En: *El delito de lavado de activos*. AA.VV. Lima. Gaceta Jurídica.

Las sanciones a las empresas en la ley anticorrupción, según el principio de *ne bis in idem* y el análisis económico de la ley

Ciro Costa Chagas*

Universidad Castilla La-Mancha- España

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.08

RESUMEN

El presente trabajo analizará las sanciones impuestas a las empresas brasileñas conforme a las disposiciones en la ley anticorrupción brasileña. Se realizará un análisis de derecho comparado a través de la aplicación española con respecto al principio del *non bis in idem*. Buscaremos una respuesta a los excesos punitivos a través de un breve análisis económico de derecho.

Palabras clave: Ley anticorrupción, *bis in idem*, derecho económico, acuerdos de lenidad

ABSTRACT

This paper will analyze the sanctions imposed on Brazilian companies in accordance with the provisions of Brazilian anti-corruption law. A comparative law analysis will be carried out through the Spanish application regarding the principle of no-in idem. We will seek a response to punitive excesses through a brief, economic analysis of law.

Keywords: Anti-corruption law, bis in idem, economic law, leniency agreements

INTRODUCCIÓN

Es muy común en los libros de historia, sociología, novelas e incluso obras legales sobre la materia, la demostración de que la corrupción que está en el Brasil de hoy, según algunos autores, se originó con el descubrimiento del país en 1500. La búsqueda insaciable de valores colonos, la prosperidad y la riqueza fácil es narrada por Sérgio Buarque de Holanda en

* Maestría en Derecho de las Relaciones Económicas y Sociales por la Facultad Milton Campos. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Estadio de Sá. Especialista en Derecho Penal Económico y Teoría del Delito (Universidad Castilla La-Mancha- España). Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Gama Filho.

Brasil Roots (Países Bajos, 2014), lo que demuestra la instalación de un terreno fértil para la práctica de actos de corrupción por el conquistador, así recordados, prefacialmente por Lucas Rocha Furtado:

En los primeros años después del descubrimiento, el fraude más común en los jóvenes colonia estaba relacionado con el contrabando de mercancías. El contrabando de oro, que se practica incluso por parte de clérigos, se produjo a gran escala.

Durante los tres siglos que permanecieron tasa de dependencia de Brasil, multiplicado los casos de corrupción, que ya no se reducían al contrabando, tal era el entusiasmo con el que la gente aquí vinieron a enriquecer, atraídos por la fama de un montón de la nueva colonia. [...] »

El nuevo país se construyó sin ningún compromiso moral o ideológico para formar una nación. Por el contrario, llegó contribuir en Brasil solo aventureros cuyo único interés era aprovechar la riqueza local y volver a Portugal, huyendo tan pronto como fuera posible, la enfermedad, el mal tiempo, los caníbales ataques indios – que en el momento del descubrimiento superó los millones y los cuales, en la actualidad, no alcanzan los miles en todo el territorio brasileño – (Furtado, 2014, p. 15-16) y todo tipo de dificultades que afectaron a la joven colonia.

La corrupción como fenómeno histórico es sintetizada por José Murilo de Carvalho en el ensayo titulado Pasado, presente y futuro de la corrupción de Brasil (Carvalho, 2007 p. 237). El autor recuerda que el sistema imperial, la Primera República y sus políticos, el gobierno de Getúlio Vargas y los militares han sido acusados y condenados por actos de corrupción. El fenómeno de la corrupción bajo la experiencia de Fernando Collor, con motivo de la redemocratización en 1989, continúa en la actualidad con el número de quejas y un escándalo de corrupción que involucra a un gran número de políticos.

En este contexto, Lucas Rocha Furtado no defiende la posibilidad de vincular, en la actualidad, el alto índice de corrupción en Brasil, el legado de la colonización portuguesa, sino en los fallos de los sistemas legales y la creencia impunidad (Furtado, 2014, p. 18-19).

Independientemente de la fuente para ser admitido, es posible establecer el punto de contacto entre la corrupción y la ausencia total de límites éticos y morales de las personas que practican actos de corrupción.

Hasta inicio de los años 80, la investigación científica relativa a la corrupción se ha desarrollado principalmente en las áreas de sociología, el derecho penal, la historia y la ciencia política. El fundamento básico hasta entonces designado para intensificar la lucha contra la corrupción fue el hecho de que estaría abierto a la crítica desde el punto de vista ético: se necesitaba para luchar contra la corrupción por lo que sólo porque no se ajustaba a los principios y normas éticas.

La investigación llevada hasta ahora en régimen de derecho económico sobre la corrupción es considerada un problema exclusivo del sector público, cuyos efectos serían indiferentes a la economía y, en algunas situaciones, incluso beneficiosas, en el que las empresas podrían obtener un trato favorable en ciertos casos administrativa, lo que podría dar lugar a ganancias o beneficios económicos individuales.

Desde la década de 1980, una nueva investigación científica sobre la corrupción reveló los verdaderos efectos económicos que se derivan de ella, en el sentido de que el desempeño de las economías de los países y las propias empresas están fuertemente influenciadas por los impactos negativos causados por la corrupción.

En los diversos tratados internacionales que tienen a Brasil como signatario, el término corrupción se expresa en términos generales, pero especialmente para una de sus formas de manifestación, tipificados en todo el mundo: el soborno.

Independientemente de la definición categórica del instituto de la corrupción o la lista de los actos tipificados como corruptos, es importante tener en cuenta que la corrupción es una realidad social innegable y actualmente es vista por la sociedad como el mayor problema en Brasil. No podría ser de otra manera, ya que los actos de corrupción influyen directamente en la ausencia y/o ineficiencia de las políticas públicas que garanticen la salud, la educación, el empleo, el ocio y la seguridad pública, entre otros.

1. LA LEY BRASILEÑA ANTICORRUPCIÓN

En Brasil, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, terminado en París el 17 de diciembre de 1997, fue promulgada por el Decreto N° 3678 del 30 de noviembre de 2000. El art. 1 define el “delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros”:

Cada Parte adoptará todas las medidas necesarias para establecer que, de acuerdo con sus leyes, es un delito para cualquier persona que intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otro tipo, ya sea directamente o a través de intermediarios, a un funcionario público extranjero, porque los empleados u otras personas, haciendo que la acción o abstención de actuar en el cumplimiento de sus funciones, con el fin de obtener o retener transacciones u otra ventaja indebida en la realización de negocios internacionales.

Dado el Decreto N° 4410, de 7 de octubre de 2002, promulgada la Convención Interamericana contra la Corrupción, al 29 de marzo de 1996, que prevé su aplicación a los siguientes actos de corrupción:

1. El presente Convenio se aplica a los siguientes actos de corrupción:
 - a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio la realización de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público u otra persona o entidad a cambio de realización de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - c. La realización, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
 - d. El uso fraudulento o la ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos que se hace referencia en este artículo; y
 - e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tratando de comisión o asociación o conspiración para cometer cualquiera de los actos mencionados en este artículo.

El presente Convenio se aplicará también de común acuerdo entre dos o más Estados Partes con respecto a cualquier otro acto de corrupción que la propia Convención no define.

El 31 de enero de 2006, mediante el Decreto N° 5687, Brasil interioriza la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y firmado por Brasil el 9 de diciembre de 2003. Cuando se trata de penas y su aplicación en el Capítulo III, delimita el ámbito de aplicación de la Convención de los siguientes actos tipificados como la corrupción: el mal uso o malversación, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17); tráfico de influencias (artículo 18); Abuso de funciones (artículo 19); enriquecimiento ilícito (artículo 20); soborno en el sector privado (artículo 21); apropiación indebida o malversación de bienes en el sector privado (artículo 22); delito y producto de lavado (producto 23).

Hasta el tema de la Ley contra la Corrupción de Brasil, el Código Penal, tras la modificación introducida por la Ley N° 10.467 de 11 de junio de 2002, fue la única norma brasileña que proporcionó la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, cuyo foco de responsabilidad ha alcanzado únicamente personas físicas y no jurídicas beneficiadas por el acto de corrupción:

Art. 2 Título XI del Decreto Ley N° 2848 del 7 de diciembre, 1940 - Código Penal, incluirá a partir de ahora el siguiente capítulo II bis:

“Crímenes en práctica especialmente contra la administración pública externa el soborno en las transacciones comerciales internacionales

Art. 337-B. La promesa, el ofrecimiento o dar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un funcionario público extranjero, o una tercera persona para inducirlo a la práctica, omitir o retardar un acto oficial en relación con una transacción comercial internacional: Pena - reclusión de uno (1) a ocho (8) años y multa. La pena se aumentará en un tercio ($\frac{1}{3}$), si, debido a la ventaja o la promesa, los retrasos oficiales públicos extranjeros u omite el acto oficial o la práctica viola los deberes oficiales.

Art. 337-C. Solicitud, requerir, cobrar u obtener, para sí o para otros, directa o indirectamente, una ventaja o beneficio de la promesa pretexto de influenciar un acto llevado a cabo por un funcionario público extranjero en el ejercicio de sus funciones relativas a transacciones internacionales: Pena - reclusión de dos (2) a cinco (5) años y multa. La pena se aumentará en una mitad si el agente afirma o implica que la ventaja se dirige también a funcionario extranjero.

Art. 337-D. Se considera funcionario público extranjero con fines delictivos, que, aunque de forma temporal o sin paga, tiene una posición, empleo o función pública en los organismos estatales o representaciones diplomáticas de países extranjeros. Equivale a un funcionario público extranjero que ocupa un cargo, empleo o función en filiales, directa o indirectamente, por un país extranjero del Gobierno o de organizaciones internacionales públicas. (Énfasis añadido).”

La ley N° 10.467 de 2002 también agregó sección VIII, en la técnica. 1 de la Ley N° 9613 de 3 de marzo de 1998 (Ley de Lavado de Dinero Crímenes), que “ofrece por los delitos” de “lavado u ocultación de bienes, derechos y valores; la prevención de la utilización del sistema financiero para ilícito prevista en ella; crea el Consejo de Control de Actividades Financieras - COAF”, modificada por la Ley N° 10701, 2003 y n°12.683, 2012. Art. 1 de la Ley de delitos de lavado de dinero u ocultación de bienes, derechos y valores, ahora tiene la siguiente redacción:

“Ocultación de bienes, derechos y valores

Art. 1 ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o bienes derivados directa o indirectamente de un delito, (Escrito modificada por la Ley N° 12.683, de 2012) tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o

medicamentos similares; terrorismo y su financiación; (Escrito modificada por la Ley N° 10.701, de 2003) contrabando o el tráfico de armas, municiones o materiales utilizados para su producción; extorsión mediante el secuestro; contra la administración pública, incluyendo el requisito de sí mismos o a otros, directa o indirectamente, de cualquier ventaja como condición o precio para la realización u omisión de los actos administrativos; contra el sistema financiero nacional; VII - practicada por la organización criminal, practicada por individuos contra una administración pública externa (Art 337- B, 337-C y 337-D del Decreto Ley N° 2848 del 7 de diciembre 1940- Código Penal). (Incluido por la Ley N° 10.467, de 2002) Pena: prisión de tres a diez años y multa. En la misma pena que, para ocultar o encubrir el uso de los bienes, derechos o valores de un delito: (Escrito modificada por la Ley N° 12683, 2012) los convierte en activos lícitos; adquiere, recibe, intercambios, oficios, da o recibe como garantía, mantiene en depósito, movimientos o transferencias; mercancías de importación o exportación con no corresponden a los valores verdaderos, incurre también la misma pena que: (Escrito modificada por la Ley N° 12.683, de 2012) usos en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores de un delito; (Escrito modificada por la Ley N° 12.683, de 2012) participa en grupo, asociación o la oficina sabiendo que su actividad principal o secundario se dirige a la comisión de delitos previstos en el presente documento.

El intento es tipificado en el párrafo único del el art. 14 del Código Penal. La pena se aumentará en una o las dos terceras partes si los crímenes definidos en esta Ley se han comprometido repetidamente forma o a través de una organización criminal. (Escrito modificada por la Ley N° 12.683, de 2012) La sanción puede ser reducida por uno a dos tercios y se cumpla en régimen abierto o semiabierto, que proporciona hasta el juez no aplica o reemplazarlo en cualquier momento, la restricción de los derechos de penalización si el autor, co-autor o participe colaboran espontáneamente con las autoridades, proporcionando explicaciones que conducen a la investigación de los delitos, la identificación de los autores, coautores y participantes, o la ubicación de los bienes, derechos o figuras del crimen objeto(Escritura dada por la Ley N° 12.683, 2012).” Originarios de la Ley No. 6826/2010 en Brasil, enviado al Congreso por el Presidente de la República de Brasil en 2010, la Ley N° 12.846 / 2013 tiene el poder de extender la legislación vigente, castigar a las personas jurídicas por actos de corrupción centrándose en los mecanismos de control en estos específicamente.

El 1 de agosto de 2013, la Ley N° 12.846 fue sancionada, llamada la Ley de negocios contra la corrupción, o bufete de abogados Limpia, o Ley de Brasil contra la Corrupción, cuya eficacia en la cara de *vacatio legis* que fue sometido comenzó el 29 de enero 2014.

La Ley contra la Corrupción de Brasil, a pesar del objetivo de llenar un vacío legislativo para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por la práctica de actos de corrupción, se suma a varios otros legislación brasileña, cuya acera alcance actúa en detrimento del interés público, tales como la Ley de Concursos y Contratos, la Ley de faltas administrativas, el Acta de limpieza del registro y de la Ley de Acceso a la Información.

Por lo tanto, el estudio de la Ley N° 12.846, de 2013, a nivel nacional, se debe hacer de forma sistemática y armoniosa en el sistema jurídico brasileño, sin olvidar, por supuesto, su importancia para enfrentar y combatir en una nueva fase, la corrupción en Brasil.

El sujeto activo de la Ley contra la Corrupción brasileña es la persona jurídica, de conformidad con el art. 1. Art. 2 de la Ley N° 12.846, de 2013, establece la responsabilidad objetiva en áreas administrativas y civiles, las personas jurídicas por la comisión de actos contra las autoridades públicas, nacionales o extranjeras, y este objeto punto de cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Supremo (STF).

Pero el arte. 5 de la Ley Contra la Corrupción brasileño tipifica en la lista exhaustiva, las acciones consideradas perjudiciales para la administración pública y que pueden dar lugar a la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas.

Sin embargo, los actos descritos exhaustivamente en el arte. 5, no constituyen una verdadera innovación, repitiendo, entre otros ejemplos, la caracterización de los actos considerados como una conducta impropia por la Ley N° 8.429, de 1992, así como los actos ilegales que se describen en la Ley N° 8666, 1993.

Por esta razón, el legislador optó por explicar, en las artes. 29 y 30 de la Ley brasileña contra la corrupción, la práctica de los actos tipificados por el arte. 5, y que pueden dar lugar a responsabilidad civil, administrativa y objetiva, no inhibe otras reprimendas a caer sobre la persona jurídica o en los individuos de sus miembros y oficiales derivados de la aplicación de otras disposiciones en otros ámbitos.

El problema central es analizado en este documento es investigar si el hecho de que la conducta descrita en el arte. 5 de la Ley contra la Corrupción brasileña son similares a las conductas ilícitas tipificadas en otras leyes, especialmente en la Ley de faltas administrativas (artículo I del art. 30 de la Ley N° 12846, 2013) y las reglas de la oferta y contratos (artículo II del art. 30 de la Ley N° 12846, 2013), puede dar lugar a la aplicación combinada de la rendición de cuentas mediante el establecimiento de varias solicitudes de trámite en diferentes órganos (Administración Pública, Tribunales de cuentas y judicial).

Se pregunta la aplicación, o no, del principio *non bis in idem* a la Ley contra la Corrupción de Brasil, un principio que tiene norma legal de la fuerza y es reconocido en Brasil, a través del arte. 8, el Pacto de San José, Costa Rica, ratificado por el Decreto N° 678 de 6 de noviembre de 1992, que establece que “[...] el acusado absuelto mediante sentencia firme, no puede ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”.

El autor Fabio Medina Osório afirma que “[...] el alcance de este principio [bis in idem no], así como su contenido, indicar las variaciones notables, aunque también revelan rasgos históricos comunes en la ruta debido proceso” (Osorio, 2015, p. 292). Según el autor, “[...] este principio en nuestro sistema está conectado a la constitución de las garantías de legalidad, proporcionalidad y debe fundamentalmente de procesos, presente de forma implícita, por lo tanto, el texto de la CF / 88” (Osorio, 2015, p. 293-294).

Hay que examinar si la misma conducta tipificada como ilegal en más de una pieza de la legislación, que implica las mismas o diferentes sanciones de la naturaleza, es probable que sea determinada (la conducta) y aplicada (la pena) en los procedimientos administrativos y / o judiciales por las agencias control interno, control externo y el poder judicial sin perjudicar a la legalidad, proporcionalidad, debido proceso y la seguridad jurídica.

A pesar de las diversas normas legales existentes en Brasil con el objetivo de crear normas de conducta establecidas por la ley, para poder luchar contra la corrupción, tales normas deben ser estudiados y analizados con la verticalidad y profundidad que el tema merece, de lo contrario normas existentes se consideran meras repeticiones y por lo tanto ineficaz.

El estudio de las sanciones corporativos es esencial educar a las autoridades públicas ya las empresas sobre la necesidad de mecanismos de gobierno corporativo con el fin de evitar la práctica de actos de corrupción.

La complejidad y la necesidad de alinear con la ley obligan a los funcionarios públicos que tienen que llevar a cabo el proceso de responsabilidad administrativa, para entrar en las cuestiones difíciles sobre derecho empresarial, derecho penal administrativo y económico. Vale la pena señalar que los servidores públicos deben ser designados para llevar a cabo el proceso

de rendición de cuentas, cuando se va a evaluar y recomendar a las autoridades competentes para aplicar las sanciones graves, que podrían culminar en multas y la inhabilitación sustancial.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEY SOBRE LA COOPERACIÓN ACUERDOS ESPERADO EN LEY 12.846/13

Las empresas pueden - y deben - desempeñar un papel importante en la lucha contra la corrupción, que trabaja para promover un mercado de más principios y ética. El mantenimiento de una economía equilibrada a través de actos de control del Estado, es condición importante para el desarrollo de un modelo económico de mercado, lo que permite la generación de riqueza que beneficia a toda la sociedad.

En cuanto al análisis económico del derecho, se puede mencionar que incluso en la década de 1960, especialmente cuando la publicación de artículos Ronald H. Coase ("El problema del costo social") y Guido Calabresi ("Pensamientos sobre distribución del riesgo y el derecho de daños "), hubo una expansión del análisis económico del derecho, avanzando con la obra de Richard Posner, publicado en 1973, " el análisis económico del derecho " y se consolidó cuando el premio Nobel de Economía 1991 y 1992 fueron más tarde, fundadores de esta corriente (el mismo Ronald H. Coase y Gary Becker). Es considerado por muchos el movimiento más influyente en el entorno legal después de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, el nombre más grande de la AED sería el profesor de la Universidad de Chicago, Richard Posner (1972), que puso en marcha los pilares de esta escuela en su obra *Análisis económico del derecho*.

El análisis económico del derecho se centra su enfoque al comportamiento estratégico de las personas y no la cadena lógica deductiva y de las normas jurídicas. Su enfoque se da en los incentivos que las normas y principios legales generan el comportamiento de la gente y no la belleza conceptual dogmática y jurídica.

En el escenario político, económico y social actual, en la lucha contra la corrupción ha sido cada día más aclamado por toda la sociedad, hay una necesidad que no se realiza, debido a esto, la búsqueda de la justicia a cualquier precio, y siempre debe a respetar las garantías constitucionales conquistados con gran esfuerzo por el desarrollo histórico de las relaciones sociales. Los criterios a tener en cuenta, incluso con la introducción de una legislación innovadora, para ser parametrizada con los conceptos de Análisis Económico del Derecho, permitir tal proposición normativa es rentable en su más alto grado por la sociedad, teniendo en cuenta los costes y beneficios sin olvidar las consecuencias de esta en la sociedad.

El establecimiento del nuevo orden económico como sujeto a rango constitucional, se va a vivir con el reconocimiento de una nueva categoría de derecho legal, que dada su importancia, empezó a recibir la protección del Estado, en la forma de persecución penal. Es en este marco constitucional que se nos presente recorte sobre el acuerdo de indulgencia.

El acuerdo de indulgencia es un instituto, que se originó en el sistema de Estados Unidos, en la década de 1970, teniendo como primera regla que data de 1978.

Consiste en determinado tipo de negociación de los cargos con diferente base legal.

En este sentido, la Ley N ° 12.846 / 2013 de Brasil, conocida como Ley contra la corrupción en la sociedad viene sensibles tiempos para instituir un nuevo mecanismo legal para combatir la corrupción: el objetivo, la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas.

A primera vista, por una parte, más tradicional de la doctrina establecida, e incluso como una cuestión de sentido común, puede parecer una contradicción en sus propios términos el

uso de un acuerdo de sanción administrativa. Al pasar junto a un análisis histórico y el derecho comparado, hemos superado esta contradicción.

El Acuerdo sobre la cooperación desde la perspectiva del análisis económico del derecho del instituto, especialmente en lo que respecta a la posibilidad del producto de la recuperación de la delincuencia a modo de asentimiento de culpabilidad, nos lleva a la pregunta: ¿qué sociedad pierde con el acuerdo (aplicación efectiva la más alta posible sanción al condenado) paga beneficios logrados (el producto del delito y la derrota de recuperación de la organización criminal), así como el acuerdo vale la pena, también, desde la perspectiva de la investigación.

En este sentido, además enseña el autor Eduardo Sanz de Oliveira, “el Estado debe ser un gestor de riesgos, la adopción de una medida más económica que podría aplicarse; la búsqueda de la eficiencia de los dogmas. El Estado tiene que responder a la sociedad del riesgo siempre buscando la máxima eficacia: en otras palabras, se debe hacer siempre la decisión teniendo en cuenta el modelo de negocio de la proyección y gestión de riesgos, tomando la decisión de la decisión más eficiente. Uno que permite un menor costo y mayor beneficio”.

En cuanto a un enfoque de derecho comparado, se destaca, por regla general, existe el estado de derecho penal en España antes de una clara subordinación del poder judicial, que decide la aplicación de sanciones penales, y el rendimiento de la sanción de derecho administrativo, que se celebra por la doctrina española y designado como rectificación de la comprensión existente hasta 1981:

A lo largo de la vida de nuestro pleito, hasta el momento mismo de la Constitución, los tribunales utilizan la doctrina de que, en el caso de dos sistemas legales diferentes, sanciones administrativas eran perfectamente compatibles e incluso independiente del penal, en los mismos hechos. Por lo que era apropiado que, debido a la misma causa, que sufrió un doble castigo (administrativo y penal) y que dio como resultado Aún más sorprendente, los mismos hechos podrían ser juzgados en una forma de justicia criminal y completamente diferente o incluso pena contradictoria por la autoridad administrativa.

Hoy en día esta visión ha sido rectificada por el Tribunal Constitucional de una de sus primeras frases, de 30 de enero de 1981, que estableció el contrario, radicalmente principio contrario, el principio *non bis in idem* que, según la Corte Constitucional está estrechamente ligada a los principios de legalidad y tipicidad conocido en el arte. 25 de la Constitución y, por tanto, participa en el derecho fundamental de la naturaleza. doctrina reiterado Sentencias constitucionales 27 de noviembre de 1985, 23 de mayo de 1986, 18 de junio, 1990, etc. Por lo tanto, se ha consolidado el criterio de unidad represiva entre las sanciones administrativas y judiciales, lo que, de hecho, el arte. 25 de la Constitución impone. Art. Hoy LPC 133 declara explícitamente (Enterría; FERNANDEZ, 2014, p 208)

En España, a diferencia de lo que ocurre en Brasil con la Ley 12.846 / 2013, la aplicación de una sanción por la comisión de un determinado delito desperdicia reacción punitiva, bajo pena de ofender al principio de proporcionalidad.

El sistema legal español prohíbe la imposición de varias sanciones cuando sea antes de la comisión del mismo acto considerado ilegal, practicó el mismo tema y sobre la misma base, este último analizó bajo el aspecto material.

Cuando analizamos la ley 12.846 / 2013 en Brasil, la similitud de redacción del art. 18 de la Ley Nº 12.846, de 2013, diciendo que la aplicación de la sanción administrativa no elimina las sanciones en los tribunales, y el arte. 12 de la Ley Nº 8.429, de 1992, que prevé la aplicación de sus sanciones, independientemente de las sanciones que deban aplicarse en ámbitos penales, civiles y administrativas, llega a la conclusión de que el legislador pretende evitar *bis in idem* por disposición legal sencillo, como si eso fuera posible.

Por lo tanto sentimos que nos enfrentamos a una situación grave afrenta al principio de non bis in idem, recibidos por el Decreto N ° 678 de 6 de noviembre de 1992, que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22 noviembre de 1969). Además de lo anterior principios, afrenta para proceder al análisis económico del derecho, si es práctico, la ley brasileña que promueve la indulgencia del instituto, en muchos casos ha desalentar a las empresas infractoras limitan a recetar al tratar de llegar a un acuerdo con el Estado y cesa la actividad ilegal, que se enfrenta con el hecho de que “resolver” sólo una parte del problema, dejando todavía una fuerte sanción al igual que la esfera penal.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Antes de todo, el legislador brasileño para aprobar una ley en el fervor de los grandes eventos, no se adhiere a un grave problema constitucional un principio lógico de no analizar aún más lo ya aclamado como preceptos de la escuela de derecho económico.

El nuevo elenco de sanciones civiles o administrativos establecidos por la ley contra la corrupción también se celebra y en este punto, se acercó a un montón de carácter penal, de tal manera que las sanciones estipuladas a las empresas para el derecho penal del medio ambiente, donde es bien sabido, no prospera responsabilidad objetiva. La multa, la confiscación de bienes, la suspensión de la actividad, la prohibición de recibir incentivos o disolución obligatoria de la persona jurídica son fáciles de ver, restrictivas penas o sanciones derechos y carácter retributivo innegable, es decir, el castigo por ilegal como manera de reafirmar la soberanía del estado, incluyendo mantener el ideal de prevenir la repetición de la conducta infracciones.

El poder anti policía fue significativamente mayor con la predicción de dos sistemas punitivos: uno en la administración pública, los procedimientos administrativos de ruta; otra en la corte y con sanciones muy graves, siempre con la legitimidad activa destacado de la acusación en la acción civil en cualquier forma que garantizan - formalmente - el debido proceso de rendición de cuentas de la entidad legal para las acciones nocivas a la propiedad pública, los principios de la administración pública y los compromisos internacionales asumidos por Brasil.

Dejando el respeto expresado nutrido por los que piensan diferente, lejos de ser el caso de un gran avance, la ley contra la corrupción está plagado de *contrasensos* teniendo en cuenta que el discurso o la “buena voluntad” de la ley no inhibe la necesidad de adaptarse al sistema represivo diseñado por la Constitución Federal, todo ello basado en la responsabilidad subjetiva, el fraude o negligencia, y el Estado de estricta legalidad, en particular, el papel que sella el bis in idem.

Vale la pena recordar aquí que la expansión del poder de policía, cualquiera que sea ejercida por las agencias tradicionales de represión, policía judicial, los fiscales y la justicia penal, dado que actualmente a diferentes órganos administrativos, UGE, Cade, Ibama, RFB, o Justicia civil, penal o de tesorería, obviamente, también conduce a la ampliación de los derechos individuales de la persona o entidad expuesta al poder del Estado punitivo.

No se debe a que tal o cual delito recibe el apodo de penal, civil, administrativo, fiscal, mal comportamiento económico, medioambiental o administrativa, ahora vamos a dejar el sesgo libertario de la Ley Mayor de 1988. El derecho del “enemigo” no es resume el discurso sobre el crimen, también muestra signos de que camina sobre las correctas “sanciones”, es decir, aquella en la que no se habla en daños, pero la acción o la pena entidad formal o informal, que sería suficiente para atraer a este derecho “sanciones” principios básicos del derecho penal, como la culpabilidad, legalidad, presunción de inocencia, favores, etc.

Por otro lado, hay otra pregunta que pasa desapercibida: la ley contra la corrupción establece expresamente la autonomía de los actos perjudiciales para la administración pública en relación

con actos de mala conducta administrativa. Al parecer, el legislador ha querido establecer una asignación de la jurisdicción civil y sin ningún vínculo jurídico más que el juicio y la imposición de sanciones administrativas destinadas a la protección de los derechos legales idénticas: una jurisdicción especializada en acciones dañinas de la Ley 12.846 / 2013, y; otro dedicado a los improbables actos de la Ley 8.429 / 1992.

Sucede que las empresas privadas a menudo responden, como agentes de la competencia, por actos de mala conducta administrativa atribuidos a funcionarios públicos, muchos de los cuales se confunden con varias infracciones administrativas tipificadas en la ley contra la corrupción. La posibilidad de *bis in idem* es real, debido a que la conducta ilegal y los intereses jurídicamente protegidos o identifican o se relacionan de una manera tan estrecha que terminan dando lugar a una hipótesis de conflicto aparente de las disposiciones en materia de sanciones.

Al hacer un análisis comparativo con la ley española, nos damos cuenta de que es posible adoptar una forma constitucional de mantener los preceptos de la ley fundamental y en realidad fomentar que el agente cometedor ilegal cese la actividad ilícita, así como reembolsar el pago tesoro de compensación.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1973). "El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 1, pp. 91-139.
- GARCIA CAVERO, P. (2014). *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores.
- BRASIL. Ley Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. [Consulta: 15 de febrero de 2019].
- BRASIL. 12.846/2013, de 11 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. [Consulta: 20 de julio de 2018].
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.
- ENTERRÍA, E. G. y FERNÁNDEZ, T.R. (2014). *Curso de Direito Administrativo II*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SALAMA, B. M. (2008). *O que é pesquisa em direito e economia*. In *Cadernos Direito GV*, v. 5, nº 2, estudo nº 22, pp. 2.
- OSÓRIO, F. M. (2015). *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PETRELLUZZI, M. V. y RIZEL JUNIOR, R.N (2014). *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva.
- POSNER, R. A. (2010) *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. *Economic analysis of law*. Nova Iorque: Aspen Publishers.
- RODRIGUES, F.A. (2014). *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey.
- SILVA, E. S. (2006). *O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito pena*. In. *Direito Penal Secundário: estudo sobre os crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. SP: RT, p. 132
- TABAK, B. M (2015). *A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205.

**IV. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL
ECONÓMICO. ANÁLISIS DE PROBLEMAS EN EL
DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO**

¿Forma parte la estafa del derecho penal económico?

Ander Galván Rivera*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.09

RESUMEN

El delito de Estafa conforme al derecho penal clásico se incluye como un delito patrimonial, por lo que su estudio suele alejarse de los denominados delitos económicos; lo que se basa tanto en criterios de costumbre jurídica como ante una supuesta incapacidad de la Estafa en atentar en contra del orden económico.

No obstante, la realidad nos muestra una creciente utilización de esta modalidad del fraude para vulnerar intereses supra individuales; y bajo ese fenómeno comparte todas las características de los “crímenes de cuello blanco”; lo cual obliga cuando menos a repensar en una progresiva incorporación y estudio a efectos de una mejor sistemática.

El presente trabajo tiene como fin dar mayores luces sobre esta creciente necesidad que determinadas modalidades de Estafa formen parte de los delitos económicos y por tanto del Derecho Penal Económico, desde una óptica comparada entre el derecho penal español y peruano; lo que a criterio del autor se justifica plenamente bajo criterios estrictamente objetivos.

Palabras clave: Estafa, delitos económicos, delito patrimonial, derecho penal económico, orden económico, delitos de cuello blanco, estafa en el derecho penal peruano, estafa en el derecho penal español.

ABSTRACT

The crime of scams is included as a wealth crime under classic Criminal Law, so its study often steers away from so-called economic crimes; which are based both on legal practice criteria and in the face of an alleged inviolability of the scam to go against economic order.

However, reality shows us a growing use of this form of fraud to infringe on supra-individual interest, and under that phenomenon it shares all the characteristics of “white-collar

* Estudiante del Curso de Posgrado de Derecho Penal Económico y Teoría del Delito de la Universidad Castilla La Mancha, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente Profesor de Derecho Penal Económico de la Universidad Tecnológica del Perú - UTP.

crimes”, which forces us to at least rethink a progressive incorporation and study for the purposes of better systematics.

The present work aims to cast greater light on the growing need to classify certain modalities of scam as economic crimes, and, therefore, of Economic Criminal Law, from a comparative point between Spanish and Peruvian criminal law, which, in the author’s view, is fully justified under strictly objective criteria.

Keywords: Scam, economic crimes, property crime, economic criminal law, economic order, white-collar crimes, scam in Peruvian criminal law, scam in Spanish criminal law.

INTRODUCCIÓN

Como docente del curso de Derecho Penal Económico en distintas universidades de mi país, al momento de impartirlo he debido desarrollarlo conforme al programa que dispone cada universidad, tanto en la parte general como en la parte especial.

Es al momento de enfocar la parte especial del curso, denominado: “Delitos Económicos”, en donde advierto (así como algún alumno ávido, he notado que también lo hace) que en cierto modo estoy dejando de lado al delito de estafa, dado que toco ilícitos penales tales como: Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, Especulación, Fraudes Concursales, Defraudaciones Tributarias y Aduaneras, etc. Es decir, delitos de importante impacto en relación al curso, pero que, al formar parte del género de defraudación, se siente la ausencia de su hermano mayor (y más conocido), y el que de cierta forma explica la lógica de los delitos ya mencionados.

Esto me lleva a la pregunta: ¿Y por qué no se incluye a la Estafa dentro de los denominados delitos económicos? Lo que implicaría que se enseñe a este delito en su faceta pluriofensiva, es decir, cuando la modalidad de estafa cause una lesión que trascienda el patrimonio y se convierta en un peligro para el orden socio-económico¹.

Se podrá contestar argumentando que esto fue ya materia del curso de delitos patrimoniales, con lo cual los estudiantes ya han tenido un enfoque global de esta clásica modalidad defraudatoria, siendo innecesario tenerlo como un delito económico, dado que implicaría una repetición.

La presente comunicación surge como una respuesta a ese argumento y a entender que el delito de Estafa, en ciertas modalidades graves que atentan contra el orden económico, sí debe ser considerado parte de la delincuencia económica y materia de estudio desde un enfoque más preciso dentro del Derecho Penal Económico.

1. LA ESTAFA

La estafa, conforme al artículo 196° del Código Penal Peruano, “es la conducta del agente que, mediante engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta, induce en error a otro, de tal modo que logre una disposición patrimonial que cause un perjuicio a la víctima.”

Este delito –de incuestionable naturaleza patrimonial– tiene como característica principal el engaño, cualidad que comparte con el derecho penal español, para el que conforme al artículo 248° de su Código Penal: “cometen estafa los que con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

¹ Dicha inquietud, pero abordada desde la experiencia chilena: MAYER LUX Laura y FERNANDES GODINHO Inés, *La estafa como delito económico*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 41, Valparaíso, 2013.

Sobre este punto quisiera detenerme a realizar la siguiente precisión, se podrá cuestionar que existen diferencias en la naturaleza del engaño entre las concepciones peruanas y españolas, dado que ésta última hace referencia solo al “engaño bastante” y no a otras formas fraudulentas. Quiero destacar, que mediante el Recurso de Nulidad N° 2504-2015, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha introducido el concepto de accesibilidad normativa, tomando como base la doctrina española respecto a la estafa². Con lo cual, (por el carácter vinculante de la resolución) desde ya debemos asumir formalmente el concepto omnicomprendido del engaño español, ya que la teoría de la accesibilidad normativa acogida está creada bajo una tipificación penal española que únicamente hace referencia al “engaño” y no define otras formas fraudulentas.

Asimismo, este recurso hace ingresar indirectamente la calidad de “bastante”, cualificación del engaño que la legislación peruana en concreto no posee, a pesar de que la doctrina nacional se ha esforzado en introducirla³. Esfuerzo más que destacable al ser el propósito empezar a darle al engaño un contenido normativo, y que la fecha posee más vigencia con la introducción del criterio de la accesibilidad normativa⁴.

2. LOS DENOMINADOS DELITOS ECONÓMICOS Y SUS CARACTERÍSTICAS

Conforme señalan Miguel Bajo y Silvina Bacigalupo⁵, Edwin Sutherland definió a la delincuencia económica como delincuencia de cuello blanco, la que para su comisión implica la “violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional”.

Esta definición de criminalidad posee tres características esenciales⁶:

- a. La comisión de un delito
- b. El alto nivel social de la clase a que pertenece el autor
- c. La relación entre la infracción y la actividad profesional.

Complementan a esas características otras como: la lesión de confianza en el tráfico mercantil, el abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima; la utilización de especial astucia por parte del autor para impedir su descubrimiento

2 Concretamente PASTOR MUÑOZ Nuria, Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa en Estudios de Derecho Penal Patrimonial, Ara Editores, Lima, 2005.

3 En ese sentido SALINAS SICCHA Ramiro, Delitos contra el Patrimonio, 5ta. ed., Pacífico, Lima, 2015, p.271, señala: “Se requiere lo que los españoles sencillamente denominan engaño bastante”. “Es decir, suficiente e idóneo para producir el error e inducir al sujeto pasivo a desprenderse de parte o total de su patrimonio”. PAREDES INFANZON Jelio, Delitos contra el Patrimonio, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 214: “El engaño no es cualquier engaño”. “El engaño debe ser suficiente, bastante para hacer incurrir en error”. GALVEZ VILLEGAS Tomas Aladino y DELGADO TOVAR Walther, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2012, p.980: “Por tanto, deberán tomarse en cuenta en la valoración del engaño todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el hombre prudente y todas las circunstancias que concurren en el hecho (...)”.

4 Se puede argumentar que jurisprudencialmente el denominado “engaño bastante” ingresó con la Casación N° 421-2015 Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema cuando en su inciso a.3. señala: “El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los mecanismos jurídicos que le otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño”. No obstante, esto no es correcto al no apreciarse que se le denomine “engaño bastante”, aunque resulta evidente una clara intención con los términos “idóneo” y “suficiente” de resaltar la necesidad en todo juzgador de determinar el engaño típico a fin que no cualquier mentira sea catalogada como tal.

5 BAJO FERNANDEZ Miguel y BACIGALUPO SAGGESE Silvina, Derecho Penal Económico, 2 ed., Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 21.

6 BAJO FERNANDEZ Miguel y BACIGALUPO SAGGESE Silvina, op. cit., p. 21-22.

La tipificación de este fenómeno como delitos económicos surge de la capacidad de respuesta del Estado que tiene como fin concreto poner freno a esta forma delincencial. Para tal efecto:

Protegen bienes jurídicos de naturaleza supra individual todos ellos relacionados al orden socio económico, el que se encuentra definido por la Constitución⁷.

Cuentan con una normatividad administrativa previa, mediante la utilización de leyes penales en blanco⁸.

Son delitos de peligro (concreto y abstracto).

Por lo general se realizan dentro del marco de una organización compleja.

Ello lo diferencia de los delitos patrimoniales, que protegerían un bien jurídico de carácter individual, carecen de una normatividad administrativa anterior, son delitos de resultado al requerir un perjuicio patrimonial, y no requieren de una pluralidad organizada de sujetos para su comisión.

3. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS QUE DESCARTARÍAN A LA ESTAFA COMO DELITO “ECONÓMICO”

Dada las características expuestas en el numeral anterior, descartaríamos a la estafa del catálogo de delitos económicos, sin embargo, considero necesario realizar algunas precisiones al respecto:

En primer lugar, se descarta a la estafa del derecho penal económico por encontrarse en el código penal dentro de los delitos patrimoniales.

Se descarta a la estafa por no proteger directamente el orden socio económico, sino el bien jurídico patrimonio.

La estafa no utiliza una organización compleja. Siendo la utilización de estructuras sofisticadas netamente ocasional

Finalmente, se descarta al no tener como referencia necesaria el alto nivel socio económico del agente o el perfil profesional, ni causar un beneficio en la persona jurídica a nombre de las cual se realizan los actos defraudatorios.

4. CRITERIOS QUE OTORGAN MODALIDADES GRAVES DE ESTAFA LA CAPACIDAD DE INCORPORARSE AL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Sin embargo, estas objeciones no son de recojo, pues cada una puede ser perfectamente contestada desde la propia óptica de los delitos económicos:

- a) Asumir que la estafa debe ser descartada en todas sus modalidades por encontrarse en el capítulo de delitos contra el patrimonio, no lo considero de recibo, pues, bajo ese criterio deberíamos descartar también a la administración fraudulenta o desleal, que en el Código Penal Peruano se encuentra en la misma sede (artículo 198°); mientras que en el derecho

⁷ Al respecto ARROYO ZAPATERO Luis, Derecho Penal Económico y Constitución, Rev. Penal Vol. 1, Ed. Praxis, Barcelona, 1998, p. 4. En su obra el autor expresa que la legitimidad del “moderno” Derecho penal económico pende, por tanto, de su acomodo a los principios del Programa penal constitucional

⁸ Sobre dicho tema: SOUTO Miguel Abel, Las Leyes Penales en Blanco. Nuevo Foro Penal, N° 68, 2005

penal español comparte el mismo capítulo de defraudaciones, y nadie tiente siquiera sacar a la Administración Fraudulenta de la delincuencia económica. Se podrá contestar, que la administración fraudulenta protege también el buen funcionamiento de las sociedades; pero esto último sin un perjuicio patrimonial, no es más que un buen deseo. Ese mismo razonamiento es de recojo si se piensa en descartar la estafa por no ser un delito de peligro abstracto, dado que la administración fraudulenta tampoco lo es.

- b) Resulta innegable que el delito de estafa en determinadas modalidades protege el orden socio económico, piénsese en las estafas con pluralidad de víctimas que causen un debilitamiento de la economía de una población dada la expectativa surgida. En estafas sobre bienes de consumo masivo como los alimentos, entradas para un concierto masivo o, por citar otro ejemplo, en autopartes de automóviles que causen no solo un perjuicio a otros sino también desconfianza en los futuros consumidores⁹, ¿no afectaría esto el orden socio económico? Sí que lo afecta. Al respecto, sobre esta capacidad de la estafa en vulnerar intereses supraindividuales se pronuncia Klaus Tiedemann de manera afirmativa¹⁰.
- c) La realización de una estafa dentro de una organización compleja y estructurada se hace cada día más necesaria, así como la utilización de la autoría mediata, dado el conocimiento que en el mundo actual puede obtener la víctima mediante infinidad de mecanismos (incluyendo su propio teléfono móvil) que podría volver improductivo el oficio de estafador. Las estafas clásicas en donde dos personas se coludían para vender tónicos mágicos desde una carroza, son ya impensables, estamos frente a estafas más tecnificadas que merecen ser analizadas también dentro del ámbito del derecho penal económico.
- d) El alto nivel socio-económico del agente, característica ya superada del delincuente económico, curiosamente no le es ajeno a las modalidades graves de estafa. Precisamente, la vulneración a los intereses supraindividuales mediante el engaño necesita que el sujeto tenga la capacidad de captar víctimas y la logística adecuada para que su engaño sea creíble. Bajo ese mismo orden de ideas, las defraudaciones en el ámbito empresarial son una de las principales preocupaciones del derecho penal económico (piénsese en las defraudaciones a las cotizaciones al seguro social, básicamente son estafas).
- e) La estafa en modalidades agravadas, por ejemplo: la pluralidad de víctimas, en muchos casos fácilmente cumplen con cada una de las características mencionadas rompiendo el esquema de limitarlo al ámbito patrimonial, basta hacer una revisión de los supuestos que se tipifican en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 196-A del Código Penal Peruano¹¹, o en

9 Leo en noticias españolas, preocupación por una ola de estafas en la venta de productos por internet de primera y segunda mano, dado que cualquiera puede vender, en donde el consumidor a pesar de haber pagado recibe un producto distinto en calidad o en el peor de los casos no recibe absolutamente nada. Es evidente que esto tiene un impacto en la economía y desincentiva un medio de comercio (electrónico) que actualmente es el más utilizado en Europa, a diferencia de mi país en donde precisamente la remota posibilidad de una estafa aleja a los compradores y vendedores del denominado comercio electrónico.

10 TIEDEMANN Klaus, El Derecho económico, de Derecho penal económico y delito económico, en Revista Chilena de Derecho, vol. 10, p 66: "Existen casos que demuestran que la realización de tales figuras penales patrimoniales "clásicas" del Código Penal al propio tiempo son o pueden convertirse en un delito económico".

11 Artículo 196-A.- Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

(...)

3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.

4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.

5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

el numeral 5 y 6 del artículo 250° de Código Penal Español¹² para advertir que la estafa se maneja también bajo dichos supuestos.

5. LA ESTAFA EN MODALIDADES AGRAVADAS FORMA PARTE DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

“Los delincuentes económicos son delincuentes por astucia” es una frase del profesor Luis Arroyo Zapatero en su clase en la Facultad de Derecho de la Universidad Castilla La Mancha, que nos da un claro indicativo de que no debemos dejar de lado el primer delito que incluyó a la astucia como su modo de operación (aunque antes de estafa se llamaba estelionato).

Repasar los elementos esenciales de la estafa y enseñar las modalidades agravadas dentro de los delitos económicos resulta necesario para una mejor comprensión de este nuevo fenómeno delictual; lo que en realidad implica reivindicar a la estafa como un delito económico. Debo precisar que mi intención no es sacar a la estafa de los delitos patrimoniales, o considerar a estos delitos de segundo orden: la naturaleza patrimonial no se la quita nadie; pero su naturaleza pluriofensiva, en muchos casos, tampoco. La estafa también se ha sofisticado con la ayuda de las nuevas tendencias de la criminalidad lo cual no puede ser soslayado por los especialistas de esta rama.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, la estafa también forma parte del derecho penal económico en sus manifestaciones más graves. El estudiarlas lejos del fenómeno que representa en la actualidad la delincuencia económica y la criminalidad organizada representa, a mi criterio, cuando menos un déficit que se puede subsanar incorporándola poco a poco en su estudio; y siendo conscientes que la defraudación no es exclusivo del derecho penal patrimonial, sino que también forma parte de otros derechos como el tributario, el societario, el civil, y dentro del propio derecho penal: en el derecho penal económico; conforme me he permitido comunicar en estas breves líneas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO L. (1998), *Derecho Penal Económico y Constitución*, Rev. Penal Vol. 1, Ed. Praxis, Barcelona.
- BAJO FERNANDEZ M. y BACIGALUPO SAGGESE S. (2010), *Derecho Penal Económico*, 2 ed., Editorial Ramón Areces, Madrid.
- GALVEZ VILLEGAS T. A. y DELGADO TOVAR W. (2012), *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Jurista Editores, Lima.
- MAYER LUX L. y FERNANDES GODINHO I. (2013), *La estafa como delito económico*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 41, Valparaíso.
- PASTOR MUÑOZ N. (2005). *Consideraciones sobre la Delimitación del Engaño Típico en el Delito de Estafa en Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Ara Editores, Lima.

¹² Artículo 250.

El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

(...)

5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

PAREDES INFANZON J. (1999). *Delitos contra el Patrimonio*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

SALINAS SICCHA R. (2015). *Delitos contra el Patrimonio*, 5ta. ed., Pacífico, Lima.

SOUTO M. A. (2005). *Las Leyes Penales en Blanco*. Nuevo Foro Penal, N° 68.

Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial en la era de los juicios mediáticos

Acacio Miranda Da Silva Filho*

Universidade de Coimbra

http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.10

RESUMEN

La Ley 9.613 / 98 se estableció durante 14 años en Brasil sin ninguna modificación legislativa ni gran discusión jurisprudencial sustancial y, principalmente, sin ningún protagonismo en los casos relevantes en el escenario nacional. Las referidas circunstancias comenzaron a cambiar en 2012, debido a las alteraciones legislativas operadas por la ley, deliberadamente motivada por la Comisión Parlamentaria de Investigación que pretendía apurar hechos perpetrados por el mayor contraventor de Brasil en la época. Después, durante el juicio de la Acción penal 470/STF - Mensalão -, varias fueron las discusiones y las creaciones jurisprudenciales incidentes sobre la ley, todas con la idea de expandir el rol de incidencia de los crímenes en esta tipificación. Por lo tanto, el presente artículo apunta a determinar la correlación del populismo como la principal causa para la expansión de dicha legislación. Por último, durante la Operación Lava-Jato, la legislación asumió un protagonismo hasta entonces inexistente: al final, fue el único delito incidente en todas las fases de la operación. Un punto común entre los tres procesos que condujeron a la expansión del crimen fue que todos fueron ampliamente divulgados por los medios de comunicación masiva, de forma evidentemente populista.

Palabras clave: Populismo Penal, Lavado de Dinero, Expansión Legislativa, Recrudescimiento Jurisprudencial, Protagonismo, Influencia de los Medios, Mensajero, Operación Lava-Jet, Expansión vertical, Populismo Judicial.

ABSTRACT

The Law 9.613 / 98 was in effect for 14 years in Brazil without any legislative changes, without any major substantive case law and, mainly, without any prominence in cases of promi-

* Doutorando em Direito Constitucional (Idp/Df), Mestre em Direito Penal Internacional (Universidade de Granada/Espanha), Pós Graduações: Direito Penal Econômico (Uclm/Espanha), Teoria do Delito (Universidade de Salamanca/Espanha), Direito Penal Econômico (Universidade de Coimbra/Ibccrim), Direito Penal (Escola Superior do Ministério Público de São Paulo), Processo Penal (Escola Paulista da Magistratura) E Extensão em Ciências Criminais (Universidade De Gottingen/Alemanha). Advogado Criminalista. Professor Universitário e Autor de Obras Jurídicas.

nence in the national scenario. These circumstances began to change in 2012, due to legislative changes made to the law, deliberately motivated by the Parliamentary Commission of Inquiry that aimed to find out facts perpetrated by Brazil's greatest offender at the time. Afterwards, during the trial of Penal Action 470 / STF - Mensalão - several discussions and creations, jurisprudential incidents about the law, all with the purpose of expanding the incidence of crimes in this typified. Finally, during Operation Lava Jato, the legislation assumed a protagonism until then nonexistent, after all, it was the only crime incident in all the phases of the operation. A common point among the three processes that led to the spread of crime: they were all widely reported by the mass media, evidently populist. Therefore, this article aims to verify the correlation of populism as the main cause for the expansion of said legislation.

Keywords: Criminal Populism, Money laundry, Legislative Expansion, Jurisprudential recrudescimento, Protagonism, Influence of the Media, Monthly, Operation Lava-Jet, Vertical Expansion, Judicial Populism

INTRODUCCIÓN

El término populismo fue acuñado en la década de 1940, inicialmente para describir medidas adoptadas por gobernantes que actuaban exclusivamente con miras a la obtención de popularidad, por medio de la realización de medidas sin ningún fundamento técnico-científico.

A partir de entonces, el término pasó a ser comúnmente asociado a líderes carismáticos, especialmente en países donde hay grandes problemas sociales como miseria, pobreza y, consecuentemente, violencia.

Después de casi 07 (siete) décadas del surgimiento del término, la sociedad ha pasado por diversas transformaciones. Una de ellas es la masificación de los medios de comunicación como consecuencia de la libertad de información.

Este fenómeno social reverberó dos resultados: 1ª) la mayoría considerable de la población tiene acceso a la información; 2ª) los líderes populistas usan las informaciones proporcionadas a la población como forma de obtener aceptación y popularidad.

Es aquí donde reside el punto crucial del presente trabajo: La unión de la masificación de los medios de comunicación, fenómeno que se decidió denominar "Sociedad del Espectáculo"¹, con el fenómeno social que se clasificó como "Sociedad del Riesgo"², resultó en el surgimiento de una nueva modalidad de populismo: el Penal.

Esta modalidad se basa en dos factores:

El discurso del pánico y del miedo, fundamentados en los índices de criminalidad y de violencia supuestamente alarmantes. Estos discursos son difundidos, principalmente, a través de los medios de comunicación masiva, lo que caracteriza a la vertiente mediática;

Los miembros de los Poderes instituidos, especialmente los miembros del Ejecutivo y del Legislativo, aprovechando la sensación de inseguridad creada por la propagación de este discurso del miedo, y bajo el falso pretexto de solucionar esta situación, editan leyes casuales, sin bases dogmáticas, en desacuerdo con los criterios coherentes con preceptos político-criminales, lo que, en la mayoría de las situaciones, redundan en legislaciones ineficaces, sin contar la clara incoherencia de estas con los preceptos constitucionales vigentes.

1 DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.

2 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

Acerca de eso, Gerardo Landrove Díaz³:

“El actual contexto político y científico de expansión del Derecho Penal genera la creación de delitos nuevos, la imposición de penas cada vez más severas y la búsqueda de una mayor eficacia – obviamente, represiva – frente a la criminalidad. Y todo ello en aras de la seguridad ciudadana; en definitiva, tolerancia cero ante una patología social cuyos Orígenes no parecen interesar al sistema que la genera.

Tal sesgo político-criminal se justifica por la clase política ante la opinión pública con una serie de expresivas fórmulas repetidas una y otra vez, hasta convertirse en una familiar cantinela: ha llegado la hora de la “mano dura”, de la limpieza de nuestras calles, del cumplimiento íntegro de las condenas, de acabar con la impunidad de los delincuentes juveniles, de no ser cicateros en el recurso a la prisión preventiva, de poner fin al espectáculo de que los delincuentes “entren por una puerta y salgan por otra” de los establecimientos penitenciarios porque “la prisión funciona” y de que algunos – al menos – deben “pudrirse” en la cárcel”.

Además, el Populismo Penal ocasiona la formulación de normas destituidas de fundamentos político criminales razonables, además de carecer de la opinión de científicos y de estadísticas de su eficacia.

Según Luiz Flávio Gomes⁴:

“Actúa bajo la égida obscurantista de la fe, es decir, de la creencia engañosa que su remedio funciona. Explora la primitiva y atávica reacción emotiva de la población frente al delito y proporciona a sus leyes la finalidad de la cohesión de la sociedad. Ocurre que estas leyes son puramente simbólicas, es decir, no vienen para resolver ningún problema, y si, para iludir la creencia popular”.

Y dentro de su perspectiva penal, el populismo es subdividido en 03 (tres) clases: - populismo penal mediático; - populismo penal legislativo; y populismo penal judicial.

La modalidad mediática es aquella donde “la prensa transforma la violencia en espectáculo, proporcionándole dramatismo superior al real, y, consecuentemente, hace que los ciudadanos en general le atribuyan un dimensionamiento irreal, lejos de su percepción sensorial”.

Y en este punto surge la cuestión principal del populismo penal: cuanto mayor es la explotación de la criminalidad de masa, mayor es la sensación de riesgo vivenciada por la población, y, como consecuencia, mayores serán los pleitos para “solucionar” el problema, y un mayor número de soluciones “mágicas” aparecerá.

Con respecto a la modalidad legislativa, este instituto corresponde a la elaboración de leyes por el poder legislativo, con miras a la criminalización de determinada conducta, solo para satisfacer anhelos de lucha contra la violencia de forma irracional.

Bajo el aspecto del concepto material del derecho penal, la expansión del derecho penal no encuentra bases aptas para sustentarla, ya que sus aspectos legitimadores son despreciados, lo

3 DÍAZ, Gerardo Landrove, *El Nuevo Derecho Penal*, Madrid: Tirant Le Blanch, 2010. Pág. 54.

4 Populismo Penal Mediático – Caso Mensalão, *Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

5 La simple lectura del resumen/índice de la obra del Profesor Jesús María Silva Sánchez demuestra, en su capítulo 1º, algunas de las causas de la expansión del Derecho Penal: - El efectivo surgimiento de nuevos riesgos; la institucionalización de la inseguridad; la sensación social de inseguridad y el descrédito de otras instancias de protección.

La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: Edisofer, 2012.

que da preferencia al discurso punitivo, y, consecuentemente, la edición de nuevas leyes que no disponen de elementos que justifiquen su edición⁶.

Por último, está el resultado de la suma de las dos modalidades anteriores, el populismo penal judicial, ya que la exploración que la prensa hace de los delitos, además del tratamiento legal proporcionado por el Poder Legislativo, no son fines en sí mismos, puesto que las dos circunstancias dependen del resultado final del espectáculo: el juicio penal.

Es decir, las consecuencias del populismo penal mediático y legislativo son devastadoras, pero no involucran el juzgamiento del caso en concreto, por ser este menester del Poder Judicial.

Y en el momento que los organismos judiciales dejan de lado la observancia de las garantías que le son propias con el fin de construir decisiones que agraden a la mayoría de la población, – actuando bajo el discurso del “bien contra el mal” –, surge la consecuencia nefasta del populismo penal judicial: La superposición de las garantías fundamentales por el deseo de castigar.

Por lo expuesto, es importante subrayar que este fenómeno de expansión populista del Derecho Penal fue elevado a un nuevo nivel en los últimos años en Brasil, puesto que, bajo pretexto de luchar contra los crímenes practicados por las clases sociales más adineradas y supuestamente inalcanzadas por un sistema penal selectivo, proporcionó la proliferación y el recrudescimiento de normas penales que tienen por objeto luchar contra la corrupción y los delitos económicos.

Y dentro de esta categoría de conductas, la más afectada fue la Ley 9.613/98, que trata sobre el Lavado de Capitales.

1. POPULISMO PENAL Y EL LAVADO DE DINERO

Dicha Ley fue objeto de modificación legislativa sustancial en el 2012, en el mismo año que se admitió por primera vez en la jurisprudencia la aplicación de teoría apta para la expansión de su elemento subjetivo y, finalmente, de 2014 hasta el 2018 hubo la consolidación jurisprudencial de todas estas innovaciones expansivas.

Cronológicamente, las modificaciones expansivas citadas en el párrafo anterior son fruto de 03 (tres) casos ampliamente divulgados por los medios de comunicación en masa, y que involucran grandes corporaciones privadas, organismos de la Administración Pública, Agentes Públicos y Políticos. Ellas son: Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación de Cachoeira⁷, Acción Penal 470 (Mensalão)⁸ y Operación Lava - Jato⁹.

La primera de las modificaciones citadas fue operada a la Ley 12.683/2012 declaradamente en virtud de la “CPMI do Cachoeira” [CPMI: Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación].

Como consecuencia de su dependencia la existencia de un delito anterior, el delito de Lavado de Dinero es clasificado doctrinariamente como delito accesorio, secundario o derivado.

Desde 1998 - año en que entró en vigor la Ley 9.613, el sistema jurídico patrio entendía por la existencia de un *numerus clausus* de conductas antecedentes, es decir, solo los delitos expresamente listados en los diversos incisos del artículo 1º, de dicha ley, servían como conductas antecedentes.

6 Todavía sobre el tema, MIRANDA ESTRAMPES menciona: “Asistimos en la actualidad a una perversa utilización del Derecho penal por parte de la clase política en su conjunto. Tal fenómeno, verdadero populismo punitivo, implica un permanente recurso al Derecho penal para hacer frente a determinados problemas sociales caracterizados, con frecuencia, por su repercusión mediática”. El populismo penal (Análisis crítico del modelo penal de seguros). Pág. 43.

7 https://pt.wikipedia.org/wiki/CPMI_do_Cachoeira

8 https://pt.wikipedia.org/wiki/Escândalo_do_Mensalão

9 https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação_Lava_Jato

De acuerdo con los preceptos aportados por la legislación, no existe más la indicación de un *numerus clausus* de delitos antecedentes para la configuración del delito consecuente de Lavado de Dinero.

Ante esto, se dejó de adoptar la segunda generación de las conductas antecedentes, se empezó a adoptar la tercera generación de conductas antecedentes, donde cualquier infracción penal (delito o contravención penal) puede ser suficiente para que se produzca el Lavado de Dinero.

La segunda modificación sustancial también resultó de la citada Ley 12.683, pero tuvo su aplicación consolidada meses después, a través de la Suprema Corte, en el juzgamiento de la Acción Penal 470, popularmente conocida como “Mensalão”.

Nítidamente se puede notar que, para la práctica de la conducta equiparada, era necesaria la presencia del dolo directo, que corresponde¹⁰:

“a una pretensión de realización del resultado típico que resulta explicitada en las circunstancias en que se desarrolla la conducta y que es capaz de identificar un intenso compromiso con la producción del resultado”.

En resumen: de la conducta se debería extraer la voluntad libre y consciente con miras a la producción de determinado resultado. Es decir, el llenado de los elementos del delito comentado sólo ocurriría cuando el autor estuviese enterado de la condición ilícita de los bienes objetos de la conducta.

Acerca de eso, Pery García Caveiro, menciona¹¹:

“El delito de lavado de activos es un delito sancionado a título de dolo, por lo que resulta necesario que el autor conozca la realización de los elementos del tipo penal de lavado de activos. Un punto de especial discusión es si este conocimiento debe alcanzar al origen delictivo de los activos. A los que defienden que la procedencia delictiva de los activos es una condición objetiva de punibilidad, el dolo no tendrá que englobar el conocimiento de esa condición. Por su parte, los que sostienen que el requisito de la procedencia delictiva de los activos es un elemento normativo del tipo, exigirán que el conocimiento del autor abarque la procedencia delictiva de los bienes. Es evidente que no requiere un conocimiento específico sobre las particularidades del delito previo, ni sobre su exacta calificación jurídico-penal, bastando un nivel de conocimiento que permita deducir que los activos provienen de un hecho delictivo”.

Desde el 2012, la nueva redacción de dicho inciso es: “*I - utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores provenientes de infracción penal*”.

En comparación a la redacción anterior, queda evidente que la certeza en lo que respecta al origen ilícito no es más el elemento de tipo penal. Por lo tanto, se dejó de adoptar el dolo directo, que depende de la voluntad libre y consciente, y se empezó a adoptar el dolo eventual¹².

Son elementos del dolo eventual la previsibilidad¹³ de la producción del resultado, la asunción del riesgo por el sujeto activo y su indiferencia con relación a este, por lo tanto, como la

10 BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. Pág. 420.

11 El Delito de Lavado de Activos. BdeF: Montevideo, 2018. Pág. 118 y 119.

12 Sigue Percy GARCIA CAVERO, in op. cit. pág.119: “El dolo del autor no sólo puede presentarse como dolo directo, sino que puede ser también eventual. Por consiguiente, el conocimiento sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que bastara con que se tenga dicha procedencia como probable. Aunque queda claro en la doctrina y jurisprudencia penales que no es necesaria una cláusula de incriminación especial para sancionar el dolo eventual, la posición mayoritaria en la literatura especializada entiende que el tipo penal autoriza específicamente esta posibilidad en el delito de lavado de activos al incluir el supuesto en que el autor “debía presumir” el origen ilícito de los activos”.

13 Cabe citar la discusión en algunos países, donde la expresión “puede presumir” está siendo reemplazada por la expresión “debe presumir”, lo que hace que el conocimiento sobre el origen ilícito sea obligatorio a

propia denominación indica, el elemento subjetivo del tipo se basa en la eventualidad de la producción del resultado.

Los defensores de esta teoría entienden que, cuando el sujeto activo del delito de lavado de dinero dispone de elementos mínimos para desconfiar del origen ilícito de los bienes, derechos o valores, y aun así se les da destino económico a estos, estará caracterizada la conducta equiparada en el inciso I, del párrafo 2°.

Dicha posición se fundamenta en la eventualidad de esta modalidad de dolo. En un raciocinio sencillo: Si el sujeto activo tuviese condiciones de prever el origen ilícito de los bienes, y aun así realizase cualquier negociación comercial, denotando su indiferencia con relación al cometimiento de eventual lavado de dinero, el delito quedará caracterizado.

Como forma de perfeccionamiento en la aplicación del dolo eventual con relación al crimen de lavado de dinero, la doctrina propone la utilización de la teoría de la ceguera voluntaria¹⁴, en los casos donde existe desconocimiento intencional o construido de los elementos que compone el tipo penal, o la aplicación de las reglas inherentes a la culpabilidad, que no puede ser en menor grado cuando el agente podría y debería conocer el origen ilícito, y aun así opta por la ignorancia.

Pierpaolo Bottini¹⁵, menciona en un excelente artículo sobre la aplicación de la Teoría de la Ceguera Voluntaria en los delitos de lavado de dinero, especialmente en ocasión del juzgamiento de la Acción Penal 470, por la Suprema Corte:

“Se trata de instituto de origen jurisprudencial norteamericana por el cual se acepta como dolosos los casos en que el agente se coloca en una situación intencional de error de tipo. Así, hay dolo de lavado de dinero no solo el agente que conoce (dolo directo) o sospecha (dolo eventual) del origen ilícito del capital, pero también aquel que crea conscientemente una barrera para evitar que cualquier sospecha sobre el origen de los bienes llegue a su conocimiento.

Para ilustrar: si el Director financiero de una institución bancaria determina expresamente a sus gerentes que no lo informen de operaciones sospechosas de lavado de dinero, podrá ser condenado por la práctica de ese crimen, por ceguera voluntaria, puesto que creó conscientemente un mecanismo que veda la llegada a su conocimiento sobre cualquier duda sobre la licitud de los bienes que procesa.

Nuestra opinión es que, si la admisión de dolo eventual en el lavado de dinero ya parece poco recomendable su reconocimiento en la forma de ceguera voluntaria parece aún menos adecuada para un sistema penal basados por el principio de la culpabilidad.

Sin embargo, la ceguera voluntaria fue por lo menos mencionada por integrantes de la Suprema Corte, en los autos de la Acción Penal 470, que apunta para su posible admisión en el escenario jurídico nacional”.

Queda evidente, por lo tanto, que existe una tendencia por la admisibilidad de la aplicación de la teoría de la ceguera voluntaria con relación a los delitos de lavado de dinero.

Esta tendencia se fundamenta en la posición de la Corte Suprema que, incluso analizando hechos perpetrados antes de la vigencia de la Ley 12.683, del 2012 – que claramente optó por la

determinados agentes, abandonando la Teoría De las Acciones Neutras y dirigiéndose a la admisibilidad de la modalidad culposa de Lavado de Capitales. Por ejemplo: Perú, Alemania y España.

14 CALLEGARI, André Luís y ARIEL, Barazetti Weber. Op. Cit. Pág.156 y 157.

15 A cegueira deliberada no julgamento da AP 470. Consultor Jurídico.

utilización del dolo eventual—, optó por la utilización de dicha teoría, inclusive fue mencionada esta modificación en la decisión colegiada de dicha acción.

Hecha esta distinción, es importante indicar los 03 (tres) requisitos utilizados para la aplicación de la teoría de la ceguera voluntaria, según Callegari y Weber¹⁶:

- 1) El propio agente crea barreras para su conocimiento en lo que respecta a confluir a la práctica de la conducta, es decir, el agente deja voluntariamente de obtener representación plena sobre el hecho;
- 2) El sujeto activo tenía acceso a las evidencias o pruebas que pudiesen aclarar el origen ilícito de los bienes, de modo que este pudiese fácilmente descubrir la práctica del delito. Pese a ello, no lo hizo;
- 3) Por último, existe el elemento subjetivo, que corresponde a la intención del sujeto activo en mantenerse bajo la égida del estado de ignorancia para protegerse de eventual descubrimiento del delito, es decir, el agente crea filtros para evitar el conocimiento de la práctica de los actos de infracción.

Por fin, cabe resaltar que la supresión realizada en el artículo 1º, párrafo 2º, inciso I, de la ley 9.613, constituye caso de ampliación del ámbito de aplicación de lavado de dinero, porque fueron añadidas las hipótesis de dolo eventual, en ocasión del análisis del elemento subjetivo del tipo.

Es importante subrayar que pese al entendimiento de la Suprema Corte en el caso específico de la Acción Penal 470, exacerbadas son las discusiones en lo que respecta a su aplicación, en virtud de la dificultad en la comprobación de la eventualidad, y, más que eso, en la comprobación de los requisitos acumulativos de la ceguera voluntaria.

Como en las modificaciones citadas anteriormente, el legislativo quiso ampliar el rol de incidencia de la ley de lavado de dinero y acabó provocando inseguridad jurídica debido a la ausencia de certeza en lo que respecta a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico patrio.

Además, estos cambios fueron confirmados en diversas decisiones dictadas durante la malograda Operación Lava - Jato, especialmente por el hecho de que el Lavado de Capitales estuvo presente en todas las 60 etapas de la Operación hasta el momento^{17 18 19 20}.

Y, por último, el proyecto de ley anticrimen presentado en 2019 por el Ministro de Justicia de Brasil tras la firma formal del Presidente de la República, evidenció la precipitada expansión que viene sufriendo la ley en mención.

En el artículo 8 del proyecto, una sugerencia de modificación del artículo 1, de la Ley 9.613 / 98, en virtud de la inclusión de un sexto párrafo, que —a través de una redacción bastante confusa— habla sobre la “no exclusión del crimen en virtud de la participación de policías disfrazados en conductas preexistentes.

Es importante subrayar que la imperfección de la sugerencia se deriva de la inobservancia de dos premisas básicas del derecho: 1) del concepto de delito imposible; 2) de la ilicitud del flagrante provocado por la autoridad policial.

16 Op. Cit. 159 y 160

17 <https://www.conjur.com.br/2018-dez-21/opiniao-lavagem-dinheiro-foi-coadjuvante-protagonista>

18 <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI212685,81042A+operacao+Lava+Jato+e+a+crescente+repressao+a+lavagem+de+dinheiro>

19 <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,defesas-de-acusados-na-lava-jato-miram-no-crime-de-lavagem-de-dinheiro,70002749292>

20 <https://maugrabo.jusbrasil.com.br/artigos/239381668/lava-jato-lavagem-de-dinheiro-e-eduardo-cunha>

En el contexto del proyecto la actuación del policía disfrazado no difiere en nada de la actuación del agente provocador, y, la actuación de éste puede conducir a la ineficacia del medio, de eso surgiendo el crimen imposible, según Rubens Casara:

“El delito putativo por obra del agente provocador se caracteriza por un simulacro en el que el agente, desconociendo el contexto, se encuentra en situación en la que es incapaz de poner en riesgo el bien jurídico por la norma penal”.

Y, según Nestor Távora y Rosmar Alencar:

“La imposibilidad de consumación del delito ocurre en razón de haber sido toda la acción inducida, instigada y controlada por un tercer (provocador) con el objetivo de arrestar al agente (provocado)”.

Ante ello, resulta evidente que el objetivo de la ley es hacer uso de la naturaleza del crimen consecuente del lavado de capitales, haciendo que el autor del crimen antecedente sea provocado por el agente policial infiltrado a la comisión de ésta, y después, condenado por la conducta provocada.

Por todo lo expuesto, se evidencia la expansión técnica del lavado de capitales en Brasil, lo que, en lugar de atender los anhelos sociales de combate contra la criminalidad, solo genera inseguridad jurídica e incertidumbre económica.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2008). *A Parte Geral do Direito Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- AMBOS, K. (2018). *Ciencias Criminales em Alemanha desde uma perspectiva comparada e internacional*. Gottingen: University Press, 2018.
- AMBOS, K. (2015). *Direito Penal Internacional, TPI e a perspectiva da África*. Lisboa: Imprensa Oficial, 2015.
- AMBOS, K. (2014). *Pena Sem Soberano? Ius Puniendi e Função do Direito Penal Internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- AMBOS, K. (2018). *Justicia Transicional y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Siglo Del Hombres, 2018.
- BAJO FERNANDEZ, M (1987). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Editora Ceura, Madrid.
- BARRANCO, N.J.; GÓMEZ – ALLER, J.D; SANCHÉZ, J. A.; NIETO MARTIN, A.(2008). *Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Editorial Dykinson: Madrid.
- BECCARIA, C. (2015). *Dos delitos e das penas*, 2º edição, São Paulo: Edipro.
- BECK, U. (2010). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34.
- BECK, R.F (2004). *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*. São Paulo: IBCCRIM.
- BERREUZO, R. y COPPOLA, N. (2018). *El Delito de Blanqueo de Dinero*. Montevideo: BdeF.
- BERREUZO, R.; ESTÉVEZ, J.M.; JARA DÍEZ, C.; CESANO, J. D.; BASUALTO, H.; CAVERO, P. (2010). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- BONFIM, E. y BONFIM, M. (2008). *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros.
- BONACCORSI, D. V. (2017) *Lavagem de Dinheiro e Imputação*. Belo Horizonte: D'Plácido.
- BOTTINI, P. (2015). *A cegueira deliberada no julgamento da AP 470*. Consultor Jurídico.
- BUSATO, P.C. y BITENCOURT, C.R. (2014). *Comentários à Lei das Organizações Criminosas*. São Pulo: Saraiva.

- BUJÁN PÉREZ, C. (2012). *Derecho Penal Económico*. Iustel: Madrid.
- BUJÁN PÉREZ, C. (2016). *Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General*. 5ª edição, Tirant Lo Blanch: Valencia.
- CAIROLI, M.; CERVINI, R.; ALLER, G.; MONTANO, P.; LEITE, Cl. (2012). *Nuevos Desafíos em Derecho Penal Económico*. Editorial BdeF: Buenos Aires.
- CALLEGARI, A.L. (2003). *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CALLEGARI, A.L. (2011). *Direito Penal e Globalização*. Porto Alegre: Revista do Advogado.
- CARLI, C. V. (2009). *Lavagem de Capitais e Sistema Penal*, Porto Alegre: Verbo Jurídico.
- CARNELUTTI, F. (2006). *As Misérias no Processo Penal*. Belo Horizonte: Pillares.
- CARVALHO, L.G. (2004). *Processo Penal e Constituição*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CASARA, R. (2016). *Processo Penal do Espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito.
- CAVERO, P. (2018). *El Delito de Lavado de Activos*. BdeF: Montivideu.
- CONDE, F. M. (2012). *Direito Penal do Inimigo*. Rio De Janeiro: Juruá.
- CONSERINO, C. R. (2011). *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas.
- CORDERO, I. B (2002). *El delito de blanqueo de capitals*. Navarra: Arazandi.
- CUNHA, P. F (2009). *A constituição do crime*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CRESPO, E. D. (2014). *Crisis Financeira y Derecho Penal Económico*. Editorial BdeF:Montevideo.
- DAVIN, J. (2013). *Money Laundering Control Act**. *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. Editora LiberArs: São Paulo, 2013
- D´ALESSIO, A. (2011). *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires: La Ley.
- DE BARROS, M. A. (2012)., *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DEBORD, G. (1997). *A Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Contraponto.
- DE MAGALHÃES, G. (2018). *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas en el Delito de Lavado de Dinero. Análisis de Los Casos “Lava – Jato” y “Mensalão”*. Montevideo: Editorial BdeF.
- DE REZENDE, B. (2013). *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva.
- DIAZ, G. L. (2010). *El nuevo derecho Penal*, Madrid: Tirant le Blanch.
- FERNANDES, A. S. (2006). *Processo Penal Constitucional*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GALEANO, E. (2005). *Livro dos Abraços, no texto chamado “Cultura do Terror 6 6*. São Paulo: L e M.
- GOMES, L.F. (2002). O Direito Penal na Era da Globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES, L. F. y ALMEIDA, D (2012). *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*, São Paulo: Saraiva. 2012.
- GOMES, L. F y GAZOLO, L. (2016). *Populismo Penal Legislativo*, Salvador: Juspodium.
- GRECO, V. y RASSI, Jo. *Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras*. *Boletim IBCCRIM, ANO 20 – No 237 – AGOSTO/2012 – ISSN 1676-3661*.
- HASSEMER, W. (1990 - 1991). *La omnipresente violencia. Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade, XV.
- JAKOBS, G. y MELIÁ, M. (2012). *Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- JARA DÍEZ, C. (2017). *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial*. Montevideo: Editorial BdeF.

- LIPPMANN, W. (2008)., *Opinião Pública*. Petrópolis: Vozes Editora.
- LIRA, R. (2014). *Mídia Sensacionalista*. São Paulo: Atlas.
- LOPES, A. (2014). *Curso de Direito Processual Penal*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva.
- LUIZI, L. (2005). *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio A. Fabris.
- MARQUINA, G. (2016). *La Necesidad del Derecho Penal Económico y Su Legitimidad en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Montevideo: Editorial BdeF.
- MARTINEZ, O.S. (2011). *Los Principios en el Derecho y la Dogmática Penal*, Madrid: Editorial Dykinson.
- MARTINS, R. (2013). *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas.
- MIRANDA S. FILHO, A. “A recente reforma legislativa operada 9.612/98: Tendência Expansionista e as suas Influências”
- MIRANDA S. FILHO, A. (2016). *Código Penal Comentado*. Barueri: Manole.
- MIRANDA S. FILHO, A. (2018) Coordenação: BUSATO, Paulo César. Lei Antiterror Anotada. Indaiatuba: Editora Foco.
- MENDRONI, M. (2006). *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas.
- MOLINA, A. (2011). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Madrid: Comares.
- MORO, S. F. (2010). *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva.
- ORDEIG, E. (2011). *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Madrid: Tecnos.
- PIPOLLÉS, J. (2015). *A política criminal na encruzilhada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- PIPOLLÉS, J. L. (2005). *A Racionalidade das Leis Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PLANAS, R. (2015). *Estudios de Dogmática Jurídico – Penal: Fundamentos, Teoría Del Delito y Derecho Peneal Económico*. Montevideo: Editorial BedF.
- PRADO, L. (2010). *Bens Jurídicos Penais Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- QUEIROZ, P. (2005). *Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- REIS, M. *Tribunal Penal Internacional: Construindo o Direito Internacional Penal*.
- RIOS, R. *Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos*. Boletim IBCCRIM número 237.
- RODRÍGUEZ, A. (2018) *El Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico*. Montevideo: Editorial BdeF.
- RODRIGUEZ, A. (2003). *Globalização e Direito*, “Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?”, *Studia Iuridica* 73, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.
- RODRUÍGUEZ, V. (2013). *Lendas e Equívocos do Crime de Lavagem de Dinheiro* in *Crônicas Franciscanas do Mensalão*. São Paulo: Quartier Latin.
- ROXIN, C. (2010). *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2ª edição, Livraria do advogado.
- SALGADO, A. (2016). *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: LiberaArs.
- SALVADOR NETTO, A. (2013). *Lavagem de Dinheiro e o seu Protagonismo Penal* in *Crônicas Franciscanas do Mensalão*. São Paulo: Quartier Latin.
- SILVA - SÁNCHEZ, J.M. (2012). *Eficiência e Direito Penal*, 11ª edição, Manole.
- SILVA - SÁNCHEZ, J.M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*, B de F Ltda.

- SILVA - SÁNCHEZ, J.M. (2016). *Fundamentos Del Derecho Penal de la Empresa*. 2º edição. Montevideo: Editorial BdeF.
- SILVA - SÁNCHEZ, J. M (2011) *Tiempos de Derecho Penal*, Montevideo: Editorial B de F.
- SCHMIDT, A. (2018). *Direito Penal Econômico: Parte Geral*. 2º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHOLTE, J. (2005). The sources of neoliberal globalization *in* Overreaching concerns programme paper 8, UN- RISD.
- SOUZA PEREIRA, E. (2016). *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado Transnacional*. São Paulo: LTR.
- SUTHERLAND, E. H. *White Collar Crime*. Em tradução de J.F.Faria Costa e M.Costa Andrade. *Criminologia Comparada*, v.II, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p.738.
- TÁVORA, N. y ALENCAR, R. (2019). *Comentários ao Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Juspodium.
- VALLEJO, M. J. (1994). *El Concepto de Acción en la Dogmática Penal*, Editorial Colex: Madrid.
- WELZEL, H. (1997). *Derecho Penal Alemán: Parte general*. 11.ed, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, H. (2010). *O novo sistema jurídico-penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ZAFFARONI, E. (2012). *A palavra dos Mortos*, São Paulo: Saraiva.

El Derecho penal económico se enfrenta al desafío de tener que aplicar parámetros de determinación de la responsabilidad penal muy distintos, pero relacionados entre sí. A saber, los que tienen que ver, por un lado, con el individuo y, por otro, con el ente colectivo. Los bloques temáticos de esta publicación van desde la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imputación objetiva en el Derecho penal económico y los programas de cumplimiento normativo, problemas aplicativos del Derecho penal económico tales como la doble sanción y el principio *ne bis in idem*, hasta aspectos de política criminal y Derecho penal económico en perspectiva comparada.



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha